

IL NUOVO PROCESSO DI SEPARAZIONE E DI DIVORZIO

Gianfranco Dosi

La riforma del processo di separazione e divorzio è stata introdotta – insieme alla riforma di molteplici altre parti del codice di procedura civile - con il **decreto legge 14 marzo 2005, n. 35** (*Disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale. Deleghe al Governo per la modifica del codice di procedura civile in materia di processo di cassazione e di arbitrato nonché per la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali*) (pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 16 marzo 2005, n. 62), convertito, con modificazioni, dalla **legge 14 maggio 2005, n. 80** (pubblicata sul supplemento ordinario della Gazzetta Ufficiale del 14 maggio 2005, n. 111) che ha, tra l'altro, riformulato completamente, per quanto concerne la separazione, gli articoli 706, 707, 708, 709 del codice di procedura civile, aggiungendovi anche un art. 709-bis (art. 2, comma 3, lett. *e-ter* della legge 80/2005) e, per quanto concerne il divorzio, l'intero art. 4 della legge 1° dicembre 1970, n. 898 nel testo a suo tempo sostituito dall'art. 8 della legge 6 marzo 1987, n. 74 (art. 2, comma 3 *bis* della legge 80/2005).

Modifiche ulteriori sono state, poi, apportate dall'art. 4 della **legge 28 dicembre 2005, n. 263** (*Interventi correttivi alle modifiche in materia processuale civile*) (pubblicata sul supplemento ordinario della Gazzetta Ufficiale del 28 dicembre 2005, n. 301 ed entrata in vigore il 29 dicembre 2005) che ha aggiunto un comma all'art. 709 bis c.p.c. introducendo una disposizione sulla sentenza non definitiva di separazione ed ha indicato una interpretazione autentica all'art. 9, commi 2 e 3, della legge sul divorzio in materia di presupposti per la pensione di reversibilità.

L'entrata in vigore della riforma processuale, inizialmente prevista per il 12 settembre 2005 (art. 3 *quinquies* della legge 80/2005), è stata dapprima prorogata al 1° gennaio 2006 (dall'art. 8 del decreto legge 30 giugno 2005, n. 115, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 agosto 2005, n. 168 confermato dall'art. 1, comma 6, della legge 28 dicembre 2005, n. 263) e successivamente al 1° marzo 2006 (dal decreto legge 30 dicembre 2005, n. 273 convertito dalla legge 23 febbraio 2006, n. 51).

La riforma delle norme in materia di affidamento e mantenimento dei figli è stata introdotta con la **legge 8 febbraio 2006, n. 54** (*Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*) pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 1° marzo 2006 ed entrata in vigore il 16 marzo 2006. La nuova legge ha riformulato l'art. 155 del codice civile aggiungendovi gli articoli 155-*bis*, 155-*ter*, 155-*quater*, 155-*quinquies*, 155-*sexies*), ha modificato alcune norme del codice di procedura civile, già toccate dalla precedente riforma, aggiungendo nel codice di procedura civile un quarto comma all'art. 708 e l'art. 709-*ter* ed ha esteso la nuova disciplina anche ai procedimenti di nullità, di divorzio e di affidamento dei figli naturali.

1. Da un modello processuale unitario per la separazione e per il divorzio a due differenti modelli.

La normativa sulla competitività del 2005 (decreto legge 14 marzo 2005, n. 35 convertito nella legge 14 maggio 2005, n. 80 con le modifiche apportate dalla legge 28 dicembre 2005, n. 263) ha previsto, insieme alla riforma in più parti del codice di procedura civile, rilevanti modifiche alla fase introduttiva del processo di separazione e di divorzio. La riforma è entrata in vigore il 1° marzo 2006 sebbene alcune parti (art. 709, comma 4, e art. 709-*ter*) sono entrate in vigore il 16

marzo 2006 insieme alle restanti parti della legge 14 febbraio 2006, n. 54 sull'affidamento condiviso che li ha introdotti¹.

La prima novità della riforma da segnalare riguarda la duplicazione dei modelli processuali che il legislatore ha (re)introdotta per la fase iniziale della separazione e del divorzio.

Nell'impianto originario del codice di procedura civile la fase introduttiva della separazione giudiziale era disciplinata nei previgenti articoli 706-709. La fase introduttiva del processo di divorzio trovava, invece, la sua sede processuale nell'art. 4 della originaria legge 1° dicembre 1970, n. 898. Nel 1987 con la legge n. 74 il legislatore modificò la normativa sul divorzio, riformulando completamente l'art. 4 e creando un modello processuale che, in base all'art. 23 della medesima legge ("... *ai giudizi di separazione si applicano, in quanto compatibili, le regole di cui all'art. 4 della legge 1° dicembre 1970*") è sempre stato ritenuto applicabile anche alla separazione. Con la conseguenza che nella prassi giudiziaria le quattro norme del codice di procedura civile che disciplinavano la fase introduttiva del processo di separazione non hanno più trovato diretta applicazione se non in qualche tribunale, dove è sopravvissuto l'uso di riferirsi alle fonti normative del codice di procedura, così come l'uso di notificare al convenuto non comparso l'ordinanza presidenziale con l'indicazione dell'udienza di comparizione davanti al Giudice istruttore (incombente previsto nel previgente art. 709 c.p.c. considerato, come detto, abrogato in seguito alla novella del divorzio del 1987). Proprio in forza di questa estensione alla separazione del modello processuale del divorzio, la dottrina e la giurisprudenza hanno ritenuto applicabili alla separazione per esempio i criteri di competenza per territorio enunciati nell'art. 4, comma 1 della legge sul divorzio, la pronuncia sullo status con sentenza non definitiva (come previsto nella legge sul divorzio all'art. 4, comma 9), e lo svolgimento dell'appello con rito camerale (come previsto nella legge sul divorzio all'art. 4, comma 12).

Ebbene, il modello unitario è stato ora praticamente cancellato e la legge sulla competitività (nell'art. 2, comma 3, lettera *e ter* e comma 3 *bis*) ha reintrodotta due differenti riti introduttivi, uno per la separazione (introducendo i nuovi articoli 706 – 709 *bis* c.p.c.) e l'altro per il divorzio (riformulando l'art. 4 della relativa legge).

L'art. 23 della legge 74/1987 chiariva espressamente che la normativa sul divorzio avrebbe dovuto estendersi alla separazione "*fino all'entrata in vigore del nuovo testo del codice di procedura civile*" e cioè fino alla riformulazione delle norme processuali in materia di separazione. Con l'avvenuta riformulazione delle norme processuali in materia di separazione questa condizione si è ora avverata, con la conseguenza che l'art. 4 della legge sul divorzio non può più trovare applicazione per la separazione.

Il raffronto tra le nuove disposizioni processuali in tema di separazione e quelle in tema di divorzio consente di verificare una sostanziale identica impostazione per ciò che concerne la fase introduttiva speciale e l'avvio della fase a cognizione ordinaria. E il legislatore avrebbe, quindi, potuto benissimo indicare le norme processuali per la separazione e per il divorzio in un unico identico articolo. Sarebbe stato un apprezzabile intervento di semplificazione. Tuttavia così non è avvenuto. E nella nuova normativa processuale della separazione non c'è traccia né dei criteri di

¹ Per un primo sguardo d'insieme cfr FERRUCCIO TOMMASEO, La disciplina processuale della separazione e del divorzio dopo le riforme del 2005 (e del 2006), in *Famiglia e diritto*, 2006, 1, 7 ss; PIERO LEANZA e ANDREA BATTISATUZZI, Il nuovo processo civile, Giappichelli, Torino, 2006; MARIO FINOCCHIARO, Separazione e divorzio, in *Guida al diritto*, 2005, 22, 91-99.

competenza territoriale per la separazione consensuale, né della sentenza non definitiva, né, infine, della forma camerale per l'appello.

Deve ritenersi che questa omissione comporti per questi aspetti un ritorno al passato e, quindi, la cancellazione della possibilità di pronunciare sentenza non definitiva di separazione e la reintroduzione dell'appello nelle forme ordinarie?

Escludo che possa corrersi questo rischio, dal momento che i tre aspetti indicati (competenza territoriale per la consensuale, sentenza non definitiva di separazione e rito camerale in appello) non trovano la loro disciplina nei nuovi articoli 706 – 709 *bis* c.p.c., riguardando tali articoli solo la fase introduttiva della separazione giudiziale in primo grado; con la conseguenza che si può senz'altro ritenere ancora valido il rinvio alla legge sul divorzio operato per questi aspetti dall'art. 23 della legge 74/1987.

Per quanto concerne la sentenza non definitiva di separazione la questione è stata risolta fortunatamente dalla legge 28 dicembre 2005, n. 263 il cui articolo 4 ha inserito due ultimi periodi all'art. 709-*bis* del codice di procedura civile. In base a questa aggiunta è ora espressamente indicato che “nel caso in cui il processo debba continuare per la richiesta di addebito, per l'affidamento dei figli o per le questioni economiche, il tribunale emette sentenza non definitiva relativa alla separazione. Avverso tale sentenza è ammesso soltanto appello immediato che è deciso in camera di consiglio”.

In forza dell'art. 23 della legge 74 del 1987 troveranno ancora applicazione per la separazione l'art. 4, comma 15 della legge sul divorzio che prevede la forma camerale per l'intero giudizio di appello e l'art. 4 comma 1, ultima parte, della medesima legge sul divorzio che prevede per la domanda congiunta la possibilità di scegliere come foro competente territorialmente quello dell'uno o dell'altro coniuge.

