

LE NUOVE NORME SUI PROCEDIMENTI DI SEPARAZIONE E DIVORZIO

Sommario

1) RATIO E FUNZIONE DELLA RIFORMA	1
2) COMPETENZA (ART. 706)	2
3) FORMA DELLA DOMANDA E INIZIO DELLA FASE PRESIDENZIALE (ART. 706; ART. 4- COMMI 2.4, E 5- LEGGE DIVORZIO)	6
4) COMPARIZIONE PERSONALE DELLE PARTI (ART. 707 E PRIMA PARTE PUNTO 7 DELL'ART. 4 LEGGE DIVORZIO). TENTATIVO DI CONCILIAZIONE (ART. 708 E SECONDA PARTE COMMA 7 E COMMA 8 DELL'ART. 4).	16
5) PROVVEDIMENTI DEL PRESIDENTE ED INIZIO DELLA FASE PROPRIAMENTE CONTENZIOSA (ARTT. 708 E 709 NONCHÉ COMMI 8, 9, 10 DELL'ART. 4 LEGGE DIVORZIO).	19
6) GIUDIZIO INNANZI AL GIUDICE ISTRUTTORE (ART. 709 BIS E COMMA II ART. 4 LEGGE DIVORZIO)	21
7) ART.23 L. 74/87	22
8) RECLAMABILITA' DEI PROVVEDIMENTI PROVVISORI	24
9) RAPPORTO TRA RECLAMO E MODIFICA DELL'ORDINANZA PRESIDENZIALE.	32

1) RATIO E FUNZIONE DELLA RIFORMA

La prima lettura della normativa dettata dalla L. 80/2005 con riferimento ai procedimenti di separazione e divorzio induce immediatamente l'interprete a ritenere che con la stessa si sia voluto dettare una disciplina uniforme dei due procedimenti, che nel contempo offra una disciplina completa e organica degli istituti coinvolti.

Del resto, già da anni era avvertita l'esigenza di una disciplina che presentasse queste caratteristiche e che in quanto tale ponesse fine alle varie questioni interpretative che nel sistema derivavano dall'applicazione analogica al giudizio di separazione delle norme processuali dettate dalla legge sul divorzio, ma che soprattutto si evidenziavano allorché, specie dopo le modifiche apportate dalla L. 74/87 alla legge sul divorzio, si è assistito a diversità di veduta totalmente diverse in ordine al "rito" di tali giudizi, da alcuni tribunali ritenuto ancora "ad impostazione bifasica" (in questo senso il Tribunale di Catania) e da altri contenzioso "ab origine (mi riferisco al Tribunale di Milano).

Nel dettare la suddetta disciplina uniforme, a me sembra palese l'ulteriore obiettivo che il legislatore si pone e cioè quello di demarcare le due fasi e cioè la fase presidenziale e quella innanzi al g.i., di accelerare notevolmente la fase presidenziale, di attribuire alla stessa un contenuto essenziale



e snello, attribuendo solo alla fase successiva le caratteristiche tipiche di un giudizio di cognizione (sotto tale profilo smentendo il c.d. rito ambrosiano).

Passando all'esame delle singole norme e tentando di offrirne una lettura il più possibile ragionata e tendenzialmente completa, ritengo opportuno in primo luogo soffermarmi sul nuovo criterio di competenza territoriale dettato dal legislatore.

2) COMPETENZA (ART. 706)

A norma del nuovo testo dell'art. 706 e dell'art. 4 della L.898/70 le rispettive domande ivi previste si propongono **“AL TRIBUNALE DEL LUOGO DELL'ULTIMA RESIDENZA COMUNE DEI CONIUGI”**.

Si tratta del criterio principale di competenza, inderogabile ex art. 28 c.p.c., che si pone in via prioritaria rispetto al canone generale prima offerto dalla residenza o dal domicilio del convenuto.

A) La formula della norma si presta ad alcune incertezze, legittimando in primo luogo l'interrogativo se la terminologia utilizzata (**“Residenza comune”**) sottenda un concetto esclusivamente giuridico (basato sulle risultanze anagrafiche delle parti), ovvero anche fattuale, incentrato sull'esistenza di una dimora principale e stabile, definibile a tutti gli effetti come casa coniugale, o su altri elementi, come ad esempio la località dove i coniugi effettivamente lavorano o dove i figli frequentano la scuola.

Pur potendo apparire in via assolutamente teorica discutibile la seconda opzione, nella misura in cui legittima il sostanzarsi di un elemento tipicamente processuale quale è la competenza nel riscontro e nell'accertamento di circostanze e fatti concreti, a me sembra che, nel giudizio di separazione (parleremo dopo del giudizio di divorzio), la **“residenza comune”** debba intendersi come luogo in cui si è incentrata la vita familiare, posto che in tal modo deputato alla regolamentazione della crisi familiare risulta essere il Tribunale logicamente prossimo al nucleo familiare, con i vantaggi che ne derivano per le



parti e con l'utilità che ne trae l'intero procedimento (si pensi agli accertamenti, anche officiosi, che il tribunale svolge sulle condizioni di vita dei minori, anche tramite i servizi sociali che agiscono nel territorio in cui i minori vivono).

Ritengo che tale opzione – in dottrina autorevolmente esposta: cfr. *Ferruccio Tommaseo* in *Famiglia e Diritto*, 2005 pag. 1022 - sia pienamente giustificata se si considera che, così intesa, la norma sembra recepire (sia pur con una non assolutamente simile formulazione e nell'ambito di fattispecie diversa) quanto già disposto dalla **Legge n. 218/ 95** sul diritto internazionale privato (“**luogo in cui la vita matrimoniale risulta prevalentemente localizzata**”) e far proprio quanto già ritenuto dalla S.C. in tema di rilevanza, nella individuazione della residenza del convenuto, dell'ubicazione della casa coniugale : **CASS. 24.4.2001 n. 6012**).

Così intesa, la norma sembra inoltre armonizzarsi con i criteri di competenza giurisdizionale posti dal recente **REGOLAMENTO MATRIMONIALE dell'Unione Europea**, che all'art. 3 pone come criterio “ **la residenza abituale dei coniugi**”.

B) Tanto posto sulla residenza comune, va adesso chiarito il significato di “**ultima** residenza comune”.

Nessun problema allorquando, alla data di proposizione del ricorso o in una data immediatamente prossima, i coniugi hanno una residenza comune nel senso sopra visto.

Ci si può invece chiedere se e in che misura il legislatore abbia inteso fare riferimento ad un'ultima residenza comune allorquando la proposizione del ricorso intervenga dopo una separazione di fatto del tutto lontana nel tempo (ipotesi magari non frequentissime ma al pari non rare nella pratica).

A me sembra che, tenuto conto della ratio della norma e al fine di evitare che venga incardinato un giudizio di separazione innanzi ad un Tribunale che nulla ha che vedere né con i coniugi né con la prole, “l'ultima residenza



comune” non attuale e risalente nel tempo possa rilevare nella misura in cui in tale **ultima residenza uno dei coniugi continui ad abitare**, così come del resto previsto dall’art. 3 del regolamento dell’Unione Europea sopra indicato, che per l’appunto prevede, sia il “ *criterio dell’abituale residenza dei coniugi*” che quello “ *dell’ultima residenza abituale dei coniugi se uno di essi vi risiede ancora*”.

Se, infatti, già nei primi commenti si è detto che il suddetto criterio di competenza costituisce una scelta, oltre che coerente giuridicamente, indubbiamente assai opportuna, specie nell’eventualità che il coniuge convenuto, inseguendo un sogno di amore, sia scappato all’altro capo della penisola (così *Mario Finocchiaro* in Guida al Diritto 2005, n. 22 pagg. 91 e ss.), deve ritenersi che tale opportunità e coerenza sussista solo nell’ipotesi in cui il ricorrente continui a vivere nel luogo in cui si era radicata la vita familiare e che il criterio in parola operi anche quando il ricorso per separazione venga depositato (per le più svariate ragioni) anche anni dopo la cessazione della convivenza .

Solo così interpretata la norma, può darsi un senso alla sua analoga previsione in sede di divorzio (ove l’ultima residenza comune, per forza di cose e per l’ipotesi classica del divorzio da separazione, è lontana nel tempo), pena l’assoluta irrazionalità della norma stessa .

Non mi dilungherei sugli altri criteri di competenza previsti sempre dall’art. 706 c.p.c, non problematici e in gran parte riproductivi di quelli già previsti nel vecchio articolo 4 Legge divorzio e che, per effetto dell’art. 23 della L. 74/87, si ritenevano applicabili al giudizio di separazione.

Meritevole di accenno è invece il nuovo criterio di competenza dettato dal legislatore all’interno della disposizione di cui all’**art. 709 ter c.p.c.**, introdotta, come è noto, dalla successiva Legge n. 54 dell’8 febbraio 2006.



