

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PROCESSUALE CIVILE – XX CICLO

IL PROCEDIMENTO DI SEPARAZIONE
PERSONALE DEI CONIUGI

COORDINATORE FINO AL 30.10.2008

PROF. RENATO ORIANI

IL COORDINATORE

PROF. SALVATORE BOCCAGNA

TUTOR

PROF. GIUSEPPE OLIVIERI

CANDIDATA

DOTT. BARBARA TABASCO

INDICE

CAPITOLO I LA COMPETENZA

- | | |
|---|--------|
| 1. La competenza nei procedimenti di separazione. | pag. 1 |
| 2. La competenza del tribunale dei minori. | pag. 8 |

CAPITOLO II LA FASE PRESIDENZIALE

- | | |
|--|---------|
| 1. Normativa applicabile e residua valenza dell'art. 23 della legge n. 74/1987. | pag. 20 |
| 2. Le due fasi del nuovo procedimento di separazione. | pag. 23 |
| 3. Le parti del giudizio. | pag. 28 |
| 4. La partecipazione del pubblico ministero. | pag. 31 |
| 5. Comparizione personale e rappresentanza. | pag. 36 |
| 6. Assistenza del difensore. | pag. 40 |
| 7. Forma e contenuto della domanda. | pag. 45 |
| 8. Formalità per la fissazione dell'udienza presidenziale. | pag. 50 |
| 9. La riconciliazione nel corso del giudizio di separazione. | pag. 56 |
| 10. La possibilità di agire, nel periodo precedente la comparizione dei coniugi, ai sensi dell'art. 700 c.p.c. | pag. 59 |
| 11. Costituzione delle parti. | pag. 65 |
| 12. Mancata comparizione del ricorrente o del convenuto. | pag. 67 |
| 13. Tentativo di conciliazione. | pag. 70 |
| 14. Poteri istruttori del presidente. | pag. 74 |
| 15. Audizione del minore. | pag. 76 |
| 16. Decorrenza dei termini per la proposizione della domanda di divorzio. | pag. 80 |
| 17. Natura dei provvedimenti provvisori ed urgenti. | pag. 82 |

18. La loro efficacia nel tempo.	pag. 89
19. Esecutività.	pag. 93
20. Contenuto sostanziale.	pag. 101
21. Reclamabilità dei provvedimenti presidenziali.	pag. 104
22. Provvedimenti di impulso processuale.	pag. 118
23. Termini e decadenze.	pag. 120
24. Possibilità di trasformazione del rito.	pag. 121

CAPITOLO III

LA FASE GIUDIZIALE

1. Memoria integrativa del ricorrente.	pag. 124
2. Costituzione del convenuto.	pag. 130
3. Udienza di comparizione e trattazione dinanzi al giudice istruttore.	pag. 131
4. Revoca o modifica dei provvedimenti presidenziali.	pag. 136
5. Modificabilità del provvedimento già oggetto di reclamo alla corte d'appello.	pag. 138
6. Reclamabilità dei provvedimenti del giudice istruttore.	pag. 144
7. Applicabilità dell'art. 184 c.p.c. e mezzi di prova nel giudizio di separazione.	pag. 148
8. Indagini di polizia tributaria.	pag. 150
9. Audizione del minore.	pag. 157
10. Consulenza tecnica.	pag. 160
11. Servizi sociali.	pag. 163
12. La mediazione familiare.	pag. 165
13. Sentenza non definitiva ed appello immediato.	pag. 168

CAPITOLO IV
IL CONTROLLO

1. L'appello camerale per il processo per separazione.	pag. 173
2. Appello immediato.	pag. 175
3. Procedimento: rito camerale o rito ordinario; termini per la proposizione dell'appello; legittimazione; fase di "trattazione" e decisoria.	pag. 177
4. Passaggio in giudicato della sentenza di separazione.	pag. 188
5. La revisione dei provvedimenti ex art. 710 c.p.c.	pag. 190
6. Giustificati motivi.	pag. 193
7. Problemi inerenti alla revisione.	pag. 196
8. Art. 710 c.p.c. e legge sull'affido condiviso.	pag. 198
9. Competenza del tribunale ordinario e del tribunale per i minorenni.	pag. 201
10. Rapporti tra giudizi di separazione, revisione e divorzio.	pag. 205

CONCLUSIONI	pag. 211
--------------------	----------

BIBLIOGRAFIA	pag. 216
---------------------	----------

CAPITOLO I

LA COMPETENZA

1. La competenza nei procedimenti di separazione

Prima della riforma i criteri per stabilire la competenza nei procedimenti di separazione e divorzio erano innanzitutto quello del *foro del coniuge-convenuto* (indicazione comune sia all'art. 706, 1° comma, c.p.c. che all'art. 4 L. 898/70): quindi la domanda di separazione personale dei coniugi così come la domanda per ottenere lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio si proponevano innanzi al tribunale del luogo in cui il coniuge convenuto aveva la residenza o il domicilio.

Qualora non potesse trovare applicazione tale criterio, vuoi per irreperibilità del coniuge, vuoi per residenza all'estero dello stesso, il tribunale competente sarebbe stato quello di residenza o domicilio del coniuge-ricorrente, mentre, nel caso di residenza all'estero di entrambi i coniugi, competente sarebbe stato qualsiasi tribunale della Repubblica.

La riforma ha, di fatto¹, confermato i suddetti criteri antepoendo però ad essi, quale criterio principale, quello del luogo di "*ultima residenza comune dei coniugi*", scelta, quest'ultima, mossa da esigenze pratiche, perché in questo modo non sarà più necessario rincorrere il coniuge che ha lasciato il domicilio coniugale.

Tuttavia, la norma, che letta per la prima volta appare all'interprete chiara e priva di difficoltà interpretative, ha sollevato alcune riflessioni e dubbi.

¹ Infatti nell'art. 706 c.p.c., sono stati inseriti quei criteri di competenza precedentemente ricordati ed indicati espressamente solo nell'art. 4 della legge sul divorzio (L. n. 898/1970) ma già applicabili anche ai procedimenti di separazione in virtù dell'art. 23 L. 74/87. Inoltre, A. Dionisio, *La modifica del procedimento di separazione e divorzio*, in AIAF, 3/2005, p. 7, ritiene che: "nell'ipotesi in cui il coniuge convenuto sia residente in Italia è utile distinguere a seconda che i coniugi, prima del giudizio, abbiano o meno avuto una residenza comune. Nel primo caso, sussiste la competenza inderogabile del tribunale del luogo dell'ultima residenza comune dei coniugi. Nel caso, invece, in cui tale residenza comune sia venuta meno *ab origine*, sarà competente il luogo di residenza del convenuto".

In primo luogo, se tale *ratio* risulta comprensibile in sede di separazione, laddove i coniugi ancora coabitano oppure hanno cessato da poco la convivenza, meno si comprende l'indicazione di tale foro con riferimento al divorzio. Infatti, in quest'ultimo caso, di norma, i coniugi avranno cessato la convivenza da almeno tre anni ed è quantomeno probabile che si siano allontanati, anche entrambi, a volte anche per motivi psicologici, dai luoghi in cui era localizzata la vita matrimoniale; scegliere come giudice competente quello dell'ultima residenza comune vuol dire aver scelto un giudice "estraneo"², lontano dalla realtà della famiglia e dei coniugi.

Tuttavia, la critica³ ha ravvisato perplessità anche per il procedimento per separazione. Infatti, a tal riguardo importante è capire cosa si intenda per *residenza*, e cioè se debba essere preferita quella legale (risultante dai dati anagrafici) oppure quella fattuale (risultante da un'indagine in concreto), poiché ben potrebbero esserci dei casi in cui la residenza legale risulta del tutto estranea a quella di fatto, rendendo così inefficace la volontà legislativa di "ancorare" il processo per separazione nel luogo in cui si è svolta prevalentemente la vita matrimoniale.

In genere, le regole sulla competenza sono incentrate, per ragioni di praticità, su elementi di facile individuazione e di certezza, per cui appare suggestiva la tesi che dà rilievo alle mere risultanze anagrafiche. Tuttavia, sembra doversi preferire il criterio diretto alla ricerca del luogo in cui si incentra la vita familiare, posto che la crisi cui dà luogo alla separazione incide su di essa e comporta l'intrusione, in questa, di un ufficio pubblico cui spetta di compiere indagini (ad esempio, sulla condizione dei minori), ed azionare strutture (i servizi sociali) che è opportuno siano per quanto possibile vicine nel territorio.

Se ne deduce che se la *ratio* della norma è quella di scegliere quale giudice competente quello più vicino alla realtà e al contesto sociale della famiglia, l'interprete non potrà non prediligere la residenza di fatto; in questi casi, però, il

² Espressione di M. Finocchiaro, *Separazione: rilevante la residenza comune*, in *Guida al Diritto*, 2005, n. 22, 92; Cipriani, *Processi di separazione e divorzio*, in *Foro it.*, 2005, V, 141; Danovi, *Le nuove norme sui procedimenti di separazione e divorzio*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 2005, 862.

³³ Salvaneschi, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in *Famiglia e Diritto*, 2006, 356 e ss.

ricorrente dovrà apportare nel ricorso tutti gli elementi utili affinché, davanti ad un'eventuale eccezione di incompetenza di controparte, l'organo giudicante abbia tutti gli elementi utili per una corretta decisione.

In tal senso non solo si è espressa autorevole dottrina⁴ e giurisprudenza⁵, ma soccorrono anche indicazioni di diritto positivo. Infatti, l'art. 29, 2° co., della L. 31 maggio 1995, n. 218, sul diritto internazionale privato, dispone che i rapporti personali tra i coniugi sono regolati dalla legge dello Stato nel quale la vita matrimoniale è prevalentemente localizzata. La norma, pur riguardando il riparto della giurisdizione, assegna significativo rilievo ad una nozione di vita comune tra i coniugi fondata sull'effettività di fatto. In ambito comunitario, l'art. 3 comma 1, lett. a), del regolamento europeo 2201/2003/CE del 27 novembre 2003 (denominato Bruxelles II-bis) in tema di matrimonio, separazione e divorzio, assume quale criterio di determinazione della giurisdizione e della competenza interna il luogo dell'ultima residenza abituale dei coniugi: con chiaro rinvio ad una situazione fattuale da individuare in quanto concretamente praticata dagli interessati ed accertata come rispondente a constatata continuità.

⁴⁴ Tommaseo, *La disciplina processuale della separazione e del divorzio dopo le riforme del 2005 (e del 2006)*, in *Famiglia e Diritto*, 2006, pag. 8.

⁵ Cass., sez. I, 29 settembre 2004, n. 19595 aveva affermato che “in difetto di prova contraria, la residenza del convenuto doveva esser fatta coincidere con il luogo di ubicazione della casa coniugale, per cui ai fini dell'individuazione del tribunale competente per territorio sulla domanda di separazione personale dei coniugi alla stregua del criterio del luogo di residenza del convenuto al momento della proposizione della domanda (art. 706 c.p.c.), tale luogo deve essere identificato con la casa familiare, la quale individua presuntivamente il luogo di dimora abituale della coppia, salvo che detta presunzione venga superata fornendo la prova, il cui onere grava sul coniuge che contesti una simile circostanza, dello spostamento, da parte del medesimo convenuto, della propria abituale dimora di fatto in un altro luogo, nel qual caso la competenza territoriale spetta al giudice di quest'ultimo luogo. A tal riguardo, le risultanze anagrafiche rivestono mero valore presuntivo e possono essere superate, in quanto tali, da una prova contraria desumibile da qualsiasi fonte di convincimento affidata all'apprezzamento del giudice di merito, onde, allorché si provi o risulti in concreto che il terzo di buona fede (che può anche essere il coniuge separato di fatto) fosse a conoscenza della mancata corrispondenza tra residenza anagrafica e residenza effettiva, non può operare, rispetto a detto terzo, la più rigorosa disciplina prevista dall'art. 44 c.c. in ordine all'opponibilità del trasferimento di residenza”; nello stesso senso Cass., sez. I, 24 aprile 2001, n. 6012 ove la corte ha dichiarato la competenza per territorio del giudice del luogo ove era ubicata la casa coniugale, nonostante il coniuge avesse per tutta la durata della convivenza conservato residenza anagrafica in altra località, ove dimorava stabilmente nel corso delle settimana per motivi di lavoro, facendo ritorno presso la casa coniugale solo nei fine settimana; Cass., sez. I, 18 aprile 2001, n. 5729; Cass., sez. I, 5 maggio 1999, n. 4492 che ravvisavano nelle risultanze anagrafiche mero valore presuntivo, superabile da una prova contraria desumibile da qualsiasi fonte di convincimento affidata all'apprezzamento del giudice di merito.

Inoltre, già la giurisprudenza⁶, nonostante il criterio di competenza da seguire consistesse nella residenza o domicilio del convenuto, identificava il luogo di residenza del convenuto con la residenza della famiglia, in quanto tale luogo, si affermava, individua presuntivamente quello di dimora abituale della coppia, salvo prova contraria. Successivamente, sempre la giurisprudenza ha precisato che, in questa materia, al fine dell'individuazione del Tribunale competente per territorio sulla domanda di separazione personale dei coniugi alla stregua del criterio "del luogo di residenza del coniuge convenuto al momento della proposizione della domanda" (art. 706 c.p.c.), tale luogo deve essere identificato, sia pur in via soltanto presuntiva, con la casa coniugale, da ritenersi, sino a prova contraria, luogo di dimora abituale di tutti i componenti della famiglia. Tale presunzione può, peraltro, legittimamente superarsi fornendo la prova, il cui onere grava sul coniuge che contesti la detta circostanza, del verificarsi di una frattura del rapporto di convivenza prima della proposizione della domanda stessa a causa dello spostamento, da parte del predetto coniuge, della propria abituale dimora in un'altro luogo⁷.

Tuttavia, sebbene in tal modo in tal modo si è conferita dignità normativa ad un consolidato orientamento del giudice di legittimità, che ha consentito di identificare la residenza del convenuto con la casa coniugale, intesa quale luogo di dimora abituale dei componenti del nucleo familiare⁸, sono sorti dei dubbi⁹.

⁶ "Ai fini dell'individuazione del Tribunale territorialmente competente sull'istanza di separazione si deve ritenere che la dimora abituale del coniuge convenuto coincida con la casa familiare, con la conseguente competenza per territorio del Tribunale del luogo della casa medesima, quando difetti la prova di una pregressa frattura del rapporto di convivenza". Cass., 26 giugno 1992, n. 8019

⁷ Cass., 24 aprile 2001, n. 6012: "Competente per territorio è il giudice del luogo ove era ubicata la casa coniugale nonostante il coniuge istante per la separazione avesse, per tutta la durata del matrimonio, conservato la residenza anagrafica in altra città, ove dimorava stabilmente nel corso della settimana per motivi lavorativi, facendo ritorno presso la casa coniugale soltanto nel weekend". Su tale posizione si è, infine, assestata la giurisprudenza di legittimità, Cass., 22 luglio 1995, n. 8049: "Il principio della corrispondenza tra residenza anagrafica e residenza effettiva costituisce una presunzione semplice, superabile con ogni mezzo di prova idoneo ad evidenziare l'abituale e volontaria dimora di un soggetto in un luogo diverso; allorché si provi o risulti in concreto che il terzo di buona fede, che può anche essere il coniuge separato di fatto, fosse a conoscenza della mancata corrispondenza fra residenza anagrafica e residenza effettiva, non può operare, rispetto a detto terzo, la più rigorosa disciplina prevista dall'art. 44 c.c. in ordine all'opponibilità del trasferimento della residenza".

⁸ Si veda Cass. 15017/06, in *Foro it., Rep.*, 2006, voce *Separazione dei coniugi*, n. 181; Cass. 19595/04, in *Foro it., Rep.*, 2004, voce *Separazione dei coniugi*, n. 41; Cass. 6012/01, in *Foro it.*,

In particolare si è posto il problema se la fissazione di una residenza coniugale, ancorché non più esistente, fosse circostanza sufficiente a legittimare il ricorso al suddetto criterio di collegamento.

Nonostante la lettera della legge sembri suffragare questa interpretazione, il Tribunale di Pisa¹⁰ ha sottoposto al vaglio della Corte Costituzionale il criterio adottato dal legislatore della riforma per l'individuazione del giudice competente.

In particolare, il tribunale di Pisa ha sollevato la questione di legittimità costituzionale, ritenendo che l'individuazione del luogo dell'ultima residenza comune dei coniugi come foro dei procedimenti contenziosi aventi ad oggetto lo scioglimento e/o la cessazione degli effetti civili del matrimonio si ponesse in contrasto “con l'art. 3 della Costituzione, sia sotto il profilo della irragionevolezza della disposizione, la quale pone un criterio di competenza territoriale inderogabile che può risultare privo di un effettivo collegamento con le parti e con i figli minorenni eventualmente coinvolti nel procedimento, sia sotto il profilo della ingiustificata disparità di trattamento rispetto ad altre situazioni analoghe, tenuto conto dei diversi criteri di competenza previsti dal medesimo art. 4, comma 1, della legge n. 898/1970 (con riferimento ai procedimenti instaurati dai coniugi con domanda congiunta e/o con riferimento ai procedimenti contenziosi tra coniugi che non abbiano mai avuto residenza comune) e dall'art. 709 *ter*, primo comma, c.p.c., (con riferimento ad altri procedimenti che coinvolgono anche minori); con l'art. 24 della Costituzione per il pregiudizio al diritto di difesa”.

Rep., 2002, voce *Separazione dei coniugi*, n. 51, e in *Famiglia e Diritto*, 2002, 21, con nota di Guidone.

⁹ Come dimostrano da un lato, la sentenza del Trib. Foggia 30 maggio 2007, in *Foro it.*, 2008, c. 653, che, privilegiando il versante dell'interpretazione razionale, ritiene inapplicabile, ad onta della lettera della legge, il criterio di collegamento della residenza comune dei coniugi tutte le volte che sia venuto meno perché il convenuto ha fissato altrove la sua residenza o domicilio, e dall'altro, la sentenza del Trib. Pisa 15 febbraio 2007, sempre in *Foro it.*, 2008, c. 653, che, pur ritenendo imprescindibile il dato letterale, si ribella denunciando alla Consulta la palese irrazionalità.

¹⁰ Ordinanza del Tribunale di Pisa del 15 febbraio 2007, pubblicata in *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, 1° serie speciale, n. 35 del 12 settembre 2007, pag. 9, e anche in *Foro it.*, 2008, c. 653. In particolare, la questione di costituzionalità è stata sollevata nel corso di un processo di divorzio per pregressa separazione da un coniuge, ormai residente nel circondario del Tribunale di Rimini, contro l'altro coniuge, residente nel circondario del Tribunale di Pisa; l'ultima residenza comune dei coniugi si trovava nel circondario del Tribunale di Napoli.

La Corte¹¹ ha ritenuto fondata la questione in riferimento all'art. 3 Cost. sostenendo che i criteri di competenza indicati nell'art. 4, comma 1, della legge n. 898/1970 sono inderogabili¹² e successivi, nel senso che non è consentito al ricorrente fare riferimento ad uno di essi se non nell'ipotesi in cui il precedente non ricorra¹³.

Pertanto, "perché il ricorrente possa proporre la domanda innanzi al tribunale del luogo in cui il convenuto abbia la residenza o domicilio, non è sufficiente che la residenza comune dei coniugi sia venuta meno, ma è necessario che essa non sia mai esistita¹⁴, non potendosi interpretare l'espressione *in mancanza* come equivalente a quella "qualora sia successivamente venuta meno", sia perché vi osta il dato letterale, che allude ad una situazione mai realizzatasi, sia perché è pacifico, in dottrina e in giurisprudenza, che i coniugi possano anche non avere

¹¹ Corte Costituzionale, sentenza 19 maggio 2008, n. 169, in *Foro it.*, 2008, c. 2081 con nota di M.C. Cea, *La Corte costituzionale e la competenza territoriale nelle cause di divorzio*, e in *Famiglia e Diritto*, n. 7/2008, pag. 669, con nota di Tommaseo, *Dichiarate parzialmente illegittime le regole sul foro competente per i giudizi di divorzio: una sentenza scontata o un'occasione perduta?*

¹² L'inderogabilità deriva, a norma dell'art. 28 c.p.c., dalla necessità dell'intervento del pubblico ministero nei giudizi di separazione e divorzio: Tommaseo, in Bonilini-Tommaseo, *Lo scioglimento del matrimonio*, nel *Commentario al codice civile* fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2004, 300 e nota 24.

¹³ Sicché l'individuazione del giudice territorialmente competente non è demandata alla scelta della parte tra i vari possibili momenti di collegamento previsti, come, ad esempio, avviene per le cause in materia di obbligazioni, bensì deve avvenire secondo le priorità indicate dal legislatore.

¹⁴ Contro quest'interpretazione M.C. Cea, *La Corte costituzionale e la competenza territoriale nelle cause di divorzio*, in *Foro it.*, 2008, c. 2081, il quale afferma: "Il termine "mancanza", stando ai comuni dizionari della lingua italiana, indica assenza di qualcuno o di qualcosa; quindi, qualcosa manca, sia perché non c'è mai stata, sia perché, pur essendoci stata, in seguito è venuta meno...In definitiva, anche ad attenersi pedissequamente al canone ermeneutico che impone di attribuire alla legge il senso che è fatto palese dal significato proprio delle parole (art. 12 preleggi), non mi sembra che nell'inciso "in mancanza" non potesse farsi rientrare anche l'ipotesi della residenza comune dei coniugi venuta meno a seguito della cessazione della coabitazione quale conseguenza della separazione personale dei coniugi". In tal senso anche Tommaseo, *Dichiarate parzialmente illegittime le regole sul foro competente per i giudizi di divorzio: una sentenza scontata o un'occasione perduta?* e in *Famiglia e Diritto*, n. 7/2008, pag. 669, il quale ritiene che "l'interpretazione della Corte non tiene conto della necessità di considerare, ai fini della competenza e come vuole l'art. 5 c.p.c., lo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda, ...ma soprattutto si tratta d'una lettura che trasforma una regola sostanzialmente innocua, se non anche superflua, in una regola che può provocare gravi distorsioni nell'individuazione del giudice competente per territorio a conoscere la causa di divorzio, costringendo le parti a confrontarsi davanti a un tribunale di un luogo con il quale esse, in non pochi casi, non hanno più alcun rapporto".

mai avuto una residenza comune¹⁵, dal momento che l'art. 144, 1° co., c.c., nel prevedere l'obbligo della fissazione della residenza della famiglia, non esclude che, in concreto, i coniugi, per motivi legittimi, possano non procedere a tale fissazione”.

Da quanto detto deriva che, qualora i coniugi abbiano avuto, per il passato, una residenza comune, occorre far capo, ai fini dell'individuazione del giudice competente sulla domanda di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, al tribunale del luogo ove detta residenza si trovava, e ciò anche nell'ipotesi che, al momento dell'introduzione del giudizio, nessuna delle parti abbia alcun rapporto con quel luogo.

Tuttavia, secondo la Corte, l'individuazione di tale criterio di competenza è manifestamente irragionevole, non sussistendo alcuna valida giustificazione dell'adozione dello stesso, ove si consideri che, in tema di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, nella maggioranza delle ipotesi, la residenza comune è cessata, quanto meno dal momento in cui i coniugi, in occasione della domanda di separazione sono stati autorizzati a vivere separatamente, con la conseguenza che, tenute presenti le condizioni per proporre la successiva domanda di divorzio, non è ravvisabile alcun collegamento fra coniugi e il tribunale individuato dalla norma. Conclude la Corte che, seppur è vero che rientra nella discrezionalità del legislatore la determinazione della competenza territoriale, è però necessario che tale discrezionalità sia esercitata nel rispetto del criterio della ragionevolezza che, nella specie, risulta palesemente violato.

Pertanto, a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 1, della legge 1° dicembre 1970, n. 898, così come modificato dall'art. 2, comma 3-bis, del decreto legge n. 35/2005 limitatamente alle parole “del luogo dell'ultima residenza comune dei coniugi ovvero, in mancanza”, il criterio per

¹⁵ Si osservi che la mancanza della residenza comune è circostanza resa possibile dalle modiche apportate dalla legge di riforma del diritto di famiglia, l. n. 151/1975, al codice civile e per le quali, se entrambi i coniugi fissano la residenza familiare in ragione delle proprie esigenze e di quelle, preminenti, della famiglia, ciascuno di essi ha domicilio nel luogo in cui ha stabilito il centro principale dei propri affari o interessi.

l'individuazione del giudice competente nei procedimenti di separazione e divorzio torna ad essere quello del *foro del coniuge-convenuto*.

2. La competenza del tribunale dei minori

Prima della legge sull'affido condiviso (L. n. 54/2006), figli legittimi e figli naturali avevano giudici diversi per risolvere i conflitti insorti tra i genitori in ordine al loro affidamento.

I figli legittimi, allora come ora, vedevano risolte le relative questioni dal giudice ordinario nell'ambito del procedimento di separazione e, poi, di divorzio; al contrario, la regolamentazione del regime di affido dei figli naturali era disciplinata dal combinato disposto degli artt. 317 bis c.c. e 38 disp. att. c.p.c. che le demandava al Tribunale per i Minorenni. Inoltre, mentre le questioni patrimoniali riguardanti la vita dei figli legittimi venivano risolte contestualmente dal giudice della separazione e, poi, del divorzio, quelle riguardanti i figli naturali erano demandate allo stesso giudice ordinario, ma con rito diverso, trattandosi di questioni non ricomprese nell'ambito di applicazione di quelle demandate al giudice specializzato¹⁶.

Ne conseguiva che, in base alla disciplina previgente, il riparto delle competenze per le questioni riguardanti i figli di genitori non coniugati prevedeva la competenza del Tribunale dei Minori per le disposizioni circa l'affidamento e il diritto di visita e la competenza del Tribunale Ordinario per le disposizioni circa il mantenimento e l'assegnazione della casa familiare. Il che comportava che i genitori naturali che decidevano di cessare la loro convivenza si vedevano costretti ad adire due autorità diverse, con procedimenti separati e distinti, per ottenere la regolamentazione complessiva del loro futuro rapporto anche con riferimento ai figli.

La Consulta¹⁷, chiamata a valutare la compatibilità del trattamento differenziato tra figli legittimi e naturali con i dettami della Costituzione, aveva statuito che,

¹⁶ Cfr. Cass. 7 maggio 2004, n. 8760; Cass. 20 aprile 1991, n. 4273.

¹⁷ Corte Cost. 13 maggio 1998, n. 166.

“trovando la tutela dei minori nati dalle unioni di fatto esplicitazione davanti ad un giudice chiamato in primo luogo a valutarne l’interesse, l’assenza di un procedimento specularmente corrispondente a quello di separazione dei coniugi involge questioni di politica legislativa, ma non determina la violazione dei principi costituzionali di cui agli artt. 2, 3, 24 e 30 Cost”.

Il legislatore, per ovviare a tale inconveniente, all’art. 4, 2° comma della legge n. 54 del 2006, rubricata “*Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*”, ha statuito che le disposizioni in essa contenute sono applicabili anche “ai procedimenti di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, nullità del matrimonio *nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati*”.

Tuttavia, seppur è chiara la volontà del legislatore di stabilire regole “uguali” sia per i figli dei genitori coniugati, che per quelli non coniugati, tanto che in dottrina si è parlato di “statuto generale della potestà genitoriale”¹⁸, così come sembrerebbe chiara l’indicazione che uno stesso giudice debba essere competente a regolare i rapporti complessivi dei genitori naturali riguardo ai figli, e quindi evitare quello sdoppiamento delle competenze che fino ad oggi aveva caratterizzato la presente fattispecie¹⁹, questa disposizione ha dato luogo ad a diverse interpretazioni, nonché ad un contrasto giurisprudenziale e dottrinale sull’individuazione del giudice competente²⁰.

Infatti, in dottrina si sono formate due contrapposte correnti di pensiero: da un

¹⁸ Salvaneschi, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in *Famiglia e Diritto*, 2006, 374.

¹⁹ F. Tommaseo, *Le nuove norme processuali sull’affidamento condiviso: profili processuali*, in *Famiglia e diritto*, 2006, 391, laddove ritiene che “le nuove norme (...) mostrano con chiarezza che il giudice ha finalmente il potere di regolare ogni aspetto dei rapporti fra i genitori ed i figli naturali”.

²⁰ Per una ricostruzione delle varie tesi, Facchini, *Quale competenza e quale rito per i figli naturali?*, in www.minoriefamiglia.it.

lato, i sostenitori del giudice ordinario²¹ quale unico giudice competente a regolare tutti i rapporti sopradescritti e dall'altro, i sostenitori del giudice specializzato²² (tribunale per i minorenni) quale unico giudice a regolare tutti i

²¹ A sostegno dell'attribuzione della competenza in capo al Tribunale ordinario anche in ordine al mantenimento della prole naturale si indicano le seguenti argomentazioni. In primo luogo, la regolamentazione sostanziale della potestà dei genitori naturali ad opera del nuovo art. 155 c.c. in modo difforme da quanto disposto dall'art. 317 *bis* c.c. avrebbe comportato l'abrogazione implicita almeno di parte di quest'ultima norma e, al contempo, travolto il richiamo della norma stessa operato dall'art. 38 disp.att. c.c. e con esso la competenza del tribunale minorile, atteso che l'applicazione delle disposizioni della legge n. 54/2006 ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati andrebbe intesa in senso globale, ovvero comprensiva anche delle disposizioni processuali contenute nella legge stessa, alcune delle quali, come il nuovo art. 708, comma 4, c.p.c. che prevede che i provvedimenti provvisori siano impugnabili innanzi alla "Corte d'Appello" senza alcun riferimento alla sezione per i minorenni, non possono che innestarsi nel rito proprio dei procedimenti di separazione e divorzio. Infatti, proprio il richiamo dell'applicazione delle disposizioni contenute nella L. 54/2006 ai figli naturali, senza distinzione tra quelle sostanziali e quelle processuali, presupporrebbe l'applicazione anche delle norme di cui agli art. 706 e ss c.p.c., che, di per sé, sarebbero difficilmente adattabili al Tribunale dei Minori, senza comportare uno stravolgimento. Infine, l'individuazione del Tribunale ordinario come giudice competente eviterebbe ai genitori non coniugati di fare riferimento ad un Tribunale distrettuale con tutte le conseguenze in ordine di tempi e costi di spostamento. A. Graziosi, *Profili processuali della legge n. 54/2006 sul c.d. affidamento condiviso*, in *Il diritto della famiglia e delle persone*, 2006, 1856; L. Salvaneschi, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in *Famiglia e Diritto*, 2006, 356 ss.; De Filippis, *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, Cedam, 2006, 165; Zamagni-Villa, *Affido condiviso: quale competenza per i figli naturali*, in www.minoriefamiglia.it.

²² In favore del permanere della competenza in materia di affidamento della prole naturale in capo al Tribunale per i minorenni militano varie ragioni. In primo luogo, il legislatore non ha modificato l'art. 38 disp. att. c.c., che, in materia di famiglia e di minori, segna il discrimine delle competenze tra Tribunale ordinario e Tribunale per i minorenni ed attribuisce a quest'ultimo la competenza ad emettere, tra l'altro, i provvedimenti contemplati dall'art. 317 *bis* c.c., riguardanti l'esercizio della potestà e l'affidamento dei figli naturali. Dunque, la mancata abrogazione del riferimento contenuto nell'art. 38 disp. att. c.c. all'art. 317 *bis* c.c. continuerebbe ad attribuire al giudice minorile le controversie in materia di esercizio della potestà sui figli naturali. In secondo luogo, il legislatore ha inteso estendere alle coppie di fatto (nell'ottica dell'esclusiva tutela dell'interesse del minore), l'applicazione delle nuove disposizioni introdotte dalla legge di riforma, onde rendere più precisa la normativa riguardante l'affidamento dei figli naturali in caso di cessazione del rapporto di convivenza di fatto, tenuto conto che l'art. 317 *bis* c.c., nell'ipotesi di conflitto tra i genitori, non affrontava questo specifico problema, presupponendo che l'affidamento dei figli fosse già stabilito. Tanto è vero che la giurisprudenza ha tentato di colmare questa lacuna applicando, per l'affidamento della prole naturale e per i provvedimenti ad esso accessori, i medesimi principi di diritto, indicati dalla legge, in ordine ai procedimenti di separazione e di divorzio. Infine, si consideri che il legislatore, all'art. 4, 2° comma, della riforma, ha utilizzato, in modo sicuramente significativo, l'espressione "*procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati*". Laddove il legislatore avesse voluto attribuire al Tribunale ordinario la competenza a decidere anche sull'affidamento e sull'esercizio della potestà sui figli naturali, nonché sui consequenziali provvedimenti accessori, oltre a modificare gli artt. 317 *bis* c.c. e 38 disp. att. c.c., avrebbe stabilito l'applicabilità delle nuove disposizioni anche ai "*figli*" di genitori non coniugati (tenuto conto che l'art. 155 c.c. è rubricato "Provvedimenti riguardo ai figli") e non ai "procedimenti" relativi ai figli di genitori non coniugati. In tal senso Dosi, *L'affidamento condiviso*, in www.minoriefamiglia.it; G. Servetti, *Affido condiviso, Prime osservazioni e nodi problematici*, in www.unicostmilano.it; Padalino, *L'affidamento condiviso dei figli naturali* in www.minoriefamiglia.it; F. Danovi, *I provvedimenti a tutela dei figli naturali dopo la legge n. 54/2006*, in *Riv. dir. proc.* 2006, 1007 ss.;

rapporti, con un distinguo per coloro che non hanno visto nella riforma nessuna modifica del riparto delle competenze, e quindi sostenitori della permanenza della duplicazione delle competenze. Analogamente il contrasto si è manifestato anche in giurisprudenza, rendendosi così necessario adire la Suprema Corte²³ per risolvere definitivamente la questione.

La Cassazione²⁴ ha ritenuto che la legge n. 54/2006 vada interpretata nel senso che, dal punto di vista sostanziale, la potestà dei genitori naturali risulta del tutto uguale a quella dei genitori legittimi, mentre, dal punto di vista processuale, l'organo competente resta diverso, così come diverso resta il rito da applicare: per la soluzione delle controversie in tema di affidamento e di mantenimento dei figli nati da genitori coniugati il giudice ordinario con il rito proprio dei procedimenti di separazione e di divorzio; per le analoghe controversie che riguardino, invece, i figli naturali, il giudice minorile, con il rito camerale proprio dei procedimenti che si svolgono davanti a questo giudice.

Nella motivazione dell'ordinanza, la Cassazione ha in primo luogo confermato quelli che sono i punti incontrovertiti nell'interpretazione delle nuove norme, cioè quelli rispetto ai quali tutti gli interpreti della legge sull'affido condiviso hanno espresso opinione comune.

È, infatti, incontestato che la legge n. 54/2006, laddove estende le sue disposizioni ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati, abbia inteso applicare anche alla filiazione naturale l'intero capo normativo delle disposizioni sostanziali che disciplinano oggi la potestà genitoriale, l'affidamento dei minori, nonché le disposizioni che riguardano il loro mantenimento e, in generale, la

F. Tommaseo, *Le nuove norme processuali sull'affidamento condiviso: profili processuali*, in *Famiglia e Diritto*, 2006, 397.

²³ Venuta meno la convivenza *more uxorio*, uno dei genitori (nella specie, la madre) chiedeva al Tribunale per i minorenni di disporre l'affidamento esclusivo del figlio minore, riconosciuto da entrambi, oltre che di stabilire le modalità di visita del padre e la determinazione dell'assegno di mantenimento a carico di quest'ultimo ed in favore del minore. Il giudice minorile, tuttavia, dichiarava con decreto il non luogo a provvedere, ritenendo competente l'Autorità ordinaria sul rilievo che l'art. 4, comma 2, l. n.54/2006, richiamando integralmente, le norme sostanziali e processuali in essa contenute, impone l'applicazione degli artt. 706 ss. c.p.c. (Trib. minorile di Milano 12 maggio 2006). Riassunta, quindi, la causa dinanzi al Giudice ordinario, quest'ultimo, con relativa ordinanza, richiese, a sua volta, il regolamento di competenza alla Suprema Corte, ritenendo l'attribuzione funzionale del Giudice minorile in merito alla controversia sottoposta al suo esame (Trib. di Milano, sez. IX, sent. 21 – 28 giugno 2006 n. 7711).

²⁴ Cass. Civ., Sez. I, ord., 3 aprile 2007, n. 8362.

regolamentazione economica della dissoluzione del rapporto di coppia. Così dall'entrata in vigore della legge n. 54/2006 è pacifico che anche i figli naturali, qualora sorga una controversia sul loro affidamento, dovranno in via primaria essere affidati ad entrambi i genitori che eserciteranno su di loro congiuntamente la potestà, secondo le regole del nuovo art. 155 c.c., e solo nel caso in cui l'affidamento condiviso sia contrario all'interesse del minore il giudice, con provvedimento motivato, potrà disporre l'affidamento ad un solo genitore (c.d. affidamento monogenitoriale).

Così come la disciplina dell'affidamento, anche le regole relative al mantenimento del minore contenute nell'art. 155 c.c. andranno applicate sempre in modo uguale, sia che il minore sia legittimo, sia che sia naturale.

Passando, poi, al vero nodo problematico, ovvero all'individuazione dell'autorità giudiziaria competente ad applicare, in ordine ai figli naturali, le richiamate norme sostanziali, la Cassazione ha indicato il tribunale per i minorenni, ponendo alla base della sua decisione le seguenti motivazioni.

In primo luogo, come si è già detto, la Cassazione, dal punto di vista sostanziale, afferma che l'art. 4, comma 2, della L. n. 54/2006 ha il significato di estendere i nuovi principi e criteri sulla potestà genitoriale e sull'affidamento anche ai figli naturali, così che la regola dell'affido condiviso con esercizio comune della potestà genitoriale vale allo stesso modo sia per i genitori legittimi che per quelli naturali.

In secondo luogo, la Cassazione riconosce che “la cessazione della convivenza tra i genitori naturali non conduce più alla cessazione dell'esercizio della potestà, perché la potestà genitoriale è ora esercitata da entrambi i genitori, salva la possibilità per il giudice di attribuire a ciascun genitore il potere di assumere singolarmente decisioni sulle questioni di ordinaria amministrazione”. Ne consegue, tuttavia, secondo i giudici di legittimità, che “l'art. 317 *bis* resta il referente normativo della potestà e dell'affidamento, anche per il caso di cessazione della convivenza dei genitori naturali” e ciò in quanto questa norma “assume un nuovo volto perché.... si arricchisce dei contenuti” oggetto della nuova legge. In pratica, la novella del 2006 si inserirebbe nell'ambito dell'art. 317 *bis* e perciò non verrebbe meno “agli effetti della competenza, il binomio

costituito dagli art. 317 *bis*, comma 2, c.c. e 38, comma 1, disp. att., c.c.” e non ci sarebbe una parziale abrogazione dell’art. 317 *bis* c.c. per incompatibilità con la nuova disciplina. L’art. 317 *bis* c.c. sarebbe, quindi, una norma ancora integralmente vigente ed anzi arricchita del contenuto proprio del nuovo art. 155 c.c.²⁵.

Inoltre, prosegue la Cassazione, nonostante l’art. 4, comma 2, l. n. 54/2006 dichiarati applicabili le disposizioni della legge stessa anche ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati, e contenga anche disposizioni procedurali che si applicano per definizione solo davanti al tribunale ordinario, la differenza ontologica tra crisi dell’unione coniugale e crisi dell’unione di fatto consiste nel fatto che solo la prima necessita dell’intervento del giudice, così che vi sono norme processuali della legge n. 54/2006 che non possono essere trapiantate nello schema dei procedimenti che riguardano la filiazione naturale. Ed, infatti, l’ordinanza in esame crea una distinzione tra norme procedurali compatibili con il rito minorile, quali sarebbero le norme sui poteri istruttori del giudice, comprensive dei poteri di indagine fiscale, i poteri di ascolto del minore, le disposizioni del nuovo art. 709 ter c.p.c., applicabili anche ai procedimenti riguardanti i figli naturali, e, invece, norme incompatibili con il rito minorile, quali la disciplina del reclamo avverso i provvedimenti presidenziali, dal momento che presuppongono l’instaurarsi di un processo che si sia svolto nelle forme di cui agli artt. 706 e ss. c.p.c..

²⁵ Di contrario avviso è L. Salvaneschi, *Ancora un giudice diverso per i figli naturali*, commento all’ord. della Cass. n. 8362/2007, in *Corriere Giuridico* n. 7/2007, secondo la quale l’affermazione della Cassazione dovrebbe portare a riconoscere che la regolamentazione complessiva della potestà dei figli naturali si ricava oggi sia dall’art. 317 *bis* c.c., per quanto riguarda il riconoscimento effettuato da un solo genitore e il riconoscimento bigenitoriale della coppia convivente, sia dall’art. 155 c.c. con riferimento al riconoscimento bigenitoriale della coppia che non sia convivente, dal momento che la disciplina contenuta nell’art. 317 *bis* c.c. è del tutto incompatibile con quella oggi vigente, e quindi è integralmente sostituita dalla nuova regola contenuta nell’art. 155. Inoltre, dal punto di vista sistematico, ritenere che la disciplina della potestà, per il caso in cui i genitori naturali non siano conviventi, non sia contenuta nell’art. 155 c.c., ma ancora nell’art. 317 *bis* c.c., con l’innesto della nuova disciplina nella vecchia, non è altro che un artificio volto a mantenere in vita il vecchio sistema di ripartizione della competenza. Al contrario, secondo l’Autrice l’art. 317 *bis* c.c., nella parte incompatibile con l’art. 155 c.c., è stato implicitamente abrogato dalla nuova disciplina con il conseguente venir meno della competenza del Tribunale minorile, dal momento che non rientra più in quei provvedimenti previsti dall’art. 317 *bis* c.c.

Dunque, secondo la Corte, la legge n. 54/2006 sarebbe “priva di una valenza unificante sulla scansione dei procedimenti relativi alla coppia in crisi e, nel richiamare, all’art. 4, comma 2, i procedimenti relativi ai figli dei genitori non coniugati avrebbe inteso far salve anche le regole processuali che li governano, e i diversi presupposti applicativi dell’intervento del giudice, senza creare un modello processuale unico per i giudizi relativi all’affidamento”.

In questo modo la differenza non solo del giudice, ma anche del rito applicabile, viene ad essere giustificata dalla circostanza che mentre in presenza di persone unite in matrimonio l’intervento del giudice è previsto dal legislatore per dare rilevanza alla crisi della coppia, non potendosi, altrimenti, sciogliere il legame che li unisce, né disciplinare, in quella stessa sede, i rapporti tra genitori e figli, la convivenza *more uxorio* può interrompersi immediatamente sulla base della semplice decisione unilaterale di ciascuno dei conviventi, e dunque senza l’intervento del giudice²⁶.

La Cassazione, tuttavia, non si è limitata a confermare la competenza del Tribunale Minorile in materia di regolamentazione dell’esercizio della potestà e affidamento dei figli nati fuori dal matrimonio, ma ha ritenuto attratta alla competenza di quest’ultimo anche le domande relative ai provvedimenti di natura

²⁶ Tuttavia, L. Salvaneschi, *Ancora un giudice diverso per i figli naturali*, commento all’ord. della Cass. n. 8362/2007, in *Corriere Giuridico* n. 7/2007, nota che sebbene quanto affermato dalla Cassazione sia vero, il legislatore ha fatto riferimento a casi in cui un procedimento vi sia e, quindi, a casi in cui il rapporto di fatto richieda una regolamentazione giudiziale dell’affidamento o del mantenimento dei figli naturali. Inoltre, senza contare che, se l’applicazione del nuovo comma dell’art. 708 c.p.c. richiede che vi sia un’udienza presidenziale, anche l’applicazione del nuovo art. 709 *ter* c.p.c. ne presuppone l’innesto nel procedimento di separazione e divorzio, perché affida o al giudice del procedimento in corso la soluzione delle controversie insorte in ordine all’esercizio della potestà genitoriale, oppure, quando un giudizio pendente non vi sia, affida la competenza a pronunciare i nuovi provvedimenti sanzionatori al tribunale del luogo di residenza del minore. Applicando ai procedimenti che riguardano i figli naturali solo le norme che non presuppongono il procedimento di separazione e divorzio, bisognerebbe concludere che anche l’art. 709 *ter* c.p.c. non è norma applicabile. Al contrario, poiché non vi sarebbero ragioni determinanti per discriminare norma da norma, e posto che la legge n. 54/2006 rende applicabili tutte le sue disposizioni anche ai procedimenti che riguardano i figli naturali, senza alcuna riserva, il legislatore ha equiparato i due tipi di filiazione per quanto riguarda la loro tutela, con conseguente applicazione anche della nuova norma dell’art. 708, comma 4, c.p.c.

economica (dunque in ordine al mantenimento dei figli) qualora venissero proposte contestualmente a quelle in ordine all'affidamento²⁷.

La Suprema Corte è giunta a questa conclusione ritenendo opportuno non scindere la valutazione relativa all'affidamento da quella concernente il profilo economico, dal momento che l'unicità delle competenze rappresenta la soluzione che maggiormente garantisce la realizzazione del principio di uguaglianza, dovendo i minori pretendere dall'ordinamento un trattamento analogo, indipendentemente dalla sussistenza del vincolo matrimoniale tra i genitori.

Ritiene, del resto, il Collegio che “vi sarebbe un trattamento deteriore per il figlio naturale allorquando questi ricevesse una risposta normativa frazionata con la perdita di quell'esame globale che soltanto una cognizione estesa anche alle conseguenze patrimoniali dell'affidamento può assicurare”. Inoltre, prosegue sempre la Corte, lo sdoppiamento di competenze comporterebbe un evidente sacrificio del principio di concentrazione delle tutele, con conseguente violazione del principio della ragionevole durata del processo²⁸.

Dunque, in base al ragionamento della Suprema Corte, il contenuto dell'art. 317 *bis* c.c. per effetto delle disposizioni contenute negli artt. 155 e ss. c.c., si amplia tanto da comprendere: il principio della bigenitorialità, il principio sull'esercizio della potestà genitoriale e sull'affidamento, la regola di inscindibilità della valutazione relativa all'affidamento da quella concernente i profili patrimoniali dell'affidamento. Il giudice specializzato, adito ai sensi dell'art. 317 *bis* c.c. e dell'art. 38 disp. att. c.c., è chiamato, nell' “interesse” del figlio, ad esprimere una

²⁷ Nel senso che i Tribunali dei Minorenni devono regolare anche gli aspetti economici connessi all'affidamento si vedano Cass. ord. 20 settembre 2007, n. 19406; Cass. ord. 25 settembre 2007 n. 19909; Cass. ord. 7 febbraio 2008 n. 2966.

²⁸ L. Salvaneschi, *Ancora un giudice diverso per i figli naturali*, commento all'ord. della Cass. n. 8362/2007, in *Corriere Giuridico* n. 7/2007, non condivide l'orientamento della Cassazione, in quanto ritiene che si scontra con il ritenere ancora in vigore il combinato disposto degli artt. 317 *bis* c.c. e 38 disp. att. c.c.. Infatti, l'art. 38 disp. att. c.c. demanda alla competenza del Tribunale per i Minorenni i provvedimenti di cui all'art. 317 *bis* c.c., che riguardano la sola potestà genitoriale, mentre chiarisce che sono emessi dal tribunale ordinario i provvedimenti per i quali non è espressamente stabilita la competenza di una diversa autorità giudiziaria. Sostenere, come fa la Corte, che il nuovo art. 155 c.c. abbia espressamente stabilito la competenza del tribunale minorile in materia di provvedimenti economici attraverso l'innesto del suo quarto comma nell'ambito del disposto dell'art. 317 *bis* c.c., con conseguente attrazione della cognizione sui provvedimenti economici al giudice minorile grazie al richiamo dell'art. 38 disp. att. c.c., è un'operazione ermeneutica che si scontra con la necessità di un'espressa previsione della competenza di una diversa autorità giudiziaria di cui al secondo comma dell'art. 38 disp. att. c.c.

cognizione globale, estesa alla misura e al modo con cui ciascuno dei genitori deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione, e quindi investe i profili patrimoniali dell'affidamento.

Tuttavia, la soluzione adottata dalla Suprema Corte, che finisce così con lo sgravare i genitori naturali di un giudizio necessariamente itinerante tra due diverse autorità giudiziarie per ottenere la regolamentazione complessiva dei loro diritti e doveri nei confronti dei figli, non rappresenta una novità, giacché il Tribunale Minorile da tempo è investito di siffatte questioni, sia nei casi contemplati dagli artt. 277 e 279 c.c., sia per la significativa tendenza, diffusa nella prassi di alcuni Tribunali²⁹, di accogliere le domande relative al mantenimento dei figli naturali.

Ed è forse per questa ragione che la questione della competenza dei tribunali per i minorenni, in materia di provvedimenti anche patrimoniali a tutela dei figli naturali, in caso di cessazione della convivenza o di non convivenza dei genitori, è all'esame della Consulta che dovrà decidere sulla costituzionalità dell'articolo 4 della legge 54/2006 così come interpretato dalla Cassazione con la su esposta ordinanza n. 8362/2007³⁰.

La questione è stata sollevata dal tribunale di Siena, il quale ha osservato che, con l'introduzione della legge 54/2006, la tutela giurisdizionale applicata ai figli di genitori non coniugati deve ritenersi identica a quella riconosciuta ai figli legittimi e che il legislatore ha inteso estendere ai procedimenti riguardanti i primi anche le norme di carattere processuale contenute nella legge. Il Tribunale, proseguendo,

²⁹ Tib. min. Emilia Romagna 5 aprile 2001, in *Famiglia e diritto*, 2002, 640, che, per ovviare all'irrazionale distribuzione di competenze, afferma che allorquando i genitori, rinunciando a sollevare eccezioni in ordine alle questioni economiche, si rimettono alla decisione del Tribunale per i minorenni, sussiste la competenza a pronunciarsi in ordine al mantenimento dei minori ove il giudice relatore (deliberatamente) non rilevi d'ufficio l'incompetenza per materia entro la prima udienza di trattazione.

³⁰ Il tribunale di Siena ha richiesto l'intervento del giudice costituzionale con ordinanza remissiva dell'11 gennaio 2008 emessa in un procedimento nel quale la madre non coniugata di due minori aveva richiesto di disciplinare l'affidamento dei figli, la loro relazione con il padre, e il contributo dovuto da questi per il loro mantenimento. Il padre, costituendosi, aveva eccepito l'incompetenza del giudice adito, richiamandosi alla nota ordinanza 8362/2007 con la quale la Cassazione ha ritenuto che la competenza del tribunale per i minorenni in materia di tutela dei figli naturali in caso di cessazione o di non convivenza dei genitori. Sulla questione dell'incompetenza il giudice si riservava ed emetteva l'ordinanza remissiva alla Corte costituzionale. Tribunale di Siena, ord. 8-11 gennaio 2008.

ha affermato che l'intento del legislatore sarebbe stato di far confluire tutte le competenze davanti al tribunale ordinario, devolvendogli anche le cause relative all'affidamento e al mantenimento dei figli naturali e che l'applicazione della normativa sostanziale di cui all'articolo 155 e seguenti richiede l'applicazione del rito della separazione, mentre quello camerale applicato dal tribunale per i minorenni comporterebbe limitazione delle garanzie processuali con conseguente disparità di trattamento dei figli naturali rispetto a quelli legittimi in contrasto con l'articolo 24 della Costituzione.