2. La (ri)strutturazione in due fasi nettamente distinte del processo di separazione e divorzio.

Una delle conseguenze della estensione alla separazione della disciplina del previgente art. 4 della legge sul divorzio (operata dall'art. 23 della legge 74 del 1987) era costituito dalla riconosciuta abrogazione dell'art. 709 c.p.c. (il cui contenuto non era stato riprodotto nel suddetto art. 4). Il vecchio art. 709 c.p.c. prevedeva l'obbligo per il ricorrente di notificare al convenuto non comparso (all'udienza presidenziale) l'ordinanza del presidente contenente i provvedimenti provvisori e la nomina del giudice istruttore.

Proprio sull'abrogazione dell'art. 709 c.p.c. si è fondata in questi ultimi anni l'opinione di chi, come la giurisprudenza milanese e parte della dottrina, aveva ritenuto che il processo di separazione avesse recuperato una sua sostanziale unitarietà nel senso che, una volta ricevuta regolarmente la notifica del ricorso introduttivo, il convenuto era da considerarsi ritualmente chiamato in giudizio senza che potesse avere rilievo il fatto che egli fosse stato o meno presente all'udienza presidenziale e senza, quindi, che il convenuto dovesse essere citato una seconda volta per la fase a cognizione ordinaria della causa. Conseguenza nota di questa interpretazione - nel rito ambrosiano - è stata che l'udienza presidenziale andava considerata la prima udienza di comparizione del processo ai fini delle preclusioni indicate per il convenuto negli articoli 166 e 167 cp.c.

La novella reintroduce oggi sia in sede di separazione (nuovo testo dell'art. 709, prima parte, c.p.c.) sia in sede di divorzio (nuovo testo dell'art. 4, comma 9, della legge sul divorzio) l'obbligo

per il ricorrente di notificare al convenuto non comparso (all'udienza presidenziale) l'ordinanza del presidente. Il processo di separazione e di divorzio torna ad essere distinto strutturalmente e funzionalmente in due fasi molto diverse: la prima orientata al tentativo di conciliazione e la seconda, dopo l'adozione dei provvedimenti urgenti, orientata alla trattazione ordinaria della causa.

In ogni caso il rito ambrosiano non sarà più ammissibile avendo espressamente la riforma, come si dirà tra breve, attribuito al presidente (nuovo art. 709, seconda parte, c.p.c.) il compito di indicare al convenuto il termine per la costituzione davanti al Giudice istruttore.

Da questo punto di vista la riforma ha posto fine, quindi, alle difformità delle prassi giudiziarie.

3. La competenza territoriale

Separazione

1. *La domanda di separazione personale si propone al tribunale del luogo dell'ultima residenza comune dei coniugi ovvero, in mancanza, del luogo in cui il coniuge convenuto ha residenza o domicilio, con ricorso che deve contenere l'esposizione dei fatti sui quali la domanda è fondata.*

2. *Qualora il coniuge convenuto sia residente all'estero, o risulti irreperibile, la domanda si propone al tribunale del luogo di residenza o di domicilio del ricorrente, e, se anche questi è residente all'estero, a qualunque tribunale della Repubblica.*

(asrt. 706, commi 1 e 2, c.p.c.)

Divorzio

1. *La domanda per ottenere lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio si propone al tribunale del luogo dell'ultima residenza comune dei coniugi ovvero, in mancanza, del luogo in cui il coniuge convenuto ha residenza o domicilio. Qualora il coniuge convenuto sia residente all'estero o risulti irreperibile, la domanda si propone al tribunale del luogo di residenza o di domicilio del ricorrente e, se anche questi è residente all'estero, a qualunque tribunale della Repubblica. La domanda congiunta può essere proposta al tribunale del luogo di residenza o di domicilio dell'uno o dell'altro coniuge.*

(art. 4, comma 1, legge 898/70)

Una rilevante novità della riforma è costituita dall'introduzione di un criterio principale di competenza territoriale che – sia per la separazione (art. 706 prima parte, c.p.c.) che per il divorzio (art. 4, comma 1, L.D.) – diventa quello del foro dell'ultima residenza comune dei coniugi. Non sarà più necessario, quindi, rincorrere il coniuge che si è allontanato e la causa potrà restare attribuita al tribunale dell'ultima residenza comune. L'innovazione recepisce un certo orientamento della giurisprudenza secondo cui in mancanza di prova contraria l'ultima residenza del convenuto è quella dove i coniugi risiedevano fino alla crisi coniugale, che coincide con il luogo in cui si trova la casa coniugale².

In difetto di una ultima residenza comune (per quei coniugi, per esempio, che abbiano sempre avuto residenze distinte) si applicheranno gli altri normali criteri (domicilio o residenza del convenuto; in caso di irreperibilità o di residenza all'estero la residenza o il domicilio del

² Cass. sez. I, 29 settembre 2004, n. 19595, in Giust. civ. Mass. 2004; Cass. sez. I, 24 aprile 2001, n. 6012, in Giust. civ. Mass. 2001, 1308.

ricorrente; in caso di residenza all'estero del ricorrente la competenza territoriale di qualunque tribunale della Repubblica) richiamati espressamente al primo comma dell'art. 4 della legge sul divorzio e nel nuovo testo dell'art. 706 c.p.c.

Mentre, però, per la separazione la riforma può considerarsi plausibile, per il divorzio lo è un po' meno, considerato che potrebbe avvenire che gli ex coniugi si siano nel frattempo, e magari a distanza di molti anni dalla separazione, sistemati in località diverse da quelle che originariamente erano la loro residenza comune nel corso del matrimonio. In questo caso costringerli a tornare al foro territoriale dell'originaria residenza comune è una rigidità che dovrebbe essere superata con una interpretazione che consenta, nell'eventualità di un trasferimento in altre città, di ritenere competente il foro del convenuto o del ricorrente, secondo gli altri criteri subordinati previsti nell'art. 4 della legge.

Il problema è, quindi, se, nel caso in cui nessuno dei due coniugi abbia più la residenza nel luogo in cui era stata in passato la residenza comune della famiglia, debba trovare applicazione il criterio nuovo individuato dalla riforma. Il caso si pone in pratica soprattutto per il divorzio in cui spesso entrambi i coniugi cambiano nel tempo la loro residenza. Ebbene si deve ritenere che possa trovare applicazione in questi casi il criterio ragionevole di ritenere che l'ultima residenza comune può fungere da luogo di residenza che individua il foro territoriale competente se quanto meno uno dei due coniugi vi abiti ancora. Si tratta in fondo di fare applicazione del criterio individuato nel Regolamento europeo 2201/2003 dove insieme al criterio principale della "residenza abituale dei coniugi" è individuato anche il criterio dell' "ultima residenza abituale dei coniugi se uno vi risiede ancora"³.

Naturalmente se il divorzio sarà a domanda congiunta continuerà a valere la regola della competenza territoriale del foro dell'uno o dell'altro a scelta delle parti.

4. L'assistenza obbligatoria del difensore nell'intera fase presidenziale

Separazione

*I coniugi debbono comparire personalmente davanti al presidente con l'assistenza del difensore.
(art. 708, comma 1, c.p.c.)*

Divorzio

*I coniugi devono comparire davanti al presidente del tribunale personalmente, salvo gravi e comprovati motivi, e con l'assistenza di un difensore.
(art. 4, comma 7, prima parte, legge 898/70)*

a) L'obbligatorietà dell'assistenza del difensore

Il nuovo testo dell'art. 707 c.p.c. e l'art. 4, comma 7, prima parte, della legge sul divorzio prevedono ora espressamente che le parti devono comparire all'udienza presidenziale "con l'assistenza del difensore".

Si tratta di un cambio di rotta copernicano dal momento che la disciplina previgente prevedeva espressamente, al contrario, che le parti dovessero comparire "senza assistenza del difensore". La normativa era sempre stata ritenuta costituzionalmente plausibile dalla Corte

³ FERRUCCIO TOMMASEO, La disciplina processuale della separazione e del divorzio dopo le riforme del 2005 (e del 2006), in *Famiglia e diritto*, 2006, 1, 8.

costituzionale (Corte cost. 201/1971 e 389/1996) – che ha ritenuto non contrastante con il diritto di difesa, sia pure per il periodo strettamente riservato al tentativo di conciliazione, che gli avvocati fossero tenuti fuori l’aula di udienza - ma non era andata ovviamente esente da critiche e da censure da parte della dottrina e dell’avvocatura.

Ora il legislatore ha accolto gli inviti alle garanzie di difesa dei coniugi e ha previsto che ciascuno di essi debba avere il suo difensore a partire dal momento della comparizione davanti al presidente per il tentativo di conciliazione⁴. Non è possibile dare alla norma un’interpretazione che continui a tenere fuori dall’aula di udienza gli avvocati nel corso del tentativo di conciliazione, altrimenti il legislatore non avrebbe avuto necessità di inserire questa precisazione.

Il tentativo di conciliazione ha perso il significato che aveva negli anni settanta, quando poteva ancora apparire plausibile il tentativo istituzionale di scoraggiare la separazione dei coniugi. L’introduzione, con la legge sul divorzio, del principio di dissolubilità del matrimonio e la minor drammaticità delle conseguenze sociali della separazione hanno reso il tentativo di conciliazione sempre meno rivolto a far rientrare la decisione di separarsi bensì come invito alla consensualizzazione. Con la conseguenza che non ha senso tener fuori gli avvocati da questa prospettiva. Così come non è opportuno, per rispetto delle necessarie garanzie difensive, che un colloquio sempre molto intenso come quello tra il presidente e ciascuna parte, finendo per affrontare globalmente i temi della causa, possa apportare elementi di giudizio che rischiano di sfuggire agli stessi difensori delle parti o addirittura possa orientare o forzare il consenso delle parti, spesso sopraffatte dall’emotività del momento, verso soluzioni di cui sfuggono i necessari approfondimenti.

Vedremo se la prassi saprà sviluppare una attenzione nuova verso questa fase del processo molto delicata.

b) Le formalità dell’assistenza del difensore nella fase presidenziale.