La suddetta disposizione - nel suo complesso di difficile lettura, già foriera di contrasti in dottrina e giurisprudenza e certamente “ardita” nel suo insieme-, dopo aver individuato “nel giudice del procedimento in corso” il giudice competente a risolvere “*le controversie insorte tra i genitori in ordine all’esercizio della potestà genitoriale o delle modalità dell’affidamento*”, prevede che “ **per i procedimenti di cui all’art. 710 è competente il tribunale del luogo di residenza del minore**”.

La lettura unitaria dell’intera disposizione di cui all’art. 709 ter fa ragionevolmente ritenere che il legislatore, nell’intento di individuare il giudice di volta in volta funzionalmente competente alla risoluzione delle “*controversie insorte tra i genitori in ordine all’esercizio della potestà genitoriale o delle modalità dell’affidamento*”, abbia inteso affermare che, una volta conclusosi il giudizio di separazione, la risoluzione delle controversie de quibus non può che spettare al “ *giudice della modifica*” di cui all’art. 710 c.p.c., ma nel contempo dettare un nuovo e diverso criterio di competenza territoriale quale è quello della **residenza** del minore.

Non è da escludere che la norma in oggetto abbia un significato ancora più ampio e concorrente e cioè quella di individuare nel Tribunale nella cui circoscrizione ha la residenza il minore il Tribunale competente a decidere la risoluzione di questioni insorte (relativamente ai profili sopra descritti) dopo l’emanazione di provvedimenti ex art. 710 c.p.c..

Le considerazioni sopra svolte in ordine al modo di intendere il nuovo foro della separazione e del divorzio, in uno alla dovuta valorizzazione del fatto che la normativa generale non conosce il concetto di residenza del minore ma solo quello del suo domicilio (art. 45 c.c.), inducono agevolmente a ritenere che la residenza del minore sia il luogo in cui lo stesso effettivamente vive . Luogo, che, alla luce di quanto sancito dal secondo comma del sopra richiamato art. 45 c.c., non può che coincidere con il domicilio del genitore con il quale convive e, quindi, con il domicilio del genitore affidatario (nell’ipotesi di



affidamento esclusivo) o con il domicilio del genitore collocatario (nell'ipotesi di affidamento condiviso).

Condividendo l'opinione che sembra prevalente (v. Filippo Danovi, relazione tenuta all'incontro di studio organizzato dal CSM in data 15/17.1.2002 "Le tutele processuali"), ritengo che, in caso di ricorso ex art. 710 c.p.c. caratterizzato da una richiesta congiunta di statuizioni volte alla risoluzione delle controversie in parola e statuizioni di natura patrimoniale, il criterio di competenza in parola, in quanto inderogabile ex art. 28 c.p.c., prevalga sugli altri fori di competenza che, in astratto, potrebbero ipotizzarsi per le richieste di natura patrimoniale .

3)FORMA DELLA DOMANDA E INIZIO DELLA FASE PRESIDENZIALE (ART. 706; ART. 4- COMMI 2,4, E 5- LEGGE DIVORZIO)

Sempre nell'ambito del nuovo art. 706 e nell'ambito della nuova formulazione dei **commi 2, 4, e 5** dell'art. 4 della Legge divorzio, il legislatore ha notevolmente inciso sulla fase presidenziale, specie **sotto il profilo del contenuto e della forma degli atti di parte che ne provocano l'inizio e che possono trovare ingresso nella stessa**, prima dell'atto "principe" della fase presidenziale e cioè l'interrogatorio delle parti da parte del presidente finalizzato alla conciliazione, e, in caso di esito negativo dello stesso, all'adozione dei provvedimenti urgenti (art. 708 c.p.c.).

Dalla lettura delle suddette disposizioni e della necessaria lettura unitaria delle stesse con quanto disposto dal successivo e nuovo **art. 709 c.p.c.** (e parallelamente dal **comma 10** dell'art. 4 L.div.), emerge l'intento del legislatore di demarcare notevolmente la fase presidenziale dalla fase innanzi al g.i., legittimando l'interprete a ritenere che con la nuova normativa si sia voluta affermare e ribadire la natura "bifasica" del processo (di volontaria giurisdizione innanzi al presidente, di natura contenziosa innanzi al g.i.) e ciò, secondo chi scrive, al fine accelerare e nel contempo rendere più utile la fase iniziale,



senza con ciò pregiudicare – nel prosieguo del giudizio - quelle esigenze di difesa delle parti (leggi : del convenuto) che molti ritenevano vulnerate dall'applicazione del "rito ambrosiano".

Non credo che l'operazione sia pienamente riuscita, posto che l'impianto negativamente risente della nuova e inedita " *formazione progressiva della domanda introduttiva*" (testualmente così Ferruccio Tommaseo, op.cit.) voluta dal legislatore forse senza una piena consapevolezza dei principi codicistici che presiedono alla costituzione delle parti e alla validità degli atti processuali e che la celerità e l'utilità della fase presidenziale potrebbe sembrare essere messa nel nulla da una valorizzazione- in sede interpretativa – del fatto che il legislatore prevede alcune facoltà delle parti, impone alcuni obblighi ma omette di trarne le conseguenze nell'ipotesi di comportamento omissivo.

In questo senso, credo sia onere e compito degli operatori fornire un'interpretazione delle disposizioni sopra indicate che consenta di ricondurre le stesse ad un sistema organico e razionale, che non frusti le esigenze avvertite dal legislatore e nel contempo garantistica a pieno un procedimento in linea con i principi cardini del processo civile.

Passando, ad esaminare, in concreto il contenuto dell'art. 706 c.p.c. e, prendendo le mosse dal contenuto del ricorso, giova osservare che formalmente lo stesso si sostanzia, al pari di quanto previsto dall'art. 806 del codice di rito del 1845 e al pari di quanto previsto nell'art. 706 attualmente vigente, nella " *esposizione dei fatti sui quali la domanda è fondata*".

E' però noto che, già con riferimento all'originario testo dell'art. 706, la dottrina aveva avvertito la necessità di integrare la lacunosa formulazione della norma con quanto dispone l'art. 125 c.p.c. a proposito dei requisiti formali degli atti di parte e quindi la necessità di indicare l'ufficio giurisdizionale adito, le parti, l'oggetto, le ragioni della domanda con le relative conclusioni e che con l'art. 4 oggi vigente –applicabile per effetto dell'art. 23 della L. 74/87



ai giudizi di separazione- il ricorso introduttivo costituiva e costituisce sino ad oggi un atto tendenzialmente completo ed esaustivo.

Secondo i primi commenti, la riproposizione dello stesso contenuto dell'art. 706 e la circostanza che dal gennaio 2006 per la domanda di divorzio non sia più previsto il contenuto del vigente articolo ma solo quello dell' "esposizione dei fatti e degli elementi di diritto sui quali la domanda è fondata" e ancor di più la previsione, per entrambe le domande, di una "memoria integrativa" (art. 709 e n. 10 art. 4) legittimerebbe oggi una domanda introduttiva del giudizio (sia esso di separazione che di divorzio) assolutamente scarna ed essenziale, che può essere oggetto di integrazione con la successiva memoria innanzi al g.i.

A mio modo di vedere il ricorso deve pur sempre avere i requisiti minimi di un atto formalmente valido (ed in questo senso francamente non riesco a capire perché debba essere la memoria integrativa e non il ricorso a contenere gli elementi di cui, ad es, ai numeri 2- nome cognome e residenza delle parti- e 6 – nome del procuratore e indicazione della procura - dell'art. 163 cp.c.) e ciò che può legittimare la nuova impostazione perseguita dal legislatore è – solo ma significativamente - la proposizione di un ricorso più ristretto sotto il profilo del contenuto, non necessariamente esplicativo di tutti i profili che involgono la crisi coniugale ma funzionalmente destinato a chiarire e determinare l'oggetto del futuro provvedimento presidenziale, qualora le parti non arrivino alla conciliazione.

Credo che questa conclusione sia in linea con quanto sopra si è detto in ordine alla teoria bifasica del procedimento sposata dal legislatore e che sia avvalorata alla necessità di assicurare una certa celerità alla risoluzione provvisoria della crisi e che talvolta mal si concilierebbe con l'approntamento di difese esaustive di tutti i profili rilevanti e in tal senso complesse.

Non è poi da escludere che un ricorso più *soft* – che non si ponga come una "dichiarazione di guerra", che non indichi in modo particolareggiato e det-



tagliato le ragioni della crisi e che non indichi tutti i profili di conflitto tra le parti – possa essere maggiormente foriero di una soluzione positiva della crisi se non proprio sotto il profilo di una possibile riconciliazione dei coniugi quanto meno sotto il profilo di un – sempre auspicabile- approdo dei coniugi ad un accordo in ordine alle condizioni della separazione e del divorzio.