Inoltre, ritiene che ulteriore profilo di incostituzionalità della norma deriverebbe dal conflitto con il principio della ragionevole durata del processo e della concentrazione delle tutele; infatti, in ipotesi di figli minori e figli maggiorenni della medesima coppia si avrebbe una duplicazione di procedimenti davanti al tribunale per i minorenni per i primi e al tribunale ordinario per i secondi.

Il provvedimento del tribunale di Siena non si pone come caso isolato, ma la questione della costituzionalità dell' articolo 4 della legge 54/2006 era stata già portata all'esame dalla Consulta dal tribunale per i minorenni di Palermo del 30 marzo 2007. Il provvedimento, antecedente alla decisione della cassazione regolatrice della competenza, esaminava tutte e tre le ipotesi interpretative della norma: competenza unica del tribunale per i minorenni, competenza unica del tribunale ordinario, permanenza della duplicità delle competenze (tribunale ordinario per i provvedimenti economici e tribunale per i minorenni per affidamento).

Le motivazioni per escludere la costituzionalità della competenza del tribunale per i minorenni sono parzialmente coincidenti con quelle esposte dal tribunale di Siena: anche secondo il giudice minorile di Palermo il problema sarebbe nella necessaria applicazione del rito camerale nei procedimenti davanti al tribunale per i minorenni, rito che di per sé comprimerebbe i diritti di difesa dei genitori, in contrasto con l'articolo 24 della Costituzione; sarebbe inoltre ulteriormente in contrasto con l'articolo 25 della Costituzione in quanto comporterebbe lo spostamento implicito della competenza dal giudice naturale del tribunale ordinario e con l'articolo 3 della Costituzione per la conseguente asserita illogica

disparità di trattamento in ragione della differenza dei riti e delle garanzie connesse.

Ritenute incostituzionali anche le ipotesi sia del permanere della doppia competenza (tribunale per i minorenni per affidamento e tribunale ordinario per provvedimenti economici) sia della concentrazione davanti al tribunale ordinario delle competenze, il giudice minorile di Palermo conclude che, non sussistendo un'interpretazione della norma conforme alla Costituzione, l'articolo 4, comma 2, della legge 54/2006 sarebbe incostituzionale per violazione degli articoli 3, 24 e 25 della Costituzione.

Tuttavia, le due ordinanze suscitano perplessità relativamente alla loro ammissibilità: la stessa Corte costituzionale ha, infatti, più volte rilevato che una disposizione può essere dichiarata incostituzionale solo quando ne è impossibile un'interpretazione conforme alla Costituzione.

Entrambe sostengono che il rito camerale sarebbe inadeguato a tutelare i diritti di difesa e che il necessario assoggettamento a tale rito dei procedimenti che si svolgono davanti al tribunale per i minorenni ex articolo 38 disp. att. c.c., avrebbe come necessaria conseguenza una compressione dei diritti di difesa e una disparità di trattamento in tema di fondamentali garanzie processuali.

Ma le sezioni Unite della Cassazione (5629/96) ebbero a definire il rito camerale come “contenitore neutro... che può assicurare, da un lato, la speditezza e la concentrazione del procedimento ed essere, dall'altro, rispettosa dei limiti imposti all'incidenza della forma procedimentale dalla natura della controversia che, in quanto relativa a diritti o *status*, gode di apposite garanzie costituzionali”. Il procedimento in camera di consiglio non lede il diritto di difesa sancito dall'articolo 24 della Costituzione, purché ovviamente siano assicurati contraddittorio e esperibilità di ogni mezzo di prova in modo che le parti possano far valere tutte le loro ragioni.

Dunque, la scelta del procedimento camerale da parte del legislatore risponde a criteri di celerità e snellezza privilegiati in materia di famiglia.

La procedura camerale è quindi idonea “ad essere utilizzata, con i dovuti adattamenti, alla tutela giurisdizionale contenziosa dei diritti soggettivi, in tema di contraddittorio, facoltà di prova, sistema ordinario di impugnazione,

immodificabilità della decisione assicurata dal giudicato”. L’applicazione del rito camerale al procedimento che riguarda la tutela dei figli naturali in caso di non convivenza o di cessazione della convivenza dei figli legittimi è quindi suscettibile di un’interpretazione costituzionalmente compatibile.

In conclusione, il giudice costituzionale ha più volte ribadito l’incostituzionalità della disparità di trattamento nei confronti dei figli, estendendo progressivamente anche ai figli della coppia separata consensualmente le garanzie del diritto al mantenimento dei figli previste originariamente solo per la coppia separata giudizialmente. Ed infatti, nelle decisioni in cui la Consulta ha rafforzato la tutela dei figli minori il motivo conduttore è sempre lo stesso: il differente titolo di separazione tra i genitori non può avere alcuna incidenza nei confronti della garanzia del diritto al mantenimento dei figli, cui deve essere riconosciuta piena autonomia.

Ne consegue che l’omogeneità evidente della situazione dei figli esige eguale trattamento, per cui eventuali interpretazioni restrittive, che ad esempio negassero ai decreti provvisori e definitivi assunti dal tribunale per i minorenni a tutela dei diritti dei figli naturali la qualità di titolo esecutivo discriminandoli rispetto ai figli di genitori coniugati, non possono ritenersi coerenti con il dettato costituzionale (in riferimento agli articoli 2, 3 e 30 della Costituzione) nonché con l’articolo 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali sul diritto al ricorso effettivo.

Tuttavia è evidente che, in difetto di un intervento legislativo e di pronunce della Corte costituzionale, l’assenza di criteri interpretativi certi provoca una frammentazione di prassi interpretative, con conseguente incertezza dei diritti e gravi carenze di tutela per i figli naturali.

CAPITOLO II

LA FASE PRESIDENZIALE

1. Normativa applicabile e residua valenza dell'art. 23 della legge n. 74/1987.

Il quadro normativo relativo alle disposizioni processuali che disciplinano il giudizio di separazione è mutato per effetto della legge n. 80/2005 (e successive integrazioni) e della legge n. 54/2006.

In particolare, la legge n. 80/2005 ha modificato gli articoli 706 e ss. del codice di procedura civile, dedicati alle formalità di introduzione e svolgimento del giudizio di separazione.

L'entrata in vigore di tali norme ha riproposto la questione relativa all'applicazione, alle separazioni, delle disposizioni dettate per il divorzio, fino a quel momento risolta, non senza discussioni e contrasti, in base all'art. 23 della legge n. 74/1987, il quale prevedeva (e, forse, prevede tuttora) che "fino all'entrata in vigore del nuovo testo del codice di procedura civile" ai giudizi di separazione si applicassero, in quanto compatibili, "le regole di cui all'art. 4 della legge n. 898/1970" (Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio).

Tuttavia, con la riforma del 2005, l'articolo 23 sembra essere stato in buona parte superato, ma, in assenza di precise indicazioni del legislatore, spetta all'interprete stabilire in che misura ciò sia avvenuto.

La dottrina è concorde nell'affermare che le variazioni intervenute non costituiscano la riforma del codice di procedura civile, cui l'art. 23 si riferisce³¹.

³¹ Avv. D. Geraci, in *www.altalex.it*, quotidiano di informazione giuridica, del 15/07/2005, *Nuove disposizioni in materia di separazione e scioglimento del matrimonio*, il quale afferma: "È di tutta evidenza che la novella di cui discutiamo non è la riforma del codice di procedura civile e per il taglio e per la modestia degli interventi". In tal senso anche L.P. Comoglio, C. Ferri, M. Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, Vol.II, Il Mulino, 2006, p. 222 - 223. Dosi, *Dalla competitività una fase introduttiva tutta speciale per il processo di separazione e divorzio*, in *Diritto e giustizia*, 2/6/2005 sostiene che i nuovi artt. 706 - 709 c.p.c. recano unicamente la disciplina della fase introduttiva del giudizio di separazione, e che, pertanto, non sussistono ostacoli per ritenere ancora valido il rinvio alla legge sul divorzio operato dall'art. 23 per aspetti diversi, non ancora autonomamente regolati. In tal senso, anche, L. Salvaneschi, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in *Famiglia e Diritto*,

Pertanto, quest'ultimo continuerebbe ad esplicare efficacia, non essendosi verificato il presupposto fissato dall'articolo stesso. Ciò nonostante, secondo un'accreditata opinione, la disposizione dettata dall'art. 23 sarebbe ugualmente decaduta, per effetto dell'art. 15 delle preleggi³².

Altri Autori³³, sostenendo che l'art. 23 ha conservato una residua valenza, proprio in ragione del fatto che non è entrato in vigore alcun nuovo testo del codice di procedura civile, individuano la soluzione nel principio di compatibilità.

Il problema non è soltanto teorico, in quanto l'art. 4 della legge n. 898/1970 contiene disposizioni, come quella relativa alla nomina di un curatore speciale per il convenuto incapace, non ripetute in sede di separazione e la cui possibile applicazione a questo istituto dipende, appunto, dal considerare o meno in vigore l'art. 23.

4/2006, 371; Cipriani, *Processi di separazione e di divorzio*, in *Foro It.*, 2005, c.144, il quale ritiene che non può ritenersi abrogato l'art.23 l. 74/1987, "perché l'art. 4 è più ampio delle norme ora dettate dal legislatore: quindi non solo le regole relative alla comunicazione del ricorso all'ufficiale dello stato civile, alla nomina del curatore speciale al convenuto malato di mente o legalmente incapace, ma anche e soprattutto quelle di cui ai commi 12-15 dell'art. 4 (pronuncia della sentenza non definitiva, appello deciso in camera di consiglio ecc.), continuano a dover essere applicate ai giudizi di separazione".

³² M. Finocchiaro, in *Guida al Diritto* n. 22/2005, p. 91 ss., afferma: "Ancorché la novella del 2005 non costituisca, stante il limitato numero degli articoli del codice di rito oggetto di riforma, il "nuovo testo" del codice di procedura civile, la circostanza che, da un lato, è stato modulato *ex novo* il procedimento relativo alla separazione personale dei coniugi e, dall'altro lato, è stato sostituito l'articolo 4 della legge n. 898/1970 importa, in *primis*, che per effetto dell'art. 15 delle preleggi, deve ritenersi abrogato, con effetto dalla data di entrata in vigore della nuova normativa, l'art. 23, comma 1, della legge n. 74/1987. Con la duplice conseguenza che il procedimento di separazione personale dei coniugi viene disciplinato, per ciò che riguarda la materia di diritto sostanziale, dal codice civile, mentre per le norme processuali, dal codice di procedura civile". In tal senso anche A. Graziosi, *Osservazioni sulla riforma dei processi di separazione e di divorzio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, p. 1114, il quale ritiene che la reinscrizione separata delle norme sul processo di separazione (art. 3, lett. e-ter, del D. L. 35/2005) e di quelle sul processo di divorzio (art. 3, lett. e-bis, del D.L. 35/2005), abbia comportato l'abrogazione dell'art. 23 L. 74/1987 e la conseguente divaricazione delle due procedure.

³³ Tommaseo, *La disciplina processuale della separazione e del divorzio dopo le riforme del 2005 (e del 2006)*, in *Famiglia e diritto*, 1, 2006, pag. 7, il quale ha sottolineato che la nuova separazione giudiziale resta modellata quasi per intero su quella del divorzio e, nonostante la diversità della *sedes materiae*, si può fare ancora riferimento a un procedimento uniforme di separazione e di divorzio, un'uniformità che consente di applicare alla separazione, e sia pure con la consueta riserva di compatibilità, le regole processuali contenute nell'art. 4 L. Div., ma non richiamate negli artt. 706 ss. c.p.c. Questo permette l'applicazione alla separazione delle regole previste dall'art. 4 L. Div. per la formazione del ricorso introduttivo, per la nomina di curatori speciali e, specialmente, per la disciplina del giudizio di appello.

Se volessimo condividere l'opinione di chi ritiene che l'art. 23 non è stato abrogato ed è ancora in vita per effetto del suo contenuto letterale, dovremmo, comunque, analizzare la questione alla luce della disciplina contenuta nell'art. 15 delle preleggi, secondo la quale l'abrogazione implicita di vecchie disposizioni si può verificare per incompatibilità con le nuove oppure perché la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore. Il che vuol dire cercare di capire se il nuovo sistema delineato dalla riforma sia completo e, soprattutto, incompatibile con la possibilità che norme processuali di divorzio siano applicabili alla separazione, e quindi, se il legislatore, dimenticando i precedenti tentativi³⁴ diretti ad uniformare i due riti, abbia inteso ripristinare la netta separazione ed autonomia tra gli stessi.

Sotto questo profilo, l'analisi della novella legislativa presenta aspetti contrastanti, in quanto, da un lato, gli articoli che disciplinano la separazione sono stati riscritti e resi pienamente autonomi; dall'altro lato, le norme che disciplinano la separazione e quelle che regolano il divorzio sono in buona parte identiche.

Dunque, il legislatore, in ordine ai due procedimenti, ha contemporaneamente fornito un segnale di differenziazione ed uno di uniformità.

Ove l'interprete dia maggior rilievo al dato formale, appare evidente la volontà di creare due distinte normative, con la conseguenza che per effetto del citato art. 15 c.c., non vi è più spazio per l'applicazione dell'art. 23 della legge n. 74/1987.

Ove, invece, l'interprete dia maggior valore al dato sostanziale, ovvero alla volontà del legislatore di far sì che separazione e divorzio siano ancora rette dalle medesime regole e cadenze processuali, la conseguenza è la perdurante operatività dell'art. 23 della legge n. 74/1987.

Tra le due interpretazioni sembra preferibile la seconda soluzione.

Infatti, non vi è incompatibilità ai sensi dell'art. 15 delle preleggi, in quanto il legislatore non ha creato un sistema separato, ma ha mantenuto l'uniformità del rito tra separazione e divorzio, pur riscrivendo le medesime norme in due contesti diversi. Le ragioni di tale scelta, piuttosto che nella volontà di creare una distinzione e, quindi regolare in modo autonomo ciascuna materia, deve

³⁴ In particolare si ricordi che lo scopo della legge n. 74/1987 era quello di rendere omogenei i due procedimenti.

probabilmente attribuirsi all'intenzione di rispettare la tradizionale collocazione codicistica della materia della separazione ed extra codicistica (legge speciale) delle disposizioni che disciplinano il divorzio.

Inoltre, questa valutazione sembra rafforzata dal fatto che la mancata abrogazione espressa dell'art. 23 potrebbe essere interpretata come manifestazione di volontà del legislatore. L'avvenuta abrogazione implicita deve emergere in modo chiaro ed inequivoco ed il fatto stesso che essa non venga immediatamente ed univocamente riconosciuta porta a negarla.

2. Le due fasi del nuovo procedimento di separazione.

Il nuovo sistema disegnato dalla novella del 2005 prevede, come in passato, due fasi, l'una dinanzi al presidente del tribunale o giudice delegato e l'altra dinanzi al giudice istruttore.

Il coordinamento tra le due fasi, la prima sommaria innanzi al presidente del tribunale, cui segue, senza soluzione di continuità, la seconda a cognizione piena, in mancanza di una disposizione espressa, è stato al centro di un acceso dibattito.

Secondo un primo orientamento, fatto proprio dalla giurisprudenza del tribunale di Milano³⁵, la fase sommaria si inseriva "forzatamente" nella fase a cognizione piena facendo leva sulla continuità procedimentale del rito, cioè sul fatto che all'esaurimento della fase sommaria, il presidente, nell'ordinanza contenente i provvedimenti provvisori ed urgenti, fissava anche l'udienza davanti al giudice istruttore, avviando così il processo alle forme ordinarie. In questo modo, si

³⁵ Si tratta del c.d. *rito ambrosiano* che considerava il giudizio di separazione avente carattere unitario e dotato di natura contenziosa *ab origine*. Il Trib. Milano 27 giugno 1997, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1998, 1009 così affermava: "Nei giudizi di separazione e di divorzio, il ricorso introduttivo, ritualmente notificato, è idoneo ad assolvere definitivamente alle funzioni di *editio actionis* e di *vocatio in ius* proprie della domanda giudiziale; conseguentemente, anche la costituzione del convenuto deve avvenire anteriormente all'udienza presidenziale, secondo i termini previsti dal regime ordinario, ridotti alla metà, e le preclusioni ad essi connesse, mentre ogni domanda successivamente proposta, salve le facoltà ex art. 183 c.p.c., deve ritenersi inammissibile perché tardiva, a nulla rilevando un'eventuale accettazione del contraddittorio, espressa od implicita, ad opera della controparte". Nello stesso senso Trib. Milano 27 settembre 1993, in *Fam. dir.*, 1995, 140; in dottrina v. Salvaneschi, *La novella del codice di rito e la fase introduttiva dei procedimenti per separazione e divorzio*, in *Corr. giur.*, 1995, 746; Vullo, *Costituzione del convenuto e preclusioni nel procedimento di divorzio*, in *Fam. dir.*, 1995, 140; Servetti, *Osservazioni d'ordine processuale in tema di divorzio e separazione personale*, in *Fam. dir.*, 1994, 211.

faceva coincidere l'atto introduttivo, in occasione del quale maturano le preclusioni in relazione alle domande e alle eccezioni riservate alla parte, con il ricorso e con la memoria di costituzione del resistente da presentare nella fase sommaria presidenziale e si considerava l'udienza presidenziale già come udienza ex art. 180 c.p.c., cui seguiva innanzi al giudice istruttore una fase coincidente con l'udienza di cui all'art. 183 c.p.c. (secondo la disciplina anteriore alla riforma della legge n. 80/2005).

Quest'orientamento ben presto suscitò notevoli critiche poiché, per un verso mancava nel decreto presidenziale, con il quale viene fissata l'udienza di comparizione dei coniugi, l'avvertimento di cui all'art. 163 c.p.c. al convenuto di costituirsi entro venti giorni anteriori, e, per altro verso, la fase presidenziale si caratterizzava per uno svolgimento estraneo alla cognizione piena, essendo funzionale all'emanazione di provvedimenti anticipatori sommari dettati per ragioni temporanee ed urgenti, né, d'altra parte, nel rinvio all'udienza innanzi al giudice istruttore, il presidente fissava il termine di cui all'art. 180 c.p.c. per la formulazione delle eccezioni riservate alla parte, secondo la lettera dell'art. 708, 3° comma, previgente.

Inoltre, si osservava che, nel silenzio della legge, l'imposizione di decadenze sin dalla fase presidenziale sarebbe stata in contrasto con l'art. 152 c.p.c., che fa divieto di termini preclusivi non stabiliti dalla legge³⁶.

E fu proprio la specialità del regime introduttivo a far ritenere errata la prospettiva milanese e preferibile una ricostruzione che identificasse l'udienza dell'art. 180, oggi art. 183 c.p.c., solo in quella che si svolge innanzi al giudice istruttore nominato al termine della fase presidenziale³⁷. In tal modo le parti avrebbero avuto la possibilità, depositando memorie entro venti giorni anteriori all'udienza innanzi al giudice istruttore, di poter dedurre anche nuove domande o eccezioni e

³⁶ Cfr. Costantino, *Procedimenti introdotti con ricorso e novella del processo civile*, in *Foro it.* 1996, V, 245; Tommaseo, *La disciplina processuale del divorzio*, in Bonolini, Tommaseo, *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Comm. Schlesinger*, II ed., Milano, 2004, 386.

³⁷ Cfr. Cass. 25 luglio 2002, n. 10914, in *Fam. dir.*, 2002, I, 140, con nota di Tommaseo; Cass. 7 febbraio 2000, n. 1332, in *Foro It.*, 2000, I, 385; Cass. 3 dicembre 1996, n. 10780, in *Fam. dir.*, 1997, 247; in dottrina Tommaseo, *Nuovo rito civile e procedimenti per separazione e divorzio*, in *Fam. dir.*, 1994, 565; Mandrioli, *Dal rito ambrosiano all'asserita specialità integrale del procedimento di divorzio e separazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 833; Olivieri, *Gli atti di parte nella fase introduttiva*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 123-125.

solo da quella udienza sarebbero iniziate a maturare le preclusioni secondo le regole generali³⁸.

La novella del 2005, riscrivendo le disposizioni del procedimento per separazione e per divorzio, ha sancito anche sul piano positivo l'orientamento che era stato fatto proprio dalla giurisprudenza di legittimità contro il c.d. rito ambrosiano, migliorandone gli aspetti applicativi a cui il sistema previgente conduceva a causa delle lacune dovute al mancato coordinamento con la riforma del 1990 e finendo così con il reintrodurre l'originario carattere bifasico del procedimento.

Tuttavia il passaggio dall'una all'altra fase non è più automatico, come avveniva finora, essendo stato ripristinato l'obbligo per l'attore di notificare l'ordinanza presidenziale al convenuto non comparso³⁹.

Inoltre, il presidente, nell'ordinanza con la quale assume le misure provvisorie ed urgenti (art. 708 c.p.c.), deve fissare all'attore un termine per il deposito di una memoria contenente gli elementi di cui all'art. 163 c.p.c., ovvero la domanda, ed un ulteriore termine per il convenuto, successivo al primo, per la sua costituzione in giudizio e contenente l'avviso che il suo mancato rispetto implica le decadenze di cui all'art. 167 c.p.c. e che oltre il termine stesso non potranno più essere proposte le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio.

Dunque, dai contenuti dell'ordinanza presidenziale (art. 709, 3° comma, c.p.c.), si ricava che l'udienza innanzi al presidente non fa parte del processo a cognizione

³⁸ È opportuno evidenziare che si erano manifestate anche tesi intermedie, come quella (Mandrioli, *Diritto processuale civile*, XIII ed., Torino, 2000, 253) che identificava l'udienza presidenziale nell'udienza dell'art. 180 c.p.c., senza però l'applicazione del 2° comma della stessa disposizione, mancando un onere di costituzione del convenuto ai sensi dell'art. 167, 2° comma; oppure imponeva al convenuto all'udienza presidenziale il rispetto degli oneri di cui all'art. 167, 2° comma, c.p.c. (Luiso, *Separazione e divorzio dopo la riforma del c.p.c.*, in *Giur. it.*, 1996, IV, 233). Sino a negare l'applicabilità di un regime di preclusioni al rito per separazione e divorzio per la particolarità della materia, avviandolo nella seconda fase ad un rito comune privo di un regime di decadenze, in quanto riguardante la cognizione di situazioni indisponibili; in part. Cipriani, *Sulle domande di separazione, di addebito e di divorzio*, in *Foro It.*, 2002, V, 383, ritiene che il convenuto, pur essendo libero di costituirsi nella fase presidenziale, possa ben farlo dopo, senza incorrere in alcuna decadenza, neppure se interessato a proporre domanda riconvenzionale per l'addebito o per l'assegno di divorzio.

³⁹ Quando l'art. 23 della legge 74/1987 non era ancora entrato in vigore, l'art. 709 c.p.c. stabiliva che l'attore dovesse notificare l'ordinanza presidenziale al convenuto non comparso. Questa norma fu abrogata dalla disposizione citata, con la conseguenza che il giudizio, anche in caso di mancata comparizione del convenuto all'udienza presidenziale, continuava, senza soluzione di continuità, con automatico passaggio dall'udienza presidenziale alla prima udienza istruttoria. Con la novella del 2005, la situazione è mutata. Il nuovo testo dell'art. 709 c.p.c. ha, infatti, ripristinato l'obbligo di notifica, in caso di mancata comparizione del convenuto.

piena e che il procedimento, con le forme del giudizio di merito, interviene solo dopo l'esaurimento della fase sommaria, quando è oramai fissata l'udienza innanzi al giudice istruttore, assimilata sul piano normativo all'udienza riformata dell'art. 183 c.p.c., in vista della quale iniziano a maturare i termini di decadenza, così come delineati nell'ordinanza presidenziale.

È chiaro che l'attore, che deve aver formulato almeno una domanda con il ricorso introduttivo, è libero di formularne altre o di modificare la domanda già formulata entro il termine fissatogli dal presidente al termine della fase sommaria.

Ugualmente il convenuto, che può come non può costituirsi nella fase sommaria senza alcuna conseguenza nel futuro giudizio di merito (salvo rinunciare a difendersi nella fase sommaria in vista dei provvedimenti provvisori ed urgenti⁴⁰) ha l'onere, per non decadere da difese rilevanti in relazione a situazioni disponibili (addebito, profili economici), di costituirsi con il deposito di una comparsa di costituzione nel termine fissato dall'ordinanza presidenziale che conclude il giudizio di natura sommaria. Qualora, invece, il convenuto avesse ritenuto di depositare nei termini una memoria nella fase sommaria, potrà introdurre nuove domande e certamente modificare quelle già formulate nella comparsa di costituzione depositata all'esito dell'ordinanza presidenziale.

A conferma di quanto detto, l'art. 709 *bis*, anche se con una formulazione alquanto discutibile perché priva di coordinamento con la nuova disciplina del rito ordinario, richiamando le forme della trattazione regolate negli artt. 180, 183 e 184 c.p.c., che oggi sono disciplinate nel solo art. 183 c.p.c., chiarisce una volta per tutte che la trattazione si svolge soltanto innanzi al giudice istruttore.

Dunque, a seguito della novella, il processo continua a scindersi in due fasi, l'una sommaria innanzi al presidente, l'altra, che ha inizio con il deposito delle memorie integrative da parte del ricorrente e del convenuto, nei termini fissati nell'ordinanza presidenziale *ex* art. 709, 3° comma c.p.c., a cognizione piena innanzi al giudice istruttore, presso il quale si svolge l'udienza di trattazione.

⁴⁰ Secondo Tommaseo, *La disciplina processuale della separazione e divorzio dopo le riforme del 2005 (e del 2006)*, in *Fam. dir.*, 2006, 7 ss. il convenuto potrà limitarsi ad una memoria di replica; secondo Salvaneschi, *I procedimenti di separazione e divorzio*, *ivi*, 2006, 356 si rende comunque necessario il patrocinio di un difensore tecnico.

La prima fase resta contenziosa, come può desumersi dal fatto che l'assistenza del difensore è obbligatoria, ma è stata accentuata la sua destinazione allo svolgimento del tentativo di conciliazione.

Infatti, la legge, allo scopo di agevolare la conciliazione, prevede il suo svolgimento in un momento in cui il convenuto non è ancora costituito e l'attore ha presentato un ricorso privo degli elementi previsti dall'art. 163 c.p.c. e contenente solo l'esposizione dei fatti. La sola esposizione dei fatti si giustifica nell'esigenza di evitare che la scoperta, sin dall'inizio, di tutti gli argomenti e le reciproche motivazioni, possa inasprire gli animi e costituire un serio ostacolo, di ordine psicologico, alla risoluzione della crisi⁴¹.

In tal modo si vuole destinare alla prima udienza di comparizione uno spazio giudiziario, ma non ancora conflittuale.

Pertanto, da quanto detto si può concludere che la riforma, seppur ha accentuato la distinzione tra le due fasi, ha, comunque, continuato a considerarle parti di un unico giudizio, che si instaura sin dal momento in cui l'attore deposita il ricorso iniziale, e la cui distinzione risponde alle diverse finalità cui entrambe sono destinate. L'una è imperniata sul tentativo di conciliazione ed è rivolta all'adozione delle misure dirette a far fronte a situazioni indilazionabili o comunque opportune. L'altra, successiva, è caratterizzata dal risolversi in un giudizio sul merito da trattare nelle forme ordinarie del giudizio di cognizione. Inoltre, l'adesione alla concezione bifasica denota una visione del matrimonio civile orientata verso la componente pubblicistica dell'istituto. Infatti, se i diritti che scaturiscono in capo ai coniugi in seguito alla crisi coniugale non possono essere immediatamente fatti valere avanti al giudice nei processi di separazione e divorzio, come vorrebbe l'art. 24 Cost., ma devono attendere, per la loro tutela giurisdizionale, che venga celebrata un'autonoma procedura preliminare nella quale un organo dello Stato tenta di ricomporre la crisi, è perché si muove

⁴¹ Dosi, *Quella fase introduttiva tutta speciale al procedimento di separazione e di divorzio*, in *Dir. e Giust.*, 2005, p. 24: "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 procedimenti".

dall'idea che vi sia un interesse pubblico al mantenimento di ogni matrimonio, il quale trova tutela in sede amministrativa, e non giurisdizionale⁴².

3. Le parti del giudizio.

Il diritto di chiedere la separazione spetta, come previsto dall'art. 150 c.c., esclusivamente ai coniugi.

Nulla è mutato, sotto questo profilo, con l'entrata in vigore della legge n. 54/2006, la quale, pur riconoscendo l'esistenza di interessi specifici ai parenti (nonni) ed al figlio maggiorenne, non ha attribuito a costoro alcuna legittimazione per l'instaurazione del giudizio di separazione⁴³.

⁴² In tal senso A.Graziosi, *Osservazioni sulla riforma dei processi di separazione e di divorzio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, p. 1121-1122: "l'allentamento del diritto di ogni soggetto all'immediato accesso alla tutela giurisdizionale si giustifica proprio sul presupposto che vi fosse un interesse pubblico, di pari dignità, alla conservazione dell'unione coniugale".

⁴³ È stata negata ammissibilità all'intervento dei nonni che, nell'ambito del giudizio di separazione, chiedevano di esercitare il diritto di incontro con i nipoti, affermando che "la qualità di parte spetta esclusivamente ai coniugi e non può essere riconosciuta ai parenti di questi, neppure al limitato fine di meglio tutelare gli interessi dei figli minori; ai parenti, infatti, la legge espressamente riconosce soltanto la legittimazione a sollecitare, in diversa sede, il controllo giudiziario sull'esercizio della potestà dei genitori (art. 336 c.c.) al fine di conseguire la tutela degli oggettivi interessi dei minori": Cass., sez. I, 17 gennaio 1996, n. 364. Neanche possono intervenire nel procedimento i nonni o altri parenti che vantino diritti di natura patrimoniale, quali ad esempio il diritto di proprietà sulla casa coniugale: "È inammissibile l'intervento di un terzo in un giudizio di separazione tra coniugi, che per la sua particolare natura e perché ha per oggetto principalmente i rapporti personali tra i coniugi, vede quale uniche parti soltanto i coniugi stessi (nella specie il genitore di una delle parti era intervenuto in giudizio per far valere il suo diritto di proprietà sulla casa coniugate, concessa con i mobili e gli arredi ivi contenuti, in comodato ai coniugi)" (Trib. Milano, 18 maggio 1987). Unica eccezione è stata la decisione del Trib. Foggia, 26 novembre 2002, in *Giur. merito*, 2003, I, pag. 1138, che ha ritenuto ammissibile l'intervento del terzo comodante dell'immobile che chieda il rilascio del bene concesso in comodato ad uno dei coniugi, in quanto diretto a fare valere un proprio interesse di natura patrimoniale avente attinenza con l'oggetto della lite. Invero, secondo l'orientamento seguito dal suddetto Tribunale, l'oggetto del giudizio di separazione è costituito, non solo dall'accertamento della crisi coniugale, ma anche dalla determinazione degli effetti di natura personale o patrimoniale che tale crisi comporta, sia nei rapporti personali tra coniugi che nei rapporti tra coniugi e figli. Ne consegue che, mentre il terzo non ha titolo per intervenire nei rapporti personali tra i coniugi o tra costoro ed i figli, può avere un proprio interesse ad intervenire nei rapporti patrimoniali, ad esempio per rivendicare un bene proprio erroneamente attribuito ad uno dei coniugi.

Neppure sono parti del procedimento i figli, nonostante si controverta, spesso, proprio sul loro affidamento e sull'assegno che il genitore non affidatario deve versare per il loro mantenimento. Tale assunto ha avuto anche l'avallo della Corte Costituzionale, sent. 14 luglio 1986, n. 185: "(...) posto che: a) i giudizi di cessazione degli effetti civili del matrimonio e di separazione personale dei coniugi non attengono né si riflettono sullo status dei figli; b) essendo i giudizi in questione preordinati a scegliere la soluzione migliore per il figlio minore, i suoi interessi non rimangono senza tutela, ma sono garantiti da una serie non indifferente di misure, è infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1, 1. 1 dicembre 1970, n. 898, e dell'art. 708 c.p.c.

La domanda per la separazione personale, come riconosciuto dalla giurisprudenza⁴⁴, può essere presentata dagli aventi diritto tramite un procuratore speciale.

Per quanto riguarda l'interdetto per infermità di mente, la legge detta una disposizione solo per il caso in cui lo stesso risulti convenuto e non ricorrente, statuendo che al coniuge convenuto infermo di mente o legalmente incapace è nominato, dal presidente, un curatore speciale.

La disposizione, contenuta solo nella legge sul divorzio (art. 4, 5° co., L. 898/1970) fu considerata applicabile al giudizio di separazione dopo che l'art. 23 L. 47/1987 estese a quest'ultimo le norme sulla fase introduttiva del divorzio, nell'attesa di un nuovo testo della procedura civile.

Nonostante le successive riforme delle procedure per separazione e divorzio hanno mantenuto questa previsione unicamente per quest'ultimo procedimento, si ritiene pacificamente che anche nel giudizio per separazione il presidente possa, e debba, nominare un curatore speciale all'infermo di mente, per effetto della residua valenza dell'art. 23 della legge 74/87 o in forza dell'analogia, nonché in base ad un principio generale che discende dalle regole di tutela dei soggetti a capacità minorata nel diritto civile.

Invece, dal lato attivo, sia per la separazione che per il divorzio, la giurisprudenza, in mancanza di una norma che attribuisse espressamente al tutore la rappresentanza per atti personalissimi, ha affermato che l'interdetto non può,

nella parte in cui non prevedono la nomina di un curatore per la rappresentanza in giudizio degli interessi del minore figlio delle parti, in ordine alla pronuncia sull'affidamento e ad ogni altro provvedimento che lo riguardi, in riferimento agli artt. 3, 24, comma 2, e 30 Cost.". Tuttavia, il quadro normativo è recentemente mutato, in particolare, ai sensi dell'art. 155 *quinquies* c.c., introdotto dalla legge sull'affidamento condiviso, i figli maggiorenni, non indipendenti economicamente, hanno diritto *iure proprio* al mantenimento e sono legittimati ad intervenire nel procedimento con intervento adesivo autonomo e litisconsortile se uno dei genitori ha chiesto l'assegno in favore del figlio, o in via principale nei confronti di entrambi.

⁴⁴ Cass. sent. n. 5973/1981, in *Mass. Giust. Civ.*, 1981, p. 2125: "Il terzo comma dell'art. 150 c.c., nella parte in cui stabilisce che il diritto di chiedere la separazione giudiziale o l'omologazione di quella consensuale spetta esclusivamente ai coniugi, non esclude che la domanda possa essere proposta per mezzo di un procuratore speciale, con esclusione comunque di quelle attività (come la comparizione delle parti innanzi al presidente del tribunale) che la legge esige siano compiute personalmente dalla parte".

neppure con la rappresentanza dello stesso, iniziare il giudizio⁴⁵.

Tuttavia, all'interdetto non è preclusa la possibilità di agire, dal lato attivo, per la separazione. Infatti, la Cassazione, sempre nella stessa sentenza, per evitare disparità di trattamento, ha colmato la suddetta lacuna ricorrendo alla analogia *legis*, ovvero prevedendo la possibilità di chiedere la nomina di un curatore speciale⁴⁶. Ne consegue che seguendo quest'orientamento il coniuge legalmente incapace può, sempre per il tramite di un curatore speciale, essere convenuto sia nel giudizio di divorzio che nel giudizio di separazione, quanto agire in giudizio per ottenere il divorzio.

Invece, nessuna limitazione, né per iniziare il giudizio, né per resistere in esso, è prevista, in via generale, per il soggetto assistito da un amministratore di sostegno, ai sensi dell'art. 404 c.c.⁴⁷.

L'amministrazione può, infatti, essere disposta anche in conseguenza di una menomazione che non derivi da infermità oppure a seguito di un'infermità che non comprometta le facoltà mentali, ma si limiti a generare una non autosufficienza nell'esercizio delle attività proprie della vita quotidiana.

Eventuali limitazioni potranno essere previste dal decreto di nomina dell'amministratore (art. 405, 4° comma, nn. 3-4), poiché il giudice tutelare può, ai sensi dell'art. 411, 3° comma c.c., “disporre che determinati effetti, limitazioni o decadenze, previsti da disposizioni di legge per l'interdetto o l'inabilitato, si

⁴⁵ In una fattispecie di divorzio, la Corte di Cassazione (sent. n. 9582, del 21 luglio 2000) ha affermato: “Ritiene il Collegio che la rappresentanza dell'interdetto per infermità di mente da parte del tutore in tutti gli atti civili, ai sensi dell'art. 357 c.c., richiamato dall'art. 424, comma 1, stesso codice, non comprenda i c.d. atti personalissimi, che coinvolgano interessi strettamente legati alla persona dell'interessato, al quale solamente può essere rimessa la scelta in ordine alle determinazioni da adottare”.

⁴⁶ Cass., sent. n. 9582, del 21 luglio 2000. “In mancanza di una specifica norma che attribuisca al tutore dell'interdetto per infermità di mente il potere di chiedere il divorzio, tale potere non può farsi derivare dalla generica rappresentanza in tutti gli atti civili prevista dall'art. 357 c.c. (richiamato dall'art. 424 c.c.); deve, pertanto ritenersi, in applicazione analogica dell'art. 4, comma 5, della l. 898/1970, novellato, che legittimato a proporre la domanda di divorzio possa essere un curatore speciale dell'infermo, nominato dal Presidente del Tribunale su richiesta del curatore”.

⁴⁷ Articolo introdotto dalla legge 9 gennaio 2004, n. 6.

estendano al beneficiario dell'amministrazione di sostegno"⁴⁸.

4. La partecipazione del pubblico ministero.

Ai sensi dell'art. 70 c.p.c., il Pubblico Ministero deve intervenire obbligatoriamente nelle cause di separazione. La sua partecipazione è volta a tutelare l'interesse pubblico, presente nei rapporti familiari, nonché i minori eventualmente coinvolti, in quanto parti più deboli e sprovviste di presenza processuale.

La chiamata in giudizio del P.M. avviene, come stabilito dall'art. 71, a seguito di ordine del giudice di comunicazione degli atti.

L'intervento è, però, limitato alla fase successiva a quella presidenziale ed è assicurato, praticamente, come si è già detto, con l'obbligo per l'ufficio di dare al pubblico ministero comunicazione della pendenza della causa (art. 709 c.p.c.).

Tuttavia, parte della dottrina⁴⁹, considerata la natura contenziosa, sin dall'inizio, del procedimento di separazione, e la nascita, sin dall'udienza presidenziale, di profili pubblicistici⁵⁰, ritiene che la comunicazione, pur se non prevista dall'art. 706 c.p.c., debba avvenire prima dell'udienza presidenziale.

In questo caso, il P.M. non deve partecipare al tentativo di conciliazione dei coniugi, ma può essere presente nell'ultima fase della comparizione presidenziale,

⁴⁸ In merito, si veda una pronuncia dell'Ufficio del giudice tutelare del Tribunale di Pinerolo (decr. 9 novembre 2005, in *Diritto e giustizia*, 2006, n. 16) per cui "la persona capace di intendere e di volere, ma affetta da patologia gravemente invalidante, la quale intenda promuovere un giudizio di separazione, non è tenuta a chiedere al presidente del Tribunale la nomina di un curatore speciale, in applicazione analogica dell'articolo 4 della L. 898/1970, come modificato dal D.L. 35/2005, ma può semplicemente domandare la nomina di un amministratore di sostegno cui demandare la promozione del suddetto giudizio".

Inoltre, si ricordi che l'incapace naturale, anche in pendenza del procedimento di interdizione, purché non sia già stato nominato un tutore provvisorio, può agire in giudizio sia per ottenere la separazione, sia per il divorzio.

L'interdetto legale conserva la piena capacità di agire *ex art.* 32 c.p.

L'inabilitato o il minore emancipato dispongono ugualmente del personalissimo diritto di chiedere la separazione o il divorzio, senza la necessaria assistenza del curatore che è limitata agli atti di disposizione patrimoniale.

⁴⁹ B. De Filippis, *Il matrimonio, la separazione dei coniugi ed il divorzio*, Cedam, 2007, p. 185.

⁵⁰ Graziosi, *Osservazioni sulla riforma dei procedimenti di separazione e divorzio*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e procedura Civile*, 2005, p. 1113 che individua la componente pubblicistica nella presenza di un organo dello Stato che tenta di comporre la crisi.

quando vengono emessi i provvedimenti temporanei e date le disposizioni per il prosieguo della causa⁵¹.

Il mancato intervento del P.M. determina la nullità radicale ed insanabile del processo, rilevabile in ogni grado del giudizio, anche d'ufficio⁵². Tuttavia, la nullità non scaturisce per ogni episodio di assenza del Pubblico Ministero, ma solo nell'ipotesi in cui non gli sia stata fatta la comunicazione di cui all'art. 709 c.p.c.⁵³. Per cui, se tale comunicazione viene effettuata, il Pubblico Ministero può intervenire in giudizio depositando la comparsa in cancelleria oppure può spiegare il suo intervento, come previsto dall'art. 3 disp. att. c.p.c., direttamente davanti al collegio, sanando così l'assenza precedente. Ne consegue che le udienze precedentemente tenute senza l'intervento del P.M. sono valide; mentre saranno nulle, con la conseguente nullità del giudizio, nel caso in cui al P.M. non sia stata data la comunicazione di cui all'art. 709 c.p.c..

Ulteriore conseguenza del mancato intervento del P.M. nel giudizio di primo grado, sempre in conseguenza del difetto di comunicazione di cui all'art. 709 c.p.c., è che la Corte d'Appello dovrà, con sentenza, rimettere la causa al giudice di primo grado (art. 354 c.p.c.)⁵⁴. Tale difetto del contraddittorio, oltre che in

⁵¹ A. Comolli, *La fase presidenziale della separazione: legge incostituzionale o prassi incostituzionale*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1995, p. 1169-1170, ritiene che sarebbe utile, al fine di garantire l'emissione di una giusta ordinanza presidenziale, la presenza del P.M. all'udienza. Al più, sostiene l'A., onde consentire al Presidente di svolgere la propria funzione pacificatrice, si potrebbe stabilire che il P.M., durante la prima fase dell'udienza presidenziale, e cioè allorché il Presidente tenta di conciliare i coniugi, sia soltanto un ascoltatore, senza possibilità di intervenire e gli venga riservato al proseguo, nel corso della seconda fase, il pieno diritto di esporre il proprio parere, di argomentare, di eccepire, e così via: ma, in ogni caso, il P.M. avrebbe piena conoscenza del colloquio fra il Presidente e i coniugi, una conoscenza tale da consentirgli di esercitare compiutamente il suo compito nel prosieguo dell'udienza.

⁵² Si vedano: Dogliotti, *Separazione e divorzio. Il dato normativo. I problemi interpretativi*, Torino, 1995, pag. 54; Santosuosso, *Il divorzio*, in *Tratt. Dir. Priv.* diretto da P. Rescigno, Torino, 1996, pag. 380; in giurisprudenza: App. Aquila 4 luglio 1989, in *Giur. It.*, 1991, I, 2, pag. 612, con nota di Ambrosini. In senso parzialmente difforme: Cass. 30 gennaio 1991 n. 310, in *Foro It., Mass.*, 1991 e, in dottrina, Adami, *Sull'intervento del P.M. nella fase presidenziale del procedimento di separazione dei coniugi*, in *Famiglia e Diritto.*, 1994, pag. 359.

⁵³ La Corte di legittimità ha rilevato che "si ha inosservanza dell'art. 70 c.p.c. soltanto quando detto organo non sia stato informato della contesa, restando poi nella sua facoltà discrezionale la partecipazione o meno al giudizio, anche in sede di precisazione delle conclusioni", Cass. 30 gennaio 1991 n. 910.

⁵⁴ In tal senso Cassazione, sez. I, 3 marzo 2000, n. 2381, la quale ha affermato che non è necessario che il P.M. intervenga alle udienze e neppure che prenda delle conclusioni, ma è sufficiente dare dimostrazione del fatto che lo stesso è stato informato dell'esistenza del procedimento e messo in grado di intervenire.

grado di appello, potrà essere rilevato anche dalla Cassazione, che rinvierà la causa al giudice di primo grado *ex art. 383 u.c. c.p.c.*⁵⁵

Nel corso dell'istruttoria il P.M. può produrre documenti e dedurre prove al pari delle parti in causa, però nei limiti delle domande proposte dalle parti (art. 72, 2° comma, c.p.c.); ma può anche non intervenire alle udienze istruttorie, ed in genere non interviene anche per la rilevante mole del lavoro del suo Ufficio, senza che ciò abbia come conseguenza la nullità degli atti a cui non ha assistito.

Se però il P.M., intervenendo innanzi al Collegio, non si limita ad aderire alle conclusioni di una delle parti, ma prende proprie conclusioni, producendo documenti e deducendo prove, il presidente, su istanza di parte od anche d'ufficio, può rimettere, con ordinanza, la causa al giudice istruttore per l'integrazione dell'istruzione (art. 3 disp. att. c.p.c.)⁵⁶.

Il P.M. non può proporre impugnazioni per le cause di separazione (art. 72, 3° comma c.p.c.). Ciò perché il diritto di proporre l'azione, e quindi anche i gravami successivi, spettano ai coniugi in via esclusiva ed altri non possono sostituirli nell'esercizio di esso, trattandosi di un potere personalissimo che comporta, tra l'altro, una valutazione, ad opera dei coniugi, di sentimenti affettivi e di reazioni intime ai torti subiti⁵⁷.

È controverso se il P.M. debba intervenire anche nell'ipotesi di separazione consensuale, non avendo l'art. 70 c.p.c. distinto tra cause di separazione giudiziale e cause di separazione consensuale.

Coloro i quali negano la necessità di partecipazione, si basano sulla lettera dell'articolo in questione, che fa riferimento alle "cause matrimoniali comprese quelle di separazione personale dei coniugi" per cui, avendo il procedimento di

⁵⁵ App. Torino 15 luglio 1947, in *Dir. Eccl.*, 1947, 346; App. Potenza 25 maggio 1949, in *Giur. It.*, 1951, I, 2, 193.

⁵⁶ La remissione al giudice istruttore può avvenire solo nel caso in cui il P.M. produca ulteriori documenti, rispetto a quelli già prodotti o deduca prove su circostanze nuove o comunque prima non capitolate dalle parti, sempre nei limiti delle domande da queste proposte. Non sarebbe necessario, al contrario, disporre la remissione degli atti in istruttoria qualora il P.M. avesse esibito un rapporto della polizia giudiziaria su un episodio attribuito ad uno dei coniugi contrario alla morale o all'ordine della famiglia, se ciò già risulta da un giudicato prodotto in causa; come non sarebbe necessario, se il P.M. avesse formulato capitoli di prova su circostanze che risultano pacifiche in causa. F. Scardulla, *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio*, IV edizione, Giuffrè, p. 637.

⁵⁷ Al contrario nel divorzio ai sensi dell'art. 5, 5° comma, della legge 898/70 è ammessa l'impugnativa del P.M. limitatamente a quelli che sono gli interessi patrimoniali dei figli minori.

separazione consensuale *ex art. 711* natura camerale, la partecipazione sarebbe esclusa.

Quanti, invece, sostengono la tesi contraria, da un lato, interpretano in maniera più ampia il termine usato dall'art. 70 c.p.c., che volutamente parla di "cause di separazione personale", senza fare alcuna distinzione in merito⁵⁸, dall'altro, mettono in evidenza che l'art. 738 c.p.c., in tema di disposizioni comuni ai provvedimenti in Camera di Consiglio, prevede che gli atti sono direttamente comunicati al P.M., che stende le sue conclusioni in calce al provvedimento del presidente.

Inoltre, i fautori di quest'ultima tesi sottolineano l'importanza della partecipazione del P.M. in vista dell'interesse pubblico e di tutela dei minori che anche la separazione consensuale comporta; anzi l'interesse alla tutela dell'ordine della famiglia, nella separazione in esame, sembrerebbe manifestarsi anche con maggiore gravità che nella separazione giudiziale, perché il tribunale, al contrario che in quest'ultima, non ha completa conoscenza delle vere ragioni che hanno determinato il conflitto tra i coniugi per cui manca di un elemento essenziale per l'esatta valutazione delle condizioni pattuite⁵⁹.

A tal riguardo, i giudici tarantini⁶⁰ affrontarono per la prima volta il problema, sostenendo che non è richiesto l'intervento del P.M. nel procedimento di omologazione della separazione consensuale, sul presupposto che quest'ultimo "cede o tace di fronte al prevalente interesse delle parti".

In realtà, l'errore di tale enunciazione si fondava sul timore, manifestato nella citata sentenza, che proposto ricorso per la separazione consensuale, il P.M., inserendosi tra le parti, potesse chiedere una pronuncia per colpa. Ma, come si è

⁵⁸ Cass. 29 luglio 1964 n. 2165, in *Mass. Giust. Civ.*, 1964, 1002.

⁵⁹ Secondo B. De Filippis, *Il matrimonio, la separazione dei coniugi ed il divorzio*, Cedam, 2007, p. 186, la partecipazione del P.M. sarebbe opportuna, per la *ratio* che sostiene la norma, e necessaria in base alla previsione dell'art. 738 c.p.c. In senso contrario, si veda Cass. 14 luglio 1993 n. 7774, in *Foro It., Mass.*, 1993.

⁶⁰ Trib. Taranto 1 luglio 1949, in *Giur. It.*, 1950, I, 1, 122: "con il termine causa, come è fatto palese dal significato letterale della parola, il legislatore allude manifestamente al procedimento contenzioso di separazione e non a quello volontario, quale è appunto il procedimento di separazione consensuale". Contro tale affermazione è insorto Azzolina, *Sull'intervento del Pubblico Ministero nei procedimenti di omologazione della separazione volontaria dei coniugi*, in *Giur. It.*, 1950, I, 1, 122, rilevando non solo che l'espressione causa può essere usata con riferimento sia alla lite che al processo, ma che bisogna anche avere riguardo alle *intenzioni del legislatore*, quali appaiono dall'esegesi delle norme che concernono l'intervento del P.M.

già detto, il diritto a chiedere la separazione spetta esclusivamente ai coniugi e il P.M. non può sostituirsi agli stessi per proporre la relativa azione o modificare il titolo della domanda. Tan'è vero che l'art. 72, 2° comma, c.p.c., seppur prevede che quest'ultimo può produrre documenti, dedurre prove, prendere conclusioni, specifica che può farlo *nei limiti delle domande proposte dalle parti*. Ne consegue che anche se il P.M. sia a conoscenza della sussistenza di altre cause valide all'affermazione di un'addebitabilità della separazione, non può dedurle in giudizio, onde ottenere una pronuncia in tal senso. Può, però, in sede di conclusioni e con riferimento all'affidamento della prole, evidenziare l'opportunità-necessità che i figli siano affidati all'uno o all'altro genitore in base a quelle circostanze, a lui note, che possono influire sul potere discrezionale del Tribunale⁶¹.