Il tema delle formalità necessarie all’assistenza da parte del difensore nella fase presidenziale non è stato indicato nella riforma.

Nel nuovo processo di separazione e di divorzio – come si avrà modo di vedere più oltre - la costituzione in giudizio avviene sia per l’attore che per il convenuto attraverso un meccanismo a formazione progressiva che vede il completamento formale della costituzione solo successivamente all’udienza presidenziale nei termini indicati dal presidente nella sua ordinanza contenente i provvedimenti provvisori e urgenti (art. 709, comma 3, c.p.c. e art. 4, comma 10, legge 898/70).

Il ricorrente sarà sempre necessariamente assistito da un difensore (come previsto nell’art. 707, comma 1, c.p.c. e nell’art. 4, comma 7, prima parte, legge 898/70) in quanto egli non può che presentare il ricorso introduttivo di separazione o di divorzio nelle forme previste dall’art. 82 c.p.c. e cioè con la procura rilasciata ad un avvocato. E ciò anche se l’atto introduttivo del giudizio di separazione o di divorzio, contenente in calce o a margine o in una separata *procura ad litem* il mandato difensivo, dovrà essere poi completato dopo l’ordinanza presidenziale con una memoria integrativa contenente gli ulteriori elementi formali della domanda di cui all’art. 163 c.p.c. Non è infatti ipotizzabile la presentazione di un ricorso di natura contenziosa senza il tramite di un difensore.

⁴ Perentorio sul punto FERRUCCIO TOMMASEO, La disciplina processuale della separazione e del divorzio dopo le riforme del 2005 (e del 2006), in *Famiglia e diritto*, 2006, 1, 11.

Per il convenuto la situazione è, invece, diversa. Egli potrebbe certo rilasciare ad un avvocato *procura ad litem* in sede di presentazione della memoria difensiva per l'udienza presidenziale (art. 706, comma 4, c.p.c. e art. 4, comma 5, legge 898/70). E questa decisione lo parificherebbe al ricorrente in tutto e per tutto. Però potrebbe anche decidere di comportarsi diversamente. Infatti, pur essendo prevista per entrambe le parti, come detto, l'assistenza del difensore, non si può escludere che il convenuto non intenda farsi assistere da un legale. Né il Presidente può obbligarlo se egli non vuole nominarlo. D'altro lato, poiché l'obbligo di costituzione formale in giudizio con un difensore è previsto solo per la fase successiva all'udienza presidenziale, il convenuto potrebbe semplicemente farsi assistere da un difensore per l'intera fase presidenziale. Quindi il difensore del convenuto potrebbe partecipare alla fase presidenziale anche senza procura formale ma solo con dichiarazione di assistenza trascritta a verbale o con mandato informale sulla copia che gli è stata notificata del ricorso introduttivo.

Se poi egli non intende farsi assistere da un difensore ciò non di meno potrà essere certamente ascoltato dal presidente prima dell'adozione dei provvedimenti provvisori e urgenti.

Poiché è previsto che i coniugi vengano ascoltati prima separatamente e poi congiuntamente (art. 708, comma 1, c.p.c.) il difensore di un coniuge non potrà presenziare all'audizione dell'altro coniuge, anche quando quest'ultimo abbia il proprio difensore.

c) Il difensore nella separazione consensuale e nel divorzio a domanda congiunta.

L'indicazione della necessaria presenza del difensore nel processo di separazione, non potrà che influenzare, ci auguriamo, anche il procedimento di separazione consensuale non essendo la previsione del legislatore correlata alla forma del processo ma alla garanzia del diritto di difesa. Nonostante ciò, sarà forse difficile senza un nuovo espresso intervento del legislatore, che la prassi possa orientarsi verso l'applicabilità dell'art. 82 c.p.c. anche alla separazione consensuale. In tale prospettiva non vi sarebbero ragioni per escludere che l'onere difensivo possa essere assolto in sede consensuale per la coppia anche da un solo avvocato, sebbene motivi di effettività della difesa potranno rendere opportuno che ciascuno dei coniugi abbia il suo difensore.

In caso di domanda congiunta di divorzio l'obbligatorietà del difensore per entrambe le parti discende dai principi generali. Trattandosi di procedimento a carattere contenzioso è pacifico che trova applicazione l'art. 82 c.p.c. sull'obbligo della difesa tecnica per le parti costituite.

5. Gli atti introduttivi e il favor conciliationis.

Separazione

La domanda di separazione personale si propone ..con ricorso che deve contenere l'esposizione dei fatti sui quali la domanda è fondata..... Il presidente, nei cinque giorni successivi al deposito in cancelleria, fissa con decreto la data dell'udienza di comparizione dei coniugi davanti a sé, che deve essere tenuta entro novanta giorni dal deposito del ricorso, il termine per la notificazione del ricorso e del decreto, ed il termine entro cui il coniuge convenuto può depositare memoria difensiva e documenti. Al ricorso e alla memoria difensiva sono allegare le ultime dichiarazioni dei redditi presentate.
(art. 706, commi 1 e 3, c.p.c.)

Divorzio

La domanda si propone con ricorso, che deve contenere l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto sui quali la domanda di scioglimento del matrimonio o di cessazione degli effetti civili dello stesso è fondata... Il presidente del tribunale, nei cinque giorni successivi al deposito in cancelleria, fissa con decreto la data di comparizione dei coniugi avanti a sé, che deve avvenire entro novanta giorni dal deposito del ricorso, il termine per la notificazione del ricorso e del decreto ed il termine entro cui il coniuge convenuto può depositare memoria difensiva e documenti. Il presidente nomina un curatore speciale quando il convenuto è malato di mente o legalmente incapace... Al ricorso e alla prima memoria difensiva sono allegate le ultime dichiarazioni dei redditi rispettivamente presentate.
(art. 4, commi 2-6, legge 898/70)

La più importante novità della riforma consiste nella radicale modifica della fase introduttiva della separazione e del divorzio.

La Cassazione aveva già ammonito la giurisprudenza milanese - e quella parte della dottrina che ne ha condiviso l'orientamento - sul fatto che il processo di separazione e di divorzio non può essere completamente assimilato ad un processo ordinario, ma costituisce un procedimento speciale la cui fase iniziale, fino ai provvedimenti presidenziali, è tesa alla conciliazione delle parti (o quanto meno alla consensualizzazione del procedimento) mentre la seconda fase si svolge di fronte all'istruttore con il rito ordinario, con la conseguenza che per il convenuto nessun obbligo di costituzione entro l'udienza presidenziale andava considerato esistente⁵. Si creava, però, una asimmetria di garanzie rispetto al ricorrente che aveva invece l'obbligo di precisare tutte le domande nel ricorso introduttivo essendo per lui la costituzione in giudizio coincidente con il deposito del ricorso.

Il legislatore ha rivisto completamente la fase introduttiva prevedendo che il ricorso di separazione e di divorzio debba contenere l'esposizione dei fatti sui quali la domanda è fondata (art. 706, prima parte, c.p.c.) con l'aggiunta di elementi di diritto per il solo divorzio (art. 4 L D), consistenti evidentemente nella precisazione dei presupposti giuridici per divorziare (quelli cioè previsti nell'art. 3 della legge). Altrettanto è previsto per il convenuto il quale avrà l'onere di depositare - nei termini assegnatigli dal presidente nel decreto di comparizione - una memoria difensiva ed eventuali documenti (art. 706, ultima parte, c.p.c. e 4, comma 5 L D). Cadono, quindi, le differenze che esistevano in relazione agli incumbenti difensivi tra ricorrente (che doveva dire tutto) e convenuto (che poteva anche non costituirsi).

La riforma non dà indicazione sulla perentorietà o meno dei termini per notificare l'atto introduttivo e il decreto di fissazione di udienza al convenuto e per il deposito della memoria difensiva. Si tratta di una lacuna alla quale è auspicabile che in sede di applicazione concreta si dia risposta ammettendo, ove possibile, l'eventuale rinvio dell'udienza ove una parte dovesse essere pregiudicata dalla eccessiva brevità dei termini assegnati o dalla presentazione della memoria difensiva direttamente per esempio all'udienza presidenziale. E' stato sostenuto che il termine per la notifica del ricorso introduttivo non dovrebbe essere inferiore quanto meno alla metà del termine di 90 giorni stabilito oggi dal nuovo art. 163 bis c.p.c.⁶ ma la riforma non lo prevede e quindi non è escluso che il presidente possa indicare anche termini più ristretti.

⁵ Cass. sez. I, 19 settembre 2001, n. 11751, in *Giust. civ. Mass.* 2001, 1676

⁶ FERRUCCIO TOMMASEO, La disciplina processuale della separazione e del divorzio dopo le riforme del 2005 (e del 2006), in *Famiglia e diritto*, 2006, 1, 10.

Ulteriore novità, concernente la necessità di una più completa informazione per il presidente, è costituita dal fatto che sia il coniuge ricorrente che il coniuge convenuto dovranno depositare (quanto meno) la loro ultima dichiarazione dei redditi.

Non è previsto, quindi, che debbano essere indicati nell'atto introduttivo della separazione e del divorzio o nella memoria del convenuto gli elementi che servono a fondare e motivare le domande in senso stretto (assegno, affidamento dei figli, addebito) con l'indicazione specifica dei mezzi di prova.

Si tratta di un alleggerimento della fase introduttiva che potrà evitare le tensioni connesse alla completa *discovery* degli elementi di causa e dei mezzi di prova e che potrebbe, perciò, favorire se non proprio la conciliazione, certamente una composizione consensuale di molti procedimenti⁷. L'esperienza insegna, infatti, che il contenuto degli atti introduttivi delle cause di separazione e divorzio – soprattutto quando servono a motivare e giustificare domande di addebito – può risultare psicologicamente un grave ostacolo alla consensualizzazione della causa.