In questo senso può senza dubbio affermarsi che, nel caso in cui il ricorrente voglia formulare una richiesta di addebito della separazione, lo stesso possa limitarsi a formulare l'addebito nel ricorso ed esplicitare le ragioni della richiesta in seno alla memoria integrativa.

Nell'ottica seguita dal legislatore ed in uno sviluppo coerente della stessa, legittimamente potrebbe anche affermarsi che il ricorso possa contenere solo la richiesta delle statuizioni per natura urgenti (si pensi all'affidamento dei figli, all'assegno di mantenimento per gli stessi) o comunque urgenti nei fatti (si pensi all'assegno di mantenimento per sé o figli maggiorenni) e essere poi integrato da domande ulteriori in seno alla memoria integrativa (si pensi alla domanda di addebito o all'assegnazione della casa coniugale o all'assegno divorziale).

Vi è però subito da dire che la suddetta impostazione, per quanto maggioritaria e fatta propria dal Tribunale di Catania, non è unanimemente condivisa nei primi commenti della legge (per una visione di insieme delle voci dottrinali sul punto v. *G. Casaburi, Giurisprudenza di merito marzo 2006 - speciale riforma diritto di famiglia-*), ritenendo alcuni che la formulazione di richieste e domande nuove in seno alla memoria integrativa verrebbe a ledere il principio del contraddittorio, vulnerando la posizione del convenuto.

Sotto tale profilo si sottolinea che nessuna norma prevede la notificazione al convenuto della memoria difensiva di talchè lo stesso, nel momento in cui appresta le proprie difese, potrebbe non conoscere il contenuto della stessa.



A me non sembra che vi sia tale grave *vulnus* nelle esigenze di difese del convenuto, posto che allo stesso è sempre consentito l'accesso, ancorché non costituito, al fascicolo processuale **ex art. 76 disp. Att. C.p.c.** e che il principio del contraddittorio è pienamente rispettato allorché il Presidente fissi con congrua distanza i termini per il deposito della memoria integrativa e per la costituzione in giudizio del convenuto (art. 709 c.p.c.) (per una possibilità interpretativa delle norme in oggetto nei termini or ora esposti cfr. *Filippo Danovi* in Riv. Dir. Proc. 2005, pagg. 196 e ss.).

Con il deposito del ricorso ha inizio il giudizio, e ciò non soltanto in linea con i principi che regolano i procedimenti su ricorso ma anche in linea con le norme europee che individuano la pendenza delle cause matrimoniali proprio nel deposito presso l'ufficio giurisdizionale adito del ricorso introduttivo (art. 16 Reg. Bruxelles II-bis in vigore dal primo maggio 2005).

Al riguardo opportuna appare una digressione.

L'ipotesi (oggi sempre meno frequente) delle **contemporanea pendenza innanzi alle Autorità Giudiziarie di sue stati membri** dello stesso giudizio di separazione trova alla data attuale una sua utile disciplina nel citato regolamento, che, all'art. 19, espressamente prevede l'obbligo per l'Autorità Giudiziaria adita successivamente di sospendere il giudizio fino a quando l'Autorità Giudiziaria preventivamente adita non abbia deciso in merito alla sua competenza ma che contestualmente consente all'Autorità Giudiziaria di adottare provvedimenti provvisori ai sensi del diritto nazionale relativamente ad un minore presente nel suo territorio anche se competente a decidere nel merito è l'Autorità Giudiziaria di un altro Stato membro (art. 20)

Il Presidente dovrà fissare entro 5 giorni (termine non previsto nel vecchio art. 706 ma già indicato nel vecchio art. 4) la data di comparizione dei coniugi che (qui sta la novità assoluta rispetto al passato) dovrà avvenire entro **giorni 90** dal deposito del ricorso.



E' evidente che la fissazione del suddetto termine ha quale finalità quella dell'accelerazione del giudizio, quanto meno nella sua fase iniziale .

Con lo stesso decreto il presidente assegna un termine per la notifica del ricorso e del decreto alla altra parte .

Tale termine non è indicato (e quindi non è indicato il termine che deve decorrere tra la notifica e l'udienza) ma è rimesso al prudente apprezzamento del Presidente, il quale deve fissare un termine "congruo" per consentire al convenuto la preparazione della propria difesa (in linea con quanto già indicato dalla **Corte Costituzionale con la sentenza n. 10 del 2.2.78**), ma relativamente breve, posto che – per quanto subito vedremo – la difesa che il convenuto deve preparare è limitata ai provvedimenti presidenziali.

Sempre con lo stesso decreto il Presidente assegna al convenuto il termine entro cui il “ **convenuto può depositare memoria difensiva e documenti**”.

Già alla lettura della norma appare evidente il collegamento tra il ricorso e la memoria difensiva, il cui contenuto non può che essere simile al contenuto “snello” del ricorso ed essere una risposta, altrettanto duttile, all'esposizione dei fatti resa dall'attore e funzionale alla conciliazione dei coniugi o, in caso di esito negativo del tentativo in tal senso fatto dal presidente, all'adozione del provvedimento provvisorio.

Quanto alla “forma” di tale memoria difensiva, ci si può chiedere se il suo deposito costituisca una vera e propria costituzione in giudizio, quanto meno per la fase innanzi al Presidente, o se lo stesso costituisca un mero scritto difensivo, a cui è estraneo il rilascio della procura a margine o in calce, di talchè la stessa può essere anche sottoscritta personalmente dalla parte.

Come si vede i profili problematici sono sostanzialmente identici a quelli previsti per il ricorso e derivano dalla volontà del legislatore di sdoppiare o comunque consentire una formazione progressiva dei rispettivi atti introduttivi



del giudizio. Io propenderei per la seconda lettura, posto che il legislatore espressamente parla di costituzione del convenuto solo all'interno dell'art. 709 c.p.c.

Altro problema che si pone è quello relativo al mancato deposito di tale memoria difensiva e dei documenti nel termine assegnatogli.

Può o deve il Presidente tenere conto di una memoria difensiva o di documenti presentati oltre il termine e quindi solo all'udienza presidenziale? Può il Presidente concedere al convenuto che lo richiede e che sia stato assolutamente inerte nella fase pre- presidenziale un termine per il deposito di memorie e documenti, e quindi andare in riserva per i provvedimenti presidenziali concedendo a tal fine il doppio termine, così come sino adesso è prassi più che consolidata nel nostro Tribunale?

Io credo che la formulazione letterale della norma sia chiara: il “ può” usato dal legislatore sembra indicare la volontà del legislatore di affermare che, dopo la scadenza del termine, il convenuto **NON POSSA PIÙ FARE L'ATTIVITÀ DI CUI SOPRA.**

Al riguardo opportune mi sembrano le seguenti considerazioni.

A) L'accelerazione voluta dal legislatore e la volontà in particolare dello stesso di arrivare al provvedimento presidenziale nei tempi più brevi corrobora la formulazione letterale della norma, non avendo senso che, a fronte di un ricorso la cui trattazione si palesa particolarmente urgente per l'esposizione dei fatti (si pensi ad un prospettata situazione di grave pregiudizio per i minori), venga fissato un termine breve e poi si procrastini l'adozione del provvedimento presidenziale perché il convenuto, che avrebbe ben potuto farlo prima, vuole esplicitare le sue difese, così legittimando un comportamento volutamente dilatorio.

B) L'esposizione delle difese di entrambi i coniugi prima dell'udienza presidenziale e quindi il **delinearsi del thema decidendum** (ovviamente di



quello inerente al provvedimento presidenziale) mi sembra assolutamente **necessario** e per una corretta instaurazione del principio del contraddittorio (il ricorrente deve sapere quali sono le difese del resistente prima della comparizione innanzi al Presidente) e per assicurare al libero interrogatorio delle parti la sua **concreta utilità** rispetto al provvedimento presidenziale.

Nell'esperienza della pratica, infatti, intanto il libero interrogatorio è utile in quanto il Presidente conosca già in anticipo le difese delle parti e quindi possa rivolgere alle stesse delle domande chiarificatrici in ordine alle rispettive e reciproche accuse e difese.

A mio modo di vedere il deposito della memoria difensiva in parola è una mera facoltà concessa al convenuto di esplicitare in forma scritta le sue difese e di supportare le stesse con la documentazione che ritiene opportuna prima dell'udienza presidenziale e che il legislatore, per le ragioni di cui sopra si è detto, opportunamente ancora ad un termine.

Con la conseguenza che, qualora non lo faccia, il Presidente non può che prendere atto di tale scelta e adottare i provvedimenti anche attraverso la valutazione di tale comportamento.