Dunque, superato questo malinteso, è chiaro che il tribunale, in sede di separazione consensuale, non può e non deve limitarsi ad omologare l'accordo delle parti. Il che, oltretutto, sarebbe incompatibile non solo con il disposto dell'art. 156 c.c., che deve trovare applicazione anche nella separazione in esame, ma anche con l'art. 738 c.p.c., che prevede la facoltà per il giudice di assumere informazioni. Tali norme indicano chiaramente che la sussistenza di un accordo in sede di separazione non libera il tribunale dall'obbligo dell'iniziativa con riguardo a quegli accertamenti che, secondo le circostanze, si possono rilevare più opportuni alla salvaguardia della famiglia e degli interessi dei coniugi, iniziativa che sarà facilitata anche dall'attività del P.M.

Tuttavia, più recentemente, la Corte regolatrice, distaccandosi solo in parte dalla decisione dei giudici tarantini in precedenza citata, ha affermato che la partecipazione del P.M. al procedimento di separazione consensuale non è prevista dall'art. 711 c.p.c., né è desumibile dalla disciplina dei provvedimenti camerati⁶².

⁶¹ F. Scardulla, *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio*, IV edizione, Giuffrè, p. 641, nota 23.

⁶² Cass. 14 luglio 1993, n. 774, in *Rep. Foro It.*, 1993, voce *Separazione*, n. 22. F. Scardulla, *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio*, IV edizione, Giuffrè, p. 642, non condivide quest'affermazione in quanto l'art. 738 c.p.c. prescrive che se il P.M. deve essere sentito, gli atti gli devono essere previamente comunicati per la precisazione delle conclusioni.

Infine, a seguito di una decisione della Corte Costituzionale⁶³, la presenza del P.M. è stata resa obbligatoria anche nei giudizi di modifica dei provvedimenti adottati in sede di separazione e riguardanti la prole (art. 710 c.p.c.). La Corte ha, infatti, ritenuto ingiustificata la disparità di trattamento rispetto alla legislazione divorzile, dal momento che l'art. 9, comma 1, della legge 898/1970, per effetto della modifica apportata dalla legge 74/1987, prevede la partecipazione del pubblico ministero ai giudizi di modifica dei provvedimenti adottati in sede di divorzio e riguardanti la prole⁶⁴.

In realtà, la pronuncia in esame ha il merito di aver chiarito che l'intervento del pubblico ministero risponde all'esigenza di tutelare gli interessi dei figli minori; interesse, questo, presente non solo nel caso di modifica dei provvedimenti relativi ai figli minori di genitori divorziati, ma anche nel caso di provvedimenti modificativi delle condizioni di separazione riguardanti la prole, come si evince dalle disposizioni del codice civile che, nel prescrivere (*ante* riforma art. 155, ult. comma; attualmente art. 155-*ter*) la facoltà dei coniugi di chiedere in ogni tempo la revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli, prescrive in via generale (art. 155 c.c.) che i provvedimenti relativi alla prole siano adottati con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa.

5. Comparizione personale e rappresentanza.

Prima dell'emanazione della legge sul divorzio, nonché delle modifiche ad essa apportate dalla L. n. 74/1987, la dottrina e la giurisprudenza concordavano nel

⁶³ Corte Cost. 9 novembre 1992 n. 416, in *Foro It.*, 1993, I, pag. 10, con nota di Cipriani, il quale non condivide questa pronuncia in quanto finisce con il distrarre il P.M. dal suo compito istituzionale, che è quello di proporre e coltivare l'azione penale. Inoltre, al di fuori dei casi nei quali esercita nell'interesse pubblico l'azione civile, l'A. osserva, il P.M. dovrebbe star fuori dal processo civile, per la semplice ragione che l'interesse pubblico è più che tutelato dal giudice.

⁶⁴ Si noti che l'art. 710 c.p.c., nel testo originario, prevedeva al 1° comma la possibilità per le parti di chiedere, con le forme del processo ordinario, la modificazione dei provvedimenti riguardanti i coniugi e la prole contenuti nella sentenza di separazione. Tale disposizione è stata riformulata dall'art. 1 l. n. 331/1988 che ha introdotto il procedimento in camera di consiglio, in luogo del giudizio ordinario, ma senza prevedere l'intervento del pubblico ministero. Diversa disposizione processuale vige, invece, per la modifica dei provvedimenti riguardanti la prole in caso di divorzio. Infatti, l'art. 9 l. n. 898/1970, nella sua impostazione originaria, prevedeva, oltre al procedimento in camera di consiglio anche la partecipazione del pubblico ministero. Questa prescrizione inizialmente fu eliminata dalla novella del 1978 (art. 2, l. n. 436/1978), ma poi ripristinata dalla riforma del 1987 (art. 13 l. n. 74/1987).

ritenere che nel procedimento di separazione non era ammissibile la rappresentanza volontaria⁶⁵. Le conseguenze che discendevano da tale indirizzo erano di particolare gravità, posto che la mancata comparizione del ricorrente rendeva senza effetto la domanda (art. 707, 2° comma, c.p.c.).

A seguito della legge sul divorzio ed in virtù dell'art. 23 L. n. 74/1987, si ritenne applicabile alle separazioni l'art. 4, comma 7, della legge n.898/1970, secondo il quale i coniugi dovevano comparire personalmente davanti al presidente del tribunale, "salvo gravi e comprovati motivi".

Pertanto, la rappresentanza, con l'intervento di un procuratore speciale, si riteneva ammessa, ove sussistessero i predetti motivi.

La discussione è stata riaperta dalla novella, poiché la stessa ha nuovamente differenziato, sul punto, le normative della separazione e del divorzio. L'attuale art. 707 c.p.c., infatti, afferma semplicemente che i coniugi "devono comparire", mentre l'art. 4 continua a prevedere la possibilità di non comparizione (sempre in presenza dei gravi motivi).

Il problema, pertanto, torna a porsi nei termini in cui veniva sollevato prima della legge del 1987, abrogatrice del vecchio testo dell'art. 707, oggi ripristinato.

L'esplicita differenziazione operata dal legislatore sembrerebbe indicare la volontà precisa di esigere, sempre e comunque, in sede di separazione personale dei coniugi, la presenza personale delle parti.

Tuttavia, questa conclusione non sembra accettabile.

⁶⁵ È opportuno premettere che la Cassazione (sent. 22/06/1951 n. 1666, in *Giur. It.*, 1952, I, 1, 208) sul punto della rappresentanza si era espressa favorevolmente, affermando che la rappresentanza volontaria è normalmente ammessa nel processo e non deve condividersi l'opinione secondo la quale la rappresentanza processuale presuppone la rappresentanza del rapporto sostanziale dedotto in giudizio; e che non esistono disposizioni particolari di legge o principi di diritto che ostacolino l'applicabilità di detta regola generale in materia di separazione personale. Tuttavia tale soluzione aveva suscitato ampie critiche da parte della dottrina; in particolare Carnelutti, *Rappresentanza volontaria in processo di separazione coniugale*, in *Riv. dir. civ.*, 1952, II, 60, aveva negato l'ammissibilità di una rappresentanza processuale disgiunta da una rappresentanza sostanziale, ritenendo non ammessa una rappresentanza volontaria limitata agli atti processuali, ma che essa può essere conferita a chi compia in pari tempo attività di natura sostanziale in nome del rappresentante. Dal che discende, precisava l'A., che per ammettere che taluno possa condurre un processo di separazione coniugale per mezzo di un rappresentante volontario è necessario stabilire che a questi il coniuge abbia potuto conferire procura per l'affare, cioè per la separazione, il che sembra difficile se la separazione non può ottenersi se non attraverso il processo. Dello stesso avviso era stato Mandrioli, *I provvedimenti presidenziali nel giudizio di separazione dei coniugi*, Milano, 1953, p. 65, nota 141, il quale aggiungeva che la comparizione personale dei coniugi è prescritta in funzione dell'esperimento del tentativo di conciliazione.

L'obbligo di presentazione si giustifica con la necessità di svolgere il tentativo di conciliazione e con la natura personalissima dei diritti in discussione, ma né dall'uno, né dall'altro profilo si può far discendere l'inderogabilità della comparizione. Infatti, il medesimo articolo 707 prevede che, se il coniuge convenuto non si presenta, il processo continui ugualmente il suo corso. Il presidente potrà fissare o meno una nuova udienza, ma comunque, all'esito di essa, dovrà emettere i relativi provvedimenti. Ciò significa che l'omissione del tentativo non determina alcuna nullità, né preclude il successivo corso del giudizio⁶⁶.

⁶⁶ La ricordata pronuncia della Cassazione (sent. 22/06/1951 n. 1666, in *Giur. It.*, 1952, I, 1, 208), seppur aveva ammesso la rappresentanza volontaria, aveva escluso la possibilità della comparizione del rappresentante nella fase presidenziale per l'espletamento del tentativo di conciliazione, precisando che la legge impone la comparizione personale delle parti per il tentativo di conciliazione ed esige che chi chieda la separazione non si sottragga all'obbligo di comparire personalmente, cioè non renda impossibile, con il fatto proprio, l'esperimento del tentativo di conciliazione. In pratica, aveva concluso ritenendo "la comparizione personale del ricorrente condizione legale di efficacia della domanda", dal momento che se il ricorrente non compare, la domanda è priva di effetti (art. 707, 2°co., c.p.c.). Tuttavia, di fronte a quest'orientamento un po' contraddittorio della Cassazione che, da un lato, ammetteva la rappresentanza volontaria e, dall'altro lato, affermava che la comparizione costituisce condizione legale di efficacia della domanda, alcuni magistrati di merito cercarono di trovare adeguate soluzioni. In particolare Trib. Reggio Calabria, 11/08/1953, in *Cal. giud.*, 1954, 687; Trib. Locri, 26/07/1954, in *Foro it.*, 1955, I, 159, avevano ritenuto possibile la comparizione del ricorrente rappresentante volontario, spiegando che "una volta ammesso che la domanda possa essere utilmente proposta anche da chi non è il coniuge (cioè dal suo rappresentante convenzionale) ne consegue che la *condicio iuris* della efficacia della domanda debba sostanzarsi nella comparizione di chi la domanda ha proposto e non necessariamente del coniuge". L'ostacolo maggiore ad una tale argomentazione era dato dalla incerta utilità di un tentativo di conciliazione svolto nei confronti del rappresentante. A tale scopo, il Trib. Taranto, 06/04/1956, in *Giur. It.*, 1956, I, 2, 976, affermò: "la parola del presidente può influire sull'animo dei coniugi, ma può influire egualmente su quello del rappresentante volontario, che, per essere stato eletto dal coniuge, deve presumersi abbia una corrispondente sensibilità psicologica e bene può giungere attraverso di questi al coniuge stesso". Ora, è chiaro che l'attività del rappresentante che interviene nel tentativo di conciliazione suscita delle riserve, non essendo consentito allo stesso andare al di là della volontà del coniuge e dovendo attenersi alla stessa. A tal riguardo, F. Scardulla, *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio*, IV edizione, Giuffrè, p. 683, propone che nel caso in cui venga avanzata una proposta conciliativa dall'altro coniuge o indicata una possibilità di conciliazione dallo stesso presidente, si potrebbe rinviare il tentativo di conciliazione ad altra udienza, per dar modo al coniuge rappresentato di comparire personalmente o al suo rappresentante di avere gli opportuni chiarimenti o le opportune istruzioni. Però, osserva Scardulla, proprio per l'impossibilità di disporre del negozio, come rilevava Carnelutti (vedi nota precedente), dovrà escludersi una possibilità conciliativa o un'accettazione di proposte conciliative da parte del rappresentante, il cui animo, nonostante il contrario avviso del Tribunale di Taranto, è troppo lontano da quello del rappresentato, influenzato da ricordi e da sentimenti contrastanti. Di fronte a queste incertezze, l'A. ritiene che occorre porsi da un diverso angolo visuale e domandarsi se il tentativo di conciliazione di cui all'art. 708 c.p.c. sia veramente quella *condizione legale di efficacia della domanda*, come sostenuto dalla cassazione, o piuttosto un tentativo di conciliazione che il presidente ha l'obbligo di compiere, sempre che i coniugi possano comparire e non dimostrino un valido ed apprezzabile impedimento.

Per quanto riguarda la natura dei diritti, si osserva che, se è ammissibile il matrimonio per procura (art. 111 c.c.), non possono individuarsi ostacoli insormontabili a che anche la comparizione in sede di separazione o di divorzio avvenga tramite un mandatario.

Pertanto, dalla *ratio* della norma non si traggono ragioni in favore dell'inderogabilità della previsione.

A ciò deve aggiungersi che pretendere sempre e comunque la presenza personale delle parti, potrebbe portare a negare di fatto ai soggetti, che per ragioni di salute o altri motivi (es. carcerazione all'estero) si trovino nella condizione di impossibilità di presenziare, il diritto di agire per la separazione contenziosa.

Questa conseguenza non è voluta dal legislatore, come può desumersi dall'esame dell'analogia fattispecie, relativa all'interdetto per infermità di mente.

Pertanto, si potrebbe ritenere che la differenza tra la normativa della separazione e quella del divorzio, in questo caso, rappresenta una lacuna, colmabile con il ricorso all'analogia.

Se la comparizione personale è importante in sede di separazione, non lo è di meno al momento del divorzio, laddove è in discussione non l'affievolimento, ma addirittura la cessazione del vincolo. Di conseguenza, se la legge ha previsto la possibilità che le parti non partecipino personalmente alla comparizione divorzile, analoga possibilità deve essere riconosciuta in sede di separazione.

È evidente che, nell'uno e nell'altro procedimento, i "gravi e comprovati motivi" devono essere valutati con rigore.

Ove si tratti di motivi che impediscono la presenza solo per un certo periodo, la soluzione deve essere cercata nel rinvio della comparizione. Ove, invece, si tratti

La soluzione sembra, oramai, trovarsi nell'art. 4, comma 7, legge sul divorzio. Infatti, se la comparizione può anche non avvenire se vi ostano gravi e comprovati motivi e se, in tal caso, l'impossibilità della comparizione non priva di effetto la domanda, nel senso che essa mantiene la sua efficacia, si deve giungere alla conclusione che, ove l'impossibilità di presentarsi all'udienza fissata per il tentativo di conciliazione viene indicata e provata, il ricorrente può farsi rappresentare. A dimostrazione di questa soluzione Scardulla osserva che la mancata comparizione del coniuge convenuto innanzi al presidente non preclude l'ulteriore svolgimento del procedimento di separazione giudiziale, tant'è vero che l'art. 707 ult. co. prevede che il presidente possa, se il coniuge convenuto non si presenta, fissare una nuova udienza per la comparizione.

di motivi che rivelino un'impossibilità, non solo assoluta, ma anche permanente⁶⁷ (dovendosi valutare la permanenza in relazione ai tempi ed alle necessità del procedimento), bisognerà ricorrere alla rappresentanza⁶⁸. Nel caso in cui ciò non sia possibile il processo potrà proseguire regolarmente. Infatti, se la mancata comparizione del coniuge convenuto innanzi al presidente, come si è già detto, non impedisce l'ulteriore svolgimento del procedimento di separazione giudiziale, non sarebbe ragionevole attribuire alla mancata comparizione dell'attore efficacia preclusiva⁶⁹. Oltretutto, se non si volesse condividere quest'ultimo assunto si arriverebbe ad una situazione paradossale. Si immagini l'ipotesi in cui Tizio conviene in giudizio la moglie Caia, ma impossibilitato a comparire per il tentativo di conciliazione, si vede rigettata la domanda. Successivamente Caia conviene in giudizio il marito. Questa volta il tentativo fallisce, perché Tizio è sempre impossibilitato a comparire. Tuttavia, il procedimento ha il suo normale svolgimento per cui Tizio, ora convenuto, potrà riproporre in riconvenzionale quella stessa domanda che prima gli era stata rigettata.

Dunque, si può concludere che la mancata comparizione dei coniugi, attore e convenuto, così come l'impossibilità di farsi rappresentare, non preclude lo svolgimento del procedimento.

6. Assistenza del difensore.

Prima della sentenza della Corte Costituzionale del 18 giugno 1971 n. 151⁷⁰, l'art. 707 c.p.c. stabiliva che le parti dovessero comparire dinanzi al presidente in sede di separazione "senza l'assistenza di difensore". La Corte dichiarò l'illegittimità degli artt. 707, comma 1° e 708, nella parte in cui ai coniugi comparsi personalmente davanti al presidente, dopo il fallimento del tentativo di conciliazione, non era consentito farsi assistere da un difensore.

⁶⁷ Si veda al riguardo Cipriani, *I provvedimenti presidenziali nell'interesse dei coniugi e della prole*, Jovene, 1970, pag. 122.

⁶⁸ In questo senso B. De Filippis, *Il matrimonio, la separazione dei coniugi ed il divorzio*, Cedam, 2007, pag.187-188.

⁶⁹ In questo senso F. Scardulla, *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio*, Giuffrè, 2003, p. 684-685.

⁷⁰ In *Riv. Dir. Proc.*, 1972, II, pag. 498 e ss., con nota di Cipriani.

La Consulta, tuttavia, nella citata e nella successiva decisione⁷¹, evidenziò la distinzione tra la prima fase della comparizione dinanzi al presidente, unicamente finalizzata ad esplorare la possibilità di conciliazione, e la seconda, diretta all’emanazione dell’ordinanza presidenziale ed alla regolamentazione dei rapporti personali e patrimoniali tra le parti⁷².

In ragione di ciò, l’assistenza del difensore fu ritenuta ammissibile in relazione a tutti gli adempimenti collegati all’emanazione dei provvedimenti provvisori, ma non al momento del tentativo di conciliazione, da riservare solo ai coniugi⁷³.

Il legislatore della novella, recependo le indicazioni costituzionali⁷⁴, ha espressamente previsto, nel testo del nuovo art. 707 c.p.c., senza alcuna distinzione tra le due fasi, l’assistenza del difensore.

Allo stato, pertanto, occorre chiedersi se la presenza del difensore sia necessaria anche durante lo svolgimento del tentativo di conciliazione e se essa sia, oltre che

⁷¹Corte Cost. 16 dicembre 1971 n. 201, in *Foro It.*, 1972, I, c. 4.

⁷² Come ribadito dalla stessa Corte Costituzionale con la sent. n. 201/1971, la menzionata pronuncia n. 151 “ha riguardo alla seconda parte della fase presidenziale e precisamente alle attività ed agli atti successivi alla constatazione che i coniugi, parti del procedimento di separazione personale, non intendono porre fine alla controversia mediante conciliazione”. In quest’ultima sentenza, la Corte Costituzionale ha escluso il contrasto tra l’art. 24, comma 2 della Costituzione e l’art. 708, comma 1, c.p.c., con le seguenti argomentazioni: “Considerato che il rispetto dell’art. 24, 2° comma, della Costituzione non esige che il diritto di difesa debba svolgersi in ogni momento processuale con identico contenuto e con identiche modalità, la Corte, in riferimento alla prima fase, ritenne ammissibile l’assenza dei difensori, reputando che, se nella legge è individuabile la volontà del legislatore di tutelare in modo preminente l’interesse, di natura pubblica, ad una pacifica continuazione della convivenza tra i coniugi, in modo tale che il bene del matrimonio sia permanentemente ed integralmente assicurato, tale interesse può essere sufficientemente tutelato dai coniugi personalmente e dal presidente del tribunale, sulla base del prestigio della sua funzione”. Nella stessa sentenza n. 201 si legge, altresì, che “la difesa tecnico professionale della parti è assicurata anche in questa fase del procedimento poiché i coniugi, a mezzo dei loro procuratori e difensori, possono far valere le loro ragioni ed avanzare le loro richieste, rispettivamente, con il ricorso introduttivo e con memorie difensive e sono, poi, assistiti dai rispettivi difensori nella seconda parte della fase presidenziale, mancato che sia il tentativo di conciliazione”.

⁷³ Tuttavia, considerata la natura unitaria del procedimento, l’esclusione dei difensori dalla partecipazione al tentativo di conciliazione non era riconosciuta unanimemente dalla dottrina. Inoltre, poiché la suddetta assistenza era prevista per il procedimento di divorzio dall’art. 4, 7° co. della L. n. 898/1970, per effetto del rinvio operato dall’art. 23 L. n. 74/1987, l’art. 707 veniva letto come se fosse privo dell’inciso “senza assistenza di difensore” (che, invece, vi figurava).

⁷⁴ Danovi, *Le nuove norme sui procedimenti di separazione e divorzio*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 2005, pag. 870 afferma che il legislatore non ha solo recepito, ma “enfaticizzato” il messaggio della Consulta, la quale aveva fatto cadere un divieto ma non anche imposto l’obbligatorietà dell’assistenza tecnica.

ammissibile, anche indispensabile, nel senso che la parte che si presenti senza difensore non possa essere ascoltata⁷⁵.

Sul primo punto, si osserva che, di fronte alla chiara lettera della norma, le interpretazioni che inducevano ad escludere il difensore, in base alla natura personalissima della conciliazione ed al fatto che, in essa, non sono in discussione diritti e doveri, non possono essere mantenute⁷⁶.

Il legislatore ha modificato il sistema, attribuendo a tutta la fase presidenziale una particolare natura e, evidentemente consapevole di ciò, ha affermato, senza operare distinzioni, che la parte deve essere assistita.

Ciò significa che l'assistenza del proprio difensore non può essere negata neppure nel momento in cui il presidente interroga singolarmente i coniugi, per verificare la sussistenza di possibilità di riconciliazione⁷⁷.

Questa interpretazione consente di evitare strumentali e difficili distinzioni nel caso in cui il giudice interroghi contemporaneamente le parti, sia al fine di verificare la possibilità di conciliazione, che la possibilità di trasformazione del procedimento in consensuale.

Le due attività, generalmente, vengono svolte insieme e la seconda sicuramente coinvolge i diritti e le ragioni su cui la domanda e l'eventuale memoria difensiva si fondano e per le quali l'assistenza del difensore è sicuramente necessaria.

⁷⁵ Graziosi, *Osservazioni sulla riforma dei processi di separazione e divorzio*, in *Riv. Trim. di dir. e proc. civ.*, 2005, n. 4, pag. 1129-1130, ritiene preferibile un'interpretazione che preservi il potere del presidente di ascoltare e tentare la conciliazione dei coniugi, senza la presenza dei difensori, visto che questa è forse la condizione che più di altre può favorire le pur minime possibilità di riuscita di un tale tentativo. Tuttavia, ha sottolineato l'importanza della presenza e dell'ascolto dei difensori prima di emanare l'ordinanza presidenziale, a rafforzare il diritto di difesa delle parti, in considerazione della straordinaria importanza che rivestono i provvedimenti presidenziali nella dinamica dei processi di separazione e divorzio.

⁷⁶ In tal senso Danovi, *Le nuove norme sui procedimenti di separazione e divorzio*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 2005, pag. 870-871 : "il legislatore, pur avendo scelto di evitare una rigida applicazione del principio di eventualità sin dagli atti introduttivi iniziali, ha comunque riconosciuto il carattere contenzioso del giudizio già a far tempo dalla fase presidenziale, imponendo la presenza del rappresentante tecnico come necessario baluardo della difesa dei diritti che già in tale sede vengono coinvolti".

⁷⁷ Cipriani, *Processi di separazione e di divorzio*, in *Foro It.*, V, 2005, c. 142, afferma che il difensore debba partecipare all'interrogatorio della parte che assiste e rispondere in sua vece o che lo stesso debba partecipare all'interrogatorio dell'altra parte, in una sorta di contro esame di questa. Contra D. Motta, *Se il matrimonio finisce in tribunale - Processo, così la fase presidenziale*, in *Diritto e giustizia*, 2006, n. 6, pag. 122, il quale sostiene che il difensore può essere presente accanto alla parte soltanto nel momento in cui, esaurito l'interrogatorio, il presidente tenta la conciliazione e sono esposte le eventuali condizioni cui essa è subordinata.

Per quanto riguarda l'obbligatorietà dell'assistenza e, quindi, il destino di una parte che si presenti senza il difensore e voglia ugualmente partecipare alla comparizione, la dottrina ha affermato che il convenuto comparso da solo deve essere invitato a munirsi di un difensore e può beneficiare, all'uopo, di un rinvio, ma se, all'esito di esso, continua a non adempiere a tale onere, non può essere ascoltato⁷⁸.

Altri Autori hanno rilevato che l'audizione del convenuto non assistito dal difensore può comunque avvenire applicando i principi generali o nell'esercizio del potere officioso del presidente di assumere informazioni, nonché che essa deve ritenersi ammissibile come è ammissibile l'interrogatorio libero della parte contumace⁷⁹.

In senso contrario, si è affermato che, con il nuovo dettato normativo, trova applicazione la regola generale per la quale davanti ai tribunali le parti devono stare in giudizio con il ministero di un avvocato, con la precisazione che il vero problema non è l'esclusione o meno del convenuto comparso senza difensore, ma l'utilizzabilità delle sue dichiarazioni⁸⁰.

Si è comunque rilevato che l'espressione: "debbono comparire.. con l'assistenza del difensore" non può interpretarsi nel senso che l'assistenza sia richiesta a pena

⁷⁸ In questo senso L. Salvaneschi, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in *Famiglia e Diritto*, 4/2006, pag. 365, che individua la possibilità del rinvio nella disposizione dell'ultimo comma dell'art. 707 c.p.c. e dell'art. 4, 7° comma, l.div., relativa alla mancata comparizione del convenuto all'udienza presidenziale. L'A., partendo dall'assimilare la mancata comparizione del convenuto alla comparizione dello stesso senza la necessaria assistenza tecnica, afferma che, se il convenuto, privo del difensore, viene ugualmente ascoltato, non è possibile trarre dall'audizione argomenti contrari alla parte che l'abbia resa.

⁷⁹ In senso conforme Cass., sez. Lavoro, 5 maggio 1982, n. 2818. In dottrina si veda Tommaseo, *La disciplina processuale della separazione e del divorzio dopo le riforme del 2005 (e del 2006)*, in *Famiglia e Diritto* 1/2006, p. 10, il quale, di fronte all'impossibilità del convenuto di addivenire alla conciliazione senza l'assistenza del difensore, afferma: "In via di cauta ipotesi, e allo scopo di favorire il buon esito dell'udienza presidenziale anche quando il convenuto vi compare senza l'assistenza di un difensore, si potrebbe consentire al convenuto di accettare di farsi rappresentare dal difensore dell'attore: questo ai limitati fini del raggiungimento d'una conciliazione o per far transitare il processo sui binari della separazione consensuale o del divorzio su domanda congiunta, ipotesi queste ultime, nelle quali il patrocinio può ben essere affidato dalle parti al medesimo difensore".

⁸⁰ Cipriani, *Processi di separazione e di divorzio*, in *Foro It.*, V, 2005, c. 142, che ne ricava la conseguenza che eventuali dichiarazioni del convenuto rese in assenza del difensore non potranno mai essere utilizzate contro di lui.

di nullità o determini un obbligo, per il giudice procedente, di escludere il convenuto dall'udienza⁸¹.

Bensì, potrebbe apparire più conforme alla *ratio* della riforma la tesi⁸² che evidenzia l'esistenza di un contrasto tra il verbo "debbono", che sembra escludere la possibilità di interpretazioni diverse dall'obbligatoria presenza del difensore, ed il concetto stesso di assistenza, che si distingue dalla costituzione proprio perché avviene in favore di una parte che può stare in giudizio da sola⁸³.

Il contrasto può essere risolto e, quindi rivelarsi apparente, se si considera che il verbo non è direttamente riferito all'assistenza, ma alla comparizione personale delle parti.

Pertanto, la norma intende affermare che le parti sono obbligate a comparire personalmente, ma non che l'obbligo riguarda anche la presenza di un difensore. Quest'ultima deve continuare ad essere interpretata nei termini deducibili dalla sentenza costituzionale del 1971, come una facoltà concessa alla parte e non un onere ad essa attribuito.

Tale interpretazione è certamente compatibile con le affermazioni di non utilizzabilità processuale delle dichiarazioni della parte comparsa senza assistenza e risponde alla *ratio* di assicurare il tempestivo svolgimento della comparizione presidenziale in ogni situazione e, quindi, anche allorché il convenuto non voglia usufruire della possibilità di assistenza legale che la legge gli riconosce.

In forza di essa, si può altresì ritenere che al convenuto, il quale intenda presentarsi personalmente senza essere assistito, non sia preclusa la facoltà, *ex art.* 706 c.p.c., di presentare la memoria e, quindi, che la stessa possa essere redatta e firmata dal convenuto stesso⁸⁴.

⁸¹ Finocchiaro, *Udienza presidenziale subito dopo la notifica*, in *Guida al Diritto*, n. 22/2005, p. 97.

⁸² B. De Filippis, *Il matrimonio, la separazione dei coniugi ed il divorzio*, Cedam, 2007, p. 190 – 191.

⁸³ L'assistenza non richiede una formale procura.

⁸⁴ Tommaseo, *Nuove norme per i giudizi di separazione e di divorzio, commento al Dl. 14/3/2005, n. 35*, in *Famiglia e Diritto*, n. 3/05, nota 14 pag. 235: "... mentre il ricorso introduttivo e la comparsa di costituzione del convenuto devono necessariamente essere sottoscritti dal difensore a norma di quanto prevede la regola generale di cui all'art. 125 c.p.c., altrettanto non può dirsi per la memoria che il convenuto ha la possibilità di produrre nella fase presidenziale e anche di sottoscrivere personalmente".

7. Forma e contenuto della domanda.

Anche dopo la novella del 2005, la domanda per chiedere la separazione personale dei coniugi si propone con ricorso.

Mentre in passato il ricorso doveva contenere le indicazioni previste dall'art. 4 della legge 898/1970⁸⁵, attualmente è sufficiente che esso riporti "l'esposizione dei fatti sui quali la domanda è fondata". Tutto il resto sarà oggetto della memoria integrativa, da presentare dopo la comparizione presidenziale, in caso di fallimento del tentativo di conciliazione⁸⁶.

I fatti esposti sono quelli che giustificano la separazione giudiziale, ovvero, secondo l'art. 151 c.c., le circostanze che rendono intollerabile la prosecuzione della convivenza o determinano grave pregiudizio all'educazione della prole.

Dunque, il ricorso introduttivo deve contenere tutti i requisiti che valgano a identificare correttamente la domanda introduttiva e i soggetti cui si riferisce. Accanto alla esposizione dei fatti non è anche necessaria l'esposizione degli elementi di diritto sui quali si fonda la domanda, pur tenuto conto del fatto che il ricorso non è solo mero atto preparatorio dell'udienza presidenziale, ma anche atto formale con il deposito del quale si attua la pendenza del processo⁸⁷.

Alcuni elementi che il ricorso, come atto di parte rilevante per il processo, deve comunque contenere risultano dall'art. 125 c.p.c., che prevede al riguardo

⁸⁵ In precedenza, l'assimilazione del procedimento per separazione a quello di divorzio (art. 23 L. n. 74/1987) imponeva di indicare sin dal ricorso il *petitum* e la *causa petendi* della domanda, gli elementi di diritto sui quali questa era fondata, i documenti che si intendeva produrre e le prove che si volevano far assumere: una pretesa unitarietà del procedimento aveva condotto taluni interpreti ad assegnare al ricorso il valore di una citazione in giudizio, a fronte della quale il convenuto doveva costituirsi osservando le preclusioni a suo carico, in un quadro di instaurazione di una controversia che vedeva nel ricorso il suo momento introduttivo a tutti gli effetti.

⁸⁶ La domanda introduttiva è caratterizzata dalla sua formazione progressiva, posto che è sufficiente che il ricorso contenga la narrazione dei fatti e si limiti a chiedere la separazione mentre quanto è ulteriormente necessario al dispiegarsi dell'azione (assegno, affidamento dei figli, addebito) è rimandato al più formale adempimento successivo. Le lacune dell'atto introduttivo non impediscono al presidente di esercitare i propri poteri officiosi, sia ai fini dell'esperimento del tentativo di conciliazione, sia per la determinazione dei provvedimenti interinali nell'interesse dei coniugi e della prole. Tommaseo, *La disciplina processuale della separazione e del divorzio dopo le riforme del 2005 (e del 2006)*, in *Famiglia e diritto*, 2006, pag. 9.

⁸⁷ Tommaseo, *Nuove norme per i giudizi di separazione e di divorzio, commento al Dl. 14/3/2005, n. 35*, in *Famiglia e Diritto*, n. 3/05, pag. 234: "È con riferimento al momento del deposito che si producono gli effetti sostanziali e processuali della proposizione della domanda giudiziale ed è con riguardo a tale momento che si applicano i principi della *perpetuatio iurisdictionis* per quanto riguarda la determinazione della giurisdizione e della competenza".

l'indicazione dell'ufficio giudiziario, delle parti, dell'oggetto della domanda e delle relative conclusioni che lo esplicitano. Tuttavia, al di fuori di questo contenuto minimo, non si chiede alla parte ricorrente di enunciare in modo completo e dettagliato le proprie ragioni e le argomentazioni delle quali intende servirsi. La finalità dell'atto è circoscritta a consentire l'intervento del presidente su aspetti che possono favorire l'incontro conciliativo tra le parti e, come si è già detto, a non pregiudicarne l'esito con un ricorso dal quale emerga subito la litigiosità delle parti.

La semplificazione del contenuto del ricorso trova corrispondenza in analoga semplificazione del contenuto della memoria difensiva di controparte.

Si desume, quindi, che il legislatore della riforma, nello spostare ad un momento successivo l'indicazione delle richieste e degli eventuali motivi di addebito, abbia tratto insegnamento dall'esperienza, che ha dimostrato come proprio le accuse vicendevoli espresse sin dagli atti introduttivi del giudizio inducano ad inasprire gli animi e costituiscano un pesante ostacolo psicologico ad accordi conciliativi.

Dunque, nel nuovo sistema, la funzione del ricorso introduttivo, è sì quella di instaurare il giudizio, ma al tempo stesso, di consentire un più sereno e proficuo svolgimento della fase presidenziale e, in particolare, del tentativo di conciliazione (o di trasformazione della separazione in consensuale) che si svolge in essa, prima che le parti abbiano esposto tutte le loro ragioni e le loro difese, suscitando nella controparte reazioni giuridiche e psicologiche⁸⁸.

Tuttavia, il ricorso non può essere articolato unicamente come domanda per lo svolgimento del tentativo di conciliazione, ne consegue che, seppure la norma richiede solo l'esposizione dei fatti, ciò non vieta che le parti possano inserire anche altri elementi, laddove lo ritengano utile, sia al fine del completo svolgimento del tentativo di conciliazione, che dell'emanazione dei provvedimenti presidenziali.

⁸⁸ Tommaseo, *La disciplina processuale della separazione e del divorzio dopo le riforme del 2005 (e del 2006)*, in *Famiglia e Diritto* 1/2006, p. 8: "Si può intanto osservare come il legislatore abbia ritenuto che gravare il ricorrente dell'onere di formulare sin dal ricorso introduttivo tutte le proprie ragioni in fatto ed in diritto, potrebbe non soltanto compromettere la riconciliazione dei coniugi, ma anche ostacolare altri esiti del procedimento egualmente apprezzabili".

Inoltre, la sufficienza di requisiti minimi, strumentali all'apertura della fase presidenziale, nella presentazione del ricorso, destinato in caso di mancata conciliazione tra i coniugi ad essere completato con la memoria integrativa, ha come conseguenza che il presidente non deve contestare la nullità del ricorso introduttivo *ex art.* 164 c.p.c., ma può esercitare i poteri che gli derivano dal suo ufficio, sia per il tentativo di conciliazione, sia per i provvedimenti temporanei ed urgenti nell'interesse dei coniugi e della prole. Le eventuali manchevolezze saranno sanate nella successiva memoria integrativa o, in mancanza, sanzionate in fase di cognizione⁸⁹.

Il ricorso deve, altresì, indicare l'esistenza di figli legittimi, legittimati o adottati durante il matrimonio e deve essere accompagnato da copia delle ultime dichiarazioni dei redditi presentate.

La formulazione della legge è alquanto generica, infatti non precisa quante dichiarazioni debbano essere presentate e né prevede una sanzione per il caso di sua inosservanza.

Secondo un'interpretazione restrittiva, il plurale si riferirebbe sia all'allegazione da parte del ricorrente, che del resistente e, quindi, per ciascuno di essi, l'obbligo riguarderebbe una sola dichiarazione.

L'interpretazione prevalente considera, invece, necessarie per ciascuna delle parti, almeno le ultime due dichiarazioni⁹⁰. Quest'ultima sarebbe anche confermata dalla prassi instauratasi, prima della novella, in alcuni tribunali di richiedere le dichiarazioni degli ultimi tre anni, per prevenire la possibilità che, nell'imminenza della crisi coniugale, i documenti più recenti siano frutto di manovre elusive.

La mancata allegazione non impedisce certo acquisizioni successive, d'ufficio o per produzione di controparte; la norma, infatti, resterebbe priva di significato, ove non si ammettesse che all'inadempimento il giudice possa attribuire quanto

⁸⁹ In questo senso Tommaseo, *Nuove norme per i giudizi di separazione e di divorzio, commento al Dl. 14/3/2005, n. 35*, in *Famiglia e Diritto*, n. 3/05, pag. 232-233.

⁹⁰ In questo senso F. Cipriani, *Processi di separazione e di divorzio*, in *Foro Italiano*, 2005, c. 141; A. Graziosi, *Osservazioni sulla riforma dei processi di separazione e di divorzio*, in *Rivista trimestrale diritto e procedura civile* n. 4/2005, pag.1127; C. M. Cea, *I processi di separazione e di divorzio all'indomani della promulgazione della L. n. 80/2005*, in *Rivista di diritto civile* n. 2/2006, pag. 116.

meno un valore indiziario nel contesto del complessivo comportamento e delle altre risultanze probatorie⁹¹. In tal senso converge anche la disposizione di cui all'ultimo comma dell' art. 155 c.c., come modificato dalla L. n. 54/2006, a sensi del quale, "ove le informazioni di carattere economico fornite dai genitori non risultino sufficientemente documentate, il giudice dispone un accertamento della polizia tributaria sui redditi e sui beni oggetto della contestazione, anche se interessati a soggetti diversi"⁹².

Infine, nel ricorso introduttivo del giudizio di separazione, potrebbe anche essere formulata la richiesta di addebito della separazione, consentita dal secondo comma dell'art. 151 c.c.

L'art. 709 *bis* c.p.c., nel prevedere la pronuncia di una sentenza non definitiva qualora il processo debba continuare, tra gli altri, per la richiesta di addebito, ha definitivamente chiarito che quella di addebito costituisce una autonoma domanda nell'ambito del processo di separazione, e non costituisce invece il profilo interno di un'unica domanda⁹³. Il che, inoltre, confermerebbe la tesi secondo la quale

⁹¹ F. Cipriani, *Processi di separazione e di divorzio*, in *Foro Italiano*, 2005, c. 141, ritiene che il presidente, in difetto, può ordinare, anche d'ufficio, l'esibizione delle ultime due dichiarazioni.

⁹² In senso conforme, prima della riforma, Cass., 17 maggio 2005, n. 10344, che sosteneva: "L'art. 5, comma 9, della l. 898/1970, nel testo novellato dall'art. 10 della L. 74/1987, che in tema di riconoscimento e determinazione dell'assegno divorzile stabilisce che in caso di contestazioni, il Tribunale dispone indagini sui redditi e patrimoni dei coniugi e sul loro effettivo tenore di vita, valendosi, se del caso, anche della polizia tributaria, deve ritenersi applicabile in via analogica, stante l'identità di *ratio*, riconducibile alla funzione eminentemente assistenziale dell'assegno in questione anche in materia di separazione di coniugi, con riguardo all'assegno di mantenimento."

⁹³ La questione sui rapporti intercorrenti tra la pronuncia di separazione personale dei coniugi e la relativa dichiarazione di addebito ha diviso per diverso tempo la giurisprudenza di legittimità e di merito. L'impostazione tradizionale, seguita fino a qualche anno fa dalla Cassazione (Cass., 14 giugno 2000, n. 8106, in *Fam. e dir.*, 2000, p. 546; Cass., 10 aprile 1998, n. 3718, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 1219) sosteneva l'inscindibilità della declaratoria di addebito rispetto alla pronuncia di separazione, affermando il principio secondo il quale nel nostro ordinamento non sarebbero ravvisabili due distinte figure di separazione, l'una senza addebito e l'altra con addebito, ma un unico modello di separazione incentrato sull'accertamento del fatto oggettivo dell'intollerabilità della convivenza (o del grave pregiudizio all'educazione della prole). Secondo la giurisprudenza di legittimità, l'istanza di addebito non poteva considerarsi come autonoma domanda, con conseguente impossibilità di individuare nella statuizione sulla separazione un capo autonomo di sentenza rispetto a quella sull'addebito e, in quanto tale, idoneo ad acquistare autorità di giudicato. Inoltre, la Cassazione ribadiva la propria scelta dell'inscindibilità delle statuizioni traendo argomentazione dall'art. 151, comma 2°, c.c. nel nuovo testo introdotto dalla l. n. 151 del 1975 sulla riforma del diritto di famiglia, secondo il quale il giudice decide sull'addebito "pronunciando la separazione", esprimendo così una chiara opzione per la contestualità delle pronunce. La giurisprudenza di merito, a cui ha aderito larga parte della dottrina, si è orientata invece in senso diverso. Il Tribunale, secondo il combinato disposto degli artt. 4, comma 9°, l. n. 898 del 1970 e 23, l. n. 74 del 1987, può pronunciare con sentenza non definitiva la separazione tra i coniugi,

anche la richiesta di addebito deve essere da subito precisata nel ricorso iniziale e non successivamente nella memoria integrativa⁹⁴.

Si è posto, tuttavia, il concreto problema della possibilità di proporre tale richiesta in un momento successivo ed anche posteriore alla pronuncia di separazione⁹⁵. La dottrina aveva criticato l'orientamento iniziale della giurisprudenza, che negava questa possibilità ed aveva osservato che la domanda di addebito ha natura autonoma, potendo i fatti sui quali si fonda non coincidere con quelli che fondano la domanda di separazione⁹⁶. Si era, però, ribattuto che ove le due domande

rinviano al definitivo la decisione sull'addebito, quando per l'accertamento di quest'ultimo risultino necessari ulteriori approfondimenti istruttori, mentre la domanda principale di separazione si dimostri sufficientemente istruita o incontrovertibile. Da tale ricostruzione emerge la configurazione della pronuncia di addebito come autonoma e distinta domanda rispetto a quella di separazione, riconoscendo, in tal modo, nelle due statuizioni capi autonomi di sentenza, suscettibili di passaggio in giudicato. La Cassazione a Sezioni Unite ha confermato la natura di autonoma domanda all'istanza di addebito, pur se logicamente subordinata alla pronuncia di separazione, con la duplice conseguenza della legittimità della sentenza non definitiva sulla sola separazione e della formazione del giudicato sulla separazione qualora la sentenza sulla separazione e sull'addebito sia impugnata solo per l'addebito. Cass., sezioni unite, sentenza 4 dicembre 2001, n. 15279; Cass., sezioni unite, sentenza 3 dicembre 2001, n. 15248, in *Foro It.*, 2002, c. 383, con nota di Cipriani, *Sulle domande di separazione, di addebito e di divorzio*.

⁹⁴ In questo senso C. Onniboni, *Brevi note sull'autonomia della domanda di addebito*, in *Famiglia e Diritto* n. 12/2007, pag. 1087. Contra V. Violante, *Profili processuali della istanza di addebito ex art. 151, 2° comma, c.c.*, in *Rivista diritto processuale* n. 3/2006, pag. 1115, secondo il quale: "Alla luce della riforma del processo di separazione introdotta dalla legge n. 80/2005, la richiesta di addebito, in ragione della ormai acclarata natura di domanda autonoma, dovrà essere formalizzata dal soggetto interessato (ricorrente e/o resistente) necessariamente entro i termini previsti nella ordinanza presidenziale resa a norma dell'art. 708, comma 3°, c.p.c. Dunque, nel nuovo sistema normativo: a) il ricorrente dovrà formalizzare la richiesta di addebito della separazione entro il termine ultimo fissato ai fini del deposito della suddetta memoria integrativa. b) il coniuge resistente, per il quale la richiesta di addebito integra ad ogni effetto una domanda riconvenzionale, entro il termine fissato dal presidente per la formale costituzione in giudizio. Resta comunque salva la possibilità per il ricorrente, laddove il coniuge resistente abbia formalizzato la suddetta domanda riconvenzionale di addebito, di formulare analoga domanda (quale reconventio reconventionis) nei confronti del medesimo resistente entro il primo termine di cui all'art. 183, comma 6°, c.p.c."

⁹⁵ F. Cipriani, *Impugnazioni per il solo addebito e domanda di divorzio*, in *Foro Italiano*, 1998 c. 2143, osserva che quanto alla possibilità di chiedere l'addebito dopo la conclusione del giudizio di separazione (ovviamente per fatti pregressi e semmai all'epoca sconosciuti, non certo per fatti successivi), la risposta non può che essere negativa, vista la necessità che la domanda di addebito sia proposta nel giudizio di separazione. Nello stesso senso A. Nascosi, *Separazione giudiziale e dichiarazione di addebito: la Cassazione cambia opinione*, in *Rivista trim.di dir. e proc. civile* 2002, pag. 1388, che "esclude la proposizione dell'istanza di addebito all'esito del giudizio di separazione per fatti sopravvenuti alla stessa".

⁹⁶ Cipriani, *Ancora sul simultaneus processus sulla separazione e sull'addebito*, nota a Cass. Civ., sez. I, sent. n. 7945/1998; Corte di Appello di Bologna sent. 22/12/1998 e sent. 16/01/1997; Tribunale di Bologna sent. 14/09/1998, in *Foro Italiano*, 1999, I, c. 2310, osserva che l'addebito potrebbe essere chiesto per fatti completamente diversi da quelli per i quali si è chiesta la separazione: ad esempio se un coniuge chiede la separazione perché l'altro si droga e l'addebito

coincidano per quanto riguarda i fatti costitutivi, la pretesa autonomia viene meno, con la conseguenza di trovarsi di fronte ad un giudizio a contenuto composito, tendenzialmente unitario ma suscettibile di dar vita a scissione di pronunce⁹⁷. La Corte di cassazione ha continuato a negare la proponibilità separata della domanda di addebito, affermando che questa costituisce una semplice modalità accessoria ed eventuale dell'accertamento dell'impossibilità della convivenza⁹⁸. Ha tuttavia ammesso il potere del giudice di merito di limitare la decisione sulla separazione, con una sentenza non definitiva, e di rimettere al definitivo la pronuncia sull'addebito⁹⁹. Ne è seguita l'affermazione per cui l'impugnazione sul solo addebito determina il passaggio in giudicato della pronuncia sulla separazione¹⁰⁰.

8. Formalità per la fissazione dell'udienza presidenziale.

Il terzo comma del nuovo articolo 706 stabilisce che il presidente, nei cinque giorni successivi al deposito del ricorso in cancelleria, fissi, con decreto, la data dell'udienza di comparizione dei coniugi davanti a sé.

Il termine di cinque giorni, non contemplato nel testo originario dell'articolo del codice di procedura, era già previsto, prima della riforma, dall'art. 4 della legge divorzile, applicabile anche alle separazioni in virtù dell'art. 23 della legge n. 74/1987. Si trattava di un termine ordinatorio e tale qualificazione non è mutata nel vigore della nuova legge. Pertanto, l'eventuale inosservanza non produce alcuna conseguenza processuale¹⁰¹.

Il provvedimento, esente da formalità, è in genere scritto in calce al ricorso; esso fissa la data dell'udienza dinanzi a sé entro un termine di novanta giorni dall'avvenuto deposito.

perché l'altro ha una relazione adulterina, non si potrebbe certamente dire che il giudice valuta gli stessi fatti sia ai fini della separazione sia ai fini dell'addebito.

⁹⁷ Danovi, *Separazione e addebito tra inscindibilità e autonomia*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 796 ss.

⁹⁸ Cass., sez. I, 30 luglio 1999, n. 8272.

⁹⁹ Cass., SS.UU., 3 dicembre 2001, n. 15248 in *Foro it.*, 2002, I, 383.

¹⁰⁰ Cass., SS.UU., 4 dicembre 2001, n. 15279, in *Foro it.*, 2002, I, 383.

¹⁰¹ I termini ordinatori, a differenza dei termini perentori, hanno la funzione di dare ordine all'attività amministrativa, indirizzandola verso esiti desiderati. Nell'ambito del processo, l'art. 152 c.p.c., 2° comma, afferma che i termini stabiliti dalla legge sono ordinatori, "salvo che la legge stessa non li dichiari espressamente perentori".

La previsione del termine di novanta giorni, dal momento di presentazione del ricorso, per l'effettivo svolgimento dell'udienza è del tutto nuova ed è frutto della volontà del legislatore di rendere più rapida la risposta della giustizia in questa delicata fase del giudizio di separazione e porre rimedio a prassi inaccettabili, per effetto delle quali le coppie, nel pieno della crisi coniugale e dei problemi indifferibili ad essa collegati, vengono costrette ad interminabili attese.

Tuttavia, anche questo termine non è perentorio¹⁰², il che non significa che la sua inosservanza sia priva di conseguenze, essendo comunque ipotizzabili, in assenza di ragioni oggettive, forme di responsabilità collegate al principio di ragionevole durata del processo.

È chiaro, inoltre, il suo rispetto non sia attuabile senza una riorganizzazione degli uffici che tenga conto dell'importanza sociale di questo tipo di controversie ed attribuisca ad esse priorità nel quadro generale dell'attività dei tribunali, pur comprendendo che le urgenze cui gli stessi devono far fronte sono molteplici e complesse.

L'art. 706 c.p.c. stabilisce altresì che il presidente fissi il termine entro cui ricorso e decreto devono essere notificati al convenuto ed il termine entro cui quest'ultimo può depositare in cancelleria memoria difensiva e documenti.

Tutti i termini indicati restano compresi nell'arco dei novanta giorni, entro cui l'intera attività deve svolgersi, per consentire la tempestiva celebrazione dell'udienza presidenziale.

La previsione secondo cui il presidente fissa il termine per la notifica, corrisponde alla disciplina precedentemente vigente.

Nuova è, invece, la disposizione relativa al termine, per il convenuto, per il deposito di documenti e memoria, il cui scopo è quello di evitare che il resistente presenti documentazioni (in passato anche copiose) al momento dell'udienza e di consentire al giudice ed alla controparte di prendere visione degli atti prima

¹⁰² M. Finocchiaro, in *Guida al Diritto*, n. 22/2005, pag. 96 definisce “molte volte vergognosi i tempi dei giudizi di separazione e divorzio, in confronto alle esigenze ed alle aspettative che animano gli stessi (“atteso il vissuto e la tragedia umana che sono dietro quei fogli protocolli”) e teme che le nuove disposizioni possano allargare il numero dei termini che la dottrina, fondatamente, ama chiamare canzonatori”.

dell'udienza stessa, con evidenti vantaggi in termini di celerità e completezza di celebrazione.