Ciò premesso, non è, però, difficile prevedere che, se non altro per orientare il presidente nell'adozione dei provvedimenti presidenziali, le parti inseriscano negli atti e nelle difese iniziali anche elementi ulteriori rispetto alla semplice esposizione dei fatti, dal momento che la legge non prevede espressamente il divieto di indicarli. Ne' è da escludere che il convenuto, ove lo desideri, possa costituirsi anche per l'udienza presidenziale⁸.

D'altro lato, se anche il ricorso introduttivo e la memoria difensiva sono accompagnati dalla procura al difensore che la redige non si vede come si possa ipotizzare che non si tratti di veri e propri atti di (sia pur parziale) costituzione in giudizio. Con l'avvertenza, però, che le preclusioni per entrambe le parti si verificheranno soltanto ove non vengano indicati successivamente davanti al giudice della causa gli elementi indicati nel nuovo art. 709 comma 3 c.p.c. e 4, comma 10, della legge sul divorzio. In altre parole viene meno, in separazione e divorzio, la regola secondo cui la parte non può (sia pure parzialmente) costituirsi due volte, essendo possibile che ciascuna parte con il proprio difensore in questi giudizi produca due atti che progressivamente la costituiscono in giudizio. Si tratta di una inedita modalità di costituzione in giudizio a formazione progressiva.

Considerato l'obiettivo che la riforma intende raggiungere, sarà soprattutto la sensibilità degli avvocati a far sì che gli atti introduttivi contengano soltanto quanto è necessario per illustrare al presidente, sia pure nel modo più completo possibile, i rispettivi punti di vista.

E' anche espressamente previsto che l'udienza presidenziale debba tenersi entro novanta giorni dal deposito del ricorso di separazione o di divorzio. Non può che auspicarsi, di fronte alla mancata indicazione della perentorietà di questo termine, che in tutti i tribunali i tempi previsti possano essere rispettati nell'interesse ad una giustizia veloce soprattutto nelle situazioni più conflittuali.

6. L'udienza presidenziale

⁷ Concorde con questa finalità FERRUCCIO TOMMASEO, La disciplina processuale della separazione e del divorzio dopo le riforme del 2005 (e del 2006), in *Famiglia e diritto*, 2006, 1, 8

⁸ FERRUCCIO TOMMASEO, La disciplina processuale della separazione e del divorzio dopo le riforme del 2005 (e del 2006), in *Famiglia e diritto*, 2006, 1, 9

Separazione

I coniugi debbono comparire personalmente davanti al presidente con l'assistenza del difensore... Se il ricorrente non si presenta o rinuncia, la domanda non ha effetto... Se non si presenta il coniuge convenuto, il presidente può fissare un nuovo giorno per la comparizione, ordinando che la notificazione del ricorso e del decreto gli sia rinnovata.

I coniugi debbono comparire personalmente davanti al presidente con l'assistenza del difensore.

All'udienza di comparizione il presidente deve sentire i coniugi prima separatamente e poi congiuntamente, tentandone la conciliazione.... Se i coniugi si conciliano, il presidente fa redigere il processo verbale della conciliazione.... Se la conciliazione non riesce, il presidente, anche d'ufficio, sentiti i coniugi ed i rispettivi difensori, dà con ordinanza i provvedimenti temporanei e urgenti che reputa opportuni nell'interesse della prole e dei coniugi, nomina il giudice istruttore e fissa udienza di comparizione e trattazione davanti a questi. Nello stesso modo il presidente provvede, se il coniuge convenuto non compare, sentito il ricorrente ed il suo difensore.

(artt. 707 e 708, commi 1-3, c.p.c.)

Divorzio

I coniugi devono comparire davanti al presidente del tribunale personalmente, salvo gravi e comprovati motivi, e con l'assistenza di un difensore. Se il ricorrente non si presenta o rinuncia la domanda non ha effetto. Se non si presenta il coniuge convenuto, il presidente può fissare un nuovo giorno per la comparizione, ordinando che la notificazione del ricorso e del decreto gli sia rinnovata. All'udienza di comparizione, il presidente deve sentire i coniugi prima separatamente poi congiuntamente, tentando di conciliarli. Se i coniugi si conciliano, il presidente fa redigere processo verbale della conciliazione.

Se la conciliazione non riesce, il presidente, sentiti i coniugi e i rispettivi difensori nonché, qualora lo ritenga strettamente necessario anche in considerazione della loro età, i figli minori, dà, anche d'ufficio, con ordinanza i provvedimenti temporanei e urgenti che reputa opportuni nell'interesse dei coniugi e della prole, nomina il giudice istruttore e fissa l'udienza di comparizione e trattazione dinanzi a questo. Nello stesso modo il presidente provvede, se il coniuge convenuto non compare, sentito il ricorrente e il suo difensore. L'ordinanza del presidente può essere revocata o modificata dal giudice istruttore. Si applica l'articolo 189 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura civile.

(art. 4, commi 7 e 8 legge 898/70)

Salva la presenza obbligatoria del difensore per l'intera fase presidenziale la struttura dell'udienza presidenziale secondo il testo dell'art. 708 c.p.c. e secondo le indicazioni dell'art. 4 della legge sul divorzio potrebbe sembrare che non muti in modo rilevante. Le norme ribadiscono, infatti, che i coniugi debbono comparire personalmente e che il presidente li deve ascoltare prima separatamente e poi congiuntamente tentando la conciliazione. Se la conciliazione non riesce – e salvo l'eventuale rinvio per il caso in cui non si presenti il coniuge convenuto - il presidente dà anche d'ufficio i provvedimenti provvisori e urgenti che reputa opportuni e fissa l'udienza “di comparizione e trattazione” davanti al giudice istruttore (udienza che costituisce l'unificazione della precedente udienza ex art. 180 e di quella ex art. 183 c.p.c.).

In connessione con l'avvenuta riforma anche degli articoli 133 (comunicazione delle sentenze) e 134 (comunicazione delle ordinanze) c.p.c. l'ordinanza presidenziale potrà essere comunicata via fax o per posta elettronica ai difensori delle parti che nei loro scritti introduttivi (ricorso o memoria difensiva) abbiano indicato il numero di fax o l'indirizzo E.mail al quale intendono ricevere comunicazione degli atti. Analogamente avverrà per la comunicazione dei provvedimenti del giudice istruttore (art. 176 c.p.c.).

Senonché l'art. 155-*sexies* del codice civile – come inserito dalla legge 54/2006 sull'affidamento condiviso – ha attribuito espressamente al giudice – non solo in sede contenziosa ma anche in sede presidenziale - poteri anche d'ufficio di assunzione di mezzi di prova prima di adottare “provvedimenti di cui all'art. 155”, per esempio una consulenza tecnica d'ufficio psicologica ove necessaria al fine di stabilire le modalità di affidamento più adeguate, ovvero, accertamenti sui redditi degli obbligati se la documentazione depositata dalle parti con il ricorso e con le memorie difensive non consente una decisione sul mantenimento; ovvero, ancora, l'audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento. Insomma un complesso di poteri potenzialmente idonei a fare dell'udienza presidenziale un'occasione preziosa nella prospettiva di provvedimenti più approfonditi di quelli che il semplice colloquio con le parti poteva fino ad oggi garantire.

7. La reclamabilità dei provvedimenti presidenziali

Contro i provvedimenti di cui al comma precedente si può proporre reclamo con ricorso alla Corte d'Appello che si pronuncia in camera di consiglio. Il reclamo deve essere proposto nel termine perentorio di dieci giorni dalla notificazione del provvedimento (art. 708, ult. comma, c.p.c.)

a) Il reclamo avverso i provvedimenti presidenziali.

La riforma contiene una disposizione processuale destinata a rivoluzionare il processo di separazione e quello di divorzio ma della quale – come si dirà - è opportuno anche segnalare l'intrinseca contraddittorietà.

A distanza di pochi mesi dalla riforma processuale entrata in vigore il 1° marzo 2006 viene introdotto dall'art. 2 della legge 54/2006 un ultimo comma all'art. 708 c.p.c. dove si prevede che contro i provvedimenti di cui al terzo comma “si può proporre reclamo con ricorso alla corte d'appello che si pronuncia in camera di consiglio. Il reclamo deve essere proposto nel termine perentorio di dieci giorni dalla notificazione del provvedimento”.

Questo termine di dieci giorni può considerarsi un imperdonabile errore di coordinamento del legislatore che con la legge 80/2005 aveva esteso a 15 giorni il termine per il reclamo dei provvedimenti cautelari (nuovo testo dell'art. 669-*terdecies* c.p.c.).

Poiché non viene chiarito dalla legge a chi spetti la notificazione è necessario sviluppare alcune osservazioni.

Nel caso in cui il convenuto non sia comparso all'udienza presidenziale è evidente che il termine per il reclamo decorrerà dalla notifica che l'attore gli deve obbligatoriamente fare dell'ordinanza presidenziale (art. 709, comma 1, c.p.c. e art. 4, comma 9, legge 898/70).

Se invece entrambe le parti partecipano all'udienza presidenziale, non essendovi per la parti alcun obbligo di notifica, la situazione si presenta più problematica.