Se così non venisse intesa, la disposizione sarebbe lettera morta e priva di qualsivoglia significato.

Del resto, vietare al convenuto di depositare la memoria difensiva e i documenti oltre il termine concesso non significa sancire in via interpretativa – ed in contrasto con la disposizione di cui al **II comma 152 c.p.c.** – una perentorietà del termine ed una decadenza e/o preclusione che il legislatore non ha voluto .

A ben vedere, infatti, nessuna decadenza, sotto il profilo strettamente processuale, segue a tale divieto già esclusivamente nella fase presidenziale e in questo senso nessuna decadenza il legislatore poteva al riguardo prevedere . Ed invero il mancato deposito della memoria difensiva non preclude al



convenuto di comparire all'udienza e di esplicitare ivi le proprie difese, anche con l'assistenza di un difensore.

Quanto, poi, all'esplicazione del diritto di difesa del convenuto nell'ambito dell'intero giudizio, non può non osservarsi che non concedere al convenuto la possibilità di depositare memoria e documenti oltre il termine assegnatogli in alcun modo incida sul diritto di difesa de quo, attesa la sua successiva costituzione, la sua possibilità di produrre documenti nei termini di rito e la possibilità per lo stesso di richiedere in ogni momento la modifica dell'ordinanza presidenziale nei termini oggi espressamente voluti dal legislatore.

Sempre con riferimento alla questione in esame, ritengo opportuno aggiungere che il sopra esposto "sbarramento" delle difese del convenuto non può operare ogni qualvolta il contrasto tra le parti attiene a materia indisponibile e richiede accertamenti istruttori anche ex officio.

Di talchè, qualora il convenuto- che non abbia presentato memoria difensiva e documenti nel termine assegnatogli – innanzi al Presidente riferisca, ad es., di un procedimento aperto ex art. 333 o addirittura ex art. 330 c.c. nei confronti della ricorrente che chiede l'affidamento dei figli, alla necessità di accertamento della questione può seguire l'opportunità di assegnare al convenuto stesso un termine per documentare agli atti quanto riferito oralmente.

E' doveroso aggiungere che, rispetto alla questione sopra esaminata, sembra maggioritaria la posizione di chi ritiene che nessuna preclusione derivi dal mancato rispetto del termine fissato dal Presidente per il deposito della memoria difensiva e che, in caso di deposito tardivo, potrà solo seguire la concessione di termine a difesa, con eventuale slittamento dell'udienza (v. *Prassi CSM* pag.11) .



Sempre l'art. 706 c.p.c prevede che “ **al ricorso e alla memoria difensiva sono allegati le ultime dichiarazioni dei redditi presentate**”.

La suddetta disposizione è stato oggetto di esame e discussione – a mio sommo avviso forse “eccessivo” - nei primi commenti della legge, affermandosi che la formula estremamente generica non consente una qualificazione giuridica dell'attività in questione né prevede possibili sanzioni, di talchè a prima vista sarebbe arduo consentire l'attività in esame come espressione di un **onere** in senso stretto in capo alle parti .

In realtà, se si vuole evitare di considerare la disposizione legislativa come lettera morta, non si può non assegnare alla stessa una specifica **valenza precettiva**, riconoscendo che l'attività in esame non può non essere considerata doverosa e che la mancata produzione debba essere tenuta in considerazione dal presidente come comportamento valutabile ai fini dell'emanazione del provvedimento.

Appare evidente che sarebbe stata una scelta legislativa più opportuna ancorare la produzione de qua all'udienza presidenziale, posto che la memoria difensiva costituisce una facoltà per il convenuto e quindi appare una scelta bizzarra ancorare un onere ad un'attività che può anche mancare, venendo di fatto a “ premiare” la posizione del convenuto che voglia rimanere inerte anche sul fronte della produzione della dichiarazione dei redditi.

Solo quanto sopra detto in ordine alla valenza precettiva della disposizione scongiura la ipotetica natura premiale della norma.

Sotto il **profilo contenutistico** la dottrina ha poi sottolineato che l'espressione utilizzata dal legislatore possa interpretarsi sia nel senso che ciascun coniuge debba presentare le “ultime” dichiarazioni e quindi le dichiarazioni degli ultimi anni sia nel senso che ciascun coniuge debba presentare la sua “ultima” dichiarazione dei redditi.



A me sembra che, tenuto anche conto della pregressa disposizione di cui all'art 5 Legge divorzio, sia preferibile- come in realtà da più parti sostenuto – la prima interpretazione, anche se mi rendo conto che è necessario colmare in via interpretativa quella che è una lacuna della disposizione, dandosi all'espressione “ultime” il contenuto di “ultime due” o “ultime tre” dichiarazioni.

Non solleva problemi l'ultimo comma dell'art. 706 che prevede, al pari del n. 4 dell'art. 4 della Legge sul divorzio – vecchia e nuova formulazione – l'indicazione nel ricorso dell' “esistenza di figli legittimi, legittimati o adottati da entrambi i coniugi durante il matrimonio”.

4)COMPARIZIONE PERSONALE DELLE PARTI (ART. 707 E PRIMA PARTE PUNTO 7 DELL'ART. 4 LEGGE DIVORZIO). TENTATIVO DI CONCILIAZIONE (ART. 708 E SECONDA PARTE COMMA 7 E COMMA 8 DELL'ART. 4).

A norma della nuova formulazione del primo comma dell'art. 707 e del primo capoverso del comma 7 dell'art.4 Legge divorzio, “ *i coniugi devono comparire personalmente davanti al presidente **con l'assistenza del difensore***”.

Immediata appare la diversità letterale tra le suddette disposizioni e quelle precedenti, ove era testualmente scritto “ senza assistenza del difensore” nel procedimento di separazione e nulla era detto al punto 7 dell'art. 4.

La previsione in oggetto merita un approfondimento in ordine alla sua reale portata ed effettivo contenuto.

A) **EFFETTI** -In primo luogo giova osservare che se la nuova formulazione non pone questioni di sorta per il ricorrente – posto che lo stesso si è già costituito in giudizio al momento del deposito del ricorso introduttivo sottoscritto da un difensore munito di procura – diverse considerazioni vanno svolte per il convenuto che non ha certo l'onere di costituirsi in giudizio per poter partecipare alla fase presidenziale.



Ebbene, a me non sembra che con la nuova disposizione si sia voluto sancire la obbligatorietà dell'assistenza (come eppure sostenuto da autorevole dottrina, sul presupposto che anche la fase presidenziale ha natura contenziosa in quanto involge la statuizione su diritti potenzialmente già in contesa) e pertanto affermare che il convenuto possa comparire personalmente all'udienza solo se assistito da difensore.

L'obbligatorietà dell'assistenza mi sembra un soluzione eccessivamente rigorosa e che verosimilmente il legislatore non voleva .

A me sembra che il legislatore, sia pur con molto ritardo, abbia inteso recepire il principio sancito dalla **Corte Costituzionale con la sentenza n. 151 del 30.6.71** che, come è noto, dichiarava l'illegittimità costituzionale degli artt. 707 comma I e 708 c.p.c. per violazione dell'art. 24 Cost. ***“nella parte i cui ai coniugi comparsi personalmente davanti al presidente del tribunale, e in caso di mancata conciliazione, è inibito di essere assistito dai rispettivi difensori”***.

In questo senso può ritenersi che il legislatore abbia voluto rimuovere il divieto prima previsto nel codice (di fatto già rimosso dalla sentenza della Corte) e sancire la possibilità per le parti dell'assistenza tecnica nella fase presidenziale, ma non già imporne l'assoluta necessità.

B) **PORTATA** - Il richiamo alla sentenza della Corte Costituzionale, in uno al tenore delle espressioni utilizzate dal legislatore nel successivo **art. 708** (e nella seconda parte del comma 7 e nel comma 8 dell'art. 4), consentono di delineare anche il contenuto dell'assistenza.

Nelle disposizioni or ora richiamate è previsto che il Presidente debba sentire i coniugi prima separatamente e poi congiuntamente e redigere processo verbale di conciliazione se i coniugi si conciliano.



Se la conciliazione non riesce, il Presidente, sentiti i coniugi **ed i rispettivi difensori**, da con ordinanza i provvedimenti opportuni nell'interesse della prole e dei coniugi .

A me sembra che la lettura di questa disposizione in uno alla lettura del principio dettato dalla Corte Costituzionale- volto a censurare il sistema previgente nella parte in cui, **nella fase successiva all'audizione dei coniugi**, non consentiva agli stessi di essere assistiti da un difensore in relazione ai provvedimenti che il Presidente si accingeva ad emanare una volta verificato l'esito negativo del tentativo di conciliazione- consente di affermare che l'assistenza di cui si discute non riguardi l'audizione delle parti che il Presidente fa al primario fine della conciliazione e quindi non legittimi la partecipazione del difensore alla prima parte dell'udienza presidenziale e cioè quella in cui si svolge l' audizione delle parti finalizzata alla conciliazione, ma unicamente la partecipazione del difensore alla seconda parte dell'udienza presidenziale e cioè quella che si svolge, una volta fallito il tentativo di conciliazione, in funzione del provvedimento provvisorio (così Graziosi, citato in Le Prassi giudiziali nei procedimenti di separazione e divorzio- CSM pag. 210).