La legge non indica la durata minima dei termini da concedere. Gli stessi non devono essere tali da rendere impossibile o particolarmente gravoso il compimento delle attività richieste alle parti¹⁰³, ma devono essere compatibili con la particolare speditezza della procedura (per la quale, come si è già detto, è previsto il termine complessivo di novanta giorni).

La nuova legge non afferma esplicitamente che tali termini siano perentori, pertanto si tratta di termini ordinatori¹⁰⁴.

Nel nuovo sistema delineato dalla riforma, le attività dell'attore e del convenuto procedono parallelamente. All'iniziale ricorso corrisponde la prima memoria difensiva e alla successiva memoria integrativa del ricorrente corrisponde la costituzione in giudizio del resistente.

La (facoltativa) memoria prevista dall'art. 706 c.p.c. fa parte della prima coppia. Di conseguenza, il suo contenuto è analogo al ricorso iniziale ed incontra i medesimi limiti¹⁰⁵. Vale a dire, anch'essa è finalizzata allo svolgimento della comparizione presidenziale, non è tenuta al rispetto di particolari formalità e può evitare di approfondire tutti gli aspetti della causa.

¹⁰³Tommaso, *La disciplina processuale della separazione e del divorzio dopo le riforme del 2005 (e del 2006)*, in *Famiglia e Diritto* 1/2006, p. 9 afferma che la nuova normativa non offrendo criteri per quantificare i termini assegnati al ricorrente e al convenuto, rispettivamente, per notificare il ricorso con il pedissequo decreto e depositare la memoria difensiva, crea una lacuna che in precedenza non sussisteva. Infatti l'art. 4, comma 6, della L. 898/1970, come modificato con la riforma del 1987, stabiliva che "tra la data della notificazione del ricorso e del decreto e quella dell'udienza presidenziale dovevano decorrere i termini a comparire di cui all'art. 163 *bis* c.p.c., ridotti di metà". Ne consegue che il termine per notificare il ricorso dovrà essere molto breve per consentire al convenuto di esercitare il proprio diritto di difesa e presentare la memoria difensiva. L'Autore propone di applicare analogicamente quanto previsto dall'art. 709 c.p.c. per la notificazione dell'ordinanza presidenziale di fissazione dell'udienza davanti all'istruttore, in modo tale da lasciar decorrere interamente i termini previsti dall'art. 163 *bis*, ridotti della metà.

¹⁰⁴ Cipriani, *Processi di separazione e di divorzio*, in *Foro It.*, V, 2005, c. 140: "I termini sono entrambi ordinatori e, quindi, non si hanno conseguenze irreparabili in caso di violazione".

¹⁰⁵ Anche la memoria deve contenere l'indicazione relativa all'esistenza dei figli legittimi, legittimati o adottati da entrambi i coniugi durante il matrimonio, nonché l'allegazione delle ultime dichiarazioni dei redditi.

Il deposito della memoria difensiva è, dunque, 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 presidenziale¹⁰⁶.

In pratica, il procedimento è stato ridisciplinato nel senso di rimettere ad un momento successivo alla fase presidenziale la vera e propria introduzione del giudizio, con la conseguenza che le preclusioni collegate alla costituzione in giudizio di entrambe le parti sono rimandate ad un successivo momento processuale, cosicché l'atto contenente le prime difese non deve necessariamente rendere manifeste le argomentazioni, le contestazioni e le prove che si intende utilizzare nel prosieguo.

L'innovazione ha il pregio di ovviare ad un inconveniente che il previgente sistema aveva evidenziato. Infatti, in base alla concezione unitaria del procedimento, a fronte del ricorso, al convenuto si faceva onere di inserire nella memoria di risposta tutte le proprie difese, eccezioni e indicazioni di prove, pena il verificarsi delle decadenze che il codice di rito consentiva di evitare solo con la costituzione in giudizio mediante deposito di comparsa tempestiva: con conseguente squilibrio di posizioni rispetto a quella del ricorrente, non assoggettato ad analoghe decadenze. L'aver differito la costituzione in giudizio alla fase successiva all'udienza dinanzi al presidente riconduce le parti a situazione paritaria e risolve altresì possibili dubbi in ordine al momento entro il quale deve essere proposta l'eventuale domanda riconvenzionale¹⁰⁷.

A tal riguardo, in passato e soprattutto in seguito alla l. n. 74/1987, si registrarono diversi orientamenti, da un lato il Tribunale di Milano che, per effetto della suddetta legge, affermò il carattere unitario e contenzioso *ab origine* del giudizio di separazione, con la conseguenza che l'udienza presidenziale costituiva quella *ex art. 180 c.p.c.*, rispetto alla quale il convenuto doveva costituirsi e proporre

¹⁰⁶ D. Motta, *Separazione e divorzio: le nuove norme sui procedimenti*, in *Diritto e Giustizia*, 21 gennaio 2006.

¹⁰⁷ Il problema della proponibilità della domanda riconvenzionale aveva rilievo nel contesto di una concezione unitaria del procedimento che fissava il momento di costituzione del convenuto entro il termine assegnatogli per comparire dinanzi al presidente del tribunale: successivamente a tale momento si affermava che le preclusioni impedivano il compimento delle attività soggette a decadenza.

domanda riconvenzionale¹⁰⁸. Dall'altro, una parte della giurisprudenza, pur condividendo l'opinione secondo la quale i procedimenti di separazione avessero natura contenziosa sin dall'origine, affermò che a tale natura non si accompagnava la caratterizzabilità in termini contenziosi dell'udienza presidenziale, finalizzata allo svolgimento del tentativo di conciliazione, e che di conseguenza la costituzione del coniuge convenuto e la possibilità di proporre la domanda riconvenzionale andava riferita alla prima udienza davanti al giudice istruttore¹⁰⁹.

Ed è, probabilmente, quest'ultima impostazione che ha ispirato il legislatore della riforma; infatti, il prevedere per il convenuto un termine per il deposito di una memoria nella fase presidenziale, che potrà essere integrata successivamente, ha lo scopo di evitare il maturarsi di ogni preclusione a carico dello stesso in questa fase del giudizio.

La presentazione della memoria, qualora avvenga, non dovrebbe comportare la costituzione del convenuto¹¹⁰, essendo la stessa espressamente prevista dal

¹⁰⁸ Trib. Milano, sent. 27 dicembre 1993, in *Famiglia e Diritto*, 2/1995, p. 139. Si tratta del c.d. rito ambrosiano che individuava il carattere unitario del giudizio nell'analitica disciplina dei requisiti del ricorso introduttivo e nella soppressione dell'onere di notificazione dell'ordinanza presidenziale.

¹⁰⁹ Cass. sez. I, 10 marzo 2004, n. 4903, in *Foro it.*, 2005, c. 205ss.; Cass. sez. I, 1 giugno 1989, n. 2658 "Nel giudizio di separazione personale dei coniugi, di cui agli artt. 706 e ss. c.p.c., la domanda riconvenzionale (nella specie, domanda di addebitabilità all'attore della separazione stessa, avanzata dal convenuto nei cui confronti era stata chiesta analoga declaratoria) è tempestivamente introdotta con la comparsa di risposta in sede di costituzione davanti al giudice istruttore, ancorché non sia stata formulata in controdeduzioni scritte depositate dal difensore nella fase preliminare davanti al presidente del tribunale, posto che solo la successiva comparizione davanti a detto istruttore segna l'inizio della fase cognitoria"; Cass., sez. I, 18 febbraio 1982, n. 1013 "Nel giudizio di separazione personale dei coniugi, la ritualità e tempestività delle domande riconvenzionali va riscontrata con riferimento non alla fase preliminare innanzi al presidente del tribunale ma bensì alla costituzione davanti al giudice istruttore, la quale segna l'inizio della fase cognitoria".

¹¹⁰ Poiché, la produzione della memoria non presuppone la costituzione del convenuto, prevista dall'art. 709 c.p.c. per la successiva fase di merito, ne consegue che l'inosservanza del termine di deposito della memoria difensiva, o l'omesso deposito della stessa, non preclude irrimediabilmente al convenuto attività difensive di sorta. Alla luce di questo principio può risolversi il problema della tempestività o della tardività della memoria difensiva. Ci si è chiesti, infatti, se il presidente possa tener conto della memoria depositata tardivamente e se possa assegnare al convenuto inadempiente un termine ulteriore per effettuare il deposito e produrre documenti. La stessa fissazione di un termine, per il compimento di una attività processuale di parte prima di una udienza, dovrebbe di per sé comportare l'irrelevanza di quanto effettuato in dispregio del termine stesso. La possibilità che un convenuto inerte si avvalga poi di questa inerzia, strumentalmente, per ottenere un rinvio motivato dall'esigenza difensiva si presta, indubbiamente, ad espedienti volutamente dilatori, contro la *ratio* che ha ispirato la disciplina di una fase processuale rivolta

successivo art. 709 c.p.c., ovvero nella fase che precede la comparizione dinanzi al giudice istruttore¹¹¹.

Alla memoria difensiva devono essere allegate le ultime dichiarazioni dei redditi. Come si è già detto esaminando la posizione del ricorrente, anche se la legge non precisa quante dichiarazioni dei redditi debbano essere presentate, l'interpretazione prevalente considera necessarie, per ciascuna delle parti, almeno due dichiarazioni.

In caso di mancata presentazione, il presidente può trarre da ciò elementi di convincimento e decidere immediatamente oppure, qualora il ritardo non rechi pregiudizio alla situazione delle parti più deboli del rapporto familiare, disporre indagini di polizia tributaria, applicando analogicamente quanto disposto nell'art. 5 della legge sul divorzio. Le indagini sono, infatti, compatibili con il nuovo regime dell'udienza presidenziale, come delineato, in presenza di figli minori, dal nuovo testo dell'art. 155-*sexies* c.c.¹¹²

È chiaro, che nel caso in cui il convenuto non intenda valersi della facoltà di presentare la memoria stessa, l'obbligo di presentare le ultime dichiarazioni dei redditi permane in capo allo stesso.

Infine, la dottrina si è chiesta altresì se il convenuto possa presentare la memoria difensiva senza valersi dell'assistenza del difensore.

L'opinione maggioritaria, che condivido, è per una risposta negativa. Infatti il carattere tecnico del documento in oggetto e il fatto che il successivo articolo

all'emanazione di provvedimenti urgenti e provvisori. Tuttavia, il fatto che poi, superata tale fase, il giudizio abbia un inizio a tutti gli effetti, rispetto al quale soltanto hanno ragione di maturare decadenze, impone di escludere che dinanzi al presidente possano essere opposte preclusioni, le quali verranno, se mai, ad esistenza nel prosieguo del procedimento. In questo senso si era già pronunciata la giurisprudenza (Cass., sez. I, 10 marzo 2004, n. 4903) prima che la struttura bifasica della procedura fosse affermata con chiara norma di diritto positivo. Occorre, allora, concludere che la sostanziale mancanza di formalità dell'udienza presidenziale affida all'interrogatorio delle parti l'esposizione degli elementi sui quali si fonda la domanda e la contrapposizione degli argomenti dedotti a difesa. La tardività della memoria non impedisce al convenuto di illustrarne il contenuto e non esime il presidente dal prenderne lettura. Tuttavia quest'ultimo dovrà fare attenzione nell'individuare i casi nei quali l'omessa difesa è conseguenza di sola sprovvista e merita di essere integrata con la concessione di un apposito termine ed una più efficace assistenza tecnica.

¹¹¹ Non condividono la normativa in questione Cipriani, *Processi di separazione e divorzio*, in Foro it., V, 2005, c. 144; Salvaneschi, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in *Famiglia e Diritto*, n. 4/2006, pag. 359.

¹¹² L'art. 155-*sexies*, introdotto dalla legge 54/2006, prevede che il presidente, prima dell'emanazione, anche in via provvisoria, dei provvedimenti, possa assumere mezzi di prova.

707c.p.c. preveda l'assistenza obbligatoria del difensore durante la comparizione inducono a ritenere che il convenuto qualora intenda depositare una memoria difensiva deve farlo necessariamente attraverso il ministero del difensore. Inoltre, contrasterebbe sia con il diritto di difesa che con il principio di uguaglianza delle parti l'idea che l'attore stia in giudizio in questa fase con il ministero del difensore, mentre il convenuto possa limitarsi ad una difesa personale.

9. La riconciliazione nel corso del giudizio di separazione.

La presentazione o la firma del ricorso per la separazione personale non costituiscono un fatto irrevocabile e definitivo, sia perché ad esse devono seguire, per attribuirvi effettività giuridica, provvedimenti dell'Autorità giudiziaria, sia perché le parti non rimangono vincolate alla volontà espressa ed hanno ancora facoltà di revocarla o porla nel nulla.

Nel procedimento contenzioso, dopo la novella del 2005, il ricorrente può, ex art. 707 c.p.c., far venir meno ogni effetto della domanda con la semplice non presentazione alla data fissata dal Presidente¹¹³.

Le parti hanno comunque facoltà, anche dopo la comparizione presidenziale e fino a che il giudizio di separazione non sia concluso, di annullare l'attività ed i provvedimenti intervenuti fino a quel momento, riconciliandosi e riprendendo la vita coniugale, senza altre formalità.

Della riconciliazione si occupano due articoli del codice civile, l'art. 154 ed l'art. 157.

La prima norma si riferisce alla riconciliazione nel corso del giudizio, mentre la seconda riguarda la riconciliazione intervenuta dopo l'emanazione di una sentenza o, secondo una pacifica estensione interpretativa, di un decreto di omologazione della separazione.

Dottrina e giurisprudenza sono d'accordo nel ritenere che, poiché l'art. 154 non definisce la riconciliazione, anche ai fini della norma predetta si possa utilizzare la definizione proposta dall'art. 157 e che l'istituto della riconciliazione sia unico.

¹¹³ Prima della riforma, si riteneva applicabile alle separazioni la norma allora vigente per il divorzio, che consentiva al convenuto di far proseguire, per sua iniziativa, il giudizio.

Secondo la concorde interpretazione giurisprudenziale, essa consiste in una “ricostruzione dell’intero complesso dei rapporti che caratterizzano il vincolo matrimoniale e, quindi, non solo di quelli che concernono l’aspetto materiale del matrimonio, ma anche di quelli che sono alla base della comunione spirituale dei coniugi¹¹⁴”.

Poiché, l’art. 157 c.c. stabilisce che, una volta intervenuta la riconciliazione, la separazione può essere pronunciata nuovamente soltanto in relazione a fatti e comportamenti intervenuti dopo di essa, ci si chiede se tale effetto preclusivo si estenda anche alla riconciliazione prevista dall’art. 154 c.c., vale a dire alla riconciliazione che intervenga prima della comparizione presidenziale o comunque prima della sentenza di separazione.

Secondo l’orientamento prevalente, la riconciliazione in pendenza del giudizio di separazione, oltre ad avere l’effetto previsto dall’art. 154, vale a dire l’abbandono della domanda di separazione già proposta, avrebbe anche l’effetto sostanziale indicato dall’art. 157, vale a dire l’impossibilità di chiedere la separazione o l’addebito per fatti anteriori alla riconciliazione intervenuta. I fatti pregressi potrebbero essere presi in considerazione, come affermato dalla Cassazione¹¹⁵, solo allo scopo di lumeggiare il contesto nel quale dovrà essere operata la successiva valutazione.

Questa interpretazione si basa sul fatto che, se l’istituto della riconciliazione è unico, esso, nelle differenti fattispecie, non può non avere effetti identici, ma va contro il tenore letterale della norma, in quanto il legislatore, dopo aver distinto tra riconciliazione precedente e successiva rispetto alla sentenza, attribuisce solo a quest’ultima l’effetto preclusivo.

L’estensione dell’effetto preclusivo dall’art. 157 all’art. 154 deriva dall’idea, affermata sotto la vigenza del codice del 1942, secondo cui, poiché la separazione era possibile solo in conseguenza di una colpa (art. 151 nella vecchia formulazione), la riconciliazione implicava il “perdono” del coniuge offeso¹¹⁶ ed il perdono, una volta dato, non era suscettibile di ritrattazione.

¹¹⁴ Cass. 9 maggio 1997 n. 4056, in *Foro It., Mass.*, 1997.

¹¹⁵ Cass. 29 novembre 1990 n. 11523, in *Giur. It.*, 1991, I, 1, pag. 1022.

¹¹⁶ Cass. 26 ottobre 1968 n. 3562, in *Foro It., Mass.*, 1968.

Tuttavia, la riforma del 1975 ha profondamente modificato il sistema precedentemente vigente. In particolare, l'abrogazione dell'art. 154, nella parte in cui prevedeva "l'estinzione del diritto di chiedere la separazione" e l'inserimento nel corpo dell'art. 157 di una previsione preclusiva, non possono essere considerate prive di significato, come non può considerarsi priva di effetti l'abolizione del concetto di colpa, a cui si deve necessariamente aggiungere l'abolizione del concetto di perdono.

Ne consegue che non sembrerebbe opportuno conservare, nel nostro ordinamento, una preclusione non prevista, anzi negata dalla norma, ed ispirata a concezioni di colpa e perdono superate dalla riforma¹¹⁷.

Ciò significa che, per la richiamata unicità dell'istituto, il problema dell'attribuzione alla riconciliazione avvenuta prima della sentenza degli effetti preclusivi previsti dall'art. 157, debba porsi in termini di applicazione analogica, e debba essere risolto con una negazione, essendo sostanzialmente diversa la situazione della pendenza da quella della definizione di un processo.

Se si considera la volontà di uno dei coniugi di non voler vivere più con l'altro come fatto generalmente idoneo a rendere intollerabile la convivenza, il problema degli effetti preclusivi, cioè dell'impossibilità di riproporre, in una domanda di separazione intervenuta dopo una riconciliazione, fatti precedenti, si pone in pratica per le sole richieste di dichiarazioni di addebito.

Poiché la dichiarazione di addebito, a differenza della colpa del vecchio codice, deriva da una valutazione complessiva del comportamento dei coniugi durante il matrimonio¹¹⁸, non si comprende perché tale valutazione, nel caso in cui vi sia stata una precedente riconciliazione, debba essere limitata ad una frazione temporale del periodo di vita coniugale.

¹¹⁷ Il sistema precedentemente vigente si basava sul collegamento "necessario" tra separazione e colpa. Questo concetto è stato travolto dal primo comma dell'attuale art. 151, che ha disancorato la separazione dalla colpa e l'ha subordinata ai presupposti dell'intollerabilità e del pregiudizio. Il secondo comma del medesimo articolo, pur essendo espressione dell'esistenza nella volontà del legislatore di spinte diverse e contraddittorie, non può incidere sulla portata, fortemente innovativa, del principio posto dal primo comma. Nell'attuale sistema la "colpa" non è più al centro della normativa delle separazioni, ma costituisce un presupposto di determinati e limitati effetti e, per quanto riguarda la possibilità del suo accertamento, si pone in rapporto di eccezione a regola.

¹¹⁸ Una valutazione "globale e comparativa", secondo Cass., 24 marzo 1976 n. 1045, in *Foro It.*, 1976, I, pag. 1218.

In ragione di ciò, si deve concludere che prima della comparizione presidenziale e comunque prima della definizione del processo di separazione, la riconciliazione importi l'unico effetto dell'abbandono della domanda processuale.

Il passaggio al diverso regime previsto dall'art. 157 avviene a seguito del passaggio in giudicato della sentenza di separazione e non per effetto della sua emanazione. Pertanto, anche in pendenza del giudizio di appello, continua ad applicarsi unicamente il disposto dell'art. 154 c.c.¹¹⁹.

10. La possibilità di agire, nel periodo precedente la comparizione dei coniugi, ai sensi dell'art. 700 c.p.c.

Il problema dell'ammissibilità dell'art. 700 c.p.c. nella fase che precede la comparizione deriva dall'intercorrere di uno spazio di tempo tra due momenti, presentazione del ricorso ed emanazione dei provvedimenti presidenziali, che in astratto dovrebbero essere contestuali.

Purtroppo, come già si è detto, lo spazio di tempo in questione, collegato alla compilazione dei calendari delle comparizioni ed al decorso dei termini di notifica, può essere lungo, e comunque può risultare incompatibile con l'urgenza che i coniugi hanno di provvedere ai problemi conseguenti alla separazione.

La situazione è migliorata per effetto dell'obbligo di fissazione dell'udienza entro novanta giorni dalla presentazione del ricorso, ma, volendo anche prescindere

¹¹⁹ Si osserva, inoltre, che in caso di riconciliazione un problema si pone soprattutto nei confronti dei terzi in quanto, con l'omologazione della separazione consensuale e con il passaggio in giudicato della sentenza di separazione, uno degli effetti collaterali è il passaggio del regime patrimoniale dei coniugi da comunione (se questo era il regime prescelto) a separazione dei beni. Sul punto è intervenuta la Cassazione con la sentenza del 5 dicembre 2003 n. 18619 statuendo che materia di comunione legale tra i coniugi, la separazione personale costituisce causa di scioglimento della comunione che è rimossa dalla riconciliazione dei coniugi, dalla quale deriva il ripristino del regime di comunione, originariamente adottato. Tuttavia, in applicazione dei principi costituzionali di tutela della buona fede dei contraenti, occorre distinguere tra effetti interni ed esterni del ripristino della comunione legale. Conseguentemente in mancanza di un regime di pubblicità della riconciliazione, la ricostituzione della comunione legale derivante dalla riconciliazione non può essere opposta al terzo in buona fede che abbia acquistato a titolo oneroso un immobile del coniuge che risultava unico ed esclusivo proprietario del medesimo, benché l'avesse acquistato successivamente alla riconciliazione. Va, inoltre, ricordato che il d.P.R. n. 396/2000, all'art. 69 prevede l'annotazione, a margine dell'atto di matrimonio, delle dichiarazioni nelle quali i coniugi separati manifestano la loro riconciliazione.

dalla non perentorietà del termine, a volte anche il decorso di poche settimane può essere intollerabile.

Se il ricorso all'art. 700 fosse ammissibile, i coniugi, in attesa della comparizione, potrebbero chiedere al giudice interventi su singoli aspetti o sul complesso della loro situazione. Ad esempio di poter vedere i figli, allontanatisi con l'altro coniuge o di ricevere un assegno di mantenimento, per evitare il pregiudizio imminente ed irreparabile conseguente alla mancanza di esso.

Sul punto è da registrare un contrasto tra chi sostiene l'inammissibilità dei provvedimenti d'urgenza e chi, invece, ritiene ammissibile il ricorso ai provvedimenti *ex art. 700 c.p.c.*, seppur entro limiti temporali ben precisi.

I sostenitori dell'inammissibilità¹²⁰ basano la loro tesi sul fatto che mancherebbe il presupposto della sussidiarietà imposto dall'art. 700 c.p.c., che prescrive l'utilizzo dello strumento cautelare d'urgenza solo nei casi in cui non trovano applicazione le altre misure cautelari tipiche: in questo caso l'esigenza cautelare sarebbe già soddisfatta dai provvedimenti presidenziali *ex art. 708 c.p.c.* e art. 4 legge n. 898 del 1970.

In senso opposto si pongono i fautori dell'ammissibilità¹²¹ che sostengono come in tutti quei casi in cui non possa essere invocata la tutela cautelare tipica dispensata dalle ordinanze presidenziali (prima dell'inizio della causa di

¹²⁰ Soluzione adottata sia in dottrina: Proto Pisani, *Provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. giur. treccani*, vol. XXXV, Roma 1991, p. 8, secondo il quale: "il legislatore prevede sì un processo a cognizione piena ed esauriente secondo forme parzialmente diverse da quelle del c.d. rito ordinario, ma disciplina allo stesso tempo una fase preliminare ... a cognizione sommaria allo scopo di consentire l'emanazione di provvedimenti provvisori .. immediatamente efficaci, dettando in tal modo una disciplina processuale completa sia per quanto riguarda la cognizione piena che per quanto riguarda i bisogni di tutela urgenti ritenuti *ex lege* meritevoli di tutela"; Salvaneschi, *Provvedimenti presidenziali nell'interesse dei coniugi e della prole e procedimento cautelare uniforme*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, p.1085; che in giurisprudenza: Trib. Napoli 29 dicembre 2000, in *Giur. it.*, 2001, p. 931 con nota di P. Iannelli; Trib. Arezzo 11 giugno 1997, in *Foro it.*, 1998, I, c. 2285, con nota di Cipriani; anche Trib. Taranto, 8 marzo 1999, in *Fam. dir.* 1999, 376. Per ampi riferimenti sia dottrinali che giurisprudenziali si veda Vullo, *Sull'ammissibilità dei provvedimenti d'urgenza ex art. 700 cp.c. nel processo di separazione giudiziale dei coniugi*, in *Fam. dir.*, 2005, p. 644.

¹²¹ Cass. 21 maggio 1988 n. 3541, in *Giust. Civ., Mass.*, 1988; Una recente ordinanza del Tribunale di Napoli, 24 marzo 2005, in *Famiglia e diritto*, n. 6/2005, pag. 641, ha disposto la ammissibilità del ricorso fino all'udienza destinata alla pronuncia dei provvedimenti presidenziali, nell'interesse della prole e dei coniugi, sull'assunto che qualora si negasse tutela cautelare, tramite un provvedimento atipico quale quello di cui all'art. 700 c.p.c., caratterizzato da sussidiarietà e strumentalità, sino all'emissione dei provvedimenti presidenziali, si verrebbe a creare un vuoto di tutela in palese violazione di alcuni principi costituzionali, tra i quali l'art. 24 Cost.

separazione e divorzio oppure nell'arco temporale compreso tra il deposito della domanda introduttiva e l'udienza presidenziale) debba essere affermata la piena legittimità del ricorso *ex art. 700 c.p.c.*, dovendo in difetto ravvisarsi una violazione dell'art. 24 Cost.

Ciononostante potrebbero porsi due problemi¹²²: il primo di coordinamento tra il provvedimento *ex art. 700 c.p.c.* e le successive ordinanze presidenziali, anche se in questo caso sicuramente quest'ultime si sostituiranno integralmente al provvedimento cautelare¹²³; il secondo riguarda la "stabilità" *ex art. 669 octies c.p.c.* dei provvedimenti cautelari, stabilità che, applicata ai procedimenti per separazione e divorzio, creerebbe di fatto una nuova fattispecie di "separazione per provvedimento d'urgenza"¹²⁴.

Ciò detto, ritengo che la tesi dell'inammissibilità deve essere condivisa, in quanto l'intervento cautelare *ex art. 700* non è invocabile in presenza di altre misure tipiche idonee a soddisfare le esigenze di tutela urgente per le quali si vorrebbe attivare lo stesso.

Lo schema previsto dagli artt. 706 e seguenti c.p.c., infatti, integra un sistema completo e tipico per la tutela dei problemi urgenti che derivano dalle separazioni, che esclude la possibilità di far ricorso all'art. 700.

La soluzione non cambia se si considera la successiva fase processuale, nella quale sono stati emanati i provvedimenti presidenziali, ma non è ancora avvenuta la comparizione delle parti dinanzi al giudice istruttore.

È vero che, in questo momento, la fase dei provvedimenti anticipatori risulta esaurita, ma la parte non resta, per l'urgenza, sfornita di tutela, poiché l'art. 709

¹²² Espressi da Vullo, *Sull'ammissibilità dei provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c. nel processo di separazione giudiziale dei coniugi*, in *Fam. dir.*, 2005, p. 651.

¹²³ In tal senso Vullo, *Sull'ammissibilità dei provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c. nel processo di separazione giudiziale dei coniugi*, in *Famiglia e diritto*, 2005, n. 6, pag. 651, che nel commentare l'ordinanza del Tribunale di Napoli, 24 marzo 2005, di cui alla nota 121, afferma che i provvedimenti del presidente si sostituiranno, in considerazione proprio della natura stessa dei provvedimenti cautelari *ex art. 700 c.p.c.*, al provvedimento interinale.

¹²⁴ Termine coniato da G. Vecchio, *La tutela d'urgenza*, in *Il nuovo processo di separazione e divorzio*, il sole24ore, 2007, l'A. sottolinea come tale ipotesi nella realtà sarebbe difficilmente realizzabile in quanto le parti raramente si accontenteranno di una separazione fondata unicamente sul provvedimento d'urgenza, stante la sua inidoneità a far decorrere il termine triennale necessario per ottenere lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio.

u.c. prevede la possibilità che l'istruttore modifichi, a norma dell'art. 177 c.p.c., l'ordinanza presidenziale.

Analoghe conclusioni devono formularsi anche in ordine all'ulteriore periodo, successivo alla conclusione del giudizio di separazione, per l'esistenza di uno strumento tipico, qual è l'art. 710 c.p.c.

Al contrario, lo stesso non può dirsi in ordine alla fase processuale antecedente all'udienza, in cui potrebbero venir presi i "primi" provvedimenti temporanei ed urgenti.

Coloro che sostengono in tale fase la necessità di ritenere ammissibili i provvedimenti d'urgenza, come si è già detto, si basano sul fatto che negandoli si creerebbero i presupposti per una violazione dell'effettività della tutela giurisdizionale e, conseguentemente, una violazione dell'art. 24 cost.

Tuttavia, se questo è vero, forse sarebbe più opportuno analizzare le singole esigenze cautelari che si vogliono soddisfare, piuttosto che vedere nel ricorso all'art. 700 c.p.c. un provvedimento volto ad ottenere una statuizione complessiva dei rapporti familiari del tutto uguale al provvedimento presidenziale *ex art. 708 c.p.c.*

I provvedimenti presidenziali di cui all'art. 708 c.p.c. hanno il seguente contenuto: autorizzano i coniugi a vivere separati, dispongono il regime di affidamento dei figli minori (qualora ci siano), e dispongono eventuali contributi di mantenimento nei riguardi dei figli e del coniuge più debole; il tutto all'interno di una cognizione sommaria proprio per il carattere temporaneo ed urgente degli stessi provvedimenti.

Per quanto riguarda l'autorizzazione del Presidente ai coniugi di vivere separati non si vede come possa essere oggetto di un'esigenza cautelare tale da giustificare la richiesta sul punto di un provvedimento di urgenza. Ciò perché se tale esigenza nascesse da eventuali condotte del coniuge tali da integrare pregiudizio all'integrità fisica o morale ovvero alla libertà dell'altro coniuge (o convivente), così come anche dei figli, troverebbero applicazione le norme sancite agli artt. 342 *bis* e *ter* c.c. e art. 736 *bis* c.p.c., norme che offrono tutte le tutele e garanzie per il coniuge e i figli; infatti in questi casi il giudice ordina al coniuge che ha tenuto la condotta pregiudizievole la cessazione della stessa condotta, disponendo

l'allontanamento dalla casa familiare (oltre a tutti i luoghi prescritti dall'art. 342 *ter* c.c.), ed in caso di bisogno anche il pagamento di un assegno a favore delle persone conviventi prive di adeguati mezzi di sostentamento, così come le modalità di attuazione eventualmente con l'ausilio della forza pubblica; il tutto all'interno di un procedimento (art. 736 *bis* c.p.c) nella sostanza simile alle norme prescritte per il procedimento cautelare uniforme. Inoltre, oltre questi casi "limite", eventuali esigenze di urgenza potrebbero essere risolte facendo capo alle norme di diritto sostanziale per cui la proposizione della domanda di separazione e divorzio costituisce giusta causa di allontanamento dalla residenza familiare (art. 146, 2° comma, c.c.).

Per quanto riguarda, invece, il regime dell'affidamento dei figli (esclusivo o condiviso), così come l'assegnazione della casa familiare, tali decisioni sono peculiari di un giudizio di separazione e non si ravvisano esigenze cautelari tali da giustificare un provvedimento *ex art.* 700 c.p.c. prima dell'udienza presidenziale; una decisione sul punto inoltre è imprescindibile da un giudizio complessivo della situazione familiare tale da essere presa esclusivamente in sede di udienza presidenziale, così che al di fuori di tale contesto mai potrebbe un giudice prendere un provvedimento con lo stesso contenuto.

In relazione alle disposizioni circa il mantenimento del coniuge e dei figli va detto che se tali esigenze nascessero da un comportamento di un coniuge integrante abusi così come disciplinati dall'art. 342 *bis* c.p.c., l'art. 736 *bis* c.p.c. sarebbe la sede per gli eventuali provvedimenti d'urgenza del giudice sul punto.

In generale però è quantomeno necessaria una precisazione di ordine sistematico. Il concetto di mantenimento è un qualcosa che è disciplinato all'interno del titolo VI, capo V del codice civile, che disciplina lo scioglimento del matrimonio e della separazione dei coniugi. Pertanto è "ancorato" a criteri tipici che fanno riferimento ad un giudizio complessivo che attiene a tutte le problematiche relative ad un divorzio o ad una separazione (seppur nella fase sommaria innanzi al Presidente). Si pensi che, per stabilire l'assegno di mantenimento per il figlio, il giudice deve considerare le attuali esigenze dello stesso, il tenore di vita goduto in costanza di convivenza con entrambi i genitori, i tempi di permanenza presso ciascun genitore (e questo è stabilito solo con i provvedimenti previdenziali), le

risorse economiche di entrambi i genitori, la valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore (art. 155 c.c.), così come, per stabilire l'assegno di mantenimento a favore del coniuge, qualora ne sussistano i presupposti (art. 156 c.c.), il giudice deve tener conto delle circostanze e dei redditi dell'obbligato.

In questi casi negare un'esigenza cautelare prima dell'udienza presidenziale appare alquanto difficile proprio per le ripercussioni che tale scelta avrebbe sia sui figli che sul coniuge più debole. Pertanto, forse la soluzione migliore, proprio per le motivazioni suesposte circa la necessità per il giudice di stabilire l'importo del mantenimento necessariamente all'interno del giudizio di separazione e divorzio, potrebbe essere quella di indicare nel ricorso per separazione e divorzio esigenze cautelari tali da giustificare un'anticipazione di udienza¹²⁵, anche se tali richieste potrebbero ben essere disattese dal presidente così da costringere il coniuge più debole ad aspettare anche molti mesi prima della "prima udienza".

Ciononostante, non è condivisibile *tout court* la tesi¹²⁶ secondo la quale in questi casi l'unica soluzione è quella del ricorso all'art. 700 c.p.c., in quanto, come si è già detto, si correrebbe il rischio di determinare una nuova fattispecie di "separazione per provvedimento d'urgenza" con l'inevitabile conseguenza che, *ex art. 669 octies c.p.c.*, in caso di mancata proposizione del giudizio di merito, gli effetti del provvedimento rimarrebbero in essere (non facendo però maturare il termine dei tre anni per la richiesta del divorzio).

In definitiva, un'esigenza di urgenza, tale da giustificare un intervento dell'autorità giudiziaria *ex art. 700 c.p.c.* prima dei provvedimenti presidenziali, può realmente contretizzarsi ma non in vista di un "mantenimento", essendo quest'ultimo un concetto troppo legato ad un giudizio complessivo sulla separazione e divorzio, bensì in vista di uno stato di bisogno, necessità economica più vicina per i figli *ex art. 148 c.c.*, o ai fini degli "alimenti" *ex art. 433 c.c.*, per quanto riguarda il coniuge. In questo modo si potrebbe evitare l'ostacolo sopra

¹²⁵ Soluzione già seguita in giurisprudenza da Trib. Taranto 8 marzo 1999, in *Fam. dir.*, 1999, pag. 376.

¹²⁶ Vullo, *Sull'ammissibilità dei provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c. nel processo di separazione giudiziale dei coniugi*, in *Fam. dir.*, 2005, p. 651.

descritto di un'assurda "separazione per provvedimento d'urgenza" ritenendo ammissibile il ricorso *ex art. 700 c.p.c.* non in vista del giudizio di separazione o divorzio bensì in vista dell'azione *ex art. 148 c.c. e art. 433. c.c.* (che non necessitano di un giudizio di separazione o divorzio).

In questo modo, il coniuge, ottenuto il provvedimento d'urgenza, circa il suo stato di bisogno o dei suoi figli, ben potrebbe non esperire l'azione di merito, *ex art. 669-octies c.p.c.*, depositando il ricorso per separazione e divorzio, ed aspettare il provvedimento presidenziale *ex art. 708 c.p.c.* che una volta emesso sostituirà in tutto e per tutto il provvedimento cautelare (sarebbero infatti mutate le condizioni del provvedimento d'urgenza e cioè lo stato di bisogno)¹²⁷.

11. Costituzione delle parti.

La riforma dei procedimenti di separazione e divorzio ha stabilito che i coniugi devono comparire personalmente davanti al presidente con l'assistenza dei difensori.

In passato non vi era dubbio alcuno sul fatto che il ricorrente dovesse costituirsi al momento della presentazione del ricorso¹²⁸.

La situazione non è mutata con la nuova disciplina¹²⁹, anche se la distinzione dell'attività in due fasi e la destinazione della prima di esse, in particolare, allo svolgimento del tentativo di conciliazione, hanno determinato un momento di riflessione, inducendo alcuni autori ad ipotizzare lo slittamento della costituzione anche per l'attore¹³⁰.

Tali ipotesi devono essere respinte, oltre che per ragioni logiche e sistematiche, per l'argomento testuale desumibile dal terzo comma dell'art. 709 c.p.c., nella

¹²⁷ In questo senso G. Vecchio, *La tutela d'urgenza*, in *Il nuovo processo di separazione e divorzio*, il sole24ore, 2007, pag. 111.

¹²⁸ Mandrioli, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in *Corso di diritto processuale civile*, vol. III, XV edizione, 2003, pag. 82: "Con il deposito del ricorso in cancelleria si realizza la costituzione dell'attore".

¹²⁹ Cipriani, *Processi di separazione e di divorzio*, in *Foro It.*, V, 2005, c. 141: "Con il deposito del ricorso in cancelleria si perfeziona la costituzione del ricorrente".

¹³⁰ In ordine a tale argomento, si veda quanto sostenuto da Graziosi, *Osservazioni sulla riforma dei procedimenti di separazione e di divorzio*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2005, p. 1137-8 e Danovi, *Le nuove norme sui procedimenti di separazione e divorzio*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 2005, pag. 865.

parte in cui, prevedendo che il presidente assegni un termine al convenuto per la sua costituzione, non attribuisce analoga facoltà al ricorrente, dando per scontato che la sua costituzione sia già avvenuta.

La collocazione della costituzione dell'attore al momento dell'iniziale ricorso e non della presentazione di memoria integrativa discende altresì dalla confermata natura contenziosa della fase presidenziale¹³¹, dimostrata anche dalla presenza obbligatoria del difensore¹³².

Con il deposito del ricorso, pertanto, si realizza la pendenza del processo¹³³, con ogni conseguenza¹³⁴.

Nessun dubbio, invece, ha posto la riforma in ordine alla posizione del convenuto, il quale non è gravato da alcun onere di costituzione per poter partecipare all'udienza presidenziale. L'onere di costituzione, infatti, è spostato, ex art. 709

¹³¹ Per l'affermazione della natura sin dall'origine contenziosa dei procedimenti di separazione e divorzio, nel vigore della vecchia normativa Cass., sent. 25 luglio 2002, n. 10914, in *Famiglia e Diritto*, 2002, pag. 597 e ss.: "all'esito delle modifiche apportate all'art. 4, l. 1° dicembre 1970, n. 898, dall'art. 8, l. 6 marzo 1987, n. 74 (applicabili anche in tema di separazione giudiziale dei coniugi, in virtù e nei limiti delle disposizioni di cui all'art. 23) (...) alla natura, fin dall'origine, contenziosa dei procedimenti di separazione giudiziale dei coniugi o di scioglimento del matrimonio, non si accompagna la caratterizzabilità della stessa udienza presidenziale di comparizione dei coniugi, in termini corrispondenti (in caso di fallimento del tentativo di conciliazione) a quelli dell'udienza prevista dall'art. 180 c.p.c.; ciò in quanto, anche in un tal caso, la fase presidenziale si rivela successivamente indirizzata soltanto all'adozione dei provvedimenti temporanei ed urgenti ed alla nomina del giudice istruttore, con relativa fissazione dell'udienza di comparizione avanti al lui. Da ciò consegue, fra l'altro, che a tutti i fini che concernono i termini per la costituzione del coniuge convenuto e quelli di decadenza dello stesso per la formulazione delle domande riconvenzionali, quale udienza di prima comparizione rilevante ai sensi dell'art. 180 c.p.c. e degli artt. 166 e 167 c.p.c., debba intendersi esclusivamente quella innanzi al G.I. nominato all'esito della fase presidenziale". Nella giurisprudenza di merito, nello stesso senso, v. App. Firenze, 23 giugno 1999.

¹³² Salvaneschi, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in *Famiglia e Diritto* 4/2006, p. 361, la quale sottolinea il fatto che nella fase presidenziale vengono in discussione i reciproci diritti e doveri dei coniugi e devono essere rispettate le conseguenti, imprescindibili, garanzie: "Ciò induce ad escludere che la fase presidenziale possa ridursi ad un mero incontro tra il giudice e le parti entrambe ancora non costituite ed a riconoscere che il processo contenzioso inizia con il deposito del ricorso con il quale l'attore si costituisce".

¹³³ Tommaseo, *La disciplina processuale della separazione e divorzio dopo le riforme del 2005 (e del 2006)*, in *Fam. dir.*, 2006, pag. 9: "Con il deposito del ricorso in cancelleria si apre la fase presidenziale ed è con riguardo al momento di tale deposito che si attua la pendenza del processo e la stessa costituzione dell'attore".

¹³⁴ Cass., sent. 18 aprile 2001, n. 5729: "Ai fini della determinazione del giudice territorialmente competente per la causa, quando la legge prescrive che la domanda si proponga con ricorso, instaurandosi il rapporto processuale prima con il giudice che con la controparte, deve ritenersi che occorra far riferimento alla situazione di fatto e di diritto esistente al momento del deposito del ricorso, quello essendo il momento in cui la parte attrice instaura il rapporto processuale, ancorché (come prescritto dalla legge) ancora solo con il giudice, e quello essendo il momento in cui ha luogo la pendenza della causa".

c.p.c. alla fase successiva a quella presidenziale. Dunque, il convenuto è libero di comparire, anche senza difensore, all'udienza presidenziale ed essere ascoltato dal presidente¹³⁵. Ne consegue che la regola per cui la costituzione del convenuto deve avvenire nel termine assegnato dal presidente con l'ordinanza di fissazione dell'udienza davanti al giudice istruttore pone *contra legem* la prassi che ha dato corpo al c.d. "rito ambrosiano", secondo la quale il convenuto nel giudizio di separazione e di divorzio avrebbe avuto l'onere di costituirsi almeno venti giorni prima dell'udienza presidenziale.

12. Mancata comparizione del ricorrente o del convenuto.

La riforma non solo ha confermato la regola secondo la quale se il ricorrente non si presenta, la domanda non ha effetto¹³⁶, ma ha inserito anche il riferimento alla "rinuncia" come ipotesi di perdita di effetto della domanda stessa.

Tuttavia, la disposizione sembrerebbe rappresentare una anomalia sotto un duplice profilo. Da un lato, non si comprende bene la portata dell'espressione "la domanda non ha effetto", dal momento che la legge non specifica quale tipo di provvedimento sia necessario (probabilmente un provvedimento di estinzione del processo). Dall'altro, l'estinzione e la cancellazione della causa ordinariamente conseguono all'inattività di entrambe le parti: in sostanza, il convenuto potrebbe porre in essere quegli atti di impulso che fanno progredire il processo, senza essere costretto ad instaurare un nuovo giudizio¹³⁷.

¹³⁵ A tal riguardo osserva Tommaseo, *La disciplina processuale della separazione e divorzio dopo le riforme del 2005 (e del 2006)*, in *Fam. dir.*, 2006, pag. 9: "Il presidente fissa con decreto la data dell'udienza, assegnando al ricorrente un termine per notificare al convenuto il ricorso e il decreto, nonché al convenuto un altro termine per depositare una memoria difensiva e i documenti. Una facoltà il cui esercizio non implica la costituzione del convenuto e ciò per l'assorbente considerazione che la costituzione del convenuto può avvenire solo nella fase contenziosa postpresidenziale". Tuttavia, prosegue l'A., "non mi sento di escludere che la costituzione del convenuto possa avvenire anche nella fase presidenziale".

¹³⁶ Il legislatore riprende una regola già prevista dalla legge sul divorzio (art. 4, comma 7, legge div.) che originariamente si limitava a considerare la rinuncia all'azione e non anche la mancata comparizione del ricorrente. In questo caso il presidente non dovrà prendere alcun provvedimento, ma soltanto prendere atto nel verbale di causa dell'inefficacia (sopravvenuta) della domanda.

¹³⁷ Dogliotti, *Separazione e divorzio*, Torino, 1988, pag. 510: "La mancata comparizione del ricorrente priva di ogni efficacia il ricorso e determina, pertanto, la necessità della proposizione di un ulteriore ricorso, ove si intenda perseguire l'intento di giungere ad una separazione giudiziale".

Non a caso l'art. 181 c.p.c. prevede che il convenuto possa chiedere che si proceda in caso di contumacia dell'attore e l'art. 306 c.p.c. dispone che la rinuncia agli atti del giudizio comporti l'estinzione del processo "quando questa è accettata dalle parti costituite che potrebbero avere interesse alla prosecuzione".

In base all'art. 707, comma 2, c.p.c. (e all'art. 4, comma 7, l.div.), invece, non sembra che sia data la possibilità al convenuto, in questa materia, di consentire la prosecuzione della causa; si avrebbe, nella specie, una delle tante manifestazioni di *favor* per la conservazione del matrimonio di cui è intessuta la nostra legislazione. La previsione della necessaria comparizione del ricorrente darebbe luogo a quello che la dottrina ha definito "onere di conferma": in pratica, non è sufficiente né la mera proposizione della domanda né la firma dell'atto o della procura al difensore, bensì è necessario confermare la volontà di separarsi di fronte al Presidente del Tribunale¹³⁸.

In ogni caso, il convenuto, che voglia ottenere la pronuncia di divorzio o di separazione, dovrà instaurare un autonomo giudizio¹³⁹.

Tuttavia, una simile soluzione non sembra condividersi nel caso in cui il convenuto si sia costituito¹⁴⁰ e, a sua volta, abbia proposto domanda di separazione. Infatti, in questi casi costituirebbe una palese violazione del diritto di

¹³⁸ Cipriani, *I provvedimenti presidenziali nell'interesse dei coniugi e della prole*, Napoli, 1970, pag. 118, accenna, in proposito, ad un *onere di conferma della domanda*, opportuno perché consente all'attore di ponderare meglio le proprie intenzioni e la gravità delle conseguenze della propria azione. Infatti, l'A. sosteneva che la comparizione del ricorrente agiva quale "condizione legale risolutiva, potestativa, a tempo determinato" della richiesta di separazione, costituendo il presupposto necessario di tutti gli atti successivi. Al riguardo la giurisprudenza (Cass., sez. I, 23 luglio 1981, n. 4734) aveva affermato che la comparizione del ricorrente, "consolida irrimediabilmente gli effetti della domanda, nel senso che l'eventuale successiva assenza dell'istante medesimo, in una seconda udienza di comparizione che il presidente ritenga di fissare per rinnovare il tentativo di conciliazione, sia irrilevante".

¹³⁹ In questo senso F.P. Luiso, *La nuova fase introduttiva del processo di separazione e divorzio*, consultabile sul sito www.judicium.it, il quale ritiene che la rinuncia del ricorrente abbia effetto anche se non è accettata dall'altra parte, e ciò perché gli artt. 707, secondo comma, c.p.c. e 4, settimo comma, della legge sul divorzio, contengono una disposizione specifica che supera la disciplina della rinuncia agli atti.

¹⁴⁰ Salvaneschi, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in *Famiglia e Diritto*, n. 4/2006, pag. 363, nt.44, sostiene che non potrebbe contrastare la necessità dell'accettazione del convenuto quanto affermato dalla Cass. 10 dicembre 1996, n. 10978, la quale ha ritenuto che perché l'accettazione del convenuto abbia rilievo condizionante all'estinzione del processo si deve guardare l'effettiva costituzione del convenuto stesso. L'A. sostiene che il convenuto, anche se non ufficialmente costituito a norma di legge, lo è comunque a tutti gli effetti e, avendo manifestato la propria intenzione di ottenere una sentenza di merito, ha maturato il proprio diritto ad averla.

azione del convenuto il ritenere che la mancata comparizione o la rinuncia del ricorrente sia condizione sufficiente per determinare la *mors litis*.

Pertanto, nel caso di avvenuta costituzione del convenuto con proposizione della domanda di separazione, se il ricorrente non compare o rinuncia, il presidente deve tener conto anche del comportamento del convenuto, con la conseguenza che il processo si estinguerà se anche il coniuge convenuto non sia comparso o, se comparso, rinunci alla domanda. Ove, invece, non si verificano tali presupposti, anche se il ricorrente non sia comparso o se abbia rinunciato alla domanda, il processo dovrà continuare¹⁴¹.

Differenti conseguenze sono previste in caso di mancata comparizione del convenuto, poiché il presidente ha la facoltà (ma non l'obbligo) di fissare un nuovo giorno per la comparizione, disponendo la rinnovazione del ricorso e del decreto.

Tralasciando la questione che, in virtù della norma transitoria di cui all'art. 23 L. n. 47/1987, alla fase presidenziale si applicavano le norme stabilite dalla legge sul divorzio, le quali (art. 4, 7° co.), nell'imporre alle parti di presentarsi personalmente dinanzi al presidente, facevano salva l'esistenza di "gravi e comprovati motivi" di impedimento, si pone il problema di stabilire se, e in quali limiti, il presidente possa apprezzare come giustificata la mancata comparizione

¹⁴¹ Alla medesima soluzione si arriva anche nell'ambito del procedimento per la convalida di sfratto, ove l'art. 662 c.p.c dispone che: "Gli effetti dell'intimazione cessano, se il locatore non compare all'udienza fissata nell'atto di citazione". Infatti, anche in riferimento a questa normativa ci si domandava se la mancata comparizione del locatore precludesse solo l'emanazione della convalida, ovvero la stessa prosecuzione del giudizio ad iniziativa dell'intimato comparso all'udienza. La giurisprudenza meno recente aveva affermato che la mancata comparizione del locatore faceva perdere all'intimazione tutti gli effetti che la legge le assegna, ovvero sia la possibilità di divenire titolo esecutivo, sia l'altro effetto di trasformare il procedimento speciale in procedimento ordinario di cognizione, non potendo la citazione, inserita nell'intimazione, mantenere in tale ipotesi, le caratteristiche di un atto autonomo e distinto (Cass. 29/10/1960 n. 2953, in *Foro Italiano*, I, 57); in sostanza la comparizione del locatore era considerata presupposto per la valida istituzione di un rapporto processuale, e nel caso in cui mancava veniva meno la base per qualsiasi rapporto processuale, e non poteva pertanto bastare la sola comparizione dell'intimato a trasformare il procedimento di convalida in un ordinario giudizio di cognizione, non potendosi parlare di trasformazione di un procedimento mai venuto ad esistenza giuridica (alle stesse conclusioni giungono Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, IV). In epoca più recente è invece prevalsa la tesi opposta affermandosi che, nonostante la mancata comparizione del locatore, si deve riconoscere all'intimato la facoltà di costituirsi e di provocare l'accertamento negativo del diritto alla cessazione del rapporto dedotto in giudizio, trasformando così il procedimento speciale in un ordinario giudizio di cognizione (Cass. 6/6/975 n. 2263, in *Foro It.*, 1976, I, 2469).

del convenuto, quale sia il valore da assegnare alla stessa ed a quali condizioni possa essere rinviato ad altra udienza il tentativo di conciliazione.