Considerato che si tratta di reclami in corso di causa potrebbe essere logico ritenere che la notificazione debba obbligatoriamente avvenire a cura del cancelliere ai sensi degli articoli 137 e 170 c.p.c. e non a cura di parte ex art. 285 c.p.c. riferibile al termine breve per l'impugnazione delle sentenze e nemmeno ai sensi dell'art. 739 c.p.c. che si riferisce all'impugnazione dei provvedimenti camerali. In entrambi questi ultimi casi si tratta, infatti, di provvedimenti che definiscono un procedimento mentre i provvedimenti in corso di causa sono in genere comunicati

o notificati alle parti dal cancelliere (art. 58 c.p.c.). La contraria opinione espressa in dottrina, secondo cui la notifica dovrebbe avvenire a cura di parte⁹, non mi pare convincente dal momento che il principio di cui all'art. 285 c.p.c. non sembra estensibile all'impugnazione delle decisioni in corso di causa. Se poi una parte omettesse di notificare l'ordinanza presidenziale si assisterebbe all'assurdo che i provvedimenti del presidente potrebbero essere ritenuti reclamabili senza termine (o in ogni caso non oltre un anno, se si volesse proporre un'analogia con le sentenze o i decreti camerali).

La conclusione è coerente con quanto prevede il nuovo testo dell'art. 669-*terdecies* il quale in tema di reclamo avverso il provvedimento cautelare indica che il termine di quindici giorni per il reclamo decorre "dalla pronuncia in udienza ovvero dalla comunicazione o dalla notificazione se anteriore".

In ogni caso, se la prassi dovesse orientarsi per una interpretazione diversa, ritenendo che il termine del reclamo decorre dalla notifica a cura di parte, la notifica dell'ordinanza presidenziale potrebbe diventare un adempimento quasi sempre necessario proprio per dare stabilità ad una ordinanza che altrimenti rimarrebbe sempre esposta alla reclamabilità, non essendo certo possibile applicare all'ordinanza presidenziale la scadenza massima di un anno per l'impugnazione stabilita per le sentenze (art. 327 c.p.c.).

Occorre osservare sul punto che la reclamabilità dei provvedimenti presidenziali in base alle norme del rito cautelare uniforme era sempre stata esclusa nella giurisprudenza maggioritaria. E' sempre stato sostenuto in proposito che i provvedimenti presidenziali, essendo assistiti da una clausola di conservazione di efficacia anche dopo l'estinzione del processo (art. 189 disp. att. c.c.) non possono essere assimilati a quelli aventi natura cautelare che sono, invece, destinati a diventare inefficaci in caso di estinzione o di non instaurazione del processo (art. 669-*novies*). Conclusione, però, che avrebbe potuto essere messa in discussione a seguito della riforma del nuovo sesto comma dell'art. 669-*octies* c.p.c. (operata con la legge 80/2005) in base al quale tutti i provvedimenti cautelari anticipatori sono caratterizzati dal principio di strumentalità attenuata potendo mantenersi in via se le parti dovessero accettare di non metterli in discussione. La previsione, quindi, della reclamabilità alla Corte d'appello potrebbe essere considerata opportuna di fronte al rischio di una nuova rimessa in discussione dei principi in tema di reclamabilità.

Non sono reclamabili i provvedimenti del giudice istruttore perché sempre modificabili e revocabili in corso di causa in base a quanto dispone l'art. 177 c.p.c. a nulla rilevando – perché non dichiarata espressamente applicabile (dall'art. 669-*quaterdecies* c.p.c.) ai provvedimenti del giudice istruttore in corso di separazione o divorzio - che la riforma del rito cautelare uniforme operata con la legge 80/2005 abbia generalizzato a tutti i provvedimenti cautelari la regola secondo cui l'estinzione del procedimento non determina l'inefficacia del provvedimento cautelare anticipatorio.

L'interpretazione che considera reclamabili i provvedimenti del giudice istruttore davanti alla Corte d'appello¹⁰ o attraverso il reclamo al collegio¹¹, viola il principio di eccezionalità

⁹ MARIO FINOCCHIARO, Riconosciuto alla prole il diritto di frequentare i genitori, in *Guida al diritto*, 2006, 11, 47

¹⁰ Tesi sostenuta da MARIO FINOCCHIARO, Riconosciuto alla prole il diritto di frequentare i genitori, in *Guida al diritto*, 2006, 11, 50, da GIUSEPPE PAGLIANI, I procedimenti di modifica delle condizioni di separazione e divorzio, Giuffrè, Milano, 2006, 32 e da GIUSEPPE DE MARZO, L'affidamento condiviso.

dell'impugnazione ove il provvedimento è anche modificabile, è eccessivamente estensiva e darebbe spazio ad un contenzioso che le corti d'appello non potrebbero assolutamente affrontare.

b) *Il reclamo del pubblico ministero*

L'art. 5, comma 5, della legge sul divorzio prevede che il pubblico ministero possa proporre impugnazione, ai sensi dell'art. 72 c.p.c., avverso la sentenza di divorzio limitatamente agli interessi patrimoniali dei figli minori. Trattandosi di norma di carattere processuale lo stesso potere è stato riconosciuto dalla giurisprudenza al pubblico ministero nel giudizio di separazione ex art. 23 legge 6 marzo 1987, n. 74¹².

D'altro lato l'art. 709, comma 1, c.p.c. prevede che l'ordinanza presidenziale debba essere comunicata al pubblico ministero.

Ne discende che al pubblico ministero va riconosciuto il potere di reclamare i provvedimenti presidenziali limitatamente agli interessi patrimoniali dei figli minori.

c) *La contraddizione tra reclamabilità e modificabilità*

La reclamabilità dei provvedimenti presidenziali, si presta a qualche osservazione critica.

Un primo aspetto attiene al principio di effettività della giustizia. Considerati gli organici della magistratura e la dislocazione territoriale delle Corti d'appello (la maggioranza delle quali riunisce molti tribunali) vi è un rischio più che certo di paralisi della giustizia.

Un secondo aspetto, invece, concerne la scelta del legislatore per questo tipo di rimedio. I provvedimenti presidenziali e del giudice istruttore nel processo di separazione hanno sempre costituito nel nostro sistema un nodo problematico, considerato che la maggior parte della giurisprudenza e la prassi nei tribunali ha sempre escluso la loro reclamabilità al collegio come previsto nel processo cautelare uniforme, sul presupposto che tali provvedimenti non avrebbero natura cautelare ma anticipatoria¹³. In verità nella prassi delle separazioni e dei divorzi il provvedimento iniziale è assunto dal presidente in seguito ad una valutazione spesso sommaria e molto affrettata della situazione; in tale contesto il rimedio del reclamo si presenta certamente come una valida opportunità per le parti.

Ora, però, soprattutto con le riforme introdotte dalla legge sull'affidamento condiviso, al presidente viene data la possibilità di assumere anche in sede presidenziale mezzi di prova, anche per le questioni relative agli aspetti economici, e di ascoltare il minore (art. 155, ultimo comma; art. 155-*sexies*) con la conseguenza che i provvedimenti dovrebbero essere frutto di una più ponderata valutazione degli elementi di fatto. Per rimediare all'eventuale scarso approfondimento

Profili sostanziali, in *Il Foro italiano*, 2006, V, 95, sul presupposto che si tratta di forme di tutela di situazioni analoghe.

¹¹ Tesi sostenuta da COSTANZO M. CEA, L'affidamento condiviso. Profili processuali, in *Il Foro italiano*, 2006, V, 99.

¹² Cass. sez. I, 29 ottobre 1998, n. 10803, in *Famiglia e diritto*, 1999, 3, 263.

¹³ Trib. Brindisi, 12 agosto 2003, in *Foro it.* 2004, I, 624, nota (CEA); Trib. Verona, 20 febbraio 2003, in *Foro it.* 2003, I, 3156, nota (CIPRIANI); Trib. Arezzo, 11 giugno 1997, in *Foro it.* 1998, I, 2285; Trib. Pavia, 9 gennaio 1997, in *Foro it.* 1998, I, 232. Favorevole al reclamo cautelare è Trib. Genova, 22 novembre 2004, in *Foro it.* 2005, I, 1591; Trib. Genova, 10 maggio 2004, in *Foro it.* 2004, 2534 nei casi in cui il presidente nomina se stesso come istruttore; Trib. Genova, 10 gennaio 2004, in *Foro it.* 2004, I, 931 e in *Famiglia e diritto*, 2004, 612, nota (FIGONE); Trib. Genova, 16 marzo 2001, in *Foro it.* 2001, I, 2356.

in sede presidenziale sarebbe stato, perciò, sufficiente rafforzare il principio di modificabilità piuttosto che introdurre quello di reclamabilità dei provvedimenti presidenziali.

Le garanzie non sono mai da rifiutare, ma in questo caso la reclamabilità introduce più rischi di quanti non siano i benefici¹⁴.

Un legislatore più realista avrebbe potuto attuare le garanzie del diritto di difesa rafforzando ancora di più l'interpretazione della modificabilità in ogni tempo (e non solo in presenza di nuove circostanze come ancora in molti tribunali erroneamente si ritiene). D'altro lato il principio di modificabilità in ogni tempo senza necessaria emergenza di circostanze nuove (come prevedeva il precedente ultimo comma dell'art. 708 c.p.c.) è pacificamente contenuto nel nuovo terzo comma dell'art. 709 c.p.c.

La sovrapposizione tra reclamabilità e modificabilità dei provvedimenti non è del tutto felice. Anche per i vincoli di tipo psicologico che il giudice della causa – chiamato a modificare i provvedimenti - potrebbe soffrire rispetto ad un provvedimento del presidente confermato o modificato dalla Corte d'appello¹⁵.

Non c'è, d'altro lato, alcuna diversa motivazione per il reclamo che non possa essere assunta a fondamento di una istanza di modifica. La fungibilità tra reclamo e modifica è, quindi, una anomalia. La reclamabilità comporterà di fatto la non modificabilità dei provvedimenti a meno di non riconoscere apertamente che il giudice istruttore possa sempre modificare anche i provvedimenti della Corte d'appello.