Del resto, mi sembrerebbe forzato e non rispondente allo spirito della legge (che a tutt'oggi parla di interrogatorio separato e poi congiunto delle parti e che a tutt'oggi sembra attribuire a tale audizione un significato importante nella misura in cui consente il contatto diretto tra coniugi ed il giudice destinato a dirimere la loro crisi coniugale) ritenere che il difensore debba partecipare all'interrogatorio della parte che assiste e rispondere in sua vece (così *F. Danovi* op. cit.) o che addirittura (così *F. Cipriani* in Foro Italiano 2005, pagg. 140 e ss)debba partecipare all'interrogatorio dell'altra parte nella logica ed in funzione di un contro- esame che è assolutamente estraneo al procedimento in oggetto.

Non mi soffermo sulle ipotesi per così dire *patologiche* di assenza delle parti e cioè quelle in cui manca il ricorrente o il convenuto, posto che le stes-



se ricevono dalle nuove disposizioni una disciplina sostanzialmente analoga a quella precedente.

5) PROVVEDIMENTI DEL PRESIDENTE ED INIZIO DELLA FASE PROPRIAMENTE CONTENZIOSA (ARTT. 708 E 709 NONCHÉ COMMI 8, 9, 10 DELL'ART. 4 LEGGE DIVORZIO).

L'art. 708 prevede che il Presidente, una volta fallito il tentativo di conciliazione, con ORDINANZA da i provvedimenti opportuni, NOMINA Il G.I e fissa UDIENZA innanzi a quest'ultimo che oggi è di **comparizione e trattazione**.

L'art. 709 prevede che tale ordinanza (così come previsto dal vecchio 709, operante sino a quando lo stesso è stato superato dalla legge sul divorzio per effetto dell'art. 23 di cui oltre diremo) sia notificata dall'attore al convenuto non comparso nel termine perentorio assegnatogli dal Presidente, con la espressa previsione che tra l'ordinanza di fissazione dell'udienza (o la data di notifica) e l'udienza innanzi al g.i. devono intercorrere i termini di cui all'art. 163 bis ridotti alla metà.

L'espressione letterale utilizzata dal legislatore (convenuto non comparso) sembra voler indicare l'intento della norma di onerare il ricorrente della notifica de qua tutte le volte in cui il convenuto non sia comparso in udienza, a prescindere quindi dal fatto che lo stesso abbia depositato una memoria difensiva.

Cosa succede in caso di **omessa o tardiva notifica dell'ordinanza** in oggetto?

Anche questa è una questione ancora aperta e che vede soluzioni contrastanti.

Da parte di alcuni (e in questo senso è orientato il Tribunale di Catania) si ritiene infatti che all'ipotesi de qua sia *tout court* applicabile la disciplina di cui all'**art. 183 I comma c.p.c.** e quindi la normativa ivi richiamata degli artt.



164 e 291 stesso codice, con la conseguenza che, salva la condotta sanante del convenuto, il giudice istruttore debba ordinare la rinnovazione della notifica e fissare una nuova prima udienza di comparizione e trattazione (e, conseguentemente, disporre la cancellazione della causa dal ruolo in caso di reiterata condotta omissiva).

Altri invece ritengono che all'omessa notifica dell'ordinanza presidenziale segua l'estinzione del giudizio ex art. 307 III comma c.c. (così Cipriani) e altri ancora, equiparando la situazione de qua alle ipotesi di mancata comparizione del ricorrente e di rinuncia al ricorso di cui al II comma dell'art. 707 c.p.c., parlano di sopravvenuta inefficacia della domanda.

Personalmente ritengo tecnicamente più corretta tale ultima soluzione, posto che la ratio della norma non è solo quella di assicurare le esigenze di difesa del convenuto non comparso ma anche quella di verificare la volontà del ricorrente di voler procedere alla separazione . Credo, peraltro, che la sanzione dell'estinzione del giudizio potrebbe favorire una condotta volutamente inerte del ricorrente (che potrebbe avvantaggiarsi, ex art. 189 bis disp.att.c.p.c., della persistenza di un provvedimento presidenziale a lui particolarmente favorevole) e che l' automatica applicabilità al caso di specie dell'art. 183 I comma c.c. poco giustificata sia nell'ipotesi di conclamata omissione dell'onere che, a ben vedere, è imposta entro termini espressamente qualificati perentori dall'art. 709 c.p.c. .

Sempre con la STESSA ORDINANZA il Presidente assegna **il termine** per il deposito in cancelleria della famosa “memoria integrativa” che deve avere il contenuto di cui all'art. 163 terzo comma numeri 2- (nome, cognome e residenza delle parti), 3 –(determinazione della cosa oggetto della domanda)- ,4 – (esposizione dei fatti e degli elementi di diritto che costituiscono oggetto della domanda, 5 (mezzi di prova), 6 (nome e cognome procuratore e indicazione della procura) ed il **termine** al convenuto per la sua costituzione in giu-



dizio ai sensi degli articoli 166 e 167 nonché per la proposizione di eccezioni processuali e di merito non rilevabili di ufficio .

Nell'ottica di una memoria integrativa che contiene domande nuove ed in funzione di una effettiva tutela del diritto di difesa del convenuto appare assolutamente necessario, così come sopra si è già anticipato, che i termini assegnati dal presidente **siano congruamente distanziati** tra loro, e ciò al fine di consentire al convenuto di venire a conoscenza delle effettive pretese del ricorrente e di poter replicare alle stesse.

Mi sembra evidente che l'accelerazione impressa alla fase presidenziale sconti i suoi effetti nell'inizio della fase innanzi al g.i., proprio perché quanto or ora detto in ordine alla congrua distanza tra i due termini rende assolutamente inverosimile (specie allorché vi è da notificare l'ordinanza) una udienza di comparizione e trattazione temporalmente prossima alla udienza presidenziale.

Con la STESSA ORDINANZA il Presidente inoltre da l'avvertimento al convenuto che una costituzione oltre il termine assegnatogli importa le decadenze di cui all'art. 167 nonché l'impossibilità di proporre eccezioni processuali e di merito non rilevabili di ufficio.

6) GIUDIZIO INNANZI AL GIUDICE ISTRUTTORE (ART. 709 BIS E COMMA II ART. 4 LEGGE DIVORZIO)

Con le disposizioni sopra indicate il legislatore in modo chiaro e univoco pone il principio dell'applicabilità ai giudizi di separazione e divorzio del rito ordinario di cognizione, smentendo la tesi in passato da taluni sostenuta in ordine alla "*specialità integrale del rito*".

Le suddette norme infatti sanciscono che " all'udienza davanti al g.i. si applicano le disposizioni di cui agli articoli 180 e 183, ad eccezione, per tale ultima disposizione del comma n. 3 e cioè quella relativa alla richiesta congiunta di interrogatorio libero delle parti, e 184 c.p.c.



7) ART.23 L. 74/87

Una questione che merita approfondimento è quella relativa alla **perdurante vigenza o meno** nel sistema della **disposizione “transitoria” di cui all’art. 23 L. 74/87** che, come è noto, nel dettare la regola a tenore della quale “ *fino all’entrata in vigore del nuovo testo del codice di procedura civile, ai giudizi di separazione si applicano, in quanto compatibili, le regole di cui all’art. 4 L. 897/70 come sostituito dall’art. 8 della presente legge*”, sino ad oggi ha costituito il riferimento normativo per la tendenziale uniformità dei procedimenti di separazione e divorzio e che comunemente è stata ritenuta applicabile anche a seguito della novella del rito civile attuata con la Legge n. 353/90 e successive modifiche, non essendosi attribuita alla suddetta riforma valenza interamente sostitutiva del codice di rito

La questione non è di poco momento perché alla lettura comparata delle disposizioni di cui agli artt. 706 e ss. e art. 4 legge divorzio emerge, in modo evidente, la previsione in tale ultima disposizione di istituti che non vengono contemplati nel giudizio di separazione e che sino ad oggi venivano - o comunque potevano venire trasposti - nel giudizio di separazione per effetto del citato art. 23.

Per citarne alcuni tra i più significativi si pensi A) alla nomina del curatore speciale del convenuto da parte del presidente qualora il convenuto sia malato di mente o legalmente incapace; B) all’audizione dei figli minori in sede presidenziale ; C) alla sentenza non definitiva prevista per il divorzio e non prevista nel giudizio di separazione.