È evidente che la *ratio* della norma consiste nel riconoscere importanza al tentativo di conciliazione e, più in generale, all'audizione delle parti, e alla conseguente necessità di effettuare tali adempimenti nel maggior numero possibile di casi.

Pertanto, ove risulti al presidente che il convenuto non è intervenuto per ragioni contingenti e superabili, è opportuno che il potere di fissare una nuova comparizione sia esercitato.

Tuttavia, seppur è vero che la comparizione delle parti è, per entrambe, un diritto processuale da assicurare mediante strumenti opportuni (rituale notificazione, assegnazione di termini congrui), essa non è anche un adempimento che condiziona il corso del processo. Infatti, è chiaro che l'esistenza di impedimenti, seri e dimostrati, è giusta ragione per chiedere ed ottenere una nuova occasione per presenziare, però non deve costituire un espediente per facili strumentalizzazioni elusive, per cui la mancata comparizione del convenuto non è, di per sé, ostacolo al corso del procedimento ed alla pronuncia dei provvedimenti urgenti¹⁴². Infatti l'art. 708, 3° co., ultimo periodo, c.p.c. dispone che il presidente del tribunale provvede con la sua ordinanza anche se il coniuge convenuto non compare.

13. Tentativo di conciliazione.

Il tentativo di conciliazione è disciplinato dall'art. 708 c.p.c..

Rispetto al passato, la norma non richiede che il presidente "procuri" di conciliare le parti, ma che "tenti".

La differenza non è priva di significato, in quanto il "procurare" (letteralmente: riuscire ad ottenere qualcosa, fare in modo che, adoperarsi,) presuppone un

¹⁴² Cass., sez. I, 16 luglio 1975, n. 2798 "anche nel caso di legittimo impedimento del coniuge convenuto a comparire personalmente all'udienza presidenziale che precede il giudizio di separazione personale, il presidente del tribunale non è tenuto a fissare un nuovo giorno per la comparizione, quando ritenga che ciò è incompatibile con l'urgenza dei provvedimenti provvisori da adottare".

intervento autoritativo del presidente e richiama l'organizzazione sistematica delle norme esistente prima della riforma del 1975 e prima dell'introduzione del divorzio, allorché la separazione era per definizione "colpevole", quanto meno unilateralmente, e doveva essere, finché possibile, emendata dall'intervento del giudice.

Il "tentare di conciliare", di cui alla configurazione attuale, realizza invece il *favor* per la continuazione dei matrimoni, in uno schema in cui la separazione non è più legata a nessuna colpa e la decisione definitiva è integralmente e liberamente rimessa alla volontà delle parti.

Il tentativo di conciliazione, specificamente previsto per le separazioni, non si identifica con il tentativo di cui agli artt. 183 e 185 c.p.c., con il quale si trova in rapporto di specie a genere. Sue caratteristiche sono l'obbligatorietà, laddove il tentativo ordinario deve essere svolto "quando la natura della causa lo consente", ed il fatto che la legge precisa le modalità attraverso cui deve essere svolto (audizione prima separata e poi congiunta dei coniugi).

Il principio ispiratore del tentativo si identifica nel favore che il legislatore accorda, anche dopo l'introduzione del divorzio, alla continuazione dei matrimoni ed alla salvaguardia del diritto dei figli minori, ove essi vi siano, all'integrità ed alla continuità della famiglia in cui sono nati.

Secondo alcuni, poiché le parti arrivano all'udienza presidenziale quando hanno oramai raggiunto un punto di "non ritorno", il tentativo di conciliazione sarebbe di fatto inutile e la sua riuscita sarebbe del tutto eccezionale.

Tuttavia, seppur è vero che il tentativo di conciliazione nella maggior parte dei casi si risolve in una semplice formalità, esso serve, innanzi tutto, a rendere meno burocratica e, quindi, ad umanizzare l'evento della separazione. Inoltre, spesso, esso serve a favorire la trasformazione della separazione da contenziosa in consensuale, in quanto l'intervento del giudice, ove appaia professionale ed imparziale, può servire a superare timori o puntigli, oppure a riannodare il dialogo tra i coniugi.

Dunque, seppur è raro (ma non impossibile) che i coniugi si concilino dinanzi al giudice, non è infrequente che essi inizino con la comparizione un percorso che li

condurrà alla riconciliazione ed al conseguente abbandono della domanda giudiziale.

Durante il tentativo di conciliazione, il giudice può porre alle parti ogni domanda utile per comprendere le ragioni di fondo del dissidio e la profondità delle stesse, ma non deve porre domande tese ad acquisire elementi utilizzabili per le successive decisioni di merito¹⁴³.

Dunque, la conduzione del tentativo spetta al prudente apprezzamento del giudice, che deve portare i coniugi a decidere se sia possibile o meno superare i contrasti insorti.

L'omissione del tentativo non importa nullità del procedimento, non incidendo sull'attuazione del processo ed essendo rimesso all'apprezzamento discrezionale del giudice di merito, insindacabile in sede di legittimità¹⁴⁴.

Per rendere, comunque, effettivo il tentativo di conciliazione è disposto che i coniugi siano ascoltati dapprima separatamente, circostanza che ne favorisce la sincerità e le confidenze, e poi insieme. In questa fase l'assistenza dei difensori deve esser rivolta a favorire l'accordo, per quanto ovviamente possibile, e a coadiuvare il presidente nella ricerca della vera volontà delle parti e nell'individuazione delle questioni sulle quali occorre una pronuncia immediata e urgente.

Il tentativo può non sortire effetti, ed in tal caso il procedimento è avviato alla sua fase di giudizio di cognizione.

¹⁴³ Comolli, *La fase presidenziale della separazione, legge incostituzionale o prassi incostituzionale?*, in *Dir. Fam. Pers.*, 1984, pag. 1164, afferma: "Durante la prima fase dell'udienza presidenziale, al Presidente è inibito parlare con i coniugi del merito della vertenza, merito di cui il Presidente può prendere cognizione leggendo il ricorso e la comparsa di costituzione o gli altri atti, se del caso riservando alla seconda fase dell'udienza taluni approfondimenti da lui ritenuti opportuni".

¹⁴⁴ Cass. 14 luglio 1971 n. 2302, in *Giust. Civ.*, 1972, I, pag. 367; Cass. 10 agosto 2001 n. 11059, il tentativo di conciliazione non costituisce un presupposto indefettibile del giudizio di divorzio e la mancata comparizione di una delle parti non comporta la fissazione obbligatoria di una nuova udienza presidenziale. B. De Filippis, *Il matrimonio, la separazione dei coniugi ed il divorzio*, Cedam, 2007, p. 194 sostiene che l'inosservanza, da parte del giudice, della successione o della totalità degli adempimenti previsti per tentativo di conciliazione, ove non si traduca altrimenti in una violazione dei diritti delle parti, non è causa di nullità processuali. In senso contrario, si veda Cipriani, *Il processo di divorzio*, in *Commentario sul divorzio*, a cura di Rescigno, Milano, 1980, pag. 454, per il quale l'omissione del tentativo di conciliazione determina la nullità insanabile del processo.

Se, invece, i coniugi si conciliano, il presidente fa redigere il processo verbale della conciliazione. Tale verbale determina l'estinzione del giudizio.

Trattandosi di riconciliazione ex art. 154 c.c., vale a dire anteriore alla sentenza, non si determina l'effetto preclusivo previsto dal secondo comma dell'art. 157 c.c. ed un'eventuale successiva istanza di separazione può riferirsi anche a fatti avvenuti prima di essa.

Infine, per quanto riguarda il valore probatorio delle dichiarazioni rese dalle parti, nel corso della comparizione, premesso quanto già sostenuto in relazione all'ipotesi di mancata assistenza da parte del difensore, si deve ritenere che esse non possano comunque essere considerate confessione ai sensi dell'art. 2730 c.c., né possano, in assenza di elementi di prova acquisiti nel corso del processo, fondare il convincimento del giudice (ad esempio in tema di addebitabilità della separazione)¹⁴⁵.

Pertanto, la funzione cui assolve la fase preliminare dinanzi al presidente consente di considerare ancora attuali le pronunce giurisprudenziali che avevano assegnato valore informale alle dichiarazioni rese dalle parti nel corso del tentativo di conciliazione: “La separazione personale dei coniugi in via contenziosa è materia sottratta alla disponibilità delle parti e, pertanto, i fatti dedotti non possono formare oggetto di confessione ma devono essere accertati e controllati attraverso risultanze processuali che abbiano carattere di certezza. È tuttavia consentito al giudice trarre argomenti presuntivi dal comportamento processuale delle parti¹⁴⁶”; “Le risposte date dai coniugi nella fase presidenziale del procedimento di separazione personale non hanno valore di confessione e da esse il giudice può trarre solo elementi presuntivi che corroborino le altre prove acquisite al processo. Esse, tuttavia, possono costituire l'unico fondamento del convincimento del giudice allorché i fatti da provare siano di tale natura riservata da essere

¹⁴⁵ A tal riguardo B. De Filippis, *Il matrimonio, la separazione dei coniugi ed il divorzio*, Cedam, 2007, p. 194, sostiene che può essere richiamata la giurisprudenza della Corte di Cassazione in ordine alle dichiarazioni rese nel corso di interrogatorio non formale, cui le dichiarazioni rese nel corso della comparizione possono equipararsi. In particolare, la Corte (Cass. 27/02/1990 n. 1519, in *Notiz. Giur. Lav.*, 1990, pag. 454) ha sostenuto che le dichiarazioni rese in sede di interrogatorio non formale non possono avere valore di confessione giudiziale ai sensi dell'art. 229 c.p.c., ma possono solo fornire al giudice elementi sussidiari di convincimento, utilizzabili ai fini del riscontro e della valutazione delle prove già acquisite.

¹⁴⁶ Cass., sez. I, 18 maggio 1977, n. 2025.

conosciuti soltanto dalle parti in causa, e sempre che le dichiarazioni stesse presentino caratteri di certezza e univocità e l'interpretazione da parte del giudice sia immune da vizi logici e giuridici¹⁴⁷».

14. Poteri istruttori del presidente.

L'art. 708 c.p.c. riformato non prevede che il presidente, prima dell'emanazione dei provvedimenti temporanei ed urgenti, effettui accertamenti istruttori diversi dall'audizione dei coniugi (“sentiti i coniugi”) e dei loro difensori.

La legge 54/06, successiva alla sua approvazione, ha invece previsto, con l'art. 155-*sexies* c.c., che il giudice possa, ad istanza di parte o d'ufficio, assumere mezzi di prova.

In base al tenore neutro della norma, le attività istruttorie ivi previste possono essere attribuite sia al giudice istruttore o al collegio, nell'ambito delle rispettive attribuzioni, sia al presidente del tribunale, nella fase non contenziosa che si svolge davanti a lui¹⁴⁸.

Nella pratica, però, un esercizio troppo ampio di poteri istruttori in sede presidenziale deve essere evitato, per non snaturare la natura e le funzioni di tale udienza. L'intervento presidenziale ha, infatti, finalità conciliative e, in caso di mancato accordo, di definizione urgente e temporanea dei rapporti personali e patrimoniali tra i coniugi. In questa fase, non si assumono mezzi di prova in senso proprio e la decisione del presidente si basa su una cognizione sommaria e allo stato degli atti¹⁴⁹.

D'altro canto, svolgere, in questa fase prodromica e non contenziosa del processo, un'estesa attività istruttoria preliminare ritarderebbe l'emissione dei provvedimenti presidenziali nonché l'inizio del processo vero e proprio, laddove, l'obiettivo che si vuole perseguire è solo quello di adottare in tempi rapidi dei

¹⁴⁷ Cass., sez. I, 16 aprile 1975, n. 1435.

¹⁴⁸ De Filippis, *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, Padova, 2006, p.83.

¹⁴⁹ De Filippis, *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, Padova, 2006, p.132, afferma che la nuova norma trovi applicazione anche in tale fase, seppur al limitato fine di fornire al presidente elementi utili per l'emanazione dei suoi provvedimenti.

provvedimenti che fissino in via provvisoria la regolamentazione dei rapporti personali e patrimoniali dei coniugi. Il sistema, infatti, dà per scontato che la valutazione del presidente possa non essere la più rispondente alla situazione reale e all'uopo predispone, come correttivi, il potere di revoca e modifica da parte giudice istruttore e, ora, il reclamo in corte d'appello.

Premesso, dunque, che, salvo casi particolari, il presidente rinvia l'attività istruttoria al proseguo del giudizio¹⁵⁰, questa norma sicuramente trova applicazione nel caso in cui vi siano figli minorenni o maggiorenni non economicamente autosufficienti. Il problema, invece, se essa sia valida anche al di fuori di tale ipotesi deve essere risolto in via di interpretazione.

La risposta, per ciò che riguarda l'applicazione diretta, sembrerebbe essere negativa. La nuova disposizione non fa parte del codice di procedura, ma è sistematicamente inserita nell'ambito dell'art. 155 c.c., cui lo stesso art. 155-*sexies* espressamente si riferisce. Essa ha, come specifico ed unico oggetto, i "provvedimenti riguardo ai figli" e, in assenza di tale presupposto, non è invocabile.

Tuttavia, il fatto che sia stato previsto l'esercizio di poteri istruttori nella fase presidenziale non è senza conseguenze in relazione alle ipotesi in cui non vi siano figli oppure non siano in gioco gli interessi dei medesimi.

La principale ragione per cui le attività istruttorie nella fase presidenziale si ritenevano precluse, consisteva, come si è visto, nella natura sommaria dell'accertamento in essa previsto e nell'urgenza di provvedere.

Avendo il legislatore aperto, con la previsione di espliciti poteri istruttori in presenza di figli, una "breccia" di contenuto sostanziale, non può escludersi che, in via analogica, il compimento di analoghe attività possa essere altrimenti considerato possibile.

Tuttavia, l'analogia non può operare in relazione ad accertamenti da compiere d'ufficio, perché essi sono possibili solo in presenza di figli minori, ma può essere

¹⁵⁰ C.M. Cea, *L'affidamento condiviso. II. I profili processuali*, in *Foro it.*, 2006, V, c. 98, auspica un uso saggio dei poteri istruttori da parte del presidente. L. Salvaneschi, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in *Fam. dir.* 4/2006, 366, afferma che, essendo la fase presidenziale volta all'emanazione di provvedimenti che hanno una funzione tipicamente cautelare, la previsione della possibilità concessa al giudice di assumere mezzi di prova si pone in piena sintonia con i poteri probatori concessi in via generale al giudice cautelare dall'art. 669 *sexies*, 1° comma, c.p.c.

invocata in relazione a richieste di parte, compatibili con l'urgenza che la fattispecie richiede e giustificate dalla necessità di tutelare la parte più debole del rapporto¹⁵¹.

15. Audizione del minore.

Benché da tempo le Convenzioni internazionali affermassero che l'audizione del minore costituisce un principio di civiltà, la stessa, nel nostro ordinamento, continuava ad essere vista con sfavore¹⁵².

L'art. 708 c.pc., nel testo originario, non la prevedeva. La legge 898/70 disponeva che il presidente, prima di emanare i provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole, sentisse i figli minori, ove lo ritenesse opportuno. Con la legge n. 74 del 1987 questa disposizione, applicabile anche alle separazioni in virtù dell'art. 23, fu modificata in senso restrittivo, disponendo che i figli venissero sentiti solo se "strettamente necessario".

Con la riforma del 2005, per le separazioni, si tornò all'antico, escludendo di nuovo dal dettato letterale della norma la possibilità di sentire i minori¹⁵³.

¹⁵¹ B. De Filippis, *Il matrimonio, la separazione dei coniugi ed il divorzio*, Cedam, 2007, p.198.

¹⁵² Art. 12 della Convenzione dei diritti del fanciullo, approvata a New York il 20 novembre 1989 e ratificata in Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176: "Gli Stati parti garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione.. A tal fine si darà in particolare al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne..». Art. 3 della Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996, ratificata in Italia con legge 20 marzo 2003, n. 77: "(Al minore devono essere assicurati, in un procedimento che lo riguarda, i seguenti diritti): ricevere tutte le informazioni pertinenti; essere consultato ed esprimere la propria opinione; essere informato delle possibili conseguenze delle aspirazioni da lui manifestate e delle possibili conseguenze di ogni decisione".

¹⁵³ Sino alla emanazione della L. n. 54/2006, si faceva riferimento, specie dopo la riforma di cui alla L. n. 80/2005, all'art. 4 della legge sul divorzio che ha mantenuto per il presidente il potere di sentire personalmente i figli minori dei coniugi divorziandi, qualora tale incumbente sia ritenuto strettamente necessario, anche in considerazione dell'età raggiunta dai minori. La disposizione era ritenuta applicabile nel procedimento di separazione in forza della norma dettata dall'art. 23 legge 74/1987 che, nella dichiarata attesa di un nuovo testo della procedura civile, aveva esteso la disciplina della fase introduttiva del procedimento di divorzio al procedimento di separazione personale. La riforma del 2005 di entrambe le procedure aveva condotto la dottrina a chiedersi se quella estensione valesse tuttora, in presenza di un intervento legislativo che non aveva portato ad un testo nuovo del codice di procedura civile ma che certamente aveva profondamente innovato quanto meno l'assetto dei detti procedimenti. Le prime risposte al quesito erano state nel senso dell'abrogazione implicita dell'art. 23 e della conseguente impossibilità di far trasmigrare norme dalla legge sul divorzio alla regolamentazione del procedimento di separazione coniugale. In tal senso si affermava, dunque, che il presidente potesse sentire i figli minori della coppia soltanto nel contesto della fase preliminare al divorzio. M. Finocchiaro, in *Guida al diritto*, 2005, n. 22, pag.

Finalmente, la legge 54 del 2006 ha previsto e reso obbligatorio l'ascolto del minore ultradodicesimo "e anche di età inferiore ove capace di discernimento"¹⁵⁴.

Il tempo e le difficoltà incontrate per giungere ad affermare questo principio nella nostra legislazione, verosimilmente si spiegano anche con la mancata diffusione di mentalità e metodologie in grado di realizzare forme di ascolto "protetto" per il minore o comunque di assicurare che egli sia sentito da un giudice o da personale specializzato.

L'audizione del minore non è un mezzo di prova in senso stretto¹⁵⁵ ed in particolare non può essere assimilata ad una testimonianza. Si tratta, piuttosto, di un momento di incontro tra il giudice ed il minore, per raccogliere le opinioni di quest'ultimo sulla vicenda che lo vede protagonista¹⁵⁶.

Sul piano dei contenuti, il minore, di norma, non sarà un'attendibile fonte di informazione sugli aspetti patrimoniali della controversia, quanto, piuttosto sui rapporti personali con e tra i genitori.

Quanto alle modalità di tale audizione, il minore dovrebbe essere preferibilmente sentito non nelle aule del tribunale¹⁵⁷, ma in un luogo con cui abbia familiarità,

91 ss.. In contrario si osservava che la nuova disciplina di entrambi i procedimenti li avesse sostanzialmente assimilati in una uniformità di riti sino a determinare un settore normativo globalmente unitario, all'interno del quale eventuali lacune possono essere sempre ovviate mediante un riferimento e un richiamo a disposizioni appartenenti alla stessa area di regolamentazione Danovi, *Le nuove norme sui procedimenti di separazione e di divorzio*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 859 ss.

¹⁵⁴ M. A. Lupoi, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, in *Rivista trimestrale diritto e procedura civile* n. 4/2006, p. 1074, ritiene che la nuova disposizione ha una portata più ampia: essa, infatti, non si riferisce solo al presidente, ma giudice *tout court*, per cui si può ritenere che la norma della legge sul divorzio sia stata abrogata tacitamente dalla più recente disposizione, che ne assorbe completamente portata e funzione.

¹⁵⁵ Così Ceccarelli, *L'ascolto del minore nei procedimenti di separazione e divorzio*, in ww.minoriefamiglia.it, p. 1.

¹⁵⁶ Tuttavia, non è infrequente che le opinioni del minore non siano tenute in alcuna considerazione: v. Trib. min. Trento, (decr.) 23 maggio 2006, giudice Pietrapiana, in ww.minoriefamiglia.it; Trib. Ascoli Piceno, (decr.) 16 marzo 2006, giudice De Angelis, *ivi*.

¹⁵⁷ Anche Ceccarelli, *L'ascolto del minore nei procedimenti di separazione e divorzio*, in ww.minoriefamiglia.it, p. 2, mette in risalto la necessità di individuare un ambiente adeguato "che difficilmente potrà essere costituito dall'ufficio giudiziario". M. A. Lupoi, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, in *Rivista trimestrale diritto e procedura civile* n. 4/2006, p. 1075 sostiene che "in caso di audizione in tribunale, comunque si dovranno garantire alla prole minorenni luoghi e situazioni adeguate e protette (salette d'attesa riservate, convocazioni fuori dall'orario d'udienza ordinario e così via)".

dal giudice stesso ovvero da un esperto o dai servizi sociali all'uopo delegati¹⁵⁸, i quali poi redigeranno una relazione¹⁵⁹. In ogni caso, per garantire la spontaneità delle dichiarazioni, si dovrebbe escludere la presenza dei genitori (e dei loro legali) all'audizione.

Allo stato attuale, l'art. 155-*sexies* c.c. prevede che il presidente "disponga" l'audizione del minore. Dunque, l'audizione non è subordinata ad una richiesta di parte, né demandata, come in passato, in virtù dell'applicazione dell'art. 4, 8° comma l.div, all'esercizio di un potere discrezionale da parte del giudice, ma, secondo il dettato della norma, essa dovrebbe comunque avvenire¹⁶⁰.

È, però, opportuno adottare un'interpretazione elastica della norma, escludendo l'automatico coinvolgimento del minore ultradodicesimo nella lite tra i genitori, quando ciò non sia necessario od opportuno, tenuto conto dell'eventuale effetto traumatico che lo stesso può avere sul minore. Ad esempio, seppure, nel contesto dell'art. 155 c.c., l'affidamento della prole minorenni sia sottratto alla disponibilità dei genitori, in linea di massima, laddove questi ultimi concordino sull'affidamento della prole ad entrambi, l'audizione dei minori appare del tutto inutile¹⁶¹.

L'audizione dei figli minori deve, dunque, essere sempre rimessa al prudente apprezzamento del giudice, sulla base di tutte le circostanze¹⁶².

¹⁵⁸ Ammette la possibilità di tale esame indiretto anche Casasuri, *I nuovi istituti di diritto di famiglia (norme processuali ed affidamento condiviso): prime istruzioni per l'uso*, in *Giur. Mer. spec.*, marzo 2006, p. 39.

¹⁵⁹ Ad esempio, App. min. Napoli, (decr.) 22 marzo 2006, in www.minoriefamiglia.it, delega l'audizione della figlia minore delle parti ad un giudice del collegio, con l'assistenza di un operatore del servizio sociale, disponendo l'esame della minore stessa presso la scuola media da lei frequentata.

¹⁶⁰ Tommaseo, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: b) profili processuali*, in *Famiglia e Diritto*, n. 4/2006, pag. 397, afferma: "... è da ritenere che l'ascolto del minore sia considerato dal legislatore un momento essenziale per la formazione del convincimento del giudice, la cui pretermissione, se non motivata con espresso riferimento al contrario interesse del minore, è causa di nullità del procedimento". Al contrario, proprio dalla formulazione letterale della norma, Casasuri, *I nuovi istituti di diritto di famiglia (norme processuali ed affidamento condiviso): prime istruzioni per l'uso*, in *Giur. Mer. spec.*, marzo 2006, p. 39, desume che l'audizione del minore possa essere omessa a discrezione del giudice.

¹⁶¹ Così Balena, *Il processo di separazione personale dei coniugi*, in *Le riforme più recenti del processo civile*, a cura di Balena-Bove, Bari, 2006, p. 418; Casasuri, *I nuovi istituti di diritto di famiglia (norme processuali ed affidamento condiviso): prime istruzioni per l'uso*, in *Giur. Mer. spec.*, marzo 2006, p. 39.

¹⁶² M. A. Lupoi, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, in *Rivista trimestrale diritto e procedura civile* n. 4/2006, p. 1076, afferma che "poiché la norma dispone che

Infine, resta da chiarire se l'audizione della prole possa avvenire nel corso della fase presidenziale. Alcuni lo escludono, se non altro per evitare il rinvio della relativa udienza¹⁶³. Altri danno per scontata la soluzione opposta¹⁶⁴, arrivando a dire che, sin dall'udienza presidenziale, potranno disporsi consulenze richieste dalle parti o testimonianze sul tenore di vita, sul comportamento dei genitori e così via¹⁶⁵.

Dinanzi a questi dubbi è opportuno ricercare una soluzione mediata.

Da un lato, è pacifico che l'audizione del minore possa avvenire nel corso dell'udienza presidenziale, così come da anni prevede la legge sul divorzio, anche "seduta stante", qualora il figlio abbia accompagnato i genitori in tribunale. Dall'altro, vi è un imprescindibile problema pratico da considerare: un'audizione degna di questo nome non può essere effettuata dal presidente in udienza, ma presuppone l'intervento di esperti e, a volte, anche una molteplicità di sessioni. La fase presidenziale non può, dunque, restare sospesa per tutto il tempo necessario a svolgere questi incombenzi¹⁶⁶.

In mancanza di un *fumus* di urgenza, quindi, il presidente, in via provvisoria ed urgente, dovrà disporre l'affidamento condiviso della prole, lasciando all'istruttore ogni più approfondita indagine (audizione compresa).

l'audizione del minore avvenga prima dell'emanazione (anche provvisoria) dei provvedimenti di cui all'art. 155 c.c. e, va aggiunto, dell'eventuale loro revoca o modifica, i figli potranno essere sentiti più di una volta nel corso del procedimento, ad esempio, per verificare il buon funzionamento dei provvedimenti provvisori emessi in corso di causa".

¹⁶³ Così Balena, *Il processo di separazione personale dei coniugi*, in *Le riforme più recenti del processo civile*, a cura di Balena-Bove, Bari, 2006, p. 418.

¹⁶⁴ Casasuri, *I nuovi istituti di diritto di famiglia (norme processuali ed affidamento condiviso): prime istruzioni per l'uso*, in *Giur. Mer. spec.*, marzo 2006, p. 25, per cui, peraltro, il presidente non avrebbe l'obbligo di disporre sempre e comunque l'audizione del minore.

¹⁶⁵ B. De Filippis, *Il matrimonio, la separazione dei coniugi ed il divorzio*, Cedam, 2007, p.134, ritiene, anzi, che l'art. 155-*sexies* c.c. sia espressamente dettato per la fase presidenziale, senza escludere che l'audizione ivi prevista possa avvenire (o essere rinnovata) anche avanti all'istruttore. In quest'ottica, sostiene che le coppie che si separano dovrebbero direttamente condurre con sé all'udienza presidenziale i figli ultradodicenni

¹⁶⁶ Pur ritenendo possibile che, ove si debbano disporre dei rinvii, il presidente possa emettere provvedimenti provvisori, anche parziali: così B. De Filippis, *Il matrimonio, la separazione dei coniugi ed il divorzio*, Cedam, 2007, p.135.

16. Decorrenza dei termini per la proposizione della domanda di divorzio.

Al momento della comparizione presidenziale si ricollegano importanti effetti processuali e sostanziali. Uno di essi è l'inizio della decorrenza del termine per poter chiedere (unitamente ad altri presupposti) il divorzio.

Ai sensi dell'art. 3, n. 2, lett. b), secondo periodo, della legge 898/1970, che costituisce di gran lunga l'ipotesi prevalente tra quelle che consentono una pronuncia di divorzio, "per la proposizione della domanda di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, le separazioni devono essersi protratte ininterrottamente da almeno tre anni a far tempo dall'avvenuta comparizione dei coniugi innanzi al presidente del tribunale nella procedura di separazione personale"¹⁶⁷.

Il termine triennale, nell'attuale formulazione dell'art. 3, è unico, essendo scomparsa la precedente distinzione tra l'ipotesi di non opposizione e l'ipotesi di opposizione del coniuge convenuto, che elevava a sei o sette anni, a seconda delle ipotesi indicate, lo spazio di tempo intercorrente tra la comparizione e la proposizione della successiva domanda di divorzio.

Il termine decorre dal momento della comparizione e non dal momento della presentazione del ricorso.

Nel caso in cui la comparizione sia iniziata e poi, per un qualsiasi motivo, sia stata rinviata ad altra data, il termine non decorre dal momento iniziale, ma da quello finale della comparizione, coincidente con l'emanazione dell'ordinanza presidenziale avente gli effetti previsti dall'art. 189 disp. att., in quanto è evidente che il legislatore, parlando di comparizione, ha inteso riferirsi ad una comparizione perfetta, che abbia raggiunto la sua naturale conclusione.

Inoltre, la stessa legge continua a prevedere (oltre al requisito appena esposto) che l'azione di divorzio possa essere proposta solo dopo il passaggio in giudicato della sentenza di separazione giudiziale, o dopo l'omologazione del verbale di comparizione dei coniugi avanti al presidente del tribunale nella separazione consensuale (art. 3, n. 2, lett. b, primo periodo, l. div.).

¹⁶⁷ Si ricordi che solo con la riforma del 1987 fu previsto l'abbassamento da 5 a 3 anni del periodo di ininterrotta separazione richiesto dalla legge per la proposizione della domanda di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio.

Inizialmente, le suddette condizioni dell'azione di divorzio sembrarono tra loro in antinomia. Non aveva senso prevedere che il divorzio potesse essere chiesto dopo tre anni di ininterrotta separazione decorrente dalla comparizione dei coniugi avanti al presidente del tribunale (art. 3, n. 2, lett. b, secondo periodo, 1. div.), se poi per la proposizione della domanda di divorzio il ricorrente doveva attendere il passaggio in giudicato della sentenza di separazione, che notoriamente, stante la durata patologica dei processi, poteva intervenire anche in tempi molto più lunghi.

Infatti, il termine previsto dalla riforma del 1987 per la proposizione della domanda di divorzio poteva coincidere, se solo il coniuge convenuto lo voleva (e questo era certamente l'aspetto più grave), con la durata media dell'intero giudizio di separazione giudiziale (cassazione compresa).

Per porre riparo a tale evidente distorsione, che tra l'altro si poneva in conflitto con il dichiarato intento della riforma di favorire la regolarizzazione delle famiglie di fatto formatesi dopo la separazione dei coniugi, la giurisprudenza dovette far leva proprio sull'applicabilità dell'allora art. 4, comma 9°, 1. div. ai giudizi di separazione *ex art. 23 della l. n. 74 del 1987*. Fu per primo il Tribunale di Milano ad affermare¹⁶⁸ che ai sensi dell'art. 4, comma 9°, div. se la causa di separazione deve proseguire per l'istruzione di una delle domande connesse (ivi compreso l'addebito) il giudice istruttore può rimettere in decisione, ed il tribunale decidere, la sola domanda di separazione, favorendo in tal modo la formazione del giudicato sulla medesima e la possibilità di proporre l'azione di divorzio¹⁶⁹.

Infine, prima della riforma del 1987, si discuteva se, nel caso di una separazione cominciata con il rito contenzioso e successivamente trasformatasi in consensuale, si dovesse aver riferimento, per l'identificazione del termine iniziale per poter chiedere il divorzio, alla comparizione avvenuta nell'uno o nell'altro giudizio.

Il quesito è stato risolto dalla norma, nel senso in cui si era già orientata la giurisprudenza, stabilendo che si deve aver riguardo alla prima comparizione.

¹⁶⁸ Trib. Milano, 29 settembre 1994, in *Foro it.*, 1995, I, c. 3003; in *Giur. it.*, 1995, I, 2, p. 653 con osservazioni di Dalmotto; in *Corr. giur.*, 1995, p. 244 con nota di Galizia-Danovi, *Sentenza parziale tra separazione e divorzio*; in *Fam. e dir.*, 1995, p. 43, con nota di Carbone, *Sentenza non definitiva di divorzio e sentenza non definitiva di separazione*.

¹⁶⁹ Vedi Capitolo III, par. 13 *Sentenza non definitiva ed appello immediato*.

Diverso è il caso in cui non vi sia alcuna richiesta, nel corso del giudizio, di trasformazione del rito (rimessione dei coniugi dinanzi al presidente), ma le parti, dopo aver iniziato un procedimento contenzioso, lo abbandonino per iniziare *ex novo* la causa, con ricorso consensuale.

L'ipotesi configurata è fuori dalla lettera della norma e non può rientrare in essa, con un'interpretazione analogica o estensiva, perché il senso della disposizione non consiste nell'ancorare la richiesta di divorzio al decorso di un triennio durante il quale i coniugi abbiano comunque vissuto in regime di separazione, ma nell'ancorarlo al decorso di tale termine in relazione al giudizio nel quale la separazione è stata effettivamente dichiarata.

Tra giudizio "trasformato" e "nuovo" giudizio vi è una differenza sostanziale che l'interprete non può colmare.

17. Natura dei provvedimenti provvisori ed urgenti.

L'art. 708 c.p.c. stabilisce che se la conciliazione non riesce, il presidente, anche d'ufficio, sentiti i coniugi ed i rispettivi difensori, deve dare con ordinanza i provvedimenti provvisori ed urgenti che reputa opportuni nell'interesse della prole e dei coniugi.

Questi provvedimenti, sotto il vigore del codice di rito civile del 1865¹⁷⁰, venivano emanati prevalentemente nella forma del decreto, poiché la formulazione dell'art. 808 nulla specificava al riguardo, favorendo così l'insorgere di perplessità nella dottrina in ordine alla loro natura giuridica.

Ed infatti, muovendo da questo dato formale e dagli ampi poteri discrezionali conferiti al presidente, nell'ambito di un'attività conciliativa, il Mortara¹⁷¹ ne sostenne la natura volontaria, in contrapposizione all'altro orientamento, facente

¹⁷⁰ Si osservi, preliminarmente, che sotto il vigore del codice del 1865 (art. 806 ss. c.p.c.) era accentuata la scissione della fase presidenziale (di volontaria giurisdizione) rispetto alla successiva fase dichiarativa (di natura contenziosa), tant'è vero che nessuno aveva mai dubitato della reclamabilità dei provvedimenti presidenziali; reclamo da proporsi al presidente della Corte di Appello

¹⁷¹ Mortara, *Commentario al codice ed alle leggi di procedura civile*, V, ed. 1910, Milano, p. 510, il quale sosteneva che i provvedimenti potevano essere emessi *inaudita altera parte* ed eventualmente modificati dal presidente durante la durata del giudizio e reclamabili non al collegio ma al presidente della Corte di Appello.

capo al Calamandrei¹⁷² e al Chiovenda¹⁷³ che, al contrario, propugnava la tesi del carattere contenzioso – cautelare. Quest’ultima corrente di pensiero, partendo dal presupposto dell’unicità del procedimento di separazione, appartenente nella sua integrità alla giurisdizione contenziosa, affermava la necessità, nell’ambito dello stesso, di adottare misure cautelari e urgenti al fine di regolare i rapporti familiari¹⁷⁴.

Mentre in dottrina sembrava dominare la tesi di Mortara, la giurisprudenza¹⁷⁵, sotto il vigore del codice di rito civile del 1865, era in un primo tempo orientata per la natura contenziosa e, solo successivamente, probabilmente per l’influenza esercitata dallo stesso Mortara, sposò l’opinione di quest’ultimo, giungendo così ad affermare la reclamabilità dei decreti presidenziali al presidente della Corte di appello¹⁷⁶.

Con l’entrata in vigore del codice di procedura civile del 1942 la disputa sulla natura giuridica delle ordinanze non si è affatto sopita.

¹⁷² Calamandrei, *Introduzione allo studio dei procedimenti cautelari*, 1936, Cedam, Padova, p. 38, li comprende tra “quei provvedimenti con i quali si decide interinalmente, in attesa che attraverso il processo ordinario si perfezioni la decisione definitiva, un rapporto controverso dalla decisione del quale, se questa perdura fino all’emanazione del provvedimento definitivo, potrebbero derivare a una delle parti irreparabili danni”.

¹⁷³ Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, 1250, ed. 1928, li inquadra tra gli accertamenti a cognizione incompleta perché superficiale.

¹⁷⁴ Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, 1250, ed. 1928. “Ma non ostante questa divisione il procedimento è uno, e appartiene nella sua integrità alla giurisdizione contenziosa. Esso infatti si svolge tutto quanto, anche nella prima fase, sulla domanda con cui una parte *fa valer contro l’altra il diritto* di chiedere la separazione personale. Il tentativo di conciliazione e l’emanazione di misure cautelari e urgenti avvengono *nel corso* di un procedimento contenzioso, come mezzo al fine di statuire sul diritto dell’attore e di regolare i rapporti familiari *durante il giudizio*, e trovano riscontro in altri casi appartenenti alla giurisdizione contenziosa (...) Che il provvedimento del presidente poi si chiami *decreto* anziché *ordinanza* è troppo fragile argomento perché possa da questo dedursi la natura volontaria del procedimento...”.

¹⁷⁵ Cass. 24 ottobre 1958 n. 3456, in *Foro It.*, 1958, I, pag. 394; Cass. 18 febbraio 1967 n. 410, in *Giust. Civ.*, 1967, I, pag. 916; Cass. 22 agosto 1972 n. 2698, in *Foro It., Mass.*, 1972; Cass. 22 maggio 1990 n. 4613, in *Giust. Civ., Mass.*, 1990. Azzolina, *La separazione personale dei coniugi*, 1950, Utet, Torino, p. 351, ricorda una limpida sentenza della Cassazione Torino emessa l’11 febbraio 1910, nella quale si affermava: “Quando il magistrato esercita una funzione che ha ragione e fondamento nel giudizio di separazione e di questa è l’inizio, quando statuisce sopra rapporti giuridici che riflettono la prole e le sostanze dei coniugi di fronte al dissidio dei medesimi, il potere che il Presidente del Tribunale esplica è un potere giudiziario e la sua funzione una funzione giudiziaria o, se vuolsi, come taluni la definiscono, una funzione mista, la quale, per altro, per la sua indole speciale, per quanto si svolga con un procedimento analogo, non può essere regolata dalle norme che governano la volontaria giurisdizione, sia per ciò che riguarda il contraddittorio, sia per ciò che riguarda il reclamo, sia, infine, per quel che riflette la competenza del Magistrato a provvedere in questo procedimento (in *Mon. trib.*, 1910, 264)”.

¹⁷⁶ Cass. 16 maggio 1938, n. 1672, in *Rep. giur. it.*, 1938, 836; Cass. 29 marzo 1940, in *Riv. dir. matr.*, 1940, 367.

Coloro che sostenevano la tesi della natura volontaria ponevano l'accento sull'assenza di una lesione del diritto¹⁷⁷, nonché sulla mancanza di correlazione "dell'atto alla richiesta della parte", in ragione del carattere officioso dell'attività svolta dal presidente del tribunale¹⁷⁸.

E proprio da quest'ultima argomentazione, si faceva discendere la mancanza di un "accertamento cognitivo" che precedesse l'emanazione dell'ordinanza presidenziale e la non necessaria instaurazione del "contraddittorio in senso tecnico"¹⁷⁹.

Inoltre, a sostegno della natura volontaria dei provvedimenti presidenziali, si indicava anche l'art. 189 disp. att. c.p.c., secondo il quale tali provvedimenti sopravvivono all'estinzione del giudizio di separazione (analogamente a quanto avviene per il divorzio, in virtù dell'art. 4, 8° comma, l. div.)¹⁸⁰.

¹⁷⁷ F. Scardulla, *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio*, IV edizione, Giuffrè, p. 716. "Né va dimenticato che a fondamento della domanda di separazione giudiziale, conformemente a quanto previsto dall'art. 151 come novellato, non vanno più poste quelle cause specificatamente indicate dal testo originario dell'art. 151, sulla cui illiceità non si avevano incertezze (adulterio, volontario abbandono, eccessi, sevizie, minacce o ingiurie gravi), ma fatti tali da rendere intollerabile la convivenza o da recare grave pregiudizio all'educazione della prole, pur se si sono verificati indipendentemente dalla volontà di uno od entrambi i coniugi. Muovendo da tale premessa (e l'eventuale richiesta di addebito della separazione non assume al riguardo una specifica rilevanza), appare chiaro che scopo della fase presidenziale è quello di eliminare i motivi di contrasto conseguenti alla convivenza e ciò a prescindere da ogni valutazione della condotta dei coniugi".

¹⁷⁸ Fazzalari, *La giurisdizione volontaria. Profilo sistematico*, Cedam, Padova, 1953, p. 220-221.

¹⁷⁹ Cipriani, *I provvedimenti presidenziali nell'interesse dei coniugi e della prole*, Napoli, 1970, p. 463; *La nuova legge sul divorzio*, 1988, Jovene, Napoli, p. 281.

¹⁸⁰ Fazzalari, *Giurisdizione volontaria (diritto processuale civile)*, in *Diritto Ecclesiastico*, XIX, Giuffrè, Milano, 1970, p. 330 ss, in part. p. 374: "la configurazione dei provvedimenti *de quibus* come provvedimenti giurisdizionali cautelari, che anticipano la decisione di merito onde assicurare la futura efficacia, è resistita oltre che dalle considerazioni già fatte, vuoi dal rilievo che esse non anticipano la condanna del coniuge colpevole, bensì accudiscono all'interesse di entrambi i coniugi, vuoi sia dalla loro ultrattività, conservando efficacia anche in caso di estinzione del processo di separazione". Nello stesso senso Cipriani, *I provvedimenti presidenziali nell'interesse dei coniugi e della prole*, Napoli, 1970, p. 463. Recentemente le ordinanze presidenziali sono state inquadrare nell'ambito dei "provvedimenti interinali-volontari a contenuto anticipatorio", sul presupposto che la loro emanazione prescinde del tutto da ogni acquisizione sulla fondatezza o meno della pretesa azionata, in quanto essenzialmente rivolta a "salvaguardare l'interesse prevalente della prole e della pacifica convivenza dei coniugi separandi nel periodo necessario per arrivare alla definitiva separazione". Carratta, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, 1997, Giappichelli, Torino, p. 313 e ss.

La giurisprudenza, subito dopo l'entrata in vigore del codice di rito civile del 1942, inizialmente sposò la tesi della natura volontaria¹⁸¹, finendo però con l'abbandonarla¹⁸².

Avverso tale tesi sono stati mosse varie critiche, in particolare si è detto che con l'emanazione dei provvedimenti temporanei ed urgenti, il presidente del tribunale risolve, seppur in via interinale e provvisoria, un vero e proprio contrasto tra i coniugi in ordine all'assetto personale e patrimoniale della famiglia ed all'affidamento della prole¹⁸³.

Né varrebbe obiettare, per provare il contrario, che il presidente del tribunale, nell'emettere i provvedimenti temporanei ed urgenti, eserciti un potere officioso ed in larga misura discrezionale.

Infatti, com'è stato sottolineato dalla dottrina prima richiamata¹⁸⁴, la pronuncia *ex officio* dell'ordinanza presidenziale è, in ogni caso, subordinata alla proposizione della domanda di separazione (e il discorso vale anche per il divorzio), cioè alla richiesta di modificazione dello *status* coniugale, per cui è da ritenere che essa contenga, quanto meno implicitamente, anche quella di "provvedere su tutti i diritti e i doveri che derivano dal rapporto coniugale".

Tuttavia, accanto a quest'orientamento, se ne sono registrati altri che, pur condividendo la natura giurisdizionale-contenziosa, dubitano su quella cautelare.

¹⁸¹ Cass. 22/6/1951, n. 1666, in *Foro It.*, 1951, I, 849.

¹⁸² Seppure sia dato constatare qualche episodico ripensamento, com'è dimostrato da una sentenza (Cass. 3/12/1996, n. 10780, in *Foro It.*, *Repertorio*, 1996, *Separazione dei coniugi*, 75) per la quale tutta la fase presidenziale, sino alla rimessione delle parti dinanzi al giudice istruttore resterebbe fuori dal giudizio contenzioso.

¹⁸³ Osserva, a tal proposito, Mandrioli, *I provvedimenti presidenziali nel giudizio di separazione personale dei coniugi*, Milano, 1953, p. 33: "Per quanto riguarda in particolare la fase presidenziale, è chiaro che l'emanazione dei provvedimenti interinali, non fosse altro e proprio perché segue ad un tentativo di conciliazione fallito totalmente, non viene affatto incontro ad una richiesta concorde delle parti, giacché in tal caso il tentativo di conciliazione sarebbe parzialmente riuscito, pervenendo ad una separazione consensuale; ma risolve provvisoriamente un vero e proprio contrasto di interessi tra le parti, ciascuna di esse aspirando ad una pronuncia favorevole".

¹⁸⁴ Mandrioli, *I provvedimenti presidenziali nel giudizio di separazione personale dei coniugi*, Milano, 1953, p. 58. Particolarmente interessante appare la motivazione che sorregge un precedente del Supremo Collegio, Cass. 8.7.83, n. 4612, in *Giurisprudenza Italiana*, 1983, I, 1, 1797., secondo cui "nell'emettere detta ordinanza, il giudice opera come organo di giurisdizione, nell'ambito di un processo contenzioso avente ad oggetto diritti patrimoniali e personali di parti in conflitto fra loro. Il provvedimento contiene statuizioni, anche se con cognizione sommaria ed efficacia temporanea, su pretese contrapposte; esso ha valore di titolo esecutivo, anche dopo l'estinzione del processo (art. 189, disp. att. c.p.c.)".

In particolare, il Falzea che, pur ravvisando nei provvedimenti presidenziali il carattere dell'“urgenza”, tuttavia prospetta dubbi su quello della “strumentalità in senso tecnico, sicché per taluni casi non appare convincente la loro inclusione tra i provvedimenti cautelari”¹⁸⁵.

Ancora, si è sottolineato, da altrettanto autorevole dottrina, che l'urgenza delle misure presidenziali in esame sarebbe tale da non potere attendere la conclusione del processo, sicché “la funzione di questi provvedimenti è affine, pur non essendo identica a quella cautelare”¹⁸⁶.

Recentemente quest'opinione, nell'ambito di una rivisitazione dell'intera problematica, è stata ripresa e fatta propria dal Cipriani. Quest'ultimo, muovendo da una analisi critica delle ragioni che lo avevano in passato indotto a sostenere la natura volontaria delle misure presidenziali urgenti e della loro inimpugnabilità, essenzialmente rintracciata nell'eccessivo “rilievo” assegnato al provvedimento di autorizzazione ai coniugi a vivere separati, perviene ad un (parziale) ripensamento.

Secondo il Cipriani, infatti, la natura dei provvedimenti in esame sarebbe “mista”: quelli che prescindono dalla valutazione dei diritti delle parti hanno natura volontaria; quelli che invece presuppongono una valutazione dei diritti hanno natura contenziosa”¹⁸⁷.

Da ultimo parte della dottrina, traendo spunto dalla modificazione sostanziale operata dalla legge di riforma del diritto di famiglia, per cui la separazione giudiziale si fonda ormai sulla intollerabilità della convivenza tra i coniugi, ha ritenuto di assegnare connotazione cautelare ai provvedimenti temporanei ed urgenti del presidente del tribunale; e ciò sulla base della considerazione che la proposizione delle domande di separazione e divorzio, non seguite dalla riconciliazione, “comportano sempre il *fumus* di quella intollerabilità”¹⁸⁸.

La giurisprudenza, dal canto suo, ha avuto occasione di ribadire la natura cautelare dell'ordinanza presidenziale, sia con riguardo all'assegno di

¹⁸⁵ Tuttavia, afferma che deve riconoscersi la prevalenza della funzione cautelare “essendo essa destinata ad attuare una sistemazione provvisoria dei rapporti che costituiscono l'oggetto del processo di separazione”. Falzea *La separazione personale*, Giuffrè, Milano, 1943, p. 191.

¹⁸⁶ Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Giuffrè, Milano, 1980, p.196.

¹⁸⁷ Cipriani, *La nuova legge sul divorzio*, 1988, Jovene, Napoli, p. 221-222.

¹⁸⁸ Montesano L. – Arieta G., *Diritto processuale civile*, 1999, Giappichelli, Torino p.392.

mantenimento¹⁸⁹, che all'assegnazione della casa coniugale¹⁹⁰ ed all'affidamento dei figli¹⁹¹.

Ma neanche quest'ultima elaborazione appare convincente.

In primo luogo, per poter confutare la stessa, poiché connotato indefettibile della tutela giurisdizionale cautelare è il requisito della strumentalità, è necessario e sufficiente verificare se le ordinanze presidenziali condividano o meno siffatta peculiarità¹⁹².

Ora è ben noto che il provvedimento si definisce *strumentale* quando è emesso in funzione della futura pronuncia, ma non tutti i provvedimenti presidenziali sono in funzione della situazione che verrà a crearsi al momento della sentenza, si pensi al provvedimento concernente l'affidamento della prole giunta alle soglie della maggiore età, per cui è da presumere che la sentenza definitiva si avrà dopo tale epoca e dunque che il provvedimento non sia strumentale alla stessa.

E del resto la stessa formulazione normativa che parla di “provvedimenti temporanei ed urgenti” rivela la loro contingenza che può essere travolta dalle vicende future della stessa famiglia alla cui tutela la norma è predisposta. La stessa possibilità fattuale che un provvedimento presidenziale non sia più utile per il nucleo familiare, al momento della emananda sentenza, costituisce la riprova della funzione anticipatrice di tali provvedimenti.

A tal riguardo, Mandrioli ha sottolineato la necessità di distinguere tra il *periculum in mora* che minaccia la possibilità di efficacia del provvedimento definitivo ed il *periculum in mora* che riguarda esclusivamente l'interesse dedotto

¹⁸⁹ Cass. 12.4.94, n. 3415, in *Foro It., Repertorio*, 1994, *Separazione di coniugi*, 74 e Cass. 5.10.99, n. 11029, in *Rassegna di giurisprudenza civile annotata*, 1999, 24, 3038.

¹⁹⁰ Cass. 14.2.86, n. 878, in *Foro It., Repertorio*, 1986, *Separazione di coniugi*, 67.

¹⁹¹ Cass. 22.5.90, n. 4613, in *Foro It., Repertorio*, 1990, *Separazione di coniugi*, 23.