Se si volesse, quindi, sintetizzare la critica da rivolgere al legislatore su questo punto si potrebbe dire che l'introduzione del principio di reclamabilità dei provvedimenti presidenziali incrinerà e penalizzerà fortemente il principio di modificabilità. Indebolendo fortemente la tutela anche rispetto alle sopravvenienze. E sarebbe forse giusto prendere atto della irrazionalità della riforma e della possibile soluzione auspicata da una parte della dottrina, quella cioè di ritenere che il potere di modifica del giudice istruttore torni ad essere condizionato dal sopravvenire di circostanze nuove in modo che alle sopravvenienze si possa sempre dare una soluzione¹⁶.

Il reclamo introduce un subprocedimento davanti alla Corte d'appello ma, non essendovi una norma apposita, non comporta la sospensione del processo con la conseguenza che la causa può procedere per la trattazione.

Non esistono regole procedurali particolari per il procedimento davanti alla corte d'appello ma si può ritenere che la Corte possa anche assumere nuove informazioni o procedere all'assunzione di nuovi mezzi di prova ritenuti indispensabili (art. 345 c.p.c.).

¹⁴ Perplessità erano state espresse nella stessa Commissione in Senato prevedendosi che il coniuge che si ritenga svantaggiato dal provvedimento finirà per proporre reclamo quasi sempre con la conseguenza di "protrarre le lungaggini del processo ed intasare ulteriormente le nostre Corti" (Sen. Baio Dossi, relatrice per la Commissione speciale in materia di infanzia e di minori, Senato della Repubblica, Commissione giustizia e commissione speciale in materia d'infanzia e di minori riunite, resoconto della seduta del 14 dicembre 2005).

¹⁵ Nessuna norma – contrariamente a quanto pensa PIERO LEANZA, in PIERO LEANZA e ANDREA BATTISTUZZI, *Il nuovo processo civile*, Giappichelli, Torino, 2006, 142 - autorizza a ritenere che il giudice istruttore, dopo il provvedimento della Corte d'appello, perda il potere di modificare i provvedimenti vigenti, sia pure adottati o confermati da un giudice di secondo grado.

¹⁶ GIUSEPPE PAGLIANI, *I procedimenti di modifica delle condizioni di separazione e divorzio*, Giuffrè, Milano, 2006, 33.

In una prospettiva di effettività della giustizia sarà ora necessario che siano riviste le piante organiche delle corti d'appello per garantire che i procedimenti di impugnazione di cui si discute e di cui è facile prevedere largo uso, possano essere trattati e definiti in termini ragionevoli.

d) Il reclamo dei provvedimenti presidenziali in sede divorzile e di nullità del matrimonio.

Il novellato testo dell'art. 4 della legge sul divorzio non prevede la reclamabilità dei provvedimenti presidenziali, come fa, invece, espressamente, il nuovo ultimo comma dell'art. 708 c.p.c. per la separazione. Ugualmente nulla si dice in tema di reclamo avverso i provvedimenti provvisori e urgenti eventualmente adottati nel giudizio ex art. 129 c.c. o in quello ex art. 126 c.c. per i quali si può fare riferimento a quanto già detto sopra trattando dell'applicazione della riforma ai giudizi di nullità.

La circostanza si spiega con il fatto che la reclamabilità dei provvedimenti presidenziali di separazione è stata introdotta - successivamente alla riforma di cui alla legge 80/2005 - dalla legge 54/2006 il cui articolo 4, comma 2, espressamente dichiara applicabili "le disposizioni della presente legge" anche in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili e di nullità del matrimonio.

E' del tutto plausibile, perciò, ritenere che il rinvio alle disposizioni della legge 54/2006 includa anche il rinvio al meccanismo di reclamabilità dei provvedimenti provvisori e urgenti assunti dal presidente nel giudizio di divorzio¹⁷ e, ove si ammetta l'esistenza di una fase presidenziale, a quelli adottati nel corso del giudizio successivo alla nullità, ex art. 129 c.c. ovvero nel procedimento ex art. 126 c.c.

e) Il reclamo dei provvedimenti in tema di affidamento dei figli naturali

Il citato articolo 4 della legge 54/2006 dichiara applicabili le disposizioni introdotte dalla riforma sull'affidamento dei figli anche ai procedimenti per la regolamentazione dell'affidamento dei figli naturali previsti, come è noto, nell'art. 317-*bis* del codice civile.

Tali procedimenti in base all'art. 38 delle disposizioni di attuazione del codice civile, sono di competenza del tribunale per i minorenni che decide sempre in composizione collegiale e non prevedono una fase di tipo presidenziale né provvedimenti urgenti e provvisori. Con la conseguenza che allo stato della normativa vigente il reclamo è ammissibile solo avverso il decreto camerale che definisce il procedimento.

f) Il reclamo avverso i provvedimenti concernenti i coniugi.

Benché la normativa di cui alla legge 54/2006 si occupi dell'affidamento e il mantenimento dei figli, non vi sono ragioni per escludere che il reclamo avverso i provvedimenti presidenziali possa concernere anche le questioni che regolamentano i rapporti patrimoniali tra i coniugi. La collocazione e il dato testuale della norma ("*Contro i provvedimenti di cui al comma precedente...* e quindi anche i provvedimenti adottati "*nell'interesse dei coniugi*") appaiono deporre per la reclamabilità anche di tali provvedimenti¹⁸.

¹⁷ Condividono questa conclusione GIUSEPPE DE MARZO, L'affidamento condiviso. Profili sostanziali, in *Il Foro italiano*, 2006, V, 94 e COSTANZO M. CEA, L'affidamento condiviso. Profili processuali, in *Il Foro italiano*, 2006, V, 98.

¹⁸ Così anche GIUSEPPE DE MARZO, L'affidamento condiviso. Profili sostanziali, in *Il Foro italiano*, 2006, V, 94.

8 La notifica dell'ordinanza presidenziale al convenuto non comparso e il nuovo termine per l'udienza di comparizione e trattazione

Separazione

L'ordinanza con la quale il presidente fissa l'udienza di comparizione davanti al giudice istruttore è notificata a cura dell'attore al convenuto non comparso, nel termine perentorio stabilito nell'ordinanza stessa, ed è comunicata al pubblico ministero.

Tra la data dell'ordinanza, ovvero tra la data entro cui la stessa deve essere notificata al convenuto non comparso, e quella dell'udienza di comparizione e trattazione devono intercorrere i termini di cui all'articolo 163-bis ridotti a metà.

(art. 709, commi 1 e 2, c.p.c.)

Divorzio

Tra la data dell'ordinanza, ovvero tra la data entro cui la stessa deve essere notificata al convenuto non comparso, e quella dell'udienza di comparizione e trattazione devono intercorrere i termini di cui all'articolo 163-bis del codice di procedura civile ridotti a metà.

(art.4, comma 9, legge 898/70)

Come si è già detto la riforma (re)introduce in sede di separazione (art. 709, prima parte, c.p.c.) e introduce in sede di divorzio (art. 4, comma 9, prima parte, legge 898/70) l'obbligo di notificare l'ordinanza contenente i provvedimenti provvisori e urgenti al convenuto che non sia comparso all'udienza presidenziale, con ciò mettendo in evidenza molto nettamente nel processo di separazione le due fasi di cui esso si compone (quella presidenziale di tipo conciliativo e quella successiva indirizzata all'istruttoria ordinaria). Proprio questo obbligo di notifica dell'ordinanza presidenziale (contenente anche la designazione del giudice istruttore e la data dell'udienza di comparizione davanti a lui) evidenzia che la notifica del ricorso introduttivo e del decreto di convocazione davanti al presidente non è una vera e propria *vocatio in ius*, tanto da rendersi necessaria una seconda chiamata in giudizio. L'obbligo di notifica sta a simbolizzare proprio il passaggio tra la fase introduttiva del procedimento - in cui né il coniuge convenuto né il coniuge ricorrente, come detto, hanno obblighi di costituzione formale - a quella di trattazione ordinaria.

Altra novità è quella che prevede che tra la data dell'ordinanza presidenziale – o quella della notifica al convenuto non comparso – devono intercorrere almeno 45 giorni se il convenuto risiede in Italia e almeno 75 giorni se risiede all'estero, cioè termini pari alla metà di quelli previsti dal nuovo art. 163-bis c.p.c.

9. La regolarizzazione della costituzione in giudizio e le preclusioni.

Separazione

Con l'ordinanza il presidente assegna altresì termine al ricorrente per il deposito in cancelleria di memoria integrativa, che deve avere il contenuto di cui all'articolo 163, terzo comma, numeri 2), 3), 4), 5) e 6), e termine al convenuto per la costituzione in giudizio ai sensi degli articoli 166 e 167, primo e secondo comma, nonché per la proposizione delle eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio. L'ordinanza deve contenere l'avvertimento al convenuto che la costituzione oltre il

suddetto termine implica le decadenze di cui all'articolo 167, primo e secondo comma, e che oltre il termine stesso non potranno più essere proposte le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio.

(art. 709, comma 3, c.p.c.)

Divorzio

Con l'ordinanza di cui al comma 8, il presidente assegna altresì termine al ricorrente per il deposito in cancelleria di memoria integrativa, che deve avere il contenuto di cui all'articolo 163, terzo comma, numeri 2), 3), 4), 5) e 6), del codice di procedura civile e termine al convenuto per la costituzione in giudizio ai sensi degli articoli 166 e 167, primo e secondo comma, dello stesso codice nonché per la proposizione delle eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio. L'ordinanza deve contenere l'avvertimento al convenuto che la costituzione oltre il suddetto termine implica le decadenze di cui all'articolo 167 del codice di procedura civile e che oltre il termine stesso non potranno più essere proposte le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio.