Sotto tale profilo si può ritenere che tale disposizione, sia pur non formalmente abrogata, sia oggi stata archiviata per effetto della L. 80/2005 ?

L’interrogativo si pone perché anche se è indubbio che l’attuale legge non ha sostituito il codice di rito, è altresì indubbio che il significato dell’art. 23 era quello di attendere una riforma legislativa che stabilisse un nuovo e com-



pleto assetto regolamentare per il giudizio di separazione, assetto che la attuale legge ha voluto realizzare.

Partendo da quest'ultimo rilievo, alcuni studiosi (v. *Mario Finocchiaro* op. cit.) hanno dato per certa l'abrogazione implicita dell'art. 23 e si è in più ritenuto che la mancata previsione degli istituti di cui sopra si è detto in seno al giudizio di separazione costituisca una scelta consapevole del legislatore di escludere gli istituti stessi dall'area del giudizio di separazione .

Tale impostazione – che conseguentemente esclude la applicazione analogica al giudizio di separazione di istituti previsti nel divorzio e che muove dal ritenere consapevole una scelta legislativa che forse non è tale – non mi sembra condivisibile.

Sono infatti dell'avviso che verosimilmente l'art. 23 non esiste più, ma che ciò non osta ad un'applicazione analogica dei suddetti istituti al giudizio di separazione.

Ed invero, “ *la volontà del legislatore sembra essere quella di volere con forza l'uniformità dei riti ed in questa prospettiva l'impianto complessivo della riforma induce a configurare la nuova disciplina come un settore globalmente unitario, all'interno del quale eventuali lacune possono sempre essere ovviate mediante un riferimento e un richiamo a disposizioni appartenenti alla stessa area normativa*” (così *Danovi* op. cit.).

Non si può poi tralasciare la considerazione che alcuni degli istituti di cui sopra si è detto vivono nel sistema vuoi per l'impulso delle convenzioni internazionali, vuoi per l'opera della dottrina, vuoi per l'interpretazione della giurisprudenza, esprimendo valori e acquisizioni che la riforma non può aver voluto (almeno consapevolmente) voluto sopprimere.

Si pensi all'audizione del minore.

Dopo la Convenzione di New York del 20.11.89, ratificata in Italia con la legge 27.5.91 n. 176 – per cui il minore va sentito in ogni procedimento che



lo riguarda – e dopo la Convenzione europea di Strasburgo sull'esercizio del diritto dei fanciulli del 25.1.96, ratificata con la Legge 20.2.2003 n. 77 – per cui il minore ha diritto di essere sentito nei procedimenti che lo riguardano-, mi sembra difficile poter ipotizzare che dal gennaio 2006 nel giudizio di separazione (ove l'audizione del minore è molto più utile che nel giudizio di divorzio) il Presidente non possa sentire il minore quando, in presenza di un affidamento conteso, ritenga l'audizione stessa necessaria o anche solo fortemente opportuna nell'interesse del minore.

Si pensi all'ammissibilità di una sentenza non definitiva sul solo status della separazione.

Già con la **sentenza n. 15248 resa a sezioni unite il 3.12.2001** la **Cassazione** ha sottolineato l'autonomia concettuale tra domanda (e relativa pronuncia) di separazione e domanda (e relativa pronuncia) di addebito, legittimando in tal modo l'emanazione di una sentenza sul solo status delle parti.

8) RECLAMABILITA' DEI PROVVEDIMENTI PROVVISORI

E' noto che sino alla introduzione della normativa n. 80/2005 sulla questione della reclamabilità o meno dei provvedimenti provvisori emessi dal Presidente e degli altri provvedimenti di analoga natura emessi dal g.i. nel corso del giudizio si registrava un notevole spaccamento tra la giurisprudenza di merito, quasi compattamente orientata a negare la reclamabilità dei provvedimenti in questione e la dottrina che invece affermava tale reclamabilità e che plaudeva all'orientamento in tal senso espresso dal Tribunale di Genova, di cui si diceva visse “ *in splendida solitudine*” nel panorama della giurisprudenza italiana.

L'entrata in vigore, in data 1.3.2006, della normativa di cui alla Legge 14.3.2005 n. 80 ha riaccessato la questione in esame .

Già nei primissimi commenti della suddetta normativa si era infatti sottolineato, da taluni, che il legislatore, nulla dicendo al riguardo, aveva perso una



notevole occasione in tal senso, mentre da altri era stato affermato che, alla luce delle nuove norme dettate nella materia cautelare, non poteva dubitarsi della reclamabilità dei provvedimenti in questione.

In particolare rapidamente ha acquistato consenso in dottrina la tesi (v. *F. Cipriani* op. cit.) secondo la quale “l’attenuazione” del principio della strumentalità del giudizio cautelare rispetto al giudizio di merito determinata dalla riforma – con le disposizioni in ordine alla non necessità del giudizio di merito e, soprattutto, all’efficacia del provvedimento cautelare anche dopo l’estinzione del giudizio (art. 669 octies VI comma)- costituiva il principio normativo con cui bisognava necessariamente confrontarsi per affrontare in modo corretto la tematica della reclamabilità dei provvedimenti de quibus e dalla formulazione del quale sarebbe venuto a cadere ogni ostacolo – per il venir meno di un elemento sino ad allora distintivo dei provvedimenti provvisori – alla reclamabilità dei suddetti provvedimenti .

La questione è stata ancor più alimentata, con una evidente radicalizzazione delle contrapposte posizioni al riguardo, dalla (immediatamente) successiva entrata in vigore, in data 16.3.2006, della **Legge n. 54 del 2006** con la quale, introducendosi il nuovo IV comma dell’art. 708 c.p.c, è stato previsto il reclamo innanzi alla Corte d’Appello dei provvedimenti emessi dal Presidente.

Senza pretese di completezza o di originalità, ritengo che, in una doverosa valutazione della lettera e delle finalità dei due interventi normativi ed in un’altrettanto doverosa lettura d’insieme degli stessi, in una più che opportuna valorizzazione della nuovo assetto bifasico del procedimento di separazione, in una sempre necessaria esaltazione della peculiarità del “sottosistema processuale del diritto di famiglia” e della reale natura provvedimenti interinali che lo caratterizzano, nella dovuta considerazione dei principi generali della tassatività dei mezzi di impugnazione e di economia processuale, nella meditata non enfaticizzazione del doppio grado di giurisdizione, l’attuale sistema normativo presenti una sua coerenza e chiarezza .



In questo senso e pienamente condividendo le argomentazioni svolte dalla Corte di Appello di Bari nell'ordinanza emessa in data 16.6.2006, affannosi mi sembrano i reiterati tentativi dottrinali di interpretazione estensiva, analogica e costituzionalmente orientata delle disposizioni vigenti per sostenere ancora oggi la reclamabilità dei provvedimenti provvisori emessi dal g.i., vuoi ai sensi dall'art. 708 Il comma vuoi ai sensi dell'art. 669 terdecies.

Ed invero, quanto alla prima opzione interpretativa (compattamente esclusa dalle Corti di Appello : v. tra le altre ordinanze delle Corti di Appello Cagliari, Roma, Milano pubblicate in Foro Italiano 2006, pagg. 3242 e ss.), non mi sembra, in primo luogo, che sia così scolastico e poco illuminato (sostanzialmente in questi termini Costanzo Cea in Foro Italiano 2006 pag 95) ritenere ostativa alla stessa il dato letterale della norma e quindi l'applicazione del principale criterio ermeneutico " ubi lex voluit, dixit".

Ritengo inoltre che tale interpretazione letterale della norma sia pienamente coerente con l'intento del legislatore, facilmente ricostruibile se insieme si valutano i due suoi pressoché coevi interventi normativi e si guarda all'ambito, alla natura e all'oggetto del reclamo speciale di cui all'art. 708 Il comma c.p.c.

A mio modo di vedere, alla circostanza che il legislatore del 2005 non avesse previsto la reclamabilità dei provvedimenti presidenziali e del g.i. non poteva attribuirsi il valore di una "svista" ma al contrario la stessa andava intesa come volontà del legislatore di escludere la reclamabilità cautelare dei provvedimenti in questione.

Il legislatore aveva preso chiaramente posizione sugli effetti del provvedimento presidenziale (espressamente chiarendo, all'art. 709 c.p.c. che " i provvedimenti temporanei ed urgenti assunti dal presidente con l'ordinanza di cui al terzo comma possono essere revocati o modificati dal giudice istruttore") e nella nuova formulazione dell'art. 4 il legislatore aveva ribadito quanto già era contenuto in precedenza nello stesso articolo e cioè l'applicabilità al



provvedimento presidenziale reso in sede di divorzio della disposizione di cui all'art. **189 disp. Att. C.p.c** e cioè la natura esecutiva del titolo e – per ciò che qui maggiormente rileva- l'efficacia del provvedimento anche dopo l'estinzione del processo.