¹⁹² Azzolina, *La separazione personale dei coniugi*, 1950, Utet, Torino, p. 377, richiamandosi alla definizione chiovendiana, rilevava che la “emanazione dei provvedimenti interinali non è legata da alcun rapporto di strumentalità con le future pronunce della sentenza che deciderà il giudizio di separazione, né tanto meno mira a cautelare i diritti dei quali è in corso l'accertamento, ma piuttosto si propone di anticipare e sostituire l'ordinamento futuro della famiglia con una disciplina attuale e immediata, che dovrebbe presumibilmente divenire definitiva”. Mandrioli, *I provvedimenti presidenziali nel giudizio di separazione personale dei coniugi*, Milano, 1953, p.8, ha escluso che i provvedimenti interinali del presidente abbiano essenzialmente una funzione strumentale rispetto alla sentenza

in giudizio¹⁹³ richiamandosi alla distinzione di Allorio tra pericolo del ritardo e pericolo nel ritardo¹⁹⁴. Ed è giunto alla conclusione che i provvedimenti sono emanati “in vista delle esigenze attuali della famiglia indipendentemente da quello che sarà per essere il giudizio definitivo” per cui essi possono concepirsi come “una immediata ed autonoma anticipazione del potere di provvedere su determinati effetti della domanda di separazione”¹⁹⁵.

A conferma di quanto detto, si noti, inoltre, che l’art. 189 disp. att. c.p.c., dettato in tema di “provvedimenti relativi alla separazione personale dei coniugi”, ma applicabile anche al divorzio in virtù dell’espresso richiamo contenuto nell’art. 4, 8° co., 1. div. prevede che l’ordinanza presidenziale “conserva la sua efficacia anche dopo l’estinzione del processo”.

Tale fenomeno, comunemente definito come “ultrattività” delle misure presidenziali nell’interesse dei coniugi e della prole, confligge in maniera stridente con il carattere strumentale dei provvedimenti cautelari, in ordine ai quali l’art. 669-*novies* contempla, tra le cause di inefficacia, proprio l’estinzione del giudizio di merito¹⁹⁶.

Inoltre, come pure non ha mancato di evidenziare la dottrina, le misure presidenziali non sono riconducibili, nemmeno sul piano funzionale, a quelle cautelari, dal momento che “il presidente non è condizionato, nell’emanazione dei provvedimenti in questione, dall’esistenza del *periculum in mora*, bensì dall’esigenza di anticipare il regolamento definitivo dei rapporti della famiglia, atteso che si è modificata la situazione di fatto che li giustificava e un coniuge ha

¹⁹³ Mandrioli, *I provvedimenti presidenziali nel giudizio di separazione personale dei coniugi*, Milano, 1953, p.9.

¹⁹⁴ Allorio, *Per una nozione del processo cautelare*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1936, I, 18.

¹⁹⁵ Mandrioli, *I provvedimenti presidenziali nel giudizio di separazione personale dei coniugi*, Milano, 1953, p.19 - 21.

¹⁹⁶ “Da questo punto di vista, i provvedimenti presidenziali presentano caratteristiche tali da non consentire il loro inserimento tra le forme proprie di tutela cautelare: invero essi, non soltanto sopravvivono all’estinzione del processo, ma hanno efficacia di titolo esecutivo e sono manifestazione di un *officium iudicis* che postula notazioni pubblicistiche estranee all’ambito della tutela cautelare e ravvisabili nel potere del giudice di disporre d’ufficio la misura interinale e di determinarne, in non pochi casi, liberamente il contenuto” Tommaseo, *Lo scioglimento del matrimonio*. Il codice civile, Commentario diretto da P. Schlesinger, 1997, Giuffrè, Milano, p. 307.

mostrato, con il ricorso al giudice, di volerne fare derivare giuridiche conseguenze”¹⁹⁷.

La situazione non è mutata con l'avvento della legge 80/05. La stessa, infatti, pur prevedendo lo svolgimento della conciliazione in una fase in cui le parti non sono entrambe costituite, non ha eliminato il carattere contenzioso dell'intero giudizio e, anzi, ha accentuato questo aspetto con la previsione dell'assistenza obbligatoria del difensore, nonché, con particolare riferimento all'emanazione dei provvedimenti presidenziali, con il citato obbligo di ascoltare i difensori prima della pronuncia.

In ragione di ciò, anche dopo la riforma, non può dubitarsi della natura contenziosa dei provvedimenti.

18. La loro efficacia nel tempo.

I provvedimenti presidenziali, come previsto dall'art. 189 disp. att. c.p.c., conservano la loro efficacia anche dopo l'estinzione del processo.

Questa disposizione tutela il coniuge più debole contro il rischio dell'abbandono del processo, che potrebbe avvenire per incuria o incapacità di gestione dell'iniziativa giudiziaria, nonché lo tutela contro la possibile “furbizia” dell'altra parte, la quale potrebbe porre in essere una falsa riconciliazione, allo scopo di far decadere provvedimenti sfavorevoli, per poi abbandonare, nuovamente, il partner¹⁹⁸.

Ciò non significa che i provvedimenti presidenziali abbiano effetto all'infinito. Essi, come previsto dal citato art. 189, possono essere assorbiti, sostituiti o decadere in una serie di situazioni.

In primo luogo, i provvedimenti possono essere cancellati da altri della medesima specie, che ne prendano integralmente o parzialmente il posto, come avviene

¹⁹⁷ Saletti, *Procedimento e sentenza di divorzio. Il diritto di famiglia*, Trattato diretto da G.Bonilini e G. Cattaneo, I, 1998, Utet, Torino, p. 602-603.

¹⁹⁸ B. De Filippis, *Il matrimonio, la separazione dei coniugi ed il divorzio*, 2007, Cedam, p.210. “Essa attribuisce certezza a situazioni che la prassi può presentare e che potrebbero altrimenti collocarsi in un ambito non chiaramente disciplinato dalla norma positiva”.

allorché il giudice istruttore, sulla base di quanto previsto dall'ultimo comma dell'art. 709 c.p.c., li revochi o li modifichi.

Fino al 1987, la norma in vigore richiedeva, per l'esercizio del potere di revoca da parte del giudice istruttore, la sopravvenienza di "mutamenti nelle circostanze". A partire dalla data indicata, questo requisito non fu più richiesto, per effetto dell'art. 4, comma 8, della legge 898/70, applicabile alle separazioni, ai sensi dell'art. 23 della legge n. 74/1987. Attualmente, il medesimo articolo 709, direttamente applicabile alle separazioni, non prevede la necessità di mutamenti. Ciò significa che il potere del giudice istruttore è svincolato dalla tradizionale ricerca di fatti nuovi e può consistere in un mero riesame delle situazioni prospettate al presidente.

I provvedimenti presidenziali possono, poi, essere sostituiti da altri provvedimenti del presidente stesso, qualora, dopo l'abbandono del ricorso, ne venga presentato, con l'esperimento di una nuova procedura, un altro.

Allo stesso modo, i provvedimenti possono essere revocati o sostituiti per effetto di reclamo alla corte d'appello, presentato ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 708 c.p.c. o di reclamo avverso le decisioni del giudice istruttore (ove si consideri ammissibile questa procedura), ex art. 669-terdecies.

I provvedimenti possono, altresì, essere sostituiti o assorbiti dalla sentenza di primo grado. Essi, infatti, non possono sopravvivere alla decisione collegiale che, con immediata esecutività, chiude il grado di giudizio ed è espressione del medesimo potere decisionale, non più esercitato in via sommaria, ma sulla base di una cognizione piena e dell'esame di tutte le risultanze acquisite in corso di causa. Ad analoga conclusione si deve pervenire nel caso in cui, dopo i provvedimenti assunti in sede di separazione ed in assenza di una sentenza che chiuda quel giudizio, sopraggiunga una sentenza di divorzio¹⁹⁹.

¹⁹⁹ Una pronuncia di merito ha esaminato il caso del rapporto esistente tra provvedimenti presidenziali ex art. 708 e sentenza di divorzio. (Nella specie non vi era stata alcuna pronuncia sulla separazione, per essere la stessa iniziata di fatto prima del 18 dicembre 1968). Essa ha affermato che la sentenza di divorzio assorbe completamente i provvedimenti presidenziali della separazione ed ha ritenuto decaduta la pronuncia sull'assegnazione della casa coniugale, non essendo stato previsto nulla per essa nella definitiva decisione. (Trib. Napoli 14 giugno 1996, in *Famiglia e Diritto*, 1996, pag. 554: "Il provvedimento del Presidente del Tribunale che, ai sensi dell'art. 708 c.p.c., abbia assegnato ad uno dei coniugi la casa coniugale, perde efficacia a seguito

Qualora, invece, il procedimento di divorzio sia instaurato dopo una sentenza di separazione, non può dirsi che i provvedimenti emessi in quella sede sostituiscano i provvedimenti presidenziali della separazione, in quanto essi sostituiscono la sentenza e non l'iniziale ordinanza, già assorbita in essa.

Se i provvedimenti presidenziali non vengono travolti da una falsa riconciliazione, non altrettanto può dirsi nel caso in cui la riconciliazione sia reale.

La riconciliazione fa venir meno gli effetti della stessa sentenza (art. 157 c.c.) e, quindi, a maggior ragione travolge gli effetti dell'ordinanza presidenziale, ripristinando in pieno i diritti ed i doveri esistenti in costanza di matrimonio.

Ove la strumentalità della riconciliazione risultasse evidente solo all'esito del secondo allontanamento da parte del coniuge onerato, ben potrebbe trovare applicazione l'art. 189, ma non perché la riconciliazione non annulli i provvedimenti presidenziali, bensì perché nessuna riconciliazione dovrebbe ritenersi, in tal caso, avvenuta.

I provvedimenti presidenziali, infine, possono cessare di essere validi in altre situazioni, come in caso di pronuncia di una sentenza civile di annullamento del matrimonio o di un'analogia sentenza di un tribunale ecclesiastico o straniero, efficace nel nostro ordinamento.

Secondo la prevalente giurisprudenza, l'abrogazione dei provvedimenti presidenziali ha efficacia *ex nunc* e, pertanto, non è retroattiva²⁰⁰.

Allorché il procedimento di separazione non venga coltivato e si estingua ed i provvedimenti resi in sede presidenziale continuino ad avere efficacia ai sensi dell'art. 189 disp. att., ci si chiede se, per la modifica di essi, possa essere esperita la procedura prevista dall'art. 710 c.p.c..

Il problema è stato affrontato dalla giurisprudenza di legittimità nell'ipotesi di giudizio divorzile. In tale fattispecie la Corte²⁰¹ ha affermato che i provvedimenti

dell'emanazione della sentenza di divorzio, anche quando questa nulla abbia statuito in ordine alla casa coniugale").

²⁰⁰ La Corte di Cassazione (sent. 10 maggio 1984 n. 2864, in *Giust. Civ., Mass.*, 1984 e Cass. 12 aprile 1994 n. 3415, in *Fam. Dir.*, 1994, p. 531) ha affermato che il provvedimento presidenziale di fissazione di un assegno di mantenimento tende ad assicurare il necessario sostentamento dei beneficiari fino a che non intervenga una pronuncia definitiva e, pertanto, gli effetti obbligatori del medesimo non sono suscettibili di essere travolti, retroattivamente, dal passaggio in giudicato della sentenza di separazione.

²⁰¹ Cass. 30 marzo 1994 n. 3164, in *Foro It.*, 1995, I, pag. 239.

temporanei ed urgenti resi dal presidente del tribunale sono suscettibili, in caso di estinzione del processo, di modificazione secondo il disposto dell'art. 710 c.p.c..

La sentenza è stata motivata con le considerazioni che i coniugi già vivevano in stato di separazione, che i provvedimenti presidenziali sono sempre modificabili e che l'espressione usata dal secondo comma dell'art. 189 disp. att. deve essere interpretata estensivamente.

Tuttavia, le argomentazioni svolte dalla pronuncia citata non appaiono estensibili all'ipotesi della separazione. Infatti, a parte la non estensibilità della considerazione che i coniugi già vivevano in stato di separazione e quindi già avevano il potere di agire ex art. 710, che non può essere più loro tolto, non può applicarsi ai giudizi di separazione l'argomento principale della sentenza, vale a dire il fatto che non si possono lasciare le parti sprovvedute di mezzi di tutela processuale nel caso di modifica della situazione di fatto, che postuli la necessità di modifica dei provvedimenti, in quanto il rimedio testualmente previsto, vale a dire la riproposizione del ricorso, non può essere obbligatorio, non potendosi forzare la volontà delle parti di addivenire al divorzio.

È evidente che nel giudizio di separazione, ciò non può dirsi, in quanto le parti, ove non vogliano più separarsi, possono percorrere la strada della riconciliazione e non possono pensare di restare in una situazione intermedia, senza riconciliarsi e senza produrre un nuovo ricorso di separazione, ed ottenere anche la modifica dei provvedimenti in vigore. Se vogliono ottenere la modifica, ciò significa che hanno intenzione di restare nello stato di separazione e, quindi, senza alcuna forzatura della loro volontà, possono presentare il nuovo ricorso.

Sgomberato il campo dagli elementi utilizzati in sede di divorzio, si deve ritenere che, in sede di separazione, non possa ricorrersi all'art. 710 per modificare provvedimenti rimasti in vita ai sensi dell'art. 189.

Quest'ultimo, infatti, costituisce una norma eccezionale, la cui efficacia non può essere ampliata al di là dei confini previsti. La possibilità di modifica deve essere esclusa perché la norma non la prevede e non vi è ragione di interpretare

estensivamente la stessa, essendo stato esplicitamente indicato, per il caso in cui ciò sia necessario, il rimedio della nuova presentazione del ricorso.

Ne consegue che la *ratio* dell'art. 189 non consiste nel voler fare dell'ordinanza presidenziale resa all'esito della comparizione delle parti una nuova fattispecie di provvedimento, per la quale sia necessario disegnare una particolare disciplina, ma di evitare che le parti più deboli dei processi della separazione possano restare, per ogni contingenza legata alla vicenda processuale, anche temporaneamente prive di tutela. Per realizzare ciò, le esplicite previsioni della norma appaiono più che sufficienti, senza che sia necessaria alcuna interpretazione estensiva²⁰².

19. Esecutività.

Per quanto riguarda l'efficacia dei provvedimenti presidenziali, deve essere sottolineato che essi sono autonomamente esecutivi (art. 474 c.p.c.), come espressamente disposto dal primo comma dell'art. 189 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura.

Tuttavia, l'esecuzione dell'ordinanza presidenziale ha sempre creato non pochi problemi agli interpreti perché, accanto a statuizioni a carattere patrimoniale, contiene anche provvedimenti concernenti gli aspetti personali della vita della famiglia in dissoluzione che difficilmente si adattano ad essere eseguiti nelle forme conosciute del terzo libro del codice di procedura civile.

Con particolare riferimento all'obbligo di consegna dei minori, la dottrina si è posta sostanzialmente tra l'alternativa, generalmente preferita, dell'applicazione delle norme che regolano l'esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare²⁰³ e di quella delle disposizioni che disciplinano l'esecuzione per consegna o

²⁰² In giurisprudenza, la modifica dei provvedimenti resi ex art. 708 c.p.c. con il ricorso al procedimento di cui all'art. 710 è stata ammessa da Trib. Roma 4 dicembre 1974, in *Giust. Civ.*, 1975, I, pag. 126. È stata, invece, negata da Trib. Napoli 22 dicembre 1968, in *Foro It., Rep.*, 1975, voce *Separazione coniugi*, n. 50, per il quale le parti devono presentare *ex novo* il ricorso. In dottrina, quest'ultima tesi è sostenuta da Morozzo Della Rocca, voce *Separazione personale*, in *Enc. Dir.*, Milano 1989.

²⁰³ Anche la giurisprudenza che con riferimento ai provvedimenti presidenziali indica come corretta la strada dell'esecuzione in via breve preferisce poi di fronte al provvedimento definitivo optare per il procedimento di esecuzione degli obblighi di fare e non fare. In proposito Cass. 15 dicembre 1982, n. 6912 in *Giust. civ.* 1983, p. 792; Cass. 7 ottobre 1980, n. 5374, in *Foro it.*, 1980, I, c. 2707; Cass. 15 gennaio 1979, n. 292, in *Foro it.* 1979, I, c. 2918 s.

rilascio, pur segnalando l'inadeguatezza degli strumenti esecutivi a consentire l'attuazione forzata dei particolarissimi obblighi in esame²⁰⁴.

In particolare, essendo stata scartata quasi unanimemente l'esecuzione per consegna o rilascio²⁰⁵, se non altro perché ripugna l'idea di considerare il minore al pari di un bene mobile o immobile da consegnare o rilasciare al creditore, è rimasta a disposizione solo la più duttile (anche se del tutto insufficiente) procedura di esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare²⁰⁶. In quest'ultima, infatti, le peculiarità della materia si conciliano maggiormente con la discrezionalità delle forme, controllate in via necessaria e non eventuale dal giudice (art. 612 c.p.c.).

Al contrario, altra parte della dottrina²⁰⁷ ha criticato i formalismi e i limiti della esecuzione in forma specifica del libro III, preferendo una forma di esecuzione in via breve, controllata dal giudice che ha pronunciato il provvedimento da eseguire, con ampia discrezionalità delle forme e ausilio del servizio sociale, consentendosi eventualmente una sospensione della esecutività, una determinazione e precisazione dei contenuti del provvedimento di affidamento e soprattutto una più ampia considerazione degli interessi del minore, che da res deve essere soggetto protagonista del procedimento.

²⁰⁴ Oltre all'ampia critica di R. Vaccarella, *Problemi vecchi e nuovi dell'esecuzione forzata dell'obbligo di consegna dei minori*, in *Giur. it.*, 1982, 1, 2, c. 301 s. che rileva non solo l'inadeguatezza, ma addirittura la possibile incostituzionalità di tutti gli strumenti esecutivi utilizzati dalla dottrina e dalla giurisprudenza, propendendo per l'istituzione di un tribunale competente per la famiglia.

²⁰⁵ Fornaciari, *L'attuazione dell'obbligo di consegna dei minori*, Padova, 1991, pag. 225, ha sostenuto l'opportunità di considerare esperibile la procedura esecutiva per consegna o rilascio, a nulla rilevando che oggetto della prestazione di consegna sia non già un oggetto ma una persona. *Contra* C. Cecchella, *La nuova esecuzione dei provvedimenti personali*, in *Il nuovo processo di separazione e divorzio*, a cura di Cecchella-Vecchio, Il sole24ore, 2007, afferma: "L'incompatibilità tra la res dell'esecuzione per consegna e il minore, soggetto portatore di diritti, e soprattutto la scarsa discrezionalità delle forme e adattamento del titolo alla evoluzione della realtà sostanziale, intervenendo il giudice solo nel caso in cui insorgano difficoltà ex art. 610 c.p.c. (quindi in via eventuale), essendo tutto regolato dal codice di rito con l'intervento del solo ufficiale giudiziario o della forza pubblica, rendono inaccettabile il ricorso all'esecuzione per consegna ex artt. 605".

²⁰⁶ Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1965, III, 449; Garbagnati, *In tema di esecuzione dei provvedimenti provvisori ex art. 708 c.p.c.*, in *Foro pad.*, 1958, I, 1215 ss.

²⁰⁷ Denti, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano, 1933, 274; Chiarloni, *Quale processo per la famiglia e i minori*, a cura dell'Avv. Luisella Fanni, Milano, Giuffrè, 1999, pagg. 115-122.

La giurisprudenza, dopo avere ammesso la esecuzione in via breve per i provvedimenti interinali, assimilandoli a quelli cautelari²⁰⁸, e dopo avere ammesso, invece, l'esecuzione nelle forme degli obblighi di fare per i provvedimenti definitivi idonei al giudicato anche di volontaria giurisdizione (con esclusione della esecuzione per consegna)²⁰⁹, ha consentito l'utilizzazione di entrambe le forme a scelta del ricorrente²¹⁰.

In questo modo, distinguendo tra la parte dell'ordinanza presidenziale che dispone in merito alla situazione patrimoniale dei coniugi e quella che è invece volta a disciplinare rapporti di natura personale, sono previste due diverse soluzioni esecutive, idonee ad adattarsi al diverso contenuto proprio dei provvedimenti in esame.

Con riferimento così agli obblighi di mantenimento dell'altro coniuge o della prole i provvedimenti presidenziali che contengono per questo punto una condanna in futuro al pagamento di una somma di denaro potranno essere eseguiti con le forme dell'esecuzione forzata, notificando alla controparte il titolo e l'intimazione ad adempiere²¹¹, mentre per quanto concerne i capi relativi

²⁰⁸ Costante in questo senso la giurisprudenza, sulla base dell'assunto che i provvedimenti presidenziali hanno tutte le caratteristiche proprie dei provvedimenti cautelari ed in particolare: "a) la "strumentalità" in quanto si tratta di provvedimenti che, in attesa delle statuizioni finali, tendono ad assicurare frattanto la tutela di determinati interessi e situazioni oggetto di contestazione nel processo; b) la sussistenza di un *periculum in mora*, consistente nell'urgenza di provvedere affinché non ne derivi pregiudizio agli interessi da salvaguardare, con particolare riguardo a quelli della prole; c) la "ipoteticità" del giudizio in base al quale va valutata la sussistenza della fondatezza della domanda e dello stesso *periculum in mora*; d) il carattere di "provvisorietà"; e) la "sommarietà" del procedimento" (così in particolare Cass. 1° dicembre 1966, n. 2823, in *Foro It.*, 1967, I, c. 273); Cass. 7 ottobre 1980, n. 5374, *Foro It.*, 1980, I, c. 2707 e in *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 336; Cass., 11 agosto 1988, n. 4930, in *Giust. civ.*, 1989, I, 374.

²⁰⁹ Cass. 1° dicembre 1966, n. 2823, in *Foro It.*, 1967, I, c. 273; Cass. 7 ottobre 1980, n. 5374 in *Foro It.*, 1980, I, c. 2707 con nota di Proto Pisani e in *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 336; Cass. 15 dicembre 1982, n. 6912, in *Giust. civ.* 1983, p. 792; Cass. 12 novembre 1984, n. 5696, in *Foro It.*, *Rep.* 1984, voce *Separazione dei coniugi*, n. 45 che lascia al beneficiario del provvedimento la scelta tra esecuzione in via breve e normale procedura di esecuzione forzata.

²¹⁰ Cass., 12 novembre 1984, n. 5696; Cass., 1 settembre 1997, in *Giur. it.*, 1998, 1109 con nota di Vullo; Cass., 1 aprile 1998, n. 3374, in *Mass. Giur.it.*, 1998, 355.

²¹¹ Cass. 12 novembre 1984 n. 5696, in *Foro It.*, 1984, I, pag. 45 che precisa che nella prima ipotesi giudice competente per l'esecuzione è quello che ha emesso il provvedimento o quello competente per il merito, se già risulta instaurato il relativo giudizio; mentre nella seconda ipotesi competente è il giudice dell'esecuzione secondo le regole ordinarie. La giurisprudenza si è così uniformata ad una precedente decisione, Cass. 1 dicembre 1966 n. 2823, in *Giur. it.*, 1967, I, 1, 53, che aveva considerato, in particolare, un provvedimento presidenziale concernente l'affidamento della prole. Tuttavia, Dogliotti, *Separazione e Divorzio*, Torino, 1988, p. 44, ricordando tale decisione, sottolinea che se nessun problema sorge ove l'esecuzione concerne l'attuazione delle statuizioni patrimoniali non così può dirsi "quando si tratti di affidamento o di visita del genitore

all'affidamento della prole ed al diritto di visita sarà possibile ricorrere all'esecuzione in via breve, diretta cioè dal giudice che ha emanato il provvedimento che potrà determinarne le modalità tenuto conto delle esigenze del caso concreto e valutate le situazioni del singolo nucleo familiare, anche attraverso l'eventuale colloquio con i minori oggi reso possibile anche nell'ambito del procedimento di separazione dalla l. n. 74/1987.

A tal riguardo il legislatore ha introdotto l'art. 709 *ter* c.p.c., che affida al “giudice del procedimento in corso” la risoluzione delle controversie su affidamento e potestà insorte a seguito di un provvedimento sommario, ordinario o di giurisdizione volontaria e quindi in sede di esecuzione o attuazione del medesimo. Ancora una volta, e con una disposizione di carattere generale (applicabile ai giudizi di separazione e divorzio), il legislatore nell'ambito della famiglia identifica il giudice dell'esecuzione con il giudice del merito. Rispetto all'art. 6, 10° comma, della legge n. 898 del 1970, ove la competenza è riferita al “giudice del merito” (da intendersi sia nel caso di pendenza del processo sull'affidamento o la potestà, ma anche quando questo non penda più), l'articolo in esame, invece, nel caso in cui il processo non penda più perché concluso con un provvedimento che definisce il procedimento, ha preferito fissare la competenza nel giudice dei provvedimenti di revoca e modifica *ex art.* 710 c.p.c., con la peculiarità che sul piano territoriale è competente il giudice del luogo di residenza del minore.

Quest'ultima regola, per la specificità del caso in cui è inserita, pone gravi problemi di coordinamento, poiché essa è dettata per le modifiche ai provvedimenti sull'affidamento e sulla potestà, ma non in relazione ai provvedimenti economici, per i quali devono valere le regole ordinarie, con conseguente scissione della competenza dei processi sulle due diverse domande, mentre essi sono introdotti solitamente in un unico contesto procedimentale²¹².

non affidatario”, ed aggiunge che “si tratta di una grave lacuna normativa che dovrebbe essere colmata al più presto”.

²¹² In dottrina si è tentato di costruire un effetto attrattivo della regola sulla competenza territoriale dell'art. 709-*ter* c.p.c., Lupoi, *Sub art. 709-ter, c.p.c.*, in *Commentario breve al codice di procedura civile*, a cura di Carpi e Taruffo, Padova, 2006, 2019; Salvaneschi, *Il processo civile di riforma in riforma*, cit., 153 (la quale fa leva sulla applicabilità dell'art. 20 c.p.c., che fonderebbe un'identico criterio di competenza per territorio).

Se invece pende un giudizio di gravame: appello avverso la sentenza per separazione e divorzio, reclamo avverso il decreto del tribunale dei minori, è nel contesto del gravame che le modalità attuative saranno determinate (trattandosi di procedimento pendente). In questo modo il legislatore compie una generale opzione verso un'identificazione di competenza per il merito e per l'esecuzione e affida allo stesso giudice della cognizione quella sensibilità verso gli interessi in gioco, e particolarmente quello del minore, che certamente il giudice dell'esecuzione comune non può avere.

Nello stesso tempo, non essendo perfettamente distinguibili le misure attuative da quelle modificative e revocative (adottabili nei casi di grave inadempimento di uno dei genitori, ai sensi dell'art. 709 *ter*, 2° comma), in mancanza di un processo pendente, affida la competenza al giudice della revoca e modifica ex art. 710 c.p.c.

La disposizione naturalmente non priva della competenza funzionale *ex art.* 38 disp. att. c.p.c. il tribunale dei minori²¹³, innanzi al quale vanno avviate le controversie sulla attuazione dei decreti pronunciati in materia di affidamento e potestà e al quale non potrà certamente applicarsi l'art. 710 c.p.c. con attrazione presso il giudice ordinario della controversia (contrariamente a quanto potrà invece accadere nel caso in cui il provvedimento da attuare sia stato pronunciato in sede di giudizio di nullità).

La disposizione non chiarisce al primo comma se l'iniziativa ai fini della introduzione del giudizio di attuazione è soltanto della parte o se è ammessa anche un'iniziativa officiosa come nel procedimento di divorzio ai sensi dell'art. 6, 10° comma l. div. Anche se la norma al secondo comma prevede un ricorso di parte, non è esclusa la possibilità che il giudice sollecitato dai servizi sociali o anche solo dal consulente tecnico o da qualunque interessato, può anche d'ufficio assumere i provvedimenti attuativi di cui all'art. 709*ter* c.p.c.

È da domandarsi se l'iniziativa può essere del p.m. e comunque se tale organo debba comunque partecipare al procedimento. Poiché il procedimento ex art. 709-*ter* c.p.c. non è volto alla modifica bensì all'attuazione, ma ipotizza anche una

²¹³ Conf. Salvaneschi, I procedimenti di separazione e divorzio, in Fam. dir., 2006, 356.

modifica in sede di incidente di esecuzione, si è propensi a pensare alla partecipazione necessaria del p.m.²¹⁴, in virtù della sentenza della Corte Costituzionale²¹⁵ che prevede la partecipazione necessaria del p.m. nel procedimento per la modifica *ex art. 710 c.p.c.*

Per quanto la disposizione accenni alle regole del procedimento, fissando soltanto la necessità del contraddittorio, dovranno essere applicate, senza deroga, le forme e il rito che si svolgono innanzi al giudice del procedimento pendente o le forme camerale, aperte al contraddittorio e al diritto di difesa, particolarmente al diritto alla prova, del procedimento dell'art. 710 c.p.c., ipotizzando come tratto comune la introduzione con ricorso e il patrocinio di un difensore tecnico.

Nel primo caso, se si tratta di risolvere le controversie attuative dei provvedimenti sommari presidenziali o del giudice istruttore, è necessario pensare ad un'istanza rivolta a quest'ultimo (e non al collegio)²¹⁶ e a seguito della instaurazione del contraddittorio delle parti una pronuncia in forma di ordinanza, dello stesso tipo di quelle che il giudice emette nel caso di istanza di revoca e modifica *ex art. 709, u.c., c.p.c.* L'incidente di esecuzione è perciò regolato in tutto e per tutto dalle norme applicabili al processo di merito.

Ne deriva che il ricorso non apre la prospettiva di un procedimento incidentale autonomo, del tipo di quello suscitato da una domanda cautelare in corso di causa, che potrebbe postulare la necessità di un intervento addirittura del collegio²¹⁷.

Se necessario, il giudice potrà aprire un'istruttoria che, per i caratteri di processo indisponibile non è impedita dalla fase o dal tempo processuale in cui si compie, non essendo la prova soggetta a preclusioni.

Diverso il regime nel caso di pendenza del giudizio di appello ove è necessario il coinvolgimento del collegio, a cui è affidato l'intero giudizio, che deciderà tuttavia senza particolare formalità alla udienza fissata per l'esame dell'istanza.

La norma dispone che “i provvedimenti assunti dal giudice del procedimento sono impugnabili nei modi ordinari”.

²¹⁴ In linea con Vullo, sub art. 709-terc.p.c., cit., 5293.

²¹⁵ Corte Cost., 9 novembre 1992, n. 416, in Foro it., 1993, I, 10.

²¹⁶ Doronzo, art. 709-ter, in La riforma del processo civile, a cura di Cipriani e Monteleone, Padova, 2007, 620.

²¹⁷ Dosi, Le nuove norme sull'affidamento, cit., 102; Cea, L'affidamento condiviso. Profili processuali, in Foro it., 2006, V, 101; Balena (-Bove), op. cit., 423.

Con questa formula, il legislatore, intendeva richiamarsi alle forme previste per i vari procedimenti nel contesto dei quali è reso il provvedimento attuativo o sanzionatorio²¹⁸.

Quindi se si tratta di una misura pronunciata nell'ambito del procedimento ex art. 710 c.p.c., il rimedio coincide con il reclamo alla Corte di Appello.

Se invece è dettata dal presidente in sede sommaria, la via è tracciata dall'art. 708, u.c., c.p.c. oppure dal giudice istruttore in sede di separazione e divorzio, la soluzione porta con sé il problema della reclamabilità di tali provvedimenti, a cui si sono date nel silenzio del legislatore diverse soluzioni, sino a negarne addirittura l'impugnabilità.

In tutti gli altri casi si tratterà dei rimedi ordinari o comuni avverso la forma del provvedimento che contiene le misure attuative e sanzionatorie: quindi reclamo avverso i decreti e appello o ricorso per cassazione avverso le sentenze.

Si è detto, all'inizio, come le difficoltà determinate dalla infungibilità della prestazione in materia familiare non possono risolversi con la semplice constatazione della impossibilità di un'esecuzione forzata e con la conversione del diritto in prestazione economica fungibile.

Alla necessità rispondono i mezzi di c.d. esecuzione indiretta (perché volti ad indurre la prestazione insostituibile dell'obbligato), offrendo rilievo penale all'inottemperanza ex art. 12-sexies legge n. 898 del 1970 per il caso di violazione dell'obbligo di contributo economico oppure introducendo adeguate sanzioni civili di natura patrimoniale, così ad esempio l'istituto del sequestro a presidio dei provvedimenti di mantenimento, ai sensi dell'art. 156 c.c., privo di ogni funzione cautelare.

Questa è la via tracciata dall'art. 709-ter, 2° comma, ove per i casi più gravi, oltre alla prospettiva di una modifica dei provvedimenti sull'affidamento o la potestà, consente al giudice l'applicazione di una sanzione civile, dall'ammonizione (che prelude evidentemente la modificazione successiva del provvedimento di

²¹⁸ Conf. Salvaneschi, Il processo civile di riforma in riforma, cit., 153; Tommaseo, Le nuove norme sull'affidamento condiviso, 402; Luiso - Sassani, La riforma del processo civile, Milano, 2006, 250. In senso contrario, Balena (-Bove), op. cit., 423 il quale traduce "ordinario" in mezzo di impugnazione, appunto ordinario, ovvero l'appello.

affidamento), al pagamento di una somma a favore del genitore o del minore pregiudicato (che il legislatore definisce con formula infelice “risarcimento del danno”) o a favore della Cassa ammende.

Ora, la disposizione va indiscutibilmente inserita nell’ambito delle forme di esecuzione indiretta e, nonostante l’equivocità della formulazione (“risarcimento del danno”), deve essere escluso un inquadramento in termini di responsabilità del genitore inadempiente che secondo le regole generali dovrebbe imporre al genitore istante la prova degli elementi oggettivi e soggettivi dell’illecito e del danno provocato²¹⁹.

Al contrario la qualificazione in termini di sanzione civile esonera l’istante non solo dall’onere di provare l’illecito e i suoi effetti, ma addirittura dalla istanza, nel senso che la misura può essere pronunciata dal giudice d’ufficio, trattandosi di adottare misure coercitive alla ottemperanza dei provvedimenti di affidamento e potestà²²⁰.

Peraltro una diversa lettura incontra poi il limite della condanna a favore del minore che non ha formulato alcuna domanda e non è neppure parte in causa²²¹.

Discutibile l’alternativa di una sanzione amministrativa²²², la quale pone dubbi di opportunità sia in relazione alla compiutezza delle sanzioni economiche già regolate, sia in ordine alla scarsissima tipizzazione delle condotte da sanzionare.

²¹⁹ Conf., Salvaneschi, Il processo civile di riforma in riforma, cit., 152; Caratta, sub art. 709-ter, in Le recenti riforme del processo civile, a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2007, 1568. *Contra*, Tommaseo, Le nuove norme sull’affidamento condiviso: b) profili processuali, in Fam. dir., 2006, 401, il quale inquadra nella natura di sanzione civile soltanto le ipotesi di cui ai nn. i e 4 dell’art. 709-ter c.p.c.; conf. Doronzo, op. cit., 625.

²²⁰ Va di contrario avviso chi, per le ipotesi dei nn. 2 e 3, 2° comma, dell’art. 709-ter, c.p.c., esclude l’inquadramento in termini di sanzione civile, privilegiando la teoria dell’illecito, così Tommaseo, loc. ult. cit.; Lupoi, op. cit., 2019.

²²¹ Tanto che la dottrina contraria si trova nella necessità di concepire un’istanza del minore, che non si rinviene nella disposizione, mediante curatore speciale ex art. 78 c.p.c., ancora Lupoi, op. cit., 2019.

²²² Sul carattere di *astreinte* e quindi di sanzione civile, in questo caso, non vi sarebbero dubbi, cfr. Salvaneschi, Il processo civile di riforma in riforma, cit., 152; utili riferimenti in Vullo, L’esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione europea, in Riv. dir. proc., 2004, 727 e Silvestri-Taruffo, v. Esecuzione forzata. III) Esecuzione forzata e misure coercitive, in Enc. giur., voi XIII, Milano, 1989, 2.

20. Contenuto sostanziale.

All'esito della comparizione, il presidente autorizza i coniugi a vivere separati e detta i *provvedimenti temporanei ed urgenti* che reputa opportuni nell'interesse dei coniugi e della prole.

Nonostante la disposizione indichi un contenuto generico, abbandonato alla discrezionalità del presidente, la pratica ha enucleato delle misure tipiche, che vengono emesse in funzione delle diverse fattispecie che si presentano:

a) in relazione ai *minori*, se esistenti, i provvedimenti di affidamento e di mantenimento, nonché qualora vi sia affidamento condiviso il luogo dove il minore fisserà la propria residenza e di conseguenza il provvedimento di assegnazione della casa coniugale; il diritto di visita del coniuge non affidatario o presso il quale il figlio non conviva stabilmente;

b) in relazione ai *coniugi*, l'autorizzazione a vivere separati²²³ e gli eventuali contributi economici, mantenimento o assegno divorzile, a favore del coniuge privo o con reddito o patrimonio inferiore, attribuzione in uso della casa coniugale.

La disposizione sembra generalizzare un'iniziativa officiosa del presidente nel pronunciare le misure, prescindendo da specifiche richieste di parte ed anche in senso contrario rispetto ad esse. Tuttavia, secondo un orientamento costante, il carattere officioso si giustifica per i provvedimenti a favore della prole e non invece per i provvedimenti riguardanti i coniugi, per i quali riprende vigore il principio dispositivo, in particolare quello della domanda. La giurisprudenza, conformandosi a quest'orientamento, ha escluso la tutela d'ufficio, in difetto di domanda, del diritto al mantenimento o all'assegno divorzile del coniuge²²⁴.

Presupposto dei provvedimenti presidenziali sono la temporaneità, l'urgenza e l'interesse.

Temporaneità, sotto il profilo in esame, significa che i provvedimenti sono destinati ad essere assorbiti, se si esclude la particolare ipotesi prevista dall'art.

²²³ Osserva F. Scardulla, *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio*, IV edizione, Giuffrè, p. 719 :“Vero è che il presidente autorizza i coniugi a vivere separati, ma tale autorizzazione non modifica lo stato coniugale, operando soltanto nel senso di consentire alle parti di omettere alcuni doveri senza versare in illecito”.

²²⁴ Tra le tante, Cass., 13 gennaio 2004, n. 270; Cass., 22 marzo 1993, in *Dir.fam.*, 1994, 839.

189 disp. att. c.p.c., dalla sentenza che chiude il processo. Pertanto essi non potranno avere un contenuto ulteriore rispetto a ciò che sarà definito nell'ambito del giudizio di separazione²²⁵.

La necessità che, per l'emanazione di ciascun provvedimento del presidente, ricorra il requisito dell'urgenza, comporta che, ove essa non sussista, questi può (anzi deve) non provvedere in ordine ad uno o più dei punti sopra indicati, corrispondendo l'elencazione riportata all'*id quod plerumque accidit*, in tema di urgenza, ma non ad una presunzione dell'esistenza di essa, che inibisca la normale valutazione del giudicante.

Per converso, non può escludersi che i provvedimenti presidenziali possano avere contenuti ulteriori rispetto alle decisioni sull'affidamento, l'assegno, la casa e la facoltà di visita, ove sussistano i presupposti indicati.

Ad esempio, il presidente potrà inibire alla moglie l'uso del cognome del marito o autorizzarla a non usarlo (art. 156-*bis* c.c.).

Il terzo elemento indicato dalla norma per l'emanazione dei provvedimenti presidenziali, più che un presupposto, è un criterio di merito, giacché stabilisce che i provvedimenti stessi debbano trovare giustificazione e avere costante riferimento a ciò che appare essere l'interesse "della prole e dei coniugi".²²⁶

Il carattere sommario della fase presidenziale esclude che il giudice possa fondare il suo convincimento su di una prova piena²²⁷, dovendo avere rilievo le dichiarazioni delle parti e dei loro difensori, la documentazione allegata agli atti

²²⁵ Ad esempio, poiché la comunione dei beni tra i coniugi si scioglie con il passaggio in giudicato della sentenza di separazione, ne consegue che, né il giudizio, né la sentenza stessa, possono contenere, non essendo ancora maturato l'indicato presupposto, alcun provvedimento, quali divisioni o attribuzione definitiva di beni, che a sua volta presupponga l'avvenuto scioglimento. Pertanto, neppure i provvedimenti presidenziali potranno avere tale oggetto. Ove i coniugi, affermando l'esistenza di ragioni di urgenza, chiedano in sede di comparizione l'attribuzione in proprietà di un bene facente parte della comunione legale, il presidente non potrà provvedere, in quanto il suo provvedimento non sarebbe "temporaneo" rispetto alla decisione del giudizio, ma, se dato, sopravviverebbe in modo anomalo ad essa, fino all'esito di un giudizio di scioglimento della comunione, del tutto autonomo. È evidente che ai motivi di urgenza dedotti dalle parti il presidente potrà dare diverse risposte, valendosi dei propri poteri, che la norma delinea in modo ampio, ma restando nell'ambito dell'oggetto del giudizio di separazione.

²²⁶ Si osservi che, rispetto alla formulazione precedente ("interesse dei coniugi e della prole") la norma attualmente in vigore inverte i termini, volendo rimarcare la prevalenza dell'attenzione in favore dei figli, specie se minori.

²²⁷ Balena, *Il processo di separazione personale dei coniugi*, in *Le riforme più recenti del processo civile*, a cura di Balena-Bove, Bari, 2006, p. 419; in senso contrario, Salvaneschi, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in *Fam. dir.*, 2006, 366 ss.

di causa dalle parti (in particolare le dichiarazioni dei redditi), l'audizione del minore, le indagini di polizia tributaria.

Quanto alla *audizione del minore*, si fa notare la contraddizione tra rito della separazione e rito divorzile, che ha conservato il carattere eccezionale e discrezionale dell'audizione (“qualora il presidente lo ritenga strettamente necessario”) e la disposizione dell'art. 155-*sexies*, 1° comma, c.c., dovuto alla legge n. 54 del 2006, che prima dell'emanazione anche provvisoria dei provvedimenti sulla prole impone l'audizione. A tal riguardo si ritiene che in difetto dell'audizione per così dire “obbligatoria” non pare che sia implicato lo scopo generale dell'istituto e che, quindi, sia difficile ricostruire una nullità processuale²²⁸.

Il presidente, come recita il 2° comma dello stesso art. 155-*sexies*, c.c., può sospendere ogni decisione e favorire una convergenza dei coniugi sulle questioni controverse mediante l'intervento di mediatori professionali (pur rimanendo indiscussa la necessità di una verifica degli accordi che possono eventualmente essere raggiunti, particolarmente nella parte in cui disciplinano gli interessi della prole).

Infine, l'ordinanza presidenziale ha oggi un contenuto ulteriore, in funzione della successiva fase di merito (art. 709 c.p.c.):

- 1) nomina del giudice istruttore e fissazione della udienza di trattazione;
- 2) fissazione della udienza in un lasso di tempo che consenta all'attore di notificare l'ordinanza al convenuto contumace, rispettando i termini dell'art. 163-bis c.p.c., ridotti a metà;
- 3) assegnazione all'attore di un termine per la comunicazione di memoria avente i contenuti della citazione (art. 163 c.p. c.);
- 4) assegnazione di un ulteriore termine al convenuto per costituirsi con comparsa ai sensi degli artt. 166 e 167 c.p.c., nonché per la proposizione delle eccezioni di rito e di merito riservate alla parte;

²²⁸ Così Balena, *Il processo di separazione personale dei coniugi*, in *Le riforme più recenti del processo civile*, a cura di Balena-Bove, Bari, 2006, p. 418; ma in senso contrario, Tommaseo, *Le nuove norme sull'affido condiviso: profili processuali*, in *Fam. dir.*, 2006, 397.

5) avvertimento al convenuto di costituirsi entro tale termine a pena di decadenza di domande ed eccezioni.

Si tratta di un evidente coordinamento con le esigenze postulate dal processo di rito ordinario secondo la nuova regolamentazione degli artt. 167 e 183 c.p.c.

L'ordinanza, con i contenuti indicati, dovrà poi essere notificata al convenuto eventualmente non comparso, nel termine perentorio fissato nella ordinanza stessa.

21. Reclamabilità dei provvedimenti presidenziali.

La questione sull'impugnabilità, o meglio, sulla reclamabilità dei provvedimenti emessi "nell'interesse dei coniugi e della prole" ha radici ben lontane ed è, in parte, collegata alla natura che si attribuisce ai suddetti provvedimenti.

Tuttavia, come alcuni autori²²⁹ fanno notare, in ordine all'impugnabilità o meno degli stessi, si è verificato un fenomeno singolare e paradossale al tempo stesso.

Infatti, sotto la vigenza del codice del 1865, se la disputa sulla natura dei provvedimenti presidenziali era animatissima, nessuno si preoccupava della loro impugnabilità, giacché essa era garantita sia che li si considerasse di volontaria giurisdizione²³⁰, sia che ad essi si attribuisse natura cautelare²³¹.

Con l'entrata in vigore del codice del 1940, invece, vuoi per l'affermarsi del principio secondo il quale tutti i provvedimenti emanati nel corso del processo dovevano essere impugnati solo alla fine, con la sentenza definitiva, vuoi per l'abuso del nome e dell'autorità di Chiovenda (per cui gli si attribuiva anche quello che non aveva mai detto: nella specie l'impugnabilità dei provvedimenti in questione), prevalse l'opinione che escludeva qualsiasi forma di

²²⁹ F. Cipriani, *L'impugnazione dei provvedimenti "nell'interesse dei coniugi e della prole" e il lento ritorno al garantismo*, in *Corr. giur.*, 1998, p. 211 ss.; C. M. Cea, *I Provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole e il reclamo cautelare*, in *Foro Italiano*, 2002, p. 264 ss.

²³⁰ Si riteneva che essi fossero impugnabili con reclamo al presidente della corte di appello in forza dell'art. 781 c.p.c. (vecchio codice), per il quale contro i provvedimenti camerale era dato reclamo all'autorità giudiziaria superiore. V. Cass. Roma 28 ottobre 1916, in *Giur. it.*, 1917, I, 10; Cass. Roma 16 agosto 1917, in *Giur. it.*, 1090; Cass. Regno 4 agosto 1941, n. 2735, in *Foro it.*, 1942, 140. Per ulteriori riferimenti v. Cipriani, *I provvedimenti presidenziali "nell'interesse dei coniugi e della prole"*, Napoli, 1970, p. 483.

²³¹ Erano impugnabili col reclamo al collegio ex art. 183 c.p.c. cod. 1865; Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli.

impugnazione²³², per cui l'unico rimedio possibile era la revoca e/o la modifica da parte del giudice istruttore che, peraltro, nella sua originaria formulazione presupponeva i "mutamenti nelle circostanze".

Quando ormai la natura cautelare sembrava un dato acquisito da parte della giurisprudenza²³³, entrò in vigore la novella 353/90 e, con essa, la nuova disciplina del procedimento cautelare uniforme; sicché, doveva sembrare scontata l'assoggettabilità dei suddetti provvedimenti al reclamo cautelare *ex art. 669 terdecies*.

Ma non fu così, giacché quel che sembrava scontato divenne improvvisamente opinabile e quei provvedimenti, che per circa mezzo secolo erano stati, almeno secondo le tesi prevalenti, cautelari, non furono più tali ai fini del reclamo²³⁴.

²³² Cipriani, *I provvedimenti presidenziali "nell'interesse dei coniugi e della prole"*, Napoli, 1970, p. 481 ss., il quale ritiene che "avverso quei provvedimenti non poteva proporsi nè reclamo al collegio *ex art. 178 c.p.c.* (perché non risolvevano questioni relative alla ammissibilità e/o alla rilevanza dei mezzi di prova), né ricorso per cassazione *ex art. 111 cost.* (perché, secondo l'A., erano atti di giurisdizione volontaria), né regolamento di competenza (perché erano ordinanze e non sentenze), né reclamo *ex art. 739 c.p.c.* (perché erano ordinanze e non decreti). Nello stesso senso C. Mandrioli, *I provvedimenti presidenziali*, Milano, Giuffrè, 1953, p. 87; Id., *Corso di diritto processuale civile*, III, pp. 230-231 testo e nt. 25-26. Con riferimento all'esclusione del ricorso straordinario in cassazione *ex art. 111 Cost.*, si veda: Cass., 4 settembre 1997, n. 8495, in *Famiglia e dir.*, 1997, 514, con nota di Vullo; Cass. 22 febbraio 1990, n. 1309, in *Foro it.*, Rep. 1990, voce *Separazione di coniugi*, n. 59; Cass. 22 maggio 1990, n. 4613, in *Foro it.*, Rep. 1990, voce *Separazione di coniugi*, n. 23; Cass. 28 ottobre 1983, *ivi*, Rep. 1983, id. voce, n. 85. Con riferimento all'esclusione del regolamento di competenza, si veda: Cass., 27 aprile 2006, n. 9688; Cass. 30 dicembre 1981, n. 6774, in *Foro it.*, Rep., 1981, voce *Separazione dei coniugi*, n. 47. Soltanto in caso di vizi formali di nullità dell'ordinanza presidenziale, si era consentita una impugnativa nelle forme dell'*actio nullitatis*: Cass., 25 gennaio 1989, n. 553, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1291 ss.

²³³ Come dimostrano le copiose sentenze della Cassazione, v., infatti, sulla scia di Cass. 1 dicembre 1966, n. 2823, in *Foro it.*, 1967, I, 273; Cass. 28 aprile 1977, n. 1607, in *Foro it.*, 1977, I, 1907 (a proposito del mantenimento); Cass. 30 dicembre 1981, n. 6774, in *Foro it.*, Rep., 1981, voce *Separazione di coniugi*, n. 47 (che esclude l'impugnabilità col regolamento di competenza); Cass. 10 maggio 1984, n. 2864, in *Foro it.*, 1984, voce cit., n. 47 (ancora a proposito del mantenimento); Cass. 14 febbraio 1986, n. 878, in *Foro it.*, 1986, voce cit., n. 67 (con riferimento alla casa coniugale); Cass. 22 maggio 1990, n. 4613, in *Foro it.*, 1990, voce cit., n. 23 (che esclude il ricorso *ex art. 111 Cost.* avverso il provvedimento di affidamento della prole). Dopo il 1990 v. Cass. 18 settembre 1991, n. 9728, in *Foro it.*, 1991, voce cit, n. 48, e Cass. 12 aprile 1994, n. 3415, in *Foro it.*, 1994, voce cit, n. 74, entrambe a proposito del mantenimento.

²³⁴ A tal riguardo, Salvaneschi, *Provvedimenti presidenziali nell'interesse dei coniugi e della prole e procedimento cautelare uniforme*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, p.1062, osserva: "se la natura cautelare di un provvedimento non implica, di per sé, l'applicazione del nuovo processo cautelare grazie alla riserva di compatibilità, allo stesso modo l'attribuzione ad un provvedimento di una natura diversa da quella cautelare non è, in quanto tale, idonea ad escludere l'applicazione analogica di alcune norme del nuovo rito". Ed, infatti, seppur dall'analisi effettuata dalla stessa emerge la possibilità di una applicazione limitatissima della disciplina cautelare ai provvedimenti presidenziali, l'A. non crede che "queste conclusioni siano idonee a snaturare i provvedimenti in esame che, pur disciplinati in modo autonomo in ragione della loro specialità, mantengono intatte

La tesi dell'irreclamabilità, sia pure con qualche significativa eccezione in dottrina²³⁵, ebbe successo non solo in dottrina²³⁶, ma anche presso giudici di merito²³⁷.

le caratteristiche che ne hanno consentito la qualificazione come cautelari". In particolare, ritiene che "il legislatore del '90 nel dettare l'art. 669 *quaterdecies* c.p.c. avesse ben chiaro che possono esistere ed esistono provvedimenti cautelari cui non si adatta la nuova disciplina uniforme e che mantengono pertanto inalterato il loro regime di specialità, senza che questo possa incidere sulla natura cautelare del provvedimento esaminato".