(art. 4, comma 10, legge 898/70)

La riforma del 2005 ha modificato radicalmente l'impianto processuale della fase introduttiva delle cause ordinarie al fine di accelerarne i tempi. Non è più prevista l'udienza di prima comparizione come separata dall'udienza di trattazione. Le due udienze sono state unificate – normativa applicabile alle citazioni notificate successivamente al 15 settembre 2005 (art. 2, comma 3 *quater* della riforma) - in un'unica udienza di “*prima comparizione delle parti e trattazione della causa*” (art. 2, comma 3, lettera *c ter* della riforma che ha riformulato *ex novo* l'art. 183 c.p.c. Il convenuto deve costituirsi entro venti giorni da tale udienza e, per non incorrere in preclusioni, deve formulare nella comparsa di costituzione le domande riconvenzionali e le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio. Alla prima udienza il giudice istruttore verifica la regolarità del contraddittorio e procede agli altri adempimenti che erano prima rinviati all'udienza ex art. 183 c.p.c. concedendo, su richiesta delle parti, un doppio termine per precisare le domande (o per consentire all'attore la *riconventio riconventionis*) ed indicare nuovi mezzi di prova e per l'indicazione di prova contraria. Provvede poi con ordinanza pronunciata eventualmente fuori udienza all'ammissione dei mezzi di prova che vengono assunti fin dalla successiva udienza ex art. 184 c.p.c.

Ebbene, anche il processo di separazione e divorzio si allinea a questa accelerazione della fase introduttiva ordinaria, raccordandosi con l'udienza presidenziale attraverso un meccanismo che prevede che sia lo stesso presidente ad indicare alle parti, in sede di provvedimenti temporanei ed urgenti, il termine per integrare l'atto introduttivo del ricorrente e la memoria del convenuto. All'art. 2, comma 2, lettera *e ter* della legge si riformula, infatti, il testo, tra gli altri, dell'art. 709 c.p.c. al cui terzo comma si prevede che “*con l'ordinanza il presidente assegna altresì termine al ricorrente per il deposito in cancelleria di memoria integrativa che deve avere il contenuto di cui all'articoli 163, terzo comma, numeri 2, 3, 4, 5 e 6 e termine al convenuto per la costituzione in giudizio ai sensi degli articoli 166 e 167, primo e secondo comma, nonché per la proposizione delle eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio*” dando anche avvertimento al convenuto delle decadenze e delle preclusioni ivi previste.

Lo stesso impianto è previsto per il divorzio. L'art. 2, comma 3 *bis* della legge di riforma apporta, infatti, le medesime modifiche al divorzio e il nuovo articolo 4 della legge 898/70 testualmente prevede sul punto al comma 10 una formulazione identica a quella del terzo comma dell'art. 709 c.p.c.

Da un punto di vista strettamente processuale si verifica una situazione particolare. Sebbene, infatti, per il coniuge ricorrente e per il coniuge convenuto il patrocinio del difensore sia certamente obbligatorio fin dall'inizio ex art. 82 c.p.c. – e quindi l'atto introduttivo del ricorrente e la memoria del convenuto debbano necessariamente contenere la procura al difensore (la cui presenza è, come si visto, obbligatoria per tutta la fase presidenziale) - la costituzione completa in giudizio del ricorrente non avverrà più al momento del deposito del *ricorso* introduttivo ma successivamente, con il deposito della memoria integrativa (si tratta di una inedita e curiosa modalità di costituzione in giudizio che si completa in due momenti successivi). Ugualmente per il convenuto la costituzione in giudizio non avverrà con il deposito della *memoria difensiva* ma successivamente, con la comparsa di costituzione da depositare nel termine indicato dal presidente che avrà, naturalmente, una scadenza successiva rispetto a quella indicata al ricorrente per integrare la domanda introduttiva.

Ai fini processuali, per esempio ai fini della litispendenza, certamente è il ricorso introduttivo (e non la memoria integrativa) che segnerà il *dies a quo* della costituzione in giudizio per il ricorrente.

Altra curiosa situazione processuale – ma da tempo caldeggiata per la separazione e il divorzio da parte della dottrina - è quella che si verifica per il convenuto al quale sarà il presidente e non il ricorrente ad indicare il termine per le preclusioni e le decadenze, con ciò facendosi piazza pulita delle tesi che, in relazione ai principi generali del processo civile, hanno sempre considerato onere dell'attore e non certo del giudice indicare al convenuto le preclusioni processuali.

La prima udienza di comparizione e trattazione davanti al Giudice istruttore si svolgerà con le modalità nuove previste dal nuovo art. 183 c.p.c. salvo l'interrogatorio libero e il tentativo di conciliazione (già svolto dal presidente e quindi inutile in sede di trattazione) (art. 709-bis c.p.c. nel testo modificato dall'art. 1, comma 4, legge 28 dicembre 2005, n. 263). La norma può trovare applicazione anche nella prima udienza di comparizione e trattazione in sede divorzile sebbene la miniriforma operata dall'art. 1, comma 4, legge 28 dicembre 2005, n. 263 non abbia fatto espresso riferimento all'art. 4, comma 11, della legge sul divorzio.

10. La modificabilità dei provvedimenti presidenziali.

Separazione

I provvedimenti temporanei ed urgenti assunti dal presidente con l'ordinanza di cui al terzo comma dell'articolo 708 possono essere revocati o modificati dal giudice istruttore.

(art. 709, comma 4, c.p.c.)

Divorzio

L'ordinanza del presidente può essere revocata o modificata dal giudice istruttore. Si applica l'articolo 189 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura civile.

(art. 4, comma 8, ultima parte, legge 898/70)

Il nuovo ultimo comma dell'art. 709 c.p.c. prevede che “*i provvedimenti temporanei e urgenti assunti dal presidente con l'ordinanza di cui al terzo comma dell'art. 708 possono essere revocati o modificati dal giudice istruttore*”. Scompare quindi quel riferimento al presupposto

della modificabilità costituito dall'espressione “*se si verificano mutamenti delle circostanze*” che già era stato eliminato nella formulazione del medesimo principio in sede di divorzio (art. 4, comma 8, legge 898/70 dove si leggeva soltanto che “*l'ordinanza del presidente può essere revocata o modificata dal giudice istruttore a norma dell'art. 177 c.p.c.*”). Altrettanto prevede l'ultima parte del nuovo art. 4, comma 8 della legge sul divorzio.

La modificabilità dei provvedimenti presidenziali da parte del giudice istruttore non confligge con il principio fondamentale indicato dall'art. 189 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura civile, in base al quale l'ordinanza presidenziale conserva la sua efficacia anche dopo l'estinzione del procedimento (per esempio per inattività delle parti) finché non sia sostituita da altro provvedimento emesso dal presidente o dal giudice istruttore a seguito di nuova presentazione di ricorso di separazione o di divorzio.

11. La soluzione delle controversie e il risarcimento dei danni

Per la soluzione delle controversie insorte tra i genitori in ordine all'esercizio della potestà genitoriale o delle modalità dell'affidamento è competente il giudice del procedimento in corso. Per i procedimenti di cui all'articolo 710 è competente il tribunale del luogo di residenza del minore.

A seguito del ricorso, il giudice convoca le parti e adotta i provvedimenti opportuni. In caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento (...) può modificare i provvedimenti in vigore e può, anche congiuntamente:

- 1) ammonire il genitore inadempiente;*
- 2) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti del minore;*
- 3) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti dell'altro;*
- 4) condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, da un minimo di 75 euro a un massimo di 5000 euro a favore della Cassa delle ammende.*

*I provvedimenti assunti dal giudice del procedimento sono impugnabili nei modi ordinari.
(art. 709-ter c.p.c.)*

a) Il procedimento per la soluzione delle controversie sui figli

In linea con le indicazioni che da anni i giuristi e la prassi vanno facendo in ordine alle problematiche relative all'attuazione dei provvedimenti e nella direzione già a suo tempo indicata dalla legge sul divorzio (art. 6, comma 10: “*all'attuazione dei provvedimenti relativi all'affidamento della prole provvede il giudice del merito...*”), la riforma prevede che la soluzione delle controversie tra i genitori in ordine all'esercizio della potestà, sono risolte dal “*giudice del procedimento in corso*” su ricorso di uno dei genitori (art. 709 *ter* c.p.c.). Si tratta delle controversie sulla regolamentazione dell'affidamento o di natura economica relative ai figli minori.

Dovrebbe, quindi, concludersi il dibattito che in dottrina e in giurisprudenza si è svolto finora relativamente alla problematica dell'attuazione dei provvedimenti in materia di affidamento dei figli in sede di separazione ove si riteneva che, in assenza di spontaneo adempimento, competente all'attuazione fosse in corso di causa il presidente o il giudice istruttore che aveva emanato i provvedimenti mediante il ricorso alla procedura di esecuzione coattiva in via breve mentre per l'attuazione di un provvedimento definitivo si riteneva competente il giudice dell'esecuzione.

Nella prima ipotesi non era considerata ammissibile l'opposizione a differenza di quanto si riteneva che potesse avvenire, invece, nella seconda ipotesi¹⁹. Da molti era stata segnalata la scarsa plausibilità di procedure di questo tipo²⁰.

Con la riforma, si aprono a questo punto, in relazione al procedimento da seguire, due sole possibili opzioni interpretative.

1. Competenza del giudice istruttore.

La prima opzione è che la risoluzione della controversia debba avvenire all'interno della causa di separazione, di divorzio o di affidamento dei figli naturali con modalità di trattazione analoghe a quelle che disciplinano il procedimento in seguito ad una richiesta rivolta al giudice istruttore (o al tribunale per i minorenni in caso di filiazione naturale) di modificare un precedente provvedimento (art. 177 c.p.c.) e con possibilità per il giudice di ricorrere all'ausilio dei servizi sociali. Con la conseguenza che non si dovrebbe aprire un subprocedimento autonomo (come fosse un ricorso cautelare di urgenza) ma la trattazione avverrebbe nell'udienza in cui la questione viene sollevata o in quella che viene disposta *ad hoc* in seguito ad una eventuale richiesta di anticipazione di udienza. Il giudice adotterà i provvedimenti ritenuti opportuni. Si tratta dell'opzione più ragionevole perché la più congrua e vicina rispetto al procedimento in corso. Se la controversia sorge quando la causa è in appello, il "giudice" competente a risolverla è la stessa Corte d'appello che rimane il giudice competente anche quando la controversia si presenta quando il giudizio pende davanti alla Corte di cassazione. La controversia, naturalmente, non può presentarsi all'udienza presidenziale quando ancora un provvedimento non è stato adottato.