Ebbene, 1) a fronte di tale evidente e chiara regolamentazione degli effetti del provvedimento presidenziale, 2) a fronte di una normativa che, con i suoi limiti, aveva inteso operare una riforma organica e chiara dei procedimenti di separazione e divorzio e degli istituti in essi coinvolti, 3) a fronte di una normativa che aveva inteso prendere posizione su questioni controverse nella giurisprudenza, quali quella del momento della costituzione del convenuto, bocciando così il c.d. “rito ambrosiano”,4) a fronte di una normativa che aveva sancito espressamente la applicabilità del disposto di cui all'art. 669 terdecies a taluni provvedimenti non direttamente riconducibili alla materia cautelare (prevedendo l'ammissibilità del reclamo per il provvedimento di sospensione dell'esecuzione di cui all'art. 624 c.p.c, e per il provvedimento di sospensione adottato sempre dal giudice dell'esecuzione ex art. 512 c.p.c.), sembra veramente impossibile pensare che l'omessa previsione della reclamabilità sia stata una svista e più logico ritenere invece che la “non reclamabilità” nelle forme del reclamo cautelare dei provvedimenti in questione fosse stata una precisa scelta normativa.

Ritengo che la novella apportata dal legislatore alla normativa in esame con l'introduzione del II comma dell'art. 708 c.p.c. non costituisca un tanto improvviso quanto totale “*revirement*” rispetto alla scelta normativa di cui si é detto ma una sostanziale conferma della stessa, nella misura in cui continua a non affermare la reclamabilità dei provvedimenti del g.i. ed introduce nel sistema uno strumento di impugnazione del tutto peculiare, volto a chiudere, in un'ottica di garanzia di difesa delle parti, la fase presidenziale, e che è sostanzialmente estraneo al reclamo cautelare.



Sotto tale profilo diverse sono le considerazioni che mi sembrano utili. La norma di cui all'art. 708 II comma in alcun modo richiama la disciplina del reclamo cautelare ed anzi significativamente se ne differenzia nella parte relativa ai termini per impugnare (10 giorni dalla notificazione del provvedimento, laddove il - poco prima riformato- I comma dell'art. 669 terdecies prevede che il reclamo sia fatto nel termine di giorni 15 dalla pronuncia in udienza ovvero dalla comunicazione o notificazione se anteriore).

Condividendo pienamente le prime applicazioni giurisprudenziali della norma (v. tra le altre Corte di Appello Catania dell'1.2.2007; Corte di Appello Lecce 19 Dicembre 2006; Corte di Appello Bologna 8.5.2006), ritengo che lo strumento in questione – mutuando la natura sommaria e meramente provvisoria tipica del provvedimento impugnato - valga unicamente a rilevare profili di manifesta erroneità dell'ordinanza presidenziale e a condurre ad una rivisitazione della stessa nell'ipotesi di una non corretta valutazione del Presidente del materiale acquisito in quella sede, ma non già a consentire alle parti l'acquisizione di nuovo materiale probatorio o l'esposizione di fatti nuovi sopravvenuti, pena l'inutile e inammissibile duplicazione di processi e attività istruttoria (uno innanzi al g.i. e uno innanzi alla Corte di Appello) e a tutto discapito del potere espressamente attribuito dal g.i. di revocare e o modificare il provvedimento presidenziale.

E se così è, ancor più evidente è la differenza con il reclamo cautelare, relativamente al quale è espressamente previsto che “ *le circostanze e i motivi sopravvenuti al momento della proposizione del reclamo debbono essere proposti, nel rispetto del principio del contraddittorio, nel relativo procedimento*”(art. 669 terdecies III comma c.p.c.).

Ne deriva che, contrariamente a quanto da sostenuto da qualche Tribunale (v. Tribunale Trani 28.4.2006 in Foro It. 2006 pag. 2214 e ss), non appare corretto affermare che il reclamo di cui all'art. 708 II sia nella sostanza un vero e proprio reclamo cautelare caratterizzato dal fatto che, in deroga alla



ordinaria competenza del Collegio prevista dal II comma dell'art. 669 terdecies, competente a decidere sullo stesso sia la Corte di Appello .

Mi sembra invece più corretto affermare che il reclamo in oggetto è un mezzo di impugnazione del tutto tipico ed eccezionale, che nella sostanza e nelle forme integra un vero e proprio reclamo camerale ex art. 739 c.p.c. e rispetto al quale, pertanto, non può ipotizzarsi l'applicazione per analogia delle norme del reclamo cautelare così come non può ipotizzarsi un'interpretazione estensiva dei provvedimenti che ne possano costituire l'oggetto .

Non può pertanto affermarsi (così come ritiene, a dire il vero da solo e con una motivazione non chiara, il Tribunale di Genova : v. Ordinanza del 2.5.2006 in Foro Italiano 2006, pag. 22149) che possano essere reclamati innanzi alla Corte di Appello anche i provvedimenti interinali emessi dal g.i.

Mi sembra opportuno aggiungere che la previsione del mezzo di impugnazione in oggetto, con il contenuto ora delineato, trovi una sua forte giustificazione nel nuovo assetto fornito dal legislatore al processo di separazione, caratterizzato da una netta demarcazione tra le due fasi e cioè la fase presidenziale e quella innanzi al g.i. e dalla natura non propriamente contenziosa della fase presidenziale.

In tale contesto, non mi sembra che colgano nel segno le osservazioni di chi ritiene che alla prevista possibilità del reclamo avverso l'ordinanza presidenziale non possa che seguire, in via interpretativa, la reclamabilità, ex art. 669 terdecies, delle ordinanze emesse dal g.i. nel corso del giudizio, pena un'ingiustificata diversità di trattamento di provvedimenti analoghi nella sostanza.

Se, infatti, è vero che i provvedimenti de quibus partecipano della stessa natura provvisoria e che non presentano differenze di contenuti, è altresì vero che, proprio la loro emanazione in fasi processuali diverse ed in contesti diversi, giustifica il loro diverso trattamento .



Il reclamo in sede presidenziale ha il vantaggio di portare ad una tempestiva modifica dell'ordinanza presidenziale che sia palesemente errata e, nel contempo, non costituisce un intralcio per la successiva fase del giudizio ove il tema decidendum può maggiormente approfondirsi e ove le valutazioni svolte dal giudice istruttore, per il naturale svolgimento del giudizio, sono sottoposte al vaglio del Collegio in sede di decisione molto prima di quanto non lo siano le statuizioni presidenziali.

Ben diversa e ben più pesante, in termini di appesantimento e parcellizzazione del giudizio, sarebbe stata la previsione di un analogo mezzo di impugnativa in relazione ai provvedimenti emessi dal g.i. .

A questo proposito è utile sottolineare che in un procedimento di separazione, specie quando è alta la conflittualità dei coniugi o quando vi sono situazioni veramente complesse, al provvedimento provvisorio seguono, in fase istruttoria, numerose istanze di modifica e revoca (vedremo, nella parte sub 9, quale è oggi il loro possibile contenuto) cui seguono altrettanti provvedimenti provvisori . E numerosi sono anche i provvedimenti provvisori che ex officio il g.i. adotta a modifica o revoca dei precedenti provvedimenti, specie in occasione e in ragione della contemporanea pendenza di un giudizio innanzi al T.M. che riguardi i minori della famiglia in crisi .

Nell'alto numero dei provvedimenti è proprio insito il rischio di un'eccessiva parcellizzazione del giudizio, con l'ulteriore rischio di uno svuotamento dei poteri e delle facoltà del g.i.

Le considerazioni sopra svolte in ordine alla non previsione nel sistema della reclamabilità dei provvedimenti del giudice istruttore, sulla non opportunità e proprio direi sulla non praticabilità del loro reclamo si accompagnano, a mio modo di vedere, alle considerazioni che il provvedimento "temporaneo e urgente" (tanto quello del Presidente quanto quello del g.i.) non è un provvedimento cautelare, ma un provvedimento sommario solo *latu sensu* anticipatorio la cui funzione non è quella di paralizzare il periculum in mora classico



del provvedimento cautelare, ma quella di avviare una regolamentazione - provvisoria e urgente (e l'urgenza sta qui nella natura delle cose: l'affidamento di un minore è urgente perché, fronte della disgregazione delle crisi coniugale, è urgente regolamentare le sue prossime condizioni di vita nel senso che è urgente individuare il luogo in cui dovrà vivere, il soggetto che dovrà prendersi cura del suo quotidiano)- di quelle che saranno, in sede di decisione, le future condizioni della separazione .