²³⁵ Attardi, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991, 270; (Vaccarella, Capponi e Cecchella, *Il processo civile dopo le riforme*, Torino, 1992, 351. E v. anche, proprio a proposito dell'esclusione del reclamo, le perplessità di Tommaseo, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da Cian-Oppo-Trabucchi, VI, I, Padova, 1993, 286 ss. e nota 132; Tommaseo, *Variazioni sulla clausola di compatibilità* (Note in margine all'art. 669-*quaterdecies* c.p.c.), in *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, III, 630; C. M. Cea, *I Provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole e il reclamo cautelare*, in *Foro Italiano*, 2002, p.263 ss.

²³⁶ Consolo (Luiso e Sassani), *La riforma del processo civile*, Milano, 1991, 547; Verde (e Di Nanni), *Codice di procedura civile*, Torino, 1993, 446; Oberto, *Il nuovo processo cautelare*, Milano, 1992, 141; Salvaneschi, *Provvedimenti ex art. 708 c.p.c. e nuovo rito cautelare*, in *Fam. e dir.*, 1994, 65 ss. e *Provvedimenti presidenziali nell'interesse dei coniugi e della prole e procedimento cautelare uniforme*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 1079 ss.; Proto Pisani, *Procedimenti cautelari*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1991, 41; Id., *Lezioni di diritto processuale civile*, 2ª ed., Napoli, 1996, 734 ss.; Dogliotti, *Separazione e divorzio*, 2ª ed., Torino, 1995, 60; Carpi-Graziosi, *Procedimenti in tema di famiglia*, in *Dig. civ.*, XIV, Torino, 1996, 540; Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, 12ª ed., III, Torino, 1998, 249; Monteleone, *Diritto processuale civile*, III, Padova, 1998, 306 e 376 ss. Nel senso che l'applicazione del procedimento cautelare uniforme all'ordinanza presidenziale dell'art. 708 dovrebbe escludersi anche laddove se ne ammettesse la natura cautelare: Olivieri, *I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 688 ss., spec. 731 ss.; Costantino, *Quattro interventi sulla riforma della giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 431 ss., spec. 454 ss.

²³⁷ Trib. Roma 27 gennaio 1994 in *Foro it.*, 1994, I, 1216 afferma: "pur se a volte è stata affermata la natura cautelare, i provvedimenti in parola non si presentano tali...volta che hanno necessariamente un contenuto di c.d. anticipazione degli effetti della futura decisione di merito, contenuto solo eccezionalmente proprio delle misure cautelari, che tendono invece alla mera assicurazione di quegli effetti" e Trib. Catania 21 luglio 1993, in *Foro it.*, 1994, I, 1216. In particolare il Trib. Trani ord. 26 novembre 1997, in *Foro it.*, 1998, I, 232, fonda il suo convincimento sulla constatazione che tale ordinanza è sempre modificabile dal giudice istruttore, e quindi la sua reclamabilità sembrerebbe un rimedio eccessivo: "Non può sottacersi che, alla luce di un'ormai consolidata giurisprudenza, le statuizioni adottate dal Presidente del Tribunale ex art. 708 c.p.c. ovvero dal giudice istruttore ai sensi del comma 4 della predetta disposizione, sono sempre modificabili, anche in esito ad una rivalutazione degli stessi elementi sulla cui base sono state emesse. Tanto, anche sulla scorta dell'applicazione analogica dell'art. 4, comma 8, della l. 898/70, come sostituito dall'art. 8, l. 6 marzo 1987, n. 74, espressamente consentita dall'art. 23 legge cit., il quale, nel prevedere, in tema di divorzio, la possibilità di revoca o modifica dell'ordinanza presidenziale, non subordina l'esercizio di tale potere da parte dell'istruttore all'intervento di un qualche mutamento delle circostanze, consentendo, dunque, anche una diversa valutazione degli elementi di fatto già noti al presidente". Ancora il Trib. Pavia ord. 9 gennaio 1997, in *Foro It.*, 1998, I, 232, afferma che i provvedimenti in questione non hanno natura cautelare in senso stretto: "I provvedimenti in questione non hanno (...) natura cautelare in senso stretto presentando effetti ultrattivi rispetto al giudizio di merito. Essi non perdono efficacia in caso di estinzione del giudizio di merito (v. art. 189, comma 2, disp. att. c.p.c.) e superano il rapporto di strumentalità-accessorietà rispetto al giudizio di merito. Agli stessi non è dunque applicabile la disciplina degli artt. 669 ss. c.p.c. e in particolare dell'art. 669-*terdecies* c.p.c.". Poi Trib. Arezzo, ord.11 giugno 1997, in *Foro it.*, 1998, 2285; Trib. di Foggia, ord. 30 luglio 2001, in

Dunque, dottrina e giurisprudenza, “quasi in combutta tra loro”, per escludere l’applicabilità dell’art. 669-terdecies avverso i provvedimenti presidenziali fecero leva sul carattere ufficioso degli stessi, sulla lettera dell’art. 669-quaterdecies, che non consente di assoggettare al reclamo i provvedimenti ex art. 708, nonché sull’art. 189, comma 2, disp. att. c.p.c. che, nel prevedere la sopravvivenza dei provvedimenti in questione all’estinzione del giudizio, ne escludeva la strumentalità²³⁸.

Nel 2001 il Tribunale di Genova²³⁹, sia pure limitando il suo discorso alle decisioni sulla prole, ammise per la prima volta la reclamabilità ex art. 669-terdecies c.p.c. dei provvedimenti del giudice istruttore ex art. 708 c.p.c.

Negli anni successivi, però, benché il Tribunale di Genova ribadì il suo orientamento²⁴⁰ e riscosse consensi in dottrina, le cose non cambiarono affatto nella realtà applicativa, tant’è vero che la tesi contraria ad ogni impugnazione dei provvedimenti “nell’interesse dei coniugi e della prole” fu riaffermata dal Trib.

Foro it., 2002, 264 con nota di Cea, *I provvedimenti nell’interesse dei coniugi e della prole e il reclamo cautelare*; Trib. Brindisi, ord. 12 agosto 2003 e Trib. Verona, ord. 20 febbraio 2003, in *Foro it.*, 2003, 3156 con nota di Cipriani, *Ancora sull’impugnabilità dei provvedimenti “nell’interesse dei coniugi e della prole”* e in *Foro it.*, 2004, 624, con nota di M.C. Cea, *Il problema del controllo dei provvedimenti nell’interesse dei coniugi e della prole tra omissioni e formalismi*; Trib. Bari, ord. 23 dicembre 2004, in *Foro It.*, 2005, 1244.

²³⁸ Si osservi che Cipriani, *I provvedimenti presidenziali “nell’interesse dei coniugi e della prole”*, Napoli, 1970, p. 377, indicava, quale ulteriore elemento di differenziazione dalle misure cautelari, che il fine perseguito dai provvedimenti in esame non era l’interesse di una delle parti del procedimento, ma quello di entrambe o, meglio, quello superiore del nucleo familiare, comprensivo dei figli che sono soggetti terzi rispetto al procedimento di separazione ed a quello di divorzio. Tuttavia, Salvaneschi, *Provvedimenti presidenziali nell’interesse dei coniugi e della prole e procedimento cautelare uniforme*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 1079 ss, osserva che la circostanza che l’interesse perseguito dal presidente non sia quello dell’uno o dell’altro coniuge, ma quello dell’intero nucleo familiare, si spiega tenendo presente il contenuto della successiva pronuncia di merito, i cui effetti i provvedimenti presidenziali tentano di anticipare.

²³⁹ Trib. Genova, ord. 16 marzo 2001 in *Foro it.*, 2001, I, 2356, con osservazioni di Cipriani. In questo caso il Tribunale risolse il problema facendo leva sulla disparità di trattamento tra i provvedimenti emanati dal g.i. nel corso del giudizio di separazione, per i quali non era prevista alcuna impugnazione, e i provvedimenti in materia minorile adottati dal tribunale per i minorenni, per i quali era ed è espressamente prevista l’impugnabilità con reclamo alla corte d’appello

²⁴⁰ Trib. Genova, (ord.) 7 marzo 2002 in *Foro it.*, *Rep.*, 2002, voce *Separazione di coniugi*, n. 72; Trib. Genova, (ord.) 10 gennaio 2004, in *Foro it.*, 2004, c. 931 con osservazioni di Cipriani; Trib. Genova, (ord.) 16 febbraio 2004, in *Foro it.*, 2004, I, c. 904 con osservazioni di Cipriani; Trib. Genova, (ord.) 10 maggio 2004, in *Foro it.*, 2004, I, c. 2534, con nota di Cipriani, *Sulla reclamabilità dei provvedimenti presidenziali ex art. 708 c.p.c.*, in cui il Tribunale di Genova, pur escludendola nel caso di specie, ammette la reclamabilità ex art. 669 terdecies dei provvedimenti presidenziali nel caso in cui il presidente nomini se stesso quale istruttore della causa. Si osservi, però, che l’orientamento genovese non si è espresso a favore della reclamabilità delle ordinanze presidenziali, ritenendo queste comunque revocabili o modificabili dal giudice del giudizio di merito, bensì a favore dei provvedimenti di quest’ultimo.

Foggia 30 luglio 2001²⁴¹, dal Trib. Brindisi (ord. 12/08/2003) dal Trib. Verona (ord. 20/02/2003)²⁴², tutti d'accordo nell'escludere il reclamo al collegio.

Tuttavia, a ben guardare, le argomentazioni adottate dai giudici di merito, già all'epoca, sembrarono poco convincenti e facilmente superabili.

In particolare, in ordine alla possibilità di essere pronunciate d'ufficio, senza, cioè, che fosse necessaria a tal fine l'istanza di parte, si osservò prima di tutto che si trattava di una caratteristica del tutto eventuale e di solito meramente teorica, attenuata per di più dal fatto che i provvedimenti relativi alla prole, dovendo essere dati nell'esclusivo interesse della stessa (art. 155 c.c.), prescindono dal principio della domanda e dai suoi limiti²⁴³. Ma l'obiezione decisiva si fondava sul fatto che l'ordinamento prevedeva, e prevede tuttora, altre ipotesi di misure cautelari pronunciate d'ufficio: si pensi alla possibilità riconosciuta al giudice delegato, *ex art.* 146, 3° comma, 1. fall., di “disporre le opportune misure cautelari” nei confronti degli amministratori e dei liquidatori delle società, nell'autorizzare la proposizione delle azioni di responsabilità *ex art.* 2393 e 2394 c.c. In quest'ipotesi, la Corte costituzionale²⁴⁴, nel giustificare il potere del giudice di adottare provvedimenti cautelari di ufficio, ha richiamato gli aspetti

²⁴¹ In *Foro It.* 2002, I, p. 263 ss. con nota di Cea, *I provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole e il reclamo cautelare*, in *Foro it.*, 2002, I, 264. Il Tribunale di Foggia, pur non negando che i provvedimenti in esame assolvono una funzione latamente cautelare, “in quanto attraverso di essi viene composto, in via anticipatoria, il conflitto di interessi tra i coniugi sugli aspetti sia economici che personali della separazione o del divorzio, in attesa che il relativo giudizio sia definito con la sentenza di merito” esclude che gli stessi abbiano natura cautelare in senso stretto, “essendo inquadrabili nella categoria dei provvedimenti sommari non cautelari aventi una funzione anticipatrice della futura sentenza di merito”.

²⁴² Entrambe in *Foro It.*, 2003, c. 3156 con nota adesiva di Cipriani, *Ancora sull'impugnabilità dei provvedimenti “nell'interesse dei coniugi e della prole”*. In particolare il Tribunale di Brindisi ha escluso il reclamo in linea di principio, ma non nel caso di specie, in quanto ha rilevato che il provvedimento dell'istruttore era stato chiesto da una delle parti facendo valere proprio l'urgenza e il pericolo di un danno grave e irreparabile: *ergo*, ha detto il tribunale brindisino, il g.i., in realtà, aveva provveduto *ex art.* 700 c.p.c. e perciò il suo provvedimento era reclamabile *ex art.* 669 *terdecies*.

²⁴³ F. Cipriani, *L'impugnazione dei provvedimenti “nell'interesse dei coniugi e della prole” e il lento ritorno al garantismo*, in *Corr. giur.*, 1998, p. 211 ss. Secondo una corretta esegesi degli artt. 155 e 156 c.c. non tutti i provvedimenti in questione sono adottabili d'ufficio, ma solo quelli nell'interesse della prole, non essendoci dubbi in ordine alla natura disponibile dell'assegno in favore del coniuge.

²⁴⁴ Corte cost. 8 maggio 1996, n. 148, in *Foro it.*, 1996, I, 1908 ss., spec. 1911, e 2648, con nota di Fabiani, *L'art. 146 l. fall.: problemi di costituzionalità e di compatibilità con il procedimento cautelare uniforme ex art. 669 bis ss. c.p.c.* e in *Corr. Giur.*, 1996, 8, 879 con commento di C. Consolo, *La Consulta e l'imparzialità del giudice nella tutela cautelare in ambito fallimentare*.

pubblicistici della disciplina fallimentare, ed ha chiarito che contro tali misure è esperibile il reclamo immediato al collegio, *ex art. 669 terdecies c.p.c.*²⁴⁵.

È chiaro, dunque, che se la Corte costituzionale assicurava che l'eventuale ufficiosità delle misure cautelari *ex art. 146 comma 3, 1. fall.* non era di ostacolo all'assoggettamento delle stesse alle regole di cui agli artt. 669-bis ss. c.p.c. e, in particolare, al reclamo, non c'era motivo per negare che lo stesso valeva anche per i provvedimenti presidenziali. Si poteva quindi concludere che, come nel caso della disciplina fallimentare la deroga al principio della domanda veniva giustificata per gli aspetti pubblicistici di quella normativa, così nel nostro caso poteva invocarsi la peculiarità della disciplina familiare, in cui vengono coinvolte situazioni sostanziali di enorme rilevanza.

Quanto alla lettera dell'art. 669-*quaterdecies*, si osservava, se è vero che questa norma non richiama l'art. 708, pure vero è che essa richiama i provvedimenti cautelari previsti dal codice civile e dalle leggi speciali. Pertanto, poiché i provvedimenti "nell'interesse dei coniugi e della prole" possono essere pronunciati anche in forza di una legge speciale, quale è quella sul divorzio (art. 4, 1. 1° dicembre 1970, n. 898); e poiché non ha ovviamente alcun senso distinguere i provvedimenti *ex art. 708 c.p.c.* da quelli *ex art. 4 1. div.*, è chiaro che l'argomento portava al massimo a dubitare della legittimità dell'art. 669-*quaterdecies* nella parte in cui assoggetta a reclamo i provvedimenti *ex art. 4 1. div* e non anche gli identici provvedimenti *ex art. 708 c.p.c.*²⁴⁶, ma non ad escludere la possibilità di proporre reclamo ai sensi dell'art. 669 *terdecies c.p.c.*

²⁴⁵ A tal riguardo F. Cipriani, *L'impugnazione dei provvedimenti "nell'interesse dei coniugi e della prole" e il lento ritorno al garantismo*, in *Corr. giur.*, 1998, p. 211 ss. osserva "ove la Corte afferma che avverso questi provvedimenti sono ammessi i normali mezzi di impugnazione, a cominciare dall'immediato reclamo al collegio, è chiaro che ha inteso riferirsi al reclamo *ex art. 669-terdecies c.p.c.* (che esclude la presenza del giudice delegato nel collegio) e non certo a quello, molto meno garantistico, di cui all'art. 26 1. fall. (che prevede l'aberrante presenza del giudice *a quo* nel collegio *ad quem*".

²⁴⁶ In ogni caso si potrebbe condividere il pensiero di C. M. Cea, *I Provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole e il reclamo cautelare*, in *Foro Italiano*, 2002, p.263 ss: "se proprio si vuol insistere sul formalismo, avendo appreso da tempo che con la logica formale si dimostra tutto e il contrario di tutto, potrei agevolmente replicare che anche i provvedimenti presidenziali pronunciati nel corso del giudizio di separazione sono misure cautelari contemplate da una legge speciale: e ciò in virtù del fatto che ai giudizi di separazione, finché non sarà emanato un nuovo codice di rito, si applica, se compatibile, la disciplina dettata dall'art. 4 della legge sul divorzio, che giustappunto prevede che il presidente, fallito il tentativo di conciliazione, adotti, anche d'ufficio, i

Infine, analizzando l'argomento "forte" utilizzato per escludere la natura cautelare dei provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole: vale a dire la sopravvivenza all'estinzione garantita dall'art. 189, 2° comma, disp. att. c.p.c., non c'è dubbio che tale norma ha costituito un serio ostacolo alla possibilità di ricostruire i provvedimenti in esame in senso cautelare, posto che l'ultrattività dei provvedimenti sembrava escludere il requisito della strumentalità.

Tuttavia, a prescindere dalle considerazioni sulla perdita di importanza dell'art. 189 disp. att. nell'attuale contesto normativo²⁴⁷, si è osservato che la norma in questione non costituisce un ostacolo insormontabile per l'attribuzione della natura cautelare ai provvedimenti presidenziali²⁴⁸. Infatti, nell'analizzare la suddetta norma non è sufficiente soffermarsi a prendere atto della sopravvivenza delle ordinanze presidenziali all'estinzione del giudizio, ma è necessario un ulteriore sforzo diretto a valutare e comprendere dinanzi a quale tipo di ultrattività ci si trova, dal momento che nel nostro ordinamento il fenomeno della sopravvivenza dei provvedimenti sommari all'estinzione del giudizio si verifica in due diversi ambiti.

In un caso, nell'ambito del decreto ingiuntivo (art. 653 c.p.c.), l'ultrattività all'estinzione del giudizio è fortissima, in quanto è destinata alla definitiva stabilizzazione degli effetti del provvedimento (e, quindi, almeno secondo gli orientamenti prevalenti, alla produzione del giudicato sostanziale); nell'altro (art. 189 disp. att. c.p.c.) l'ultrattività è più tenue, dal momento che per caducare l'ordinanza presidenziale sopravvissuta all'estinzione del giudizio, è sufficiente la mera riproposizione della domanda di separazione.

provvedimenti temporanei ed urgenti che reputa opportuni nell'interesse della prole e dei coniugi (art. 23 l. 74/87)".

²⁴⁷ Cipriani, *L'impugnazione dei provvedimenti "nell'interesse dei coniugi e della prole" e il lento ritorno al garantismo*, in *Corr. giur.*, 1998, p. 787 ss. L'articolo in esame veniva utilizzato per consentire ai coniugi, in un periodo in cui il matrimonio era indissolubile ed esisteva solo la separazione per colpa e per mutuo consenso, di ottenere con la pronuncia dei provvedimenti presidenziali l'autorizzazione a vivere separati, che conservava la sua efficacia anche dopo l'estinzione del processo. È fu proprio questa caratteristica che favorì il diffondersi di quel fenomeno che l'A. definì *tertium genus* di separazione. Infatti, in questo modo i coniugi, una volta ottenuto dal presidente la pronuncia del provvedimento contenente l'autorizzazione a vivere separati, non erano più costretti a dover proseguire il giudizio per accertare la presenza della colpa, bensì lo abbandonavano.

²⁴⁸ C. M. Cea, *I Provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole e il reclamo cautelare*, in *Foro Italiano*, 2002, p. 263 ss.

È evidente, dunque, che l'ultrattività di cui all'art. 189 disp. att. c.p.c. è debole, rispetto a quella garantita dall'art. 653 c.p.c., per cui sarebbe, forse, più corretto parlare, come è stato proposto²⁴⁹, di "attenuazione", e non di totale scomparsa della strumentalità, per riuscire a spiegare la possibilità di sostituire i provvedimenti sopravvissuti all'estinzione con altri adottati nel nuovo giudizio di separazione.

Inoltre, quest'ultimo argomento, se poteva incontrare dei consensi nel passato, si è indebolito a seguito delle successive evoluzioni nel nostro ordinamento.

Basti pensare al rito societario introdotto nel nostro ordinamento dal d.lgs. 5/03 (destinato ad entrare in vigore dal 1° gennaio 2004) ed in particolare alla disciplina prevista per il procedimento cautelare (art. 23-24).

Invero, con riferimento alle ipotesi di giudizio cautelare *ante causam*, ove si sia in presenza di misure di stampo anticipatorio, il requisito della strumentalità si rivela molto più attenuato di quanto non risulti per i provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole in virtù dell'ultrattività *ex art. 189 disp. att. c.p.c.*

Infatti, non è più previsto l'onere di instaurare il giudizio di merito dopo la concessione del provvedimento cautelare, con la conseguenza che lo stesso conserva la sua efficacia anche se non viene iniziata la causa di merito (art. 23, 1° comma).

Peraltro, l'attenuazione del requisito della strumentalità è ulteriormente ribadita dagli artt. 23, 4° comma, e 24, 3° comma, i quali prevedono la sopravvivenza, all'estinzione del giudizio di merito, delle misure cautelari di stampo anticipatorio.

Eppure, nonostante si sia in presenza del superamento dei tradizionali schemi della tutela cautelare, le misure cautelari previste dal nuovo rito societario sono soggette al reclamo *ex art. 669 terdecies c.p.c.* (art. 23, 5° comma). Sicché, se ad onta dell'ultrattività, i provvedimenti *ex art. 23 e 24 d.lgs. 5/03*, continuano ad essere definiti cautelari e sono soggetti al reclamo cautelare, non ci sarebbe ragione per continuare ad utilizzare l'art. 189 disp. att. c.p.c. per negare la natura

²⁴⁹ C. M. Cea, *Il problema del controllo dei provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole tra omissioni e formalismi*, in *Foro Italiano*, 2004, p. 624 ss.

cautelare dei provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole e, di conseguenza, l'esperibilità del reclamo *ex art. 669 terdecies* c.p.c.

Ma c'è di più, il legislatore, con la riforma realizzata dalla l. n. 80/2005, la stessa che, in parte, ha modificato i procedimenti di separazione giudiziale, ha introdotto nel nostro ordinamento una forma di strumentalità c.d. attenuata, in base alla quale il provvedimento cautelare emanato prima dell'inizio della causa di merito conserva efficacia anche se la causa di merito non sia instaurata o successivamente alla sua instaurazione si estingua (art. 669-*octies*, 6° e 7° comma). Inoltre, precisa il legislatore, il regime di strumentalità c.d. attenuata si applica "ai provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell'art. 700 c.p.c. e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, previsti dal codice civile o da leggi speciali, nonché ai provvedimenti emessi a seguito di denuncia di nuova opera o di danno temuto ai sensi dell'art. 688 c.p.c.". È evidente, dunque, che di fronte queste modifiche viene meno anche il terzo motivo utilizzato dalla dottrina e dalla giurisprudenza per escludere la possibilità di reclamare i provvedimenti presidenziali: se gli stessi provvedimenti cautelari, a fronte di una strumentalità c.d. attenuata, sono soggetti al reclamo, non c'è più ragione per escludere il medesimo rimedio nei confronti delle ordinanze presidenziali²⁵⁰. Né è possibile argomentare che la suddetta disciplina si applica solo nei confronti delle misure cautelari a contenuto anticipatorio, dal momento che non si è mai dubitato che le ordinanze presidenziali mirino, attraverso la tecnica dell'anticipazione²⁵¹, a regolare in via provvisoria il regime della separazione e del divorzio. Esse tendono, cioè, a disciplinare, per il tempo necessario allo svolgimento del giudizio di merito, quegli aspetti relativi alle

²⁵⁰ C.M. Cea, *I processi di separazione e divorzio all'indomani della promulgazione della L. n. 80/2005*, in Riv. Dir. Civ. n. 2/2006, p. 103 ss. in part. p. 130 nt.105, "Addirittura si potrebbe sostenere che per i provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole il requisito della strumentalità sia ancor più rigido rispetto alle altre misure cautelari anticipatorie previste dal rito commerciale e dalla disciplina comune, dal momento che per i primi, in caso di estinzione del giudizio, la possibilità di ottenere la revoca e la modifica è condizionata dalla proposizione di una nuova domanda di separazione o divorzio; per gli altri, invece, la revoca e/o modifica possono conseguirsi anche senza instaurare un nuovo giudizio di merito (art. 669 *decies*, comma 2, c.p.c., applicabile, *ex art 23*, comma 4, d. lgs. 5/2003, anche al rito commerciale).

²⁵¹ Per una nozione dei provvedimenti presidenziali quali provvedimenti anticipatori, di cui si esclude tuttavia la natura cautelare, C. Mandrioli, *I provvedimenti presidenziali*, Milano, Giuffrè, 1953, p. 5.

modalità del regime di vita dei coniugi e della prole che troveranno assetto definitivo nell'ambito della pronuncia di merito²⁵².

Ed è così che il legislatore, di fronte a questo perdurante contrasto giurisprudenziale²⁵³ e dottrinario²⁵⁴, di fronte alle incessanti richieste di introdurre uno strumento di garanzia avverso questi provvedimenti²⁵⁵, ha finalmente

²⁵² In tal senso Salvaneschi, *Provvedimenti presidenziali nell'interesse dei coniugi e della prole e procedimento cautelare uniforme*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 1079 ss.

²⁵³ Il reclamo è stato ammesso: a) nei confronti dei provvedimenti pronunciati del g.i. relativi ai minori da Trib. Genova, (ord.) 16 marzo 2001 in *Foro it.*, 2001, I, 2356, con osservazioni di Cipriani; nonché Trib. Genova, (ord.) 7 marzo 2002 in *Foro it.*, *Rep.*, 2002, voce *Separazione di coniugi*, n. 72; Trib. Genova, (ord.) 22 novembre 2004 e Trib. Rovereto (ord.) 18 febbraio 2005, in *Foro It.*, 2005, I, p. 1591; b) nei confronti dei provvedimenti pronunciati del g.i. relativi ai coniugi nei giudizi di separazione Trib. Genova, (ord.) 10 gennaio 2004, in *Foro it.*, 2004, c. 931 con osservazioni di Cipriani; Trib. Genova, (ord.) 10 maggio 2004, in *Foro it.*, 2004, I, c. 2534, con nota di Cipriani, *Sulla reclamabilità dei provvedimenti presidenziali ex art. 708 c.p.c.*, in cui il Tribunale di Genova, pur escludendola nel caso di specie, ammette la reclamabilità ex art. 669 *terdecies* dei provvedimenti presidenziali nel caso in cui il presidente nomini se stesso quale istruttore della causa; Trib. Genova, (ord.) 22 novembre 2004 in *Foro It.*, 2005, I, p. 1591; c) nei confronti dei provvedimenti relativi ai coniugi nei giudizi di divorzio Trib. Genova, (ord.) 16 febbraio 2004, in *Foro it.*, 2004, I, c. 904. Al contrario il reclamo non è stato ammesso da Trib. Bari, ord. 23 dicembre 2004, in *Foro It.*, 2005, 1244; Trib. Brindisi, (ord.) 12 agosto 2003 e Trib. Verona (ord.) 20 febbraio 2003, in *Foro It.*, 2003, I, c. 3156, con nota di Cipriani, *Ancora sull'impugnabilità dei provvedimenti "nell'interesse dei coniugi e della prole"* e con nota di Cea, *Il problema del controllo dei provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole tra omissioni e formalismi*, *Foro It.*, 2004, c. 624; Trib. di Foggia, (ord.) 30 luglio 2001, in *Foro It.*, 2002, c. 264, con nota di Cea, *I provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole e il reclamo cautelare*; Trib. Trani 26 novembre 1997 e Trib. Pavia 9 gennaio 1997, in *Foro it.*, 1998, I, 232; Trib. Arezzo 11 giugno 1997, in *Foro it.*, 1998, 2285; Trib. Roma 27 gennaio 1994 e Trib. Catania 21 luglio 1993, in *Foro it.*, 1994, I, 1216.

²⁵⁴ A favore della tesi dell'irreclamabilità: Consolo (Luiso e Sassani), *La riforma del processo civile*, Milano, 1991, 547; Verde (e Di Nanni), *Codice di procedura civile*, Torino, 1993, 446; Oberto, *Il nuovo processo cautelare*, Milano, 1992, 141; Salvaneschi, *Provvedimenti ex art. 708 c.p.c. e nuovo rito cautelare*, in *Fam. e dir.*, 1994, 65 ss. e *Provvedimenti presidenziali nell'interesse dei coniugi e della prole e procedimento cautelare uniforme*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 1079 ss.; Proto Pisani, *Procedimenti cautelari*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1991, 41; Id., *Lezioni di diritto processuale civile*, 2^a ed., Napoli, 1996, 734 ss.. Nel senso che l'applicazione del procedimento cautelare uniforme all'ordinanza presidenziale dell'art. 708 dovrebbe escludersi anche laddove si ammettesse la natura cautelare Olivieri, *I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 688 ss., spec. 731 ss.; Costantino, *Quattro interventi sulla riforma della giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 431 ss., spec. 454 ss. *Contra* Attardi, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991, 270; (Vaccarella, Capponi e) Cecchella, *Il processo civile dopo le riforme*, Torino, 1992, 351. E v. anche, proprio a proposito dell'esclusione del reclamo, le perplessità di Tommaseo, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da Cian-Oppo-Trabucchi, VI, I, Padova, 1993, 286 ss. e nota 132; C. M. Cea, *I Provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole e il reclamo cautelare*, in *Foro Italiano*, 2002, p.263 ss.

²⁵⁵ Si veda Cipriani, *L'impugnazione dei provvedimenti "nell'interesse dei coniugi e della prole" e il lento ritorno al garantismo*, in *Corr. giur.*, 1998; Cea, *I provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole e il reclamo cautelare*, in *Foro It.*, 2002, c. 264.

previsto, con la legge n. 54/2006, la possibilità di proporre reclamo alla corte d'appello²⁵⁶ avverso l'ordinanza presidenziale²⁵⁷ (art. 708, 4° comma, c.p.c.).

Prima della legge n. 54/2006, il regime dei provvedimenti presidenziali era stato toccato solo in modo indiretto dalla legge n. 80/2005. Quest'ultima, infatti, aveva adeguato il dettato dell'ultimo comma dell'art. 708 c.p.c.²⁵⁸ con quella che ne era già la prevalente interpretazione giurisprudenziale (ovvero della libera modificabilità e revocabilità dell'ordinanza ad opera del giudice istruttore, a prescindere dalla sussistenza di nuove circostanze), e l'aveva collocata nel corpo normativo dell'art. 709 c.p.c..

Il reclamo previsto contro l'ordinanza presidenziale non è il reclamo cautelare *ex art. 669-terdecies* c.p.c., bensì il reclamo previsto dall'art. 739 c.p.c.²⁵⁹, in materia di procedimento in camera di consiglio. Induce a tale conclusione non tanto il riferimento alla "pronuncia in camera di consiglio" (a cui, peraltro, rinvia lo stesso art. 669-terdecies, comma 3°), quanto, piuttosto, l'individuazione della corte

²⁵⁶ Secondo autorevole dottrina, la *ratio* dell'attribuzione della competenza a decidere sul reclamo alla Corte d'Appello sarebbe rappresentata dalla "preoccupazione che i giudici del tribunale, chiamati a sindacare il contenuto di un provvedimento reso dal loro presidente, potessero essere condizionati da una sorta di timore reverenziale, e quindi non essere del tutto liberi nel giudizio", ed altresì nella maggior idoneità del giudice distrettuale a garantire una certa uniformità di interpretazione e parità di trattamento, beni che, a giudizio della predetta dottrina, avrebbero in passato scontato non pochi cedimenti: A. Graziosi, *Profili processuali della L. n.54 del 2006 sul c.d. affidamento condiviso dei figli*, in *Famiglia e Diritto*, 2006, p.1856.

²⁵⁷ Casaburi, *I nuovi istituti di diritto di famiglia(norme processuali ed affidamento condiviso): prime istruzioni per l'uso*, in *Giur. merc. spec.*, marzo 2006, p. 25, ritiene che il reclamo in corte d'appello appare pacificamente trasferibile ai provvedimenti presidenziali emessi nel giudizio di divorzio.

²⁵⁸ L'art. 708 c.p.c. nella sua precedente formulazione disponeva che "Se si verificano mutamenti delle circostanze, l'ordinanza del presidente può essere revocata o modificata dal giudice istruttore a norma dell'art. 177". Osserva, a tal riguardo, L. Salvaneschi, *Alcuni profili processuali della legge sull'affido condiviso*, in *Riv. dir. proc.* n. 4/2006, "la libera modificabilità dei provvedimenti presidenziali mi pare connaturale ai procedimenti di separazione e divorzio come disciplinati dalla l. n. 80/2005. Non si può dimenticare infatti che la nuova disciplina del reclamo di cui all'art. 708 c.p.c. si innesta su un sistema che prevede che la costituzione del convenuto avvenga dopo la fase presidenziale e che anche le difese complete dell'attore seguano la fase stessa. Ne nasce un sistema in cui i provvedimenti presidenziali possono essere pronunciati, e passare attraverso il vaglio della Corte d'appello, anche sulla sola base delle informazioni ricavate dalla prospettazione sommaria dei fatti narrata dall'attore nel ricorso introduttivo e da quelle acquisite oralmente dal convenuto nel corso dell'udienza presidenziale. Con questo schema procedimentale diviene quindi normale che il giudice istruttore possa poi modificare i provvedimenti presidenziali sulla base delle circostanze che il convenuto alleggi successivamente nella comparsa di risposta, o che l'attore aggiunga nella memoria integrativa, anche sulla base di una nuova valutazione su queste basi difforme da quella compiuta dal giudice del reclamo".

²⁵⁹ Così anche De Filippis, *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, Padova, 2006, p. 142; M. A. Lupoi, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, in *Rivista trimestrale diritto e procedura civile* n. 4/2006, p. 1085.

d'appello quale giudice competente, ed il termine di proposizione di dieci giorni dalla notificazione del provvedimento, cioè quello previsto dal comma 2° dell'art. 739 per i provvedimenti emessi nei confronti di più parti²⁶⁰.

Tuttavia, sul piano pratico tale disciplina ha incontrato delle resistenze. In primo luogo, si è giustamente osservato che la proposizione del reclamo in corte implicherà per le parti notevoli costi aggiuntivi (ad esempio, per la necessità del proprio legale "locale" di avvalersi di un domiciliatario). Soprattutto, la situazione logistica delle nostri corti d'appello non appare in grado di reggere l'impatto della mole di reclami che realisticamente potrebbero essere proposti. Infine, si corre il serio rischio di uno scollamento tra procedimento principale e giudizio di reclamo e di contrasti tra il provvedimento della corte e quelli eventualmente presi, nel frattempo, dal giudice istruttore²⁶¹.

Presumibilmente, proprio nell'ottica di disincentivare un diffuso ricorso al reclamo, come potrebbe avvenire ove esso fosse inteso come un riesame *ex novo* della fattispecie da parte del giudice d'appello, si giustificano i primi provvedimenti²⁶² diretti ad attribuire al procedimento di reclamo lo stesso carattere di "delibazione sommaria" propria dell'ordinanza presidenziale. In tale

²⁶⁰ In difetto di notifica, si applicherà il termine di decadenza di un anno dal deposito del provvedimento in cancelleria, ex art. 327 c.p.c.: G. Finocchiaro, *Sui reclami la parola alla Corte d'appello*, in *Guida dir.*, 2006, 11, p. 47; Luiso-Sassani, *La riforma del processo civile. Commentario breve agli articoli riformati del codice di procedura civile*, Milano, 2006, p. 245; F. Tommaseo, *Riflessioni sulle impugnazioni e sui reclami nel diritto di famiglia e delle persone*, in *Famiglia e Diritto* n. 1/2008, p. 97.

²⁶¹ M. A. Lupoi, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, in *Rivista trimestrale diritto e procedura civile* n. 4/2006 ritiene che questa situazione che potrebbe verificarsi se l'ordinanza presidenziale non sia notificata e dunque il reclamo sia proposto a distanza di mesi dalla pronuncia del provvedimento.

²⁶² Per App. Bologna, decr. 17 maggio 2006, giudice De Meo, in www.giuraemilia.it, la previsione di reclamabilità del provvedimento presidenziale, che può essere modificato o revocato dall'istruttore, non è irragionevole, in quanto il reclamo consente di censurare profili di eventuale manifesta erroneità del provvedimento, mentre la richiesta di revoca-modifica all'istruttore va correlata all'opportunità di adeguare i provvedimenti, resi all'esito dell'istruttoria sommaria, alle risultanze acquisite nel corso della fase a cognizione piena. Vedi anche App. Trento, 6 luglio 2006, in *Rivista AIAF*, 2006, 4, 53 s.; App. Bologna, (decr.) 8 maggio 2006, in *Famiglia e Diritto* n. 6/2007, p. 617; App. Bologna, 13 novembre 2006, in *Famiglia e Diritto* n. 3/2007, p. 280. In particolare, la Corte d'appello di Bologna ha delineato la portata del reclamo ex art. 708, comma 4, c.p.c., affermando che lo stesso implica una delibazione necessariamente sommaria degli elementi già rappresentati dinanzi al presidente del tribunale, poiché la peculiare natura della fase presidenziale non muta in sede di reclamo: sarebbe pertanto unicamente possibile, con il reclamo, censurare profili di evidente erroneità dell'ordinanza presidenziale, immediatamente rilevabili. In senso conforme M. A. Lupoi, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, in *Rivista trimestrale diritto e procedura civile* n. 4/2006, p. 1085.

sede, dunque, non sarebbero ammissibili “ampie e complesse richieste istruttorie”, ma rileverebbero soltanto profili di (manifesta) erroneità dell’ordinanza presidenziale immediatamente rilevabili²⁶³. In pratica, secondo quest’orientamento la sede per contestare le ordinanze non sarebbe il reclamo, ma il successivo giudizio di merito, avanti al giudice istruttore, laddove in sede di reclamo, si potrebbero correggere solo gli errori manifesti dell’ordinanza presidenziale, sulla base di un’istruttoria sommaria.

Tuttavia, seppur quest’orientamento trova giustificazione nell’esigenza, da un lato, di evitare che nel giudizio di reclamo vengano riversate allegazioni e deduzioni probatorie che dovrebbero trovare collocazione appropriata nel giudizio di merito e, dall’altro, di evitare che la corte d’appello svolga un’attività processuale simile, per i suoi contenuti, a quella riservata alla trattazione della causa davanti al tribunale²⁶⁴, non è del tutto condiviso da una parte della dottrina.

Si tratta, infatti, d’una preoccupazione che trovava eco nella giurisprudenza formatasi sul reclamo cautelare²⁶⁵, ma che ora non avrebbe più ragione d’essere di fronte alla chiara opzione del legislatore a favore d’un reclamo camerale che, in quanto tale, sarebbe destinato a svolgersi sull’intero *thema decidendum* oggetto del giudizio cautelare e aperto anche ai *nova*²⁶⁶.

Inoltre, l’attribuire un così ristretto ambito di operatività al reclamo nei confronti delle ordinanze presidenziali, non solo mortifica le garanzie sottese a uno strumento di gravame che vuol essere vaglio della giustizia delle concesse (o negate) misure nell’interesse dei coniugi e dei figli minori, ma si pone anche in contrasto con la funzione che è riconosciuta al reclamo nei confronti dei

²⁶³ In quest’ottica, App. Bologna, 17 maggio 2006, giudice De Meo, in www.giuraemilia.it, ritiene inammissibili, ad esempio, approfondite indagini dei servizi sociali.

²⁶⁴ Arceri, *Sulla reclamabilità dei provvedimenti interinali nella separazione e nel divorzio*, in *Famiglia e Diritto*, 2007, p. 286.

²⁶⁵ Per questo orientamento restrittivo, Trib. Catania, 23 marzo 1995, in *Foro it.*, 1995, I, 2271; Trib. Marsala, 18 novembre 2004, in *Giur. merito*, 2005, 531 ss.; Trib. Milano, 25 marzo 1996, in *Corr. giur.*, 1997, 216.

²⁶⁶ Al giudice del reclamo camerale è attribuito un potere-dovere di decidere identico nella sua estensione a quello attribuito al giudice del provvedimento impugnato: Fazzalari, *La giurisdizione volontaria*, Padova, 1953, 106 ss.; Civinini, *I procedimenti in camera di consiglio*, I, Torino, 1994, 268. È *ius receptum* che il giudice del reclamo possa porre a fondamento della propria decisione anche una differente valutazione dei motivi di opportunità e di convenienza tenuti presenti dal giudice di primo grado: Micheli, voce *Camera di consiglio (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, 994.

provvedimenti camerale. È invero pacifico che il giudice del reclamo ha gli stessi poteri del giudice che ha pronunciato il decreto reclamato, ragion per cui, in sede di reclamo, potranno essere assunte le opportune informazioni e le parti potranno esercitare quei poteri processuali che le competono nell'ambito dei procedimenti in camera di consiglio.

Si può, quindi, condividere l'orientamento di chi individua nel reclamo uno strumento diretto a realizzare un "riesame integrale" di quanto statuito dal presidente nella sua ordinanza, la cui funzione è quella di regolare in via provvisoria, ma non per questo in modo meno compiuto, i rapporti familiari durante la pendenza del giudizio di separazione secondo criteri di giustizia e di opportunità²⁶⁷.

L'ordinanza presidenziale ai sensi dell'art. 189 disp. att. c.p.c., ha efficacia esecutiva *ex lege*. Le norme sul reclamo camerale, d'altro canto, non prevedono un potere del giudice del reclamo di sospendere l'esecutività del provvedimento reclamato (che, peraltro, ai sensi dell'art. 741, comma 1, non è neppure automaticamente esecutivo). Nelle more del procedimento in corte, quindi, l'ordinanza dovrebbe conservare la propria efficacia esecutiva²⁶⁸, ciò che, d'altra parte, appare conforme alla natura degli interessi tutelati con tale provvedimento. Chi, invece, ritiene applicabile per analogia, in questo contesto, il rito cautelare uniforme sostiene che il presidente della corte possa, per motivi sopravvenuti, sospendere l'esecuzione dell'ordinanza ai sensi dell'art. 669-*terdecies*, ult. comma, c.p.c.²⁶⁹.

La corte decide collegialmente con decreto non ulteriormente reclamabile²⁷⁰.

²⁶⁷ F. Tommaseo, *Provvedimenti presidenziali e motivi di reclamo alla Corte d'appello*, in *Famiglia e diritto*, 2007, p. 618, il quale sostiene che: "né il richiamo alla disciplina del procedimento cautelare uniforme, suggerito dalla funzione cautelare dell'ordinanza presidenziale, né la disciplina del reclamo camerale, indicata dal rinvio operato dal nuovo testo dell'art. 708 c.p.c., danno base testuale e giustificazione normativa a una limitazione dei motivi di reclamo ai soli vizi estrinseci dell'ordinanza presidenziale o, comunque, a motivi di nullità o d'ingiustizia rilevabili allo stato degli atti, senza apposita istruzione".

²⁶⁸ De Filippis, *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, Padova, 2006, p. 146.

²⁶⁹ G. Finocchiaro, *Sui reclami la parola alla Corte d'appello*, in *Guida dir.*, 2006, 11, p. 49.

²⁷⁰ Così, App. Bologna, (decr.) 8 maggio 2006, in *Famiglia e Diritto* n. 6/2007, p. 617; App. Bologna, 17 maggio 2006, giudice De Meo, in www.giuraemilia.it. Inoltre, le stesse statuiscano che la corte non debba disporre nulla in merito alle spese, considerato che si tratta di una fase incidentale del procedimento: anche le spese del reclamo, dunque, saranno liquidate con la

22. Provvedimenti di impulso processuale.

Dopo l'emanazione dei provvedimenti urgenti, aventi ad oggetto la provvisoria regolamentazione della situazione personale e patrimoniale dei coniugi, il presidente della comparizione deve pronunciare i provvedimenti necessari per il prosieguo della causa.

Secondo l'art. 708 c.p.c. vigente fino al 1987, egli doveva nominare il giudice istruttore e fissare l'udienza di comparizione delle parti davanti allo stesso. Ai sensi dell'art. 709 c.p.c., doveva altresì fissare all'attore un termine perentorio per la notifica dell'ordinanza al convenuto non comparso.

Per effetto dell'art. 23 della legge 74/87, che determinò l'abrogazione implicita degli artt. 708 e 709, l'obbligo di fissazione del termine e l'obbligo di notifica scomparvero.

Con la riforma del 2005, essi sono stati ripristinati. Infatti, l'attuale art. 708 prevede la fissazione dell'udienza dinanzi al giudice istruttore, mentre l'art. 709 nuovamente vigente dispone la notifica ed il termine per essa.

Le modifiche si inseriscono nel nuovo regime processuale delle separazioni, basato su di una prima fase a cognizione sommaria, nella quale soltanto l'attore è costituito, ed una seconda fase, preceduta dalla costituzione del convenuto, a cognizione piena.

Nel prevedere l'obbligo di notifica al convenuto, la norma non precisa se esso si riferisca al convenuto assistito, vale a dire se l'attore debba notificare l'ordinanza presidenziale anche alla controparte comparsa personalmente, senza assistenza.

sentenza finale, sulla base del principio della soccombenza (per fasi). Nel senso della possibilità di proporre ricorso straordinario per violazione di legge ex articolo 111 Cost. si veda Cass., 16 maggio 2005, n. 10229: "Il decreto emesso in camera di consiglio dalla Corte d'Appello a seguito di reclamo avverso i provvedimenti emanati dal Tribunale (sempre in camera di consiglio) sull'istanza di revisione delle disposizioni relative alla misura e alle modalità dell'assegno, posto precedentemente a carico di uno dei coniugi dalla sentenza che aveva pronunciato la separazione, può essere impugnato avanti la Corte di Cassazione solo con il ricorso straordinario per violazione di legge ex articolo 111 della Costituzione, essendo preclusa la proponibilità di un ordinario ricorso per cassazione dall'articolo 739, comma 3, del c.p.c., applicabile a tutti i procedimenti in camera di consiglio anche di natura contenziosa, in forza dell'effetto estensivo previsto dall'articolo 742-bis del c.p.c.. Ne consegue che il suddetto ricorso straordinario può investire la motivazione del provvedimento solo per lamentarne la radicale carenza o la mera apparenza e non già per dedurne eventuali lacune o inadeguatezze, riconducibili al n. 5 dell'articolo 360 del codice di procedura civile."

Ove si ritenga che l'assistenza sia obbligatoria e che il resistente non possa comparire, né essere ascoltato, se non ha un avvocato, il problema non si pone. Esso sorge, invece, ove si ritenga che il convenuto, anche se non voglia valersi della possibilità di essere assistito, abbia comunque titolo per partecipare all'udienza presidenziale.

Secondo l'orientamento più accreditato la lettera della norma, che deve essere interpretata strettamente in relazione alla possibili gravi conseguenze della prevista perentorietà, è chiara nel richiedere la notifica solo al convenuto non comparso, senza distinzioni²⁷¹. Pertanto, nel caso in cui il presidente abbia ammesso il convenuto alla comparizione, pertanto, la notifica non è dovuta.

La soluzione può essere diversa se nel verbale stesso si precisi che il convenuto è comparso solo per rendere informazioni o per essere liberamente interrogato (come alcuni Autori²⁷² hanno proposto per superare la questione dell'obbligatorietà dell'assistenza), ma, ove tali precisazioni non vi siano, la presenza del convenuto, assistito o meno, all'udienza di comparizione, esclude la necessità dell'obbligo di notifica.

L'ordinanza con la quale il presidente fissa l'udienza di comparizione davanti al giudice istruttore deve essere altresì comunicata al Pubblico Ministero.

Anche questa disposizione, contenuta nel testo originale dell'art. 709 c.p.c., non era stata ripetuta nell'art. 4 della legge divorzile, applicabile alle separazioni dal 1987 per effetto dell'art. 23 della legge n. 74/1987²⁷³. Tuttavia, il nuovo articolo 709 ha ripristinato la previsione esplicita della necessità della comunicazione.

²⁷¹ In questo senso B. De Filippis, *Separazione e divorzio nella dottrina e nella giurisprudenza*, Cedam, ed. 2074, pag. 221.

²⁷² D. Motta, *Se il matrimonio finisce in tribunale - Processo, così la fase presidenziale*, in *Diritto e giustizia*, 2006, n. 6, pag. 122, sostiene che il difensore può essere presente accanto alla parte soltanto nel momento in cui, esaurito l'interrogatorio, il presidente tenta la conciliazione e sono esposte le eventuali condizioni cui essa è subordinata.

²⁷³ Tuttavia, l'interpretazione condordemente riteneva che l'obbligo di comunicazione persistesse, per la regola generale di cui all'art. 71 c.p.c. oppure per la parziale sopravvivenza dell'art. 709).

23. Termini e decadenze.

L'ordinanza presidenziale funge da raccordo tra la prima e la seconda fase del rinnovato giudizio di separazione personale dei coniugi.

Come si è detto, essa prevede che il presidente assegni all'attore un termine perentorio per la comunicazione al convenuto non comparso. Per ciò che riguarda l'entità di tale termine, non vi sono esplicite indicazioni di legge ed il presidente è tenuto solo al rispetto di criteri di congruità e speditezza processuale.

Per il successivo termine, relativo al periodo intercorrente tra la data dell'ordinanza o la data entro cui deve avvenire la notifica al convenuto non comparso e l'udienza di comparizione dinanzi al giudice istruttore, la legge prevede che siano rispettati i termini previsti dall'art. 163-*bis*, ridotti alla metà²⁷⁴.

I termini pertanto decorrono dalla data dell'ordinanza, se la stessa è stata pronunciata alla presenza delle parti e dalla data ultima fissata per la notifica, nell'ipotesi alternativa.

L'art. 709 c.p.c. prevede che il presidente assegni termini ulteriori, all'interno del periodo entro cui deve svolgersi l'udienza di comparizione. Essi riguardano il deposito, ad opera dell'attore, di memoria integrativa, la costituzione del convenuto e la proposizione, unitamente ad essa, delle eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio.

Al termine sono collegate le decadenze previste dall'art. 167 c.p.c., per la cui evidenziazione l'art. 709 impone che nell'ordinanza sia contenuto esplicito avvertimento.

L'avvertimento al convenuto è pertanto ricompreso nell'ordinanza e l'attore non ha l'onere di compierlo, quanto solo, nell'ipotesi in cui la controparte non sia comparsa, di provvedere alla notifica.

La modifica di legge, con la sua esplicita previsione, ha posto fine alle discussioni in ordine alla necessità dell'avvertimento, di cui all'art. 163 n. 7 c.p.c., nei giudizi di separazione e divorzio²⁷⁵.