2. Competenza del tribunale.

La seconda opzione consiste nell'adottare una interpretazione più formale della norma – ma che indubbiamente presenta molti più inconvenienti²¹ – nel senso di ritenere che l'attuazione dei provvedimenti dia luogo ad un vero e proprio procedimento autonomo all'interno della causa. In tal caso la competenza sarebbe sempre del collegio e non del giudice istruttore e il rito sarebbe sempre camerale in applicazione di quanto dispone l'art. 38 disp. att. c.c.. Sarebbe, perciò, competente in primo grado a risolvere la controversia il tribunale. In caso di controversia relativa alla potestà su figli naturali la competenza sarebbe del tribunale per i minorenni. La previsione di una procedura autonoma inserita in quella pendente rende molto evidente l'appesantimento della causa che ne deriva.

In entrambe le due opzioni sopra descritte, la tradizionale funzione risolutiva delle controversie attribuita al giudice tutelare (in un procedimento a parte) passerebbe in corso di causa, dunque, al giudice del merito.

Il giudice tutelare, tuttavia, in base all'art. 337 c.c. – tuttora vigente – potrebbe conservare la propria competenza di vigilanza "sulle condizioni che il tribunale abbia stabilito per l'esercizio della potestà" tutte le volte in cui la controversia insorge dopo il giudicato di separazione o di

¹⁹ CANAVESE, L'esecuzione dei provvedimenti concernenti la persona del minore, in Trattato di diritto di famiglia, Giuffrè, Milano, 2002, vol. VI, 336 ss

²⁰ GIOVANNI MORANI, L'esecuzione forzata dei provvedimenti civili relativi alla persona del minore, in *Giur. merito*, 1998, 2, 361 e in *Dir. fam. pers.* 1998, 1185 ss.

²¹ Così ritiene anche COSTANZO M. CEA, L'affidamento condiviso. Profili processuali, in *Il Foro italiano*, 2006, V, 101.

divorzio e non richiede modifiche dei provvedimenti. In tal caso il genitore interessato potrà sempre rivolgersi al giudice tutelare per la soluzione della controversia salvo a dover ricorrere al tribunale ex art. 710 c.p.c. o 9 legge divorzio ove intendesse modificare i provvedimenti e non solo risolvere una controversia.

Quale che sia l'organo giudiziario – giudice istruttore o tribunale – competente a risolvere la controversia in corso di causa, il riferimento legislativo al “*giudice del merito*” costituisce un'indicazione riassuntiva di carattere generale a contenuto negativo, indirizzata, cioè, a rendere competente sempre in materia di soluzione delle controversie il giudice che ha competenza nel merito della causa, e cioè non il giudice dell'esecuzione.

Il procedimento sarà sempre azionato dal genitore interessato con ricorso diretto al giudice del procedimento in corso.

b) La competenza territoriale in caso di procedimento azionato in sede di modifica delle condizioni di separazione

Quando il procedimento non è più pendente davanti al giudice della causa, la domanda si propone con un procedimento camerale di revisione ex art. 710 c.p.c. o ex art. 9 della legge sul divorzio o, per i figli naturali, attraverso una procedura camerale ex art. 317 bis c.c.

In tale caso la competenza territoriale appartiene – come espressamente avverte la seconda parte del primo comma dell'art. 709-ter c.p.c. - al tribunale del luogo ove è residente il minore dal momento che si tende a mantenere la competenza nel luogo dove sono radicate le abitudini di vita del minore e dove sono ubicati gli eventuali servizi territoriali che possono essere di ausilio nel procedimento. Questa disposizione sulla competenza, come già detto, non comporta particolari problemi – benché possa apparire problematica – in quanto chi intende promuovere nei confronti del coniuge trasferitosi altrove un giudizio di revisione sia dell'assegno di separazione o dell'assegno divorzile che dell'affidamento del figlio minore potrà instaurare un unico giudizio e utilizzare il foro del convenuto se il figlio risiede con il coniuge convenuto o il *forum solutionis*, cioè quello del ricorrente, se il figlio minore risiede con lui.

Tra le questioni soggette al nuovo criterio di competenza vanno annoverate naturalmente anche le questioni relative al contributo di mantenimento per il figlio.

c) Le inadempienze e le sanzioni

Il giudice – in corso di causa o in sede di modifica (ma non certo il giudice tutelare, ove si aderisse alla tesi della sopravvivenza della sua competenza in materia) - non si limiterà, però, alla sola soluzione della controversia portata alla sua attenzione. Qualora egli riscontri gravi inadempienze o atti che arrecano pregiudizio al minore potrà anche adottare provvedimenti di tipo sanzionatorio. Ciò può avvenire su richiesta di parte ma anche d'ufficio ove si tratti di adottare provvedimenti nell'interesse dei figli minori.

La riforma introduce con l'art. 709-ter c.p.c. una vistosa eccezione – verosimilmente destinata a creare più di un problema - alla regola secondo cui i provvedimenti di condanna sono adottati dal giudice all'esito di un giudizio ordinario e nel contraddittorio tra le parti. Qui tutto questo è ignorato e il procedimento prevede solo la fase decisoria con l'ammonizione del genitore inadempiente o con la possibile condanna al risarcimento dei danni in favore dell'altro genitore o del minore ovvero di una sanzione che può giungere fino a cinquemila euro a favore della Cassa delle ammende.

La previsione del risarcimento dei danni è anche contenuta nell'ultimo comma dell'art. 6 della legge sul divorzio ma non ha mai trovato applicazione.

Anche se è previsto che la decisione possa essere impugnata nei modi ordinari, cioè con l'appello nelle forme consuete, non è chiaro come possa il legislatore aver ritenuto che questa procedura possa reggere di fronte a più che prevedibili eccezioni di legittimità costituzionale.

d) Le impugnazioni del provvedimento adottato

I provvedimenti del giudice (del giudice istruttore in corso di causa o del tribunale in sede di revisione) possono essere di tre tipi: o risolvono una controversia o modificano il regime vigente o consistono in una misura sanzionatoria.

La legge prevede che contro i provvedimenti in questione possa essere presentata impugnazione "nei modi ordinari". Ora dal testo della disposizione sembrerebbe che tutti i provvedimenti siano impugnabili e non soltanto quelli che adottano una misura sanzionatoria.

Saranno, perciò, impugnabili in Corte d'appello - in sintonia con la norma che prevede la reclamabilità in appello dei provvedimenti presidenziali - tutti i provvedimenti del giudice istruttore che irrogano una delle sanzioni previste²².

Se si tratta di provvedimenti adottati da tribunale al termine delle procedure di revisione ex art. 710 c.p.c. o ex art. 9 legge divorzio, il reclamo sarà quello consueto alla Corte d'appello nelle forme del rito camerale.

Se il provvedimento sanzionatorio viene adottato dalla Corte d'appello nel corso della causa d'appello - in seguito ad un'istanza presentata in quel giudizio - i provvedimenti non sono impugnabili ma modificabili dalla sentenza d'appello.

Avverso la sentenza d'appello potrebbe essere presentato ricorso per cassazione trattandosi di provvedimenti di natura decisoria.

Ove la controversia, nei limiti di cui si è sopra detto - e cioè quando concerne la sola soluzione della controversia e la causa non è in corso - dovesse essere risolta dal giudice tutelare, l'eventuale impugnazione si proporrà direttamente alla Corte d'appello e non al tribunale²³.

²² Ritiene reclamabili i provvedimenti del giudice istruttore con il reclamo al collegio ex art. 669-terdecies, c.p.c. COSTANZO M. CEA, L'affidamento condiviso. Profili processuali, in *Il Foro italiano*, 2006, V, 102.

²³ C. Appello Milano, 8 ottobre 2002, in *Famiglia e diritto*, 2003, 1, 39. Non si condivide, soprattutto dopo la legge sull'amministrazione di sostegno che attribuisce alla Corte d'appello i reclami contro i provvedimenti del giudice tutelare (art. 720 bis c.p.c. come introdotto dall'art. 17 della legge 9 gennaio 2004, n. 6), l'impostazione contraria data da Cass. sez. I, 9 gennaio 2004, n. 122, in *Juris Data Maior*, DVD, 3, 2005. Con questa sentenza la Corte di cassazione ha affrontato per la prima volta la questione relativa a chi appartenga la competenza a conoscere dei reclami (art. 739, primo comma c.p.c.) avverso i provvedimenti del giudice tutelare; questione controversa in dottrina e nella giurisprudenza di merito dopo la soppressione del pretore avvenuta nel 1998. Secondo la Cassazione la competenza è del tribunale ordinario o del tribunale per minorenni, a seconda dei casi (art. 45 disp. att. c.c.) e non della Corte d'appello (come ritiene la C. Appello Milano, 8 ottobre 2002, in *Famiglia e diritto*, 2003, 1, 39). Avevano aderito in passato alla tesi della competenza del tribunale Trib. Milano, sez. IX, 20 settembre 2002, in *Famiglia e diritto*, 2003, 1, 41; Trib. Verona, 28 luglio 2000, in *Giurisprudenza italiana*, 2001, 749; C. Appello Napoli, 2 novembre 1999, in *Giurisprudenza napoletana*, 2000, 195).