E sotto tale profilo, non si può non sottolineare che i provvedimenti de quibus – contrariamente ai provvedimenti cautelari- non debbono essere necessariamente emessi in funzione della situazione che verrà a crearsi al momento della sentenza ma devono ovviare alle varie necessità del momento (tipico è il caso della sentenza che sopraggiunga dopo il raggiungimento della maggiore età dei figli e che in quanto tale nulla statuisce sull'affidamento dei figli, che pure è stato oggetto di provvedimento provvisorio).

Il rapporto tra questi provvedimenti e la sentenza definitiva – a differenza che per le misure cautelari in senso proprio- non si pone in termini di conferma, revoca o riforma, ma semmai di assorbimento, nell'ambito di una valutazione degli elementi di fatto che sussistono al momento della decisione.

Anche sotto il profilo strutturale non si può non notare che si tratta di provvedimenti che talvolta possono essere emanati **ex officio** .

Mi sembra opportuno ribadire che proprio la non revisione dell'art. 189 bis c.p.c. e la necessità avvertita dal legislatore di reiterare l'applicabilità della suddetta disposizione anche ai provvedimenti presidenziali del divorzio ancora una volta confermino la volontà del legislatore della riforma di ritenere i provvedimenti in oggetto come "provvedimenti diversi" dai provvedimenti cautelari, con un proprio e caratteristico regime.

Ed infatti, se così non fosse stato e cioè se il legislatore avesse ritenuto i provvedimenti in oggetto provvedimenti cautelari, la loro sopravvivenza



all'estinzione del giudizio sarebbe derivato dal principio generale oggi sancito dal legislatore e pertanto il richiamo alla norma dell'art. 189 bis sarebbe stato del tutto pleonastico. Ma è noto che le norme processuali non possono avere un significato pleonastico e/o ripetitivo.

9) RAPPORTO TRA RECLAMO E MODIFICA DELL'ORDINANZA PRESIDENZIALE.

Ritengo che le considerazioni sopra esposte sulla natura, sull'ambito e sulla finalità del reclamo di cui all'art. 708 II comma c.p.c. possano condurre ad una interpretazione sistematica della suddetta disposizione con quella di cui all'art. 709 ultimo comma c.p.c. (*“i provvedimenti temporanei ed urgenti assunti dal presidente con l'ordinanza di cui al terzo comma dell'art. 708 possono essere revocati o modificati dal giudice istruttore”*) che sia in linea con il principio generale di buon andamento della giustizia, rispetto al quale di fondamentale importanza appare la necessità di evitare tanto la duplicazione di procedimenti aventi lo stesso oggetto, quanto ogni possibilità di *judicial shopping* per usare un'espressione cara alla dottrina .

In questo senso escludo che i due rimedi possano ritenersi **alternativi** tra di loro (così invece le *Prassi Giudiziali CSM* pagg. 218) e che solo la scelta dell'uno “consumi” il potere della parte di optare per l'altro, con l'unica conseguenza che, in pendenza del reclamo, la parte non possa contestualmente richiedere la modifica dell'ordinanza presidenziale al g.i. o che, in ipotesi di istanza di modifica innanzi al g.i., la parte non possa più proporre impugnativa innanzi alla Corte di Appello.

Tale scelta interpretativa, infatti, pone al riparo dal rischio della contemporanea pendenza di due procedimenti aventi lo stesso oggetto innanzi a due diverse autorità giudiziarie, ma non tutela da un'ingiustificata scelta del giudice dell'impugnativa, sviscerando enormemente la portata dell'art. 708 II comma



c.p.c. e soprattutto non garantisce, in concreto, ad entrambe le parti pari certezze di tutela e strumenti .

In tale ottica alternativa, infatti, tra i due rimedi possibili prevale quello che per primo viene azionato da una delle parti o, in caso di contemporaneo ricorso innanzi a g.i. e alla Corte di Appello, il provvedimento che per prima viene depositato da una delle due suddette autorità .

In questo senso ritengo che, qualora si voglia aderire alla tesi dell'alternatività dei suoi strumenti, debba optarsi per un rapporto di rigida alternatività tra reclamo e revoca in un'ottica di priorità del primo sulla seconda, nel senso che non solo la pendenza del reclamo osta alla proposizione di un'istanza di modifica innanzi al g.i. ma che, anche nella pendenza del termine per proporre il reclamo (quindici giorni dalla notifica del provvedimento presidenziale o un anno dal deposito dello stesso), la parte che voglia ottenere una rivisitazione del provvedimento ex art. 708 c.p.c. perché lo ritenga assolutamente errato alla luce delle emergenze processuali acquisite nella fase presidenziale non possa che proporre impugnativa innanzi alla Corte di Appello, senza poter contemporaneamente invocare una contestuale modifica innanzi al g.i.

Nel tentativo di ridurre al minimo gli inconvenienti sopra indicati, non mi sembra tuttavia forzato costruire il rapporto fra reclamo e revoca in modo ancora più rigido e ritenere cioè che il reclamo all'ordinanza presidenziale innanzi alla Corte di Appello costituisca l'unico strumento e l'unica sede per esporre eventuali rilevi critici all'ordinanza presidenziale sul presupposto che non siano state correttamente valutate dal Presidente tutte le circostanze esposte dai coniugi o non siano state esattamente lette le loro produzioni documentali (così Tribunale Trani sopra citato).

Ritengo che tale impostazione abbia il duplice vantaggio di evitare, ancor più di quanto non lo faccia la tesi sopra esposta della rigida alternatività dei due strumenti, gli inconvenienti sopra indicati e contestualmente di garan-



tire ad entrambe le parti, in un'ottica di certezza di tutela, le stesse chances difensive ma soprattutto consente di ritenere, già sotto il profilo sistematico, non ammissibile un intervento del g.i. su un'ordinanza presidenziale già oggetto di esame da parte della Corte di Appello perché reclamata .

Inammissibilità, questa, che va a tutto vantaggio del principio generale dell'economia processuale e della necessità di assicurare in concreto alla decisione emessa dalla Corte di Appello quella stabilità connaturale ad ogni provvedimento emesso in secondo grado di giudizio (sul punto cfr *Michele Sesta – Le nuove norme sull'affidamento condiviso: b) profili processuali* in *Famiglia e Diritto* n.4/2006 pagg. 388 e ss.) .

Così ricostruito il sistema, è logico ritenere che, per contro, spetta unicamente al g.i. e non alla Corte di Appello il compito di rivedere l'ordinanza presidenziale e, se del caso, attivamente agire sulla stessa ogni qualvolta la parte ne censuri la non coerenza alla situazione concreta per la sopravvenienza di fatti nuovi o per la sopravvenienza di risultanze istruttorie o per la sopravvenuta acquisizione di elementi prima non conosciuti .

In questo senso il potere di revoca attribuito al g.i. dal sopra citato art. 709 c.p.c., più che qualificarsi quale revoca in senso tecnico (in dottrina intesa come rivalutazione delle stesse circostanze considerate ai fini del provvedimento), poco si differenzia dal potere di modifica attribuito al g.i. dallo stesso articolo, implicando e presupponendo entrambi un riesame della statuizione emessa ex art. 708 c.p.c. alla luce di elementi nuovi, tali da mutare quella che era stata la fattispecie di riferimento nella fase presidenziale .

Né mi sembra che tale conclusione possa dirsi poco convincente perché non tiene nella dovuta considerazione la nuova formulazione dell'art. 709 c.p.c., con la quale è stato formalmente espunto dal sistema il riferimento al "*mutamento delle circostanze*" cui il vecchio articolo 708 c.p.c. subordinava la possibilità di revoca o modifica dell'ordinanza presidenziale e la cui rilevanza, comunque, come è noto, già da tempo era venuta meno per effetto del ben



più esteso potere di revoca e modifica attribuito al g.i. dall'art. 4 della L. Divorzio, unanimamente ritenuto applicabile al giudizio di separazione .

L' ampia formulazione dell'art. 709 c.p.c., assolutamente coerente nel sistema predisposto dalla legge n. 80/2005 nella misura in cui individuava nel potere di modifica e revoca attribuito al g.i. l'unico strumento offerto alle parti per ottenere la rivisitazione del provvedimento presidenziale, non può oggi non confrontarsi con la modifica apportata al sistema stesso dalla novella della Legge n. 54/2006 e cioè con l'introduzione, per effetto dell'aggiunto ultimo comma dell'art. 708 c.p.c., del reclamo innanzi alla Corte di Appello.

Proprio la sopravvenuta introduzione di tale mezzo di impugnativa e la garanzie di difesa che lo stesso offre alle parti, giustifica, in un'ottica di salvaguardia di coerenza del sistema, la lettura sopra proposta della norma in parola .

Domenica Motta

magistrato