²⁷⁴ Quindi quarantacinque giorni se il luogo di notificazione si trova in Italia e settantacinque se si trova all'estero, ai sensi dell'art. 163 *bis* c.p.c., come modificato dalla legge 263/05.

²⁷⁵ Si richiamano le sentenze della Corte di Cassazione, n. 1332 del 7 febbraio 2000 (in *Foro It.*, 2002, pag. 385), secondo la quale l'avvertimento non era necessario e la sentenza n. 10914 del 25 luglio 2002, la quale identificava l'udienza dinanzi al giudice istruttore quale udienza di prima

24. Possibilità di trasformazione del rito.

Il tentativo di conciliazione compiuto dal presidente della comparizione, tradizionalmente inteso, consiste nel tentativo di riappacificare i coniugi, determinando l'integrale ripresa della comunione tra loro, e trova la propria giustificazione nel favore verso la conservazione del matrimonio e della famiglia, particolarmente forte nell'epoca in cui vigeva la regola dell'indissolubilità, ma esistente anche nell'attuale ordinamento, in virtù dell'art. 29 della Costituzione.

Oltre questa interpretazione, ne è possibile un'altra, basata sulle regole generali (art. 185 c.p.c.), per la quale la conciliazione si pone come strumento di superamento ed eliminazione della lite pendente tra le parti. Secondo tale ottica, la conciliazione in sede di separazione si identificherebbe nella trasformazione della stessa da contenziosa in consensuale.

L'art. 708 c.p.c., sia nell'attuale che nella precedente configurazione, prevedendo la redazione di un processo verbale della conciliazione, senza aggiungere nessuna altra disposizione relativa alla trasmissione dello stesso al tribunale per l'omologazione, si riferisce solo alla prima ipotesi (conciliazione come

comparizione, rilevante ai sensi dell'art. 180 nonché degli artt. 166 e 167 c.p.c.. Sull'argomento, si veda anche Cass., sent. n. 11751 del 19 settembre 2001, in *Fam. e Dir.* 2002, 141. Nella prima delle sentenze citate, si legge: “.. a) che, nel rito ordinario, l'avvertimento di cui al n. 7 dell'art. 163 c.p.c., se per un verso si palesa finalizzato a garantire l'effettività del diritto di difesa del convenuto nel senso di richiamarne l'attenzione circa il pregiudizio che potrebbe derivargli dalla tardiva predisposizione delle proprie attività difensive, ovvero, in ultima analisi, coesistente (siccome inscindibilmente legato) al sistema delle preclusioni di cui all'art. 167 c.p.c. e, conseguentemente, all'intera struttura del procedimento che su di esse è fondato e per il quale l'esigenza di mettere sull'avviso la parte in ordine alle conseguenze delle sue omissioni è stata considerata prioritaria dal legislatore, risulta per altro verso legato ad una scansione procedimentale caratterizzata dall'onere per il convenuto di costituirsi anticipatamente rispetto all'udienza di prima comparizione (art. 166 c.p.c.) e di svolgere all'atto della costituzione una serie di attività previste a pena di decadenza (art. 167 c.p.c.); b) che, invece, nel procedimento per divorzio, l'omessa previsione dell'avvertimento *de quo* nel complesso costituito dal ricorso introduttivo e dal decreto presidenziale di fissazione dell'udienza preposta al tentativo di conciliazione (di cui non vi è traccia alcuna nella speciale, e di per sé esaustiva, disciplina della fase introduttiva del giudizio *de quo* contenuta nell'art. 4 l. 1 dicembre 1970 n. 898, come novellato dall'art. 8 l. 6 marzo 1987 n. 74) non appare in grado di pregiudicare similmente le riferite esigenze difensive del convenuto, atteso che, in tale procedimento, secondo l'incensurata interpretazione data dalla corte di merito, la fase contenziosa del processo inizia con la prima udienza avanti all'istruttore ed è con riferimento a questa che si verificano le decadenze sancite dall'art. 167 c.p.c., onde il difetto dell'avvertimento giammai potrebbe sortire l'effetto preclusivo che l'avvertimento stesso mira a scongiurare nel rito ordinario, per la decisiva ragione che la mancata costituzione del convenuto nella fase presidenziale (o peggio, entro il termine di venti giorni prima dell'udienza davanti al presidente) risulterebbe comunque inidonea a determinare le decadenze in parola ..”.

rappacificazione), ignorando ed escludendo la seconda (conciliazione come trasformazione in consensuale).

Ciò non significa che il tentativo di trasformazione della separazione in consensuale (tranquillamente ammesso nella prassi dei tribunali) sia precluso nella fase presidenziale. Infatti, pur ritenendo valida l'interpretazione restrittiva della previsione di conciliazione della legge, la possibilità di trasformazione deve ritenersi ammessa, in quanto l'istituto della conciliazione, ampiamente intesa, trova generale applicazione e favore nel nostro ordinamento e la negazione della possibilità di trasformazione si porrebbe in netto contrasto con il principio dell'economia processuale.

Pertanto, tra il momento in cui la norma prevede la riuscita del tentativo di conciliazione e la conseguente redazione del verbale ed il momento in cui prevede, in caso di fallimento, l'emanazione dei provvedimenti temporanei ed urgenti e la prosecuzione del giudizio dinanzi all'istruttore, deve ritenersi possibile un'ulteriore fase, relativa all'eventuale trasformazione della separazione giudiziale in consensuale.

Nel caso in cui il tentativo di trasformazione riesca, il presidente dovrà attivare la procedura camerale che conduce all'omologazione.

Il procedimento contenzioso dovrà ritenersi abbandonato per esplicita rinuncia delle parti, della quale sarà opportuno che il verbale di conciliazione dia atto. Alcune pronunce di merito²⁷⁶ ammettono la possibilità che la trasformazione avvenga anche nella fase successiva a quella presidenziale, dinanzi al giudice istruttore, permanendo le ragioni relative al favore per la conciliazione ed all'economia processuale sopra enunciate.

Se la separazione giudiziale può trasformarsi in consensuale, non può avvenire l'inverso, poiché il ricorso per il procedimento camerale non contiene gli elementi richiesti dalla legge per il contenzioso, né rispetta le necessarie formalità.

La trasformazione del procedimento consensuale in giudiziale è prevista, invece, per il divorzio²⁷⁷, qualora vi sia contrasto con gli interessi dei figli, ma tale

²⁷⁶ Trib. Firenze 5 marzo 1980, in *Foro It.*, 1981, I, pag. 157.

²⁷⁷ Art. 4, 16° comma, ultima parte

disposizione non è compatibile con la disciplina della separazione e, quindi, non è applicabile ad essa.

CAPITOLO III

LA FASE GIUDIZIALE

1. Memoria integrativa del ricorrente.

Entro il termine assegnato dal presidente, il ricorrente, già costituito, deve depositare in cancelleria una memoria integrativa, avente il contenuto previsto dall'art. 163, terzo comma, numeri 2, 3, 4, 5 e 6 c.p.c.

La memoria completa il percorso bifasico che dà inizio al giudizio di separazione personale dei coniugi. Mentre l'iniziale ricorso previsto dall'art. 706 c.p.c. deve contenere solo l'esposizione dei fatti sui quali la domanda è fondata, nella memoria devono esservi tutte le indicazioni relative alle parti ed ai loro difensori, nonché la determinazione dell'oggetto della domanda, l'esposizione delle ragioni di fatto e di diritto di essa, l'elencazione specifica dei mezzi di prova e le notizie relative alla procura.

La memoria ha pertanto il contenuto dell'unico ricorso previsto prima della riforma del 2005. L'atto di nuova previsione è quello indicato dall'art. 706 e non quello disciplinato dall'art. 709 c.p.c.

Tuttavia, questa nuova formulazione solleva un dubbio, di non scarso rilievo pratico, ovvero se il ricorrente ha l'onere di formulare nell'atto introduttivo tutte le proprie domande o se gli è data, invece, la possibilità d'utilizzare la memoria integrativa non soltanto per completare le indicazioni riguardanti la domanda principale, ma anche come veicolo per formulare domande nuove e, in particolare, la domanda di addebito o altre domande accessorie aventi ad oggetto, ad esempio, l'assegnazione della casa familiare, l'assegno di mantenimento e postdivorzile, i rapporti patrimoniali fra i coniugi e quelle sull'affidamento e sul mantenimento dei figli²⁷⁸.

²⁷⁸ Per queste ultime, invero, la questione è meno complessa dato che la legge attribuisce al giudice poteri ufficiosi molto intensi per quanto riguarda i provvedimenti nell'interesse dei figli minori, provvedimenti sottratti al principio della domanda e alla regola della necessaria corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato: si veda l'art. 6, comma 9, l. div.

A prima vista, potrebbe sembrare che la legge consenta al ricorrente di affidare alla memoria integrativa la proposizione di domande nuove²⁷⁹, possibilità, questa, che avrebbe benefici riflessi sull'eventuale riconciliazione dei coniugi o quanto meno sull'intento della riforma di non esporre subito tutte le argomentazioni, evitando così sin dall'inizio di inasprire gli animi dei coniugi.

Tuttavia, questa soluzione non è condivisa unanimemente.

Infatti, una parte della dottrina ritiene che una simile interpretazione si porrebbe in evidente contrasto con i principi costituzionali del diritto di difesa e del contraddittorio, in quanto la legge non prevede che il termine per la costituzione del convenuto scada dopo il termine previsto per la memoria integrativa del ricorrente, né prevede che la memoria integrativa sia notificata allo stesso.

La legge, invece, si limita a prevedere che nel caso in cui il convenuto non è comparso all'udienza presidenziale, gli venga notificata l'ordinanza presidenziale di fissazione della prima udienza davanti all'istruttore²⁸⁰: ne deriva che il convenuto verrà così a conoscere il termine assegnato all'attore per il deposito della memoria integrativa, ma non anche il contenuto di tale memoria che non gli viene né comunicato, né notificato, di cui potrà prendere visione soltanto ai sensi dell'art. 76 disp. att. c.p.c. e, comunque, tardivamente rispetto alle finalità della costituzione.

²⁷⁹ Tommaso, *Nuove norme per i giudizi di separazione e divorzio*, in *Famiglia e Diritto* n. 3/2005, p. 229 ss. osserva: "Il dubbio sorge considerando il richiamo che la norma fa alla necessità d'indicare nella memoria integrativa i contenuti previsti, fra gli altri, dal n. 3 dell'art. 163, ossia "la cosa oggetto della domanda", formula che sembrerebbe essere vana se non fosse riferita a un oggetto diverso da quello indicato nel ricorso principale". Ed è infatti questo l'argomento che utilizza chi legittima la possibilità di proporre nella memoria integrativa domande nuove, si veda Balena, *Il processo di separazione personale dei coniugi. Il processo di divorzio*, in Balena-Bove, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, pag. 410 ss; L. Salvaneschi, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in *Famiglia e Diritto* 4/2006, p. 358.

²⁸⁰ Secondo F.P. Luiso, *La nuova fase introduttiva del processo di separazione e divorzio*, in www.Judicium.it "la "rituale" comparizione dinanzi al presidente, quindi con l'assistenza del difensore, esclude l'obbligo della notifica; mentre tale obbligo sussiste se il coniuge convenuto si è limitato a comparire personalmente, senza l'assistenza del difensore. E ciò per due ragioni. Innanzi tutto, perché se il difensore è stato presente all'udienza, e quindi è venuto a conoscenza dell'ordinanza del presidente, egli è in grado di illustrare al proprio cliente quali attività è necessario compiere nel prosieguo. Al contrario, se la parte è comparsa senza l'assistenza del difensore, questa "irritale" presenza non assume giuridico rilievo, se non con riferimento ai provvedimenti che riguardano figli minori". Secondo C. M. Cea, *I processi di separazione e di divorzio all'indomani della L. n. 80/2005*, in *Riv. dir. civ.* n. 2/2006, p. 135, l'ordinanza va notificata anche al coniuge precedentemente costituito, ma non comparso all'udienza. *Contra* F. Cipriani, *Processi di separazione e di divorzio*, in *Foro Italiano*, 2005, c. 140.

La situazione non muta neanche per il convenuto comparso all'udienza presidenziale: questi ha conoscenza legale dell'ordinanza pronunciata in udienza, ma non anche del contenuto della memoria integrativa di cui potrà acquisire conoscenza utilizzando, lui pure, il potere di accesso ai fascicoli di parte a norma del già citato art. 76 disp. att. c.p.c.

Di conseguenza, secondo quest'orientamento, seppur è vero che il convenuto, in base alla regola generale di cui al nuovo testo dell'art. 167 c.p.c. e riprodotta nei giudizi di separazione, nella comparsa di risposta deve proporre le domande riconvenzionali e le eccezioni non rilevabili d'ufficio, questa regola, però, presuppone che lo stesso abbia avuto legale conoscenza delle domande dell'attore. Il che, in base a quanto viene sostenuto, è possibile solo per le domande formulate nel ricorso introduttivo, regolarmente notificato al convenuto, e non anche per quelle eventualmente introdotte nella memoria integrativa.

Ne consegue che la memoria non potrà contenere domande nuove, essendo queste incompatibili con le possibilità di risposta del convenuto, in relazione al regime di decadenze previsto²⁸¹.

Questa conclusione, che è compatibile con un sistema, bifasico, ma unitario ed avente, sin dall'inizio, natura contenziosa, sembrerebbe confermata anche dal dato letterale secondo il quale la memoria, come dice il suo nome, può valere solo ad integrare, oltre che formalizzare, un'istanza già proposta, e dal dettato testuale

²⁸¹ La formulazione della norma non è chiara dato che la costituzione del convenuto, ai sensi delle norme citate, deve seguire i termini fissati direttamente dalla legge (almeno venti giorni prima dell'udienza istruttoria di comparizione o almeno dieci in caso di abbreviazione dei termini ex art. 163 *bis* c.p.c.). Poiché la nuova disciplina dimezza il termine intercorrente fra la notifica dell'ordinanza presidenziale e la data della prima udienza, anche il termine del convenuto per la tempestiva costituzione del convenuto è ridotto *ex lege* a metà. Quindi, l'indicazione presidenziale ha la funzione d'informare il convenuto dell'esistenza del termine legale, senza che il presidente possa esercitare sul punto quei margini di discrezionalità che in passato gli si riconoscevano: vedi Corte Cost. 2 febbraio 1978, n. 10, in Foro It., 1978, I, c. 550, con nota di Proto Pisani. Inoltre si osserva che la riforma ha inteso "sconfessare la prassi del rito ambrosiano, che proprio dalla previsione dell'art. 4, comma 6, l. div., testo precedente (che prevedeva che tra la data di notificazione del ricorso e del decreto presidenziale di fissazione dell'udienza e la data dell'udienza stessa dovevano intercorrere i termini a comparire ex art. 163 bis, ridotti alla metà), nonché dalla soppressione dell'onere di notifica dell'ordinanza presidenziale al coniuge non comparso, traeva argomenti per sostenere che non solo il processo iniziava con il deposito del ricorso, ma altresì che l'udienza presidenziale costituiva la prima udienza, rispetto alla quale andava dimensionato l'onere di costituzione del convenuto", C. M. Cea, *I processi di separazione e di divorzio all'indomani della L. n. 80/2005*, in Riv. dir. civ. n. 2/2006, p. 136.

dell'art. 163 *bis*, che prevede la determinazione dell'oggetto della domanda (e quindi, solo la specificazione di una domanda già posta).

La predetta conclusione, però, sembrerebbe porsi in contrasto con la *ratio*, sottesa alla riforma del 2005, di favorire lo svolgimento e la possibile riuscita del tentativo di conciliazione, evitando la preventiva esposizione di tutte le argomentazioni e gli strumenti processuali che daranno vita alla successiva fase contenziosa. Una richiesta di addebito può infatti avere un effetto psicologico negativo, mal predisponendo le parti alla conciliazione ed indirizzandole subito sul terreno della lite.

Tuttavia questa argomentazione non appare idonea a modificare l'interpretazione del testo. Infatti, volendo favorire la conciliazione, il legislatore avrebbe dovuto esplicitamente prevedere la possibilità di chiedere l'addebito dopo la comparizione. Non essendo ciò avvenuto, si deve concludere che l'iniziale domanda deve contenere l'eventuale richiesta di addebito della separazione, con riserva di specificarne successivamente, con la memoria, le ragioni ed i mezzi di prova²⁸².

Ciò nonostante, buona parte della dottrina è impegnata nel tentativo di trovare soluzioni che consentano la presentazione di domande nuove con la memoria integrativa²⁸³.

Alcuni Autori, infatti, per ritenere ammissibile la presentazione di domande nuove, da parte dell'attore, con la memoria integrativa, hanno proposto un'interpretazione correttiva della norma, con onere per il presidente della comparizione di "sdoppiare" il periodo previsto dall'art. 709 c.p.c., facendo

²⁸² In questo senso F. Tommaso, *Nuove norme per i giudizi di separazione e divorzio*, in *Famiglia e Diritto* n. 3/2005, p. 233-234, il quale, pur rilevando che il riferimento, per la memoria integrativa, all'art. 163 n. 3 c.p.c. sarebbe incomprensibile se riferito allo stesso oggetto del ricorso introduttivo del giudizio, ciò nondimeno conclude per l'impossibilità di proporre domande nuove con la memoria integrativa, in quanto tale possibilità "presuppone la costruzione di una rete di norme che soddisfi le esigenze di garanzia poste dai principi anche costituzionali del giusto processo, norme delle quali non vi è traccia nella nuova disciplina".

²⁸³ Graziosi, *Osservazioni sulla riforma dei procedimenti di separazione e di divorzio*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2005, pag. 1136, afferma che il divieto di domande nuove viene posto in relazione a quelle che divergono dalla memoria integrativa e non dal ricorso introduttivo.

decorrere il termine fissato per la costituzione del convenuto dopo la scadenza del termine stabilito per il deposito della memoria²⁸⁴.

Questa proposta, che sembra alquanto ragionevole, in quanto diversifica gli adempimenti delle parti, dando l'opportunità al convenuto di difendersi, corre, però, il rischio di allungare i termini del processo, in contrasto con le ragioni di speditezza processuale che il secondo comma dell'art. 709 valorizza o, in alternativa, di comprimere gli spazi destinati al compimento delle attività delle parti.

Altri Autori hanno affermato che il convenuto può replicare anche alla domanda nuova dell'attore secondo i meccanismi previsti dall'art. 183 c.p.c.²⁸⁵ e quindi beneficiare del gioco dei termini previsto dalla nuova disciplina delle memorie autorizzate.

Tuttavia, questa possibilità appare in contrasto con l'esplicita previsione di decadenza contenuta nell'art. 709 c.p.c. e con il fatto che le previsioni del predetto articolo 183 riguardano, salvo ipotesi particolari, la precisazione e la modifica di domande già formulate.

²⁸⁴ Balena, *Il processo di separazione personale dei coniugi. Il processo di divorzio*, in Balena-Bove, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, pag. 410 ss. F. Danovi, *Le nuove norme sui procedimenti di separazione e di divorzio*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 3/2005, pag. 873. Nello stesso senso C. M. Cea, *I processi di separazione e di divorzio all'indomani della L. n. 80/2005*, in *Riv. dir. civ.* n. 2/2006, p. 141 ss, il quale, però, osserva che tale previsione potrebbe avere l'inconveniente di comprimere il diritto di difesa dell'attore, qualora le domande riconvenzionali e le eccezioni siano proposte dal convenuto in termine che può coincidere con l'udienza di comparizione e trattazione.

²⁸⁵ In questo senso F.P. Luiso, *La nuova fase introduttiva del processo di separazione e divorzio*, in www.Judicium.it, il quale: "Per quanto riguarda i termini, è vero che essi non garantiscono al convenuto una idonea difesa nei confronti delle nuove domande proposte dall'attore con la memoria integrativa. Tuttavia, occorre considerare che i termini assegnati dal presidente al convenuto sono previsti affinché quest'ultimo possa difendersi nei confronti delle domande proposte dall'attore con il ricorso. Alle domande che, invece, l'attore propone con la memoria il convenuto non deve necessariamente replicare nel termine assegnato dal presidente ai sensi degli artt. 709, 3° comma, c.p.c. e 4, 10° comma, della legge sul divorzio, ben potendo ad esse replicare, proprio a causa della inidoneità dei termini normativamente previsti, ai sensi dell'art. 183 c.p.c. La situazione è, in altre parole, analoga a quella in cui si trova l'attore a fronte delle domande riconvenzionali del convenuto; o il convenuto a fronte della nuove domande proposte dall'attore ai sensi dell'art. 183, 5° comma, c.p.c.". Così anche F. Tommaso, *La disciplina processuale della separazione e del divorzio dopo le riforme del 2005 (e del 2006)*, in *Famiglia e Diritto* n. 1/2006, p. 7 ss., il quale ritiene di poter colmare queste lacune applicando le regole del diritto comune: così la memoria integrativa che sia veicolo di domande nuove dovrebbe essere notificata al convenuto contumace a norma dell'art. 292 c.p.c.; e in ogni caso il convenuto costituitosi tempestivamente potrebbe avvalersi delle memorie autorizzate previste dall'art. 183 c.p.c.

In ogni caso, l'orientamento prevalente, che peraltro condivido, consapevole degli svantaggi che deriverebbero nell'espone subito i termini della questione, è orientato nell'ammettere la possibilità di presentare domande nuove con la memoria integrativa; si tratta solo di individuare la soluzione più idonea a garantire il diritto di difesa delle parti.

Va precisato che, prima della riforma, la giurisprudenza, non riteneva ammissibile una domanda non contenuta nel ricorso introduttivo, ma avanzata nella fase dinanzi al presidente del tribunale, a meno che la stessa non avesse ad oggetto l'interesse dei figli e, quindi, potesse essere esaminata in base ai poteri d'ufficio del giudice²⁸⁶.

Infine, nella memoria integrativa o nel ricorso introduttivo, a seconda che si ammetta o meno la possibilità di proporre domande nuove, alle domande inerenti la domanda di separazione, l'affidamento della prole, il mantenimento della stessa e del coniuge, l'assegnazione della casa coniugale, possono essere aggiunte altre istanze, cumulabili per connessione. Tra le più frequenti e rilevanti, vi sono le richieste conseguenti allo scioglimento della comunione legale, la domanda di scioglimento di società (di persone) esistenti tra i coniugi, la domanda di risarcimento per i danni causati dalla condotta del coniuge, lesiva dell'onorabilità o della salute psico-fisica dell'altro, la domanda di restituzione di beni immobili, di somme di denaro, la domanda di invalidità di contratti di cessione di beni a terzi, a supposto scopo fraudolento.

In questi casi può trovare applicazione la regola generale di cui all'art. 40 c.p.c. . In caso di trattazione di cause soggette a riti differenti la giurisprudenza ha ritenuto che "(omissis) il cumulo può attuarsi, secondo le regole di cui all'articolo 40 c.p.c. (nel testo modificato dalla legge n. 353 del 1990), soltanto laddove tali cause siano connesse ai sensi degli articoli 31, 32, 34, 35 e 36 c.p.c.; conseguentemente non è possibile il cumulo in un unico processo della domanda di cessazione degli effetti civili del matrimonio, soggetta al rito della camera di consiglio, e di quella di scioglimento della comunione su un bene comune dei coniugi, soggetta a rito ordinario, trattandosi di domande non legate da vincoli di

²⁸⁶ Cass., sent. n. 4205 del 24 febbraio 2006.

connessione ma in tutto autonome e distinte”²⁸⁷. Inoltre, la giurisprudenza ha ritenuto che lo scioglimento della comunione legale tra i coniugi *ex art. 191 c.c.* decorra *ex nunc* dal giudicato sulla separazione dei coniugi, con la conseguente improponibilità della domanda anteriormente allo stesso²⁸⁸.

2. Costituzione del convenuto.

Tutte le discussioni in ordine al momento in cui la formale costituzione del convenuto doveva avvenire²⁸⁹ sono state superate dalla riforma legislativa, la quale ha espressamente previsto che il resistente si costituisca dopo l’udienza di prima comparizione e prima dell’udienza davanti al giudice istruttore, entro il termine a lui assegnato dal presidente con l’ordinanza prevista dall’art. 708 e notificata ai sensi dell’art. 709 c.p.c.²⁹⁰.

²⁸⁷ Cass., sez. I, 12 gennaio 2000, n. 266 in *Famiglia e diritto*, 2000, 6, pag. 593 con nota di Porcari, nella specie la S.C. ha confermato la pronuncia di improponibilità in sede di divorzio della domanda di divisione perché incompatibile col rito camerale.

²⁸⁸ Cass., sez. I, 7 marzo 1995, n. 2652.

²⁸⁹ La legge 898/70, applicabile alle separazioni per effetto dell’art. 23 l. 74/1987, nulla diceva in relazione alla costituzione del convenuto. In ragione di ciò, alcuni Tribunali avevano istaurato la prassi di ritenere che essa dovesse avvenire davanti al presidente o addirittura prima dell’udienza presidenziale, entro un termine stabilito dal decreto di fissazione della comparizione presidenziale. Tra le decisioni di merito che avevano aderito a questa tesi si veda Trib, Milano 27 settembre 1993, in *Fam. Dir.*, 1995, pag. 139, ove si legge: “Nel procedimento di divorzio, la costituzione del convenuto è da ritenersi tempestiva solo se avviene nell’udienza presidenziale fissata a norma dell’art. 4 della legge n. 898/70, con la conseguenza che sono tardive e dunque inammissibili le eventuali domande riconvenzionali proposte dopo tale termine”. Sul punto, F. Tommaseo, *Nuovo rito civile e procedimenti di separazione e di divorzio*, in *Fam. Dir.*, 1994, pag. 565, aveva affermato: “È noto che la legge non accenna alla costituzione delle parti, ma si riferisce soltanto alla comparizione personale delle due parti, di cui una soltanto è necessariamente già costituita: il coniuge ricorrente. Pretendere, come pure avviene in non pochi uffici giudiziari, che il convenuto abbia l’onere di costituirsi sin dall’udienza presidenziale, se non addirittura in un termine anteriore stabilito dal presidente con il decreto di fissazione dell’udienza davanti a sé, è, a mio avviso, privo di ogni fondamento normativo.. l’art. 152 c.p.c., nel disporre che i termini per il compimento degli atti del processo possono essere stabiliti dal giudice soltanto se la legge lo permette espressamente, rende *contra legem* ogni prassi che consenta al giudice, e quindi nella specie al presidente del tribunale, di regolare i tempi di costituzione del convenuto, mediante l’assegnazione di termini non previsti dalla legge”.

²⁹⁰ Secondo B. De Filippis, *Il matrimonio, la separazione dei coniugi ed il divorzio*, Cedam, 2007, p. 230, nella fase presidenziale il convenuto non può essere dichiarato contumace.

La norma ha altresì precisato che, nel medesimo termine, il convenuto deve proporre le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio²⁹¹. Prima di tale momento non matura, a carico del resistente, alcuna preclusione.

Il termine per la costituzione è un termine finale. La costituzione nella fase precedente non è vietata e, pur non essendo generalmente opportuna, considerate le finalità della riforma, non può considerarsi inammissibile.

Per la costituzione si applicano le disposizioni degli artt. 166 e 167 c.p.c. Il convenuto deve depositare in cancelleria il proprio fascicolo contenente la comparsa e deve, con essa, proporre le sue difese, indicare i mezzi di prova e precisare le conclusioni.

La mancata proposizione, da parte del convenuto, delle eccezioni non rilevabili d'ufficio o di domande riconvenzionali determina la sanzione della decadenza prevista dall'art. 167 c.p.c.²⁹².

Può accadere che l'ordinanza presidenziale non assegni un termine perentorio per la sua notificazione al coniuge convenuto non comparso. Una non recente decisione aveva affermato, al riguardo, che la circostanza non dà luogo ad alcuna nullità se comunque è eseguita una notificazione in un tempo concretamente idoneo a porre il convenuto in condizioni di costituirsi e di far valere le proprie ragioni nel processo²⁹³.

3. Udienza di comparizione e trattazione dinanzi al giudice istruttore.

L'art. 709-bis c.p.c. e l'art. 4, 11° comma, legge n. 898/70 regolano e disciplinano (in maniera identica) lo svolgimento del processo nel procedimento per separazione e divorzio dopo la fase presidenziale.

In particolar modo sanciscono che davanti al “giudice istruttore si applicano le disposizioni di cui agli articoli 180 e 183, commi primo, secondo e dal quarto al decimo”, oltre all'art. 184 c.p.c.

²⁹¹ Tale preclusione non riguarda l'eccezione di prescrizione, trattandosi di azione imprescrittibile, né l'eccezione di incompetenza territoriale, poiché competenza inderogabile ex art. 28 c.p.c.

²⁹² Tale preclusione non riguarda l'eccezione di prescrizione, trattandosi di azione imprescrittibile, né l'eccezione di incompetenza territoriale, poiché competenza inderogabile ex art. 28 c.p.c.

²⁹³ Cass., sez. I, 29 aprile 1980, n. 2844.

Per capire il senso della norma è necessario un breve riferimento storico circa il passaggio dalla fase presidenziale a quella innanzi al giudice istruttore prima della riforma. Si era, infatti, creato un contrasto dottrinale e giurisprudenziale su quale fosse l'udienza di prima comparizione, e conseguentemente sui riflessi in ordine alle preclusioni, nei processi di separazione e divorzio, se l'udienza presidenziale²⁹⁴ oppure l'udienza (successiva) innanzi al giudice istruttore.

La scelta per l'una o per l'altra tesi cambiava non poco il regime delle preclusioni, con evidenti ripercussioni sulle attività difensive delle parti; infatti dire che l'udienza presidenziale fosse l'udienza di prima comparizione ex art. 180 c.p.c. (formulazione ante legge 80/05) significava dire che il convenuto avrebbe dovuto costituirsi anteriormente a tale udienza secondo i termini del rito ordinario ridotti della metà, altrimenti sarebbe incorso nelle preclusioni di cui all'art. 167 c.p.c. (il c.d. rito ambrosiano)²⁹⁵. Tesi non condivisibile, poiché, per un verso mancava nel decreto presidenziale, con il quale viene fissata l'udienza di comparizione dei coniugi, l'avvertimento di cui all'art. 163 c.p.c. al convenuto di costituirsi entro 20 giorni anteriori, e, per altro verso, la finalità della fase presidenziale era quella di addivenire ad una conciliazione delle parti oppure all'emissione dei provvedimenti temporanei ed urgenti, né, d'altra parte, nel rinvio all'udienza innanzi al giudice istruttore, il presidente fissava il termine di cui all'art. 180 c.p.c. per la formulazione delle eccezioni riservate alla parte²⁹⁶.

Anzi fu proprio la specialità del regime introduttivo a far ritenere errata la prospettiva milanese e preferibile una ricostruzione che identificasse l'udienza dell'art. 180 (oggi art. 183 c.p.c.) solo nell'udienza che si svolge innanzi al

²⁹⁴ Il cosiddetto "rito ambrosiano", chiamato così perché applicato nel Tribunale di Milano, si veda Trib. Milano 27 giugno 1997, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1998, 1009; Trib. Milano 27 settembre 1993, in *Fam. dir.*, 1995, 140.

²⁹⁵ L. Salvaneschi, *La novella del codice di rito e la fase introduttiva dei procedimenti per separazione e divorzio*, in *Corr. Giur.*, 1995, 746; Vullo, *Costituzione del convenuto e preclusioni nel procedimento di divorzio*, in *Fam. dir.*, 1995, 140; Servetti, *Osservazioni d'ordine processuale in tema di divorzio e separazione personale*, in *Fam. dir.*, 1994, 211.

²⁹⁶ Costantino, *Procedimenti introdotti con ricorso e novella del processo civile*, in *Foro it.* 1996, V, 245; Tommaseo, *La disciplina processuale del divorzio*, in Bonolini, Tommaseo, *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Comm. Schlesinger*, II ed., Milano, 2004, 386. In giurisprudenza, si veda Cass., 10 marzo 2004, n. 4903, con nota di Carbone, in *Giur. it.*, 2004, 2272.

giudice istruttore nominato al termine della fase presidenziale²⁹⁷. In tal modo le parti avrebbero avuto la possibilità, depositando memorie entro 20 giorni precedenti l'udienza innanzi al giudice istruttore, di poter dedurre anche nuove domande o eccezioni e da quella udienza sarebbe iniziata a maturare la sequela delle preclusioni secondo le regole generali.

È evidente, dunque, la volontà del legislatore, grazie alla formulazione degli artt. 709 e 709-bis c.p.c. di sposare la tesi secondo cui la prima udienza di comparizione (ed oggi anche di trattazione) è quella innanzi al giudice istruttore.

Potrebbe trarre in inganno la formulazione dell'art. 706 c.p.c. laddove è prescritto che il presidente del tribunale nel decreto di fissazione di udienza, oltre ad indicare il termine per la notificazione del ricorso e del decreto, precisa pure il termine entro cui il convenuto "può depositare memoria difensiva e documenti".

Sembrerebbe, infatti, già in questa fase stabilito un termine per la costituzione del coniuge convenuto, ma manca completamente una norma che indichi tale termine come perentorio e che faccia decorrere dalla scadenza dello stesso preclusioni alle attività difensive.

Il combinato disposto degli artt. 708 e 709 c.p.c., invece, descrive con evidente chiarezza, che mentre l'udienza presidenziale ha come finalità quella di raggiungere una conciliazione (ed eventualmente di emanare dei provvedimenti temporanei ed urgenti), quella innanzi al giudice istruttore è l'udienza di prima comparizione delle parti e trattazione della causa. Non solo, ma il terzo comma dell'art. 709 c.p.c. fa emergere la volontà legislativa di individuare dopo l'udienza presidenziale il momento in cui lasciare libero "sfogo" alle parti di formulare le rispettive domande ed eccezioni, non soltanto con la precisazione dei fatti già

²⁹⁷ Cfr. Cass. 25 luglio 2002, n. 10914, in *Fam. dir.*, 2002, I, 140, con nota di Tommaseo; Cass. 7 febbraio 2000, n. 1332, in *Foro It.*, 2000, I, 385, con nota di Cipriani; Cass. 3 dicembre 1996, n. 10780, in *Fam. dir.*, 1997, 247; in dottrina Tommaseo, *Nuovo rito civile e procedimenti per separazione e divorzio*, in *Fam. dir.*, 1994, 565; Mandrioli, *Dal rito ambrosiano all'asserita specialità integrale del procedimento di divorzio e separazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 833; Olivieri, *Gli atti di parte nella fase introduttiva*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 107 ss.

dedotti, ma attraverso l'allegazione di nuovi fatti e nuove deduzioni²⁹⁸; la memoria integrativa del coniuge ricorrente infatti deve avere il contenuto di cui all'art. 163, terzo comma, nn. 2), 3), 4), 5) e 6), mentre il convenuto si può costituire in giudizio ai sensi degli artt. 166 e 167, primo e secondo comma, con l'avvertimento per quest'ultimo che la costituzione oltre il suddetto termine implica le decadenze di cui all'art. 167.

La struttura del procedimento descrive un'udienza innanzi al giudice istruttore identica a qualsiasi prima udienza del rito ordinario.

Unica differenza è stata la scelta di non richiamare il terzo comma dell'art. 183 c.p.c., che appunto dispone il rinvio all'art. 185 c.p.c. laddove è prescritto l'onere del giudice di fissare un'udienza per l'interrogatorio libero delle parti al fine del tentativo di conciliazione.

Sinceramente non è comprensibile il perché di una simile scelta²⁹⁹. Se parte della dottrina ha visto in questo la necessaria conseguenza del fatto che un tentativo di conciliazione già c'è stato e che un altro sarebbe del tutto inutile³⁰⁰, tale interpretazione non tiene in giusta considerazione la struttura del processo. Infatti, nel processo di separazione e divorzio, come si è più volte detto, le parti possono essere spinte in una fase iniziale a non dedurre tutti i fatti e a non formulare tutte le richieste che intendono formulare, anche per il desiderio di non inasprire troppo

²⁹⁸ Sul punto, come si è visto nel par. 1 del presente capitolo, si è dibattuto in dottrina in quanto è stato sottolineato come la norma sembrerebbe lasciare la possibilità nella memoria integrativa di proporre domande nuove, senza però individuare strumenti processuali che siano garanzia del rispetto dei principi del giusto processo. Così F. Tommaseo, *La disciplina processuale della separazione e del divorzio dopo le riforme del 2005 (e del 2006)*, in *Fam. dir.* 1/2006. *Contra*, F. P. Luiso, *La nuova fase introduttiva del processo di separazione e divorzio*, in www.judicium.it.

²⁹⁹ Anche se non va dimenticato che già in passato si riteneva che il giudice istruttore non fosse tenuto ad applicare le regole, ex art. 183, commi 1 e 2, sull'onere di comparizione personale delle parti e sull'interrogatorio libero, si veda F. Tommaseo, *Nuovo rito civile e procedimento uniforme di separazione e divorzio*, in *Fam. dir.* 1994, p. 565; Saletti, *Procedimento e sentenza di divorzio*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da Bonilini e Cattaneo, I, Torino, 1997, p.604.

³⁰⁰ Amadei, *Il nuovo processo di separazione e divorzio*, in Cecchella-Amadei-Buoncrisiani, *Il nuovo processo ordinario e sommario di cognizione*, Milano, 2006, p. 89; così anche Doronzo, *La riforma del processo di separazione - art. 709-bis*, in *La riforma del processo civile*, a cura di Cipriani-Monteleone, Padova 2007, 609, che vede in questa scelta del legislatore lo scopo di evitare inutili perdite di tempo, dal momento che i coniugi sono già comparsi di persona dinanzi al presidente e che il tentativo di conciliazione è stato già esperito; anche Siracusano, *Procedimento in materia di separazione e divorzio*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di Briguglio-Capponi, Padova, 2007, 390.

il contenzioso³⁰¹ in vista di una possibile conciliazione; ma successivamente a tale momento, quando, essendo fallita la possibilità di una conciliazione, il presidente, con i provvedimenti *ex art. 709 c.p.c.*, “rimette” le parti per la prosecuzione del processo innanzi al giudice istruttore, lo stesso processo può essersi arricchito di nuovi fatti e nuove domande ignorate dalle parti nella fase precedente su cui potrebbe essere anche giustificata la richiesta congiunta di un interrogatorio libero e di un tentativo di conciliazione. Non si dimentichi che poi proprio la legge n. 80 del 2005 ha stabilito che l’interrogatorio libero a fini conciliativi è possibile solo ove richiesto espressamente e concordemente dalle parti (e quindi in presenza di un evidente interesse delle parti, peraltro particolarmente meritevole di tutela, vista anche la materia).

Di conseguenza, la mancata previsione del terzo comma dell’art. 183 c.p.c. non impedisce un’eventuale comparizione delle parti agli effetti dell’interrogatorio e della conciliazione, che ben potrebbe essere disposta dal giudice ai sensi degli artt. 117 e 185 c.p.c.³⁰².

Infine, come già accennato precedentemente, l’art. 709 prevede l’applicazione anche delle disposizioni contenute nell’art. 180 c.p.c., che, grazie alla nuova formulazione a seguito della legge n. 80 del 2005, prescrive che “la trattazione della causa è orale” e che “della trattazione della causa si redige processo verbale”.

Il perché di un simile riferimento, in realtà, è difficile da individuare; infatti con questo articolo si va a disciplinare la forma della trattazione della causa davanti al giudice istruttore, che, come abbiamo già detto, si svolge nelle stesse forme del rito ordinario a cognizione piena (caratterizzato appunto dalla forma orale della

³⁰¹ Così anche Tommaseo, *La disciplina processuale della separazione e del divorzio dopo le riforme del 2005 (e de12006)*, in *Fam. dir.* 1/2006.

³⁰² Interpretazione unanime in dottrina, vedi Doronzo, *La riforma del processo di separazione - art. 709-bis*, in *La riforma del processo civile*, a cura di Cipriani-Monteleone, 608; Siracusano, *Procedimento in materia di separazione e divorzio*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di Briguglio-Capponi, 390; B. De Filippis, *Il matrimonio, la separazione dei coniugi ed il divorzio*, Cedam, 2007, pag. 233; C. M. Cea, *I processi di separazione e di divorzio all’indomani della L. n. 80/2005*, in *Riv. dir. civ.* n. 2/2006, p. 143; L. Salvaneschi, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in in *Fam. dir.* 4/2006, 370.

causa innanzi al giudice istruttore, deduzioni e richieste che ovviamente dovranno esser verbalizzate).

Ciò detto, il giudice istruttore dovrà innanzitutto controllare la regolarità del contraddittorio. Tale formulazione merita un breve chiarimento. Come già precisato precedentemente, siamo in presenza di una particolarità del procedimento per separazione e divorzio rispetto al rito ordinario, in quanto il procedimento è già iniziato con una fase innanzi al presidente del tribunale, a seguito del quale particolari norme regolano il coordinamento con l'inizio della fase innanzi al giudice istruttore. Quindi quest'ultimo, nelle attività prescritte dall'art. 183 c.p.c., deve compiere anche attività tipiche del procedimento di cui si occupa: ad esempio dovrà controllare la regolarità dell'ordinanza presidenziale, in particolare facendo attenzione al rispetto dei termini per la notifica e dei termini a difesa per il convenuto contumace, nonché le stesse regole della notificazione.

4. Revoca o modifica dei provvedimenti presidenziali.

Nella normativa prima vigente, l'art. 708 c.p.c. affermava che i provvedimenti presidenziali potevano essere revocati o modificati dal giudice istruttore ove si verificassero “mutamenti nelle circostanze”³⁰³.

Il testo attualmente in vigore (art. 709 ultimo comma, c.p.c.) riconosce analogo potere di revoca o modifica al g.i., ma non lo subordina ad alcuna circostanza.

Il giudice della trattazione può pertanto modificare i provvedimenti resi in sede presidenziale, per il verificarsi di fatti nuovi e per una diversa valutazione dei fatti

³⁰³ L'art. 708 non era comunque in vigore dal 1987, perché, in virtù dell'art. 23 l. 74/1987, era sostituito dall'art. 4/8 della legge divorzile che non subordinava il potere del giudice di revoca e/o modifica ai mutamenti delle circostanze, ma si limitava a disporre che “l'ordinanza del presidente può essere revocata o modificata dal giudice istruttore a norma dell'art. 177 c.p.c.”. Pertanto, considerato che il richiamo all'art. 177 c.p.c. comporta l'applicazione della regola secondo cui le ordinanze possono essere modificate o revocate, si era soliti ritenere illimitato il potere di riesame del g.i. anche nel processo di separazione. Si veda v. Trib. Verona 20 febbraio 2003, in *Foro It.*, 2003, I, p. 3156, con nota di Cipriani, e in *Foro It.*, 2004, I, p. 624, con nota di CEA; Trib. Roma 31 luglio 1995, in *Nuovo dir.*, 1996, p. 76, con nota di Sagna; Trib. Napoli 14 novembre 1995, in *Fam. e dir.*, 1996, p. 464, con nota di Pattumelli; Trib. Foggia 30 luglio 2001, con nota di C.M.Cea, *I provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole e il reclamo cautelare*, in *Foro It.*, 2002, I, p. 264.

preesistenti, o per la necessità di adattare i provvedimenti stessi all'evolversi della situazione, senza particolari limitazioni.

Ciò non significa che la legge preveda la duplicazione della fase presidenziale, sovrapponendo l'istruttore al presidente, come per un "secondo grado di giudizio", bensì che essa ha riconosciuto l'importanza dell'attività svolta in corso di causa e la sua capacità di illuminare in modo diverso circostanze già precedentemente esaminate.

Il potere del giudice istruttore di modificare i provvedimenti urgenti non si esaurisce in caso di esercizio, potendo essere rinnovato più volte, sia in ordine ad aspetti diversi dell'ordinanza presidenziale, sia in ordine alle stesse parti modificate³⁰⁴.

È evidente che la modifica plurima dei provvedimenti non costituirà la regola dei procedimenti di separazione, ma un'eccezione, la cui previsione appare necessaria, in questa delicata materia, perché l'interesse delle parti e, in particolare, dei figli minori, possa essere costantemente realizzato, senza ostacoli di carattere formale.

L'art. 709 c.p.c. stabilisce che il giudice istruttore può "revocare o modificare i provvedimenti".

Di regola, la revoca deve essere accompagnata da previsioni sostitutive, per non lasciare priva di normativa e di tutela la situazione delle parti.

Una revoca senza sostituzioni potrebbe giustificarsi nel caso in cui sia in discussione la previsione del mantenimento, ma non il suo ammontare. Essa non appare comunque ipotizzabile per ciò che riguarda i provvedimenti di affidamento della prole.

Il provvedimento di revoca o modifica del giudice istruttore non ha, di regola, efficacia retroattiva. Tuttavia, la giurisprudenza riconosce la possibilità di provvedimenti retroattivi in materia patrimoniale, per tutelare la posizione delle parti più deboli, nel caso in cui i loro bisogni di vita, pur successivamente

³⁰⁴ Al riguardo il Trib. Genova, ord. 22 novembre 2004, in *Foro It.*, 2005, c. 1591, sostiene che il potere di rivisitazione del g.i. è illimitato esclusivamente nei confronti dell'ordinanza presidenziale, mentre è soggetto alle limitazioni previste dall'art. 669 *decies* c.p.c. per quel che riguarda i suoi successivi provvedimenti. Questa tesi era già stata avanzata da C.M. Cea, *I provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole e il reclamo cautelare*, in *Foro It.*, 2002, c. 272-274.

riconosciuti, preesistessero³⁰⁵; dunque, si è ritenuta pacifica la retroattività dell'effetto di revoca e modifica quando la revoca o modifica implica un incremento del diritto tutelato (ad esempio una maggiorazione dell'assegno di mantenimento).

Al contrario se l'esito della revoca e modifica è riduttivo del diritto, al fine di tutelare l'affidamento, non è consentita un'azione di ripetizione della misura, revocata o modificata³⁰⁶, facendosi salvo solo il caso della responsabilità processuale aggravata ex art. 96 c.p.c.³⁰⁷.

La regola della revocabilità conferma la natura anticipatoria e provvisoria dei provvedimenti presidenziali.

5. Modificabilità del provvedimento già oggetto di reclamo alla corte d'appello.

L'art. 709, ult. co., c.p.c. statuisce che il giudice istruttore può modificare i provvedimenti assunti dal presidente, ma non detta specifiche disposizioni in relazione al caso in cui gli stessi siano stati oggetto di reclamo, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 708 c.p.c., alla Corte d'appello, ragion per cui spetta all'interprete coordinare il nuovo rimedio con il potere dell'istruttore di revocare e modificare i provvedimenti provvisori ed urgenti.

Infatti, dalla semplice lettura degli artt. 708 e 709 c.p.c, sembrerebbe che il provvedimento presidenziale possa avere il seguente *iter*: una volta pronunciato, può essere reclamato davanti alla Corte d'appello territorialmente competente; il provvedimento della Corte d'appello, sia confermativo che modificativo dell'originario provvedimento presidenziale, può poi tornare davanti al giudice istruttore che è perfettamente libero di modificarlo o revocarlo, a prescindere

³⁰⁵ Cass., 30 gennaio 1985, n. 572, in *Dir. Fam. Pers.*, 1986, pag. 484; Cass., 23 luglio 1990, n. 7458, in *Foro It.*, 1991, pag. 144.

³⁰⁶ Cass., 12 aprile 1994, n. 3415 in *Giust. civ.*, 1994, I, 2865; Graziosi, *La sentenza di divorzio*, Milano, 1997, 284; in senso contrario, Cipriani, *I processi di separazione e divorzio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 527 ss. e, tra le pronunce di merito, Trib. Napoli, 14 novembre 1995, in *Famiglia dir.*, 1996, n. 5, 11.

³⁰⁷ Cass., 12 giugno 2006, n. 13596.

dall'intervento di nuove circostanze di fatto atte a giustificare la modifica o revoca. Quindi, il provvedimento presidenziale, pur dopo il vaglio della Corte d'appello, sarebbe privo di ogni stabilità, ben potendo essere rivisitato dal giudice istruttore senza alcun limite.

Si discute, pertanto, se alla fattispecie in esame possa essere applicata la regola generale prevista dall'art. 669-*decies* c.p.c., secondo la quale il giudice istruttore della causa di merito può modificare o revocare il provvedimento cautelare, "salvo che sia stato proposto reclamo".

Le disposizioni generali sui provvedimenti cautelari sono applicabili, ai sensi dell'art. 669-*quaterdecies* c.p.c., agli altri provvedimenti aventi medesima natura "in quanto compatibili".

Tuttavia, i provvedimenti presidenziali, come riconosciuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti, pur avendo natura cautelare, hanno caratteristiche specifiche, che differiscono da quelle tipiche della cautela³⁰⁸, per cui la compatibilità deve essere verificata caso per caso.

Nella fattispecie in oggetto, essa deve essere esclusa, in quanto la legge di riforma detta una disciplina specifica. Infatti, mentre il citato art. 669-*decies* prevede, come presupposto per la modificabilità dei provvedimenti, il verificarsi di mutamenti nelle circostanze, nessun mutamento è necessario per la modifica ad opera del giudice istruttore, nel sistema previsto per i giudizi di separazione³⁰⁹.

La facoltà di revoca o modifica insita nei giudizi di separazione ha, pertanto, caratteristiche proprie e deve essere regolata unicamente dalla normativa per essa specificamente prevista.

Tale normativa prevede il reclamo solo per il provvedimento emesso in sede di prima comparizione e non pone limiti al potere di riesame del giudice istruttore.

Il provvedimento presidenziale non muta la sua natura, anche se modificato o interamente riscritto dalla Corte d'appello a seguito di reclamo. Esso è sempre un

³⁰⁸ Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, in *Opere giuridiche*, IX, Napoli, 1983; Mandrioli, *I provvedimenti presidenziali nel giudizio di separazione dei coniugi*, Milano, 1953.

³⁰⁹ In senso conforme: Salvaneschi, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in *Famiglia e Diritto*, 4/2006, pag. 368, ove si afferma: "...questa disciplina è quindi incompatibile con quella diversa e propria del rito cautelare uniforme e non può essere dunque mutuata nell'ambito dei procedimenti in esame".

provvedimento assunto ai sensi del terzo comma dell'art. 708 e, come tale, è modificabile o revocabile senza limiti da parte del giudice istruttore.

Non si deve, infatti, dimenticare che la nuova disciplina del reclamo di cui all'art. 708 c.p.c si innesta sul sistema *supra* illustrato che prevede che la costituzione del convenuto possa seguire la fase presidenziale e che anche le difese complete dell'attore possano seguire e non precedere la fase stessa. Ne deriva che i provvedimenti presidenziali possono essere pronunciati, e passare attraverso il vaglio della Corte d'appello, anche sulla sola base delle informazioni ricavate dalla prospettazione dell'attore e da quelle acquisite oralmente dal convenuto nel corso dell'udienza presidenziale. Ne consegue che le circostanze che il convenuto allega nella comparsa di risposta, o che l'attore aggiunge nella memoria integrativa non sono di per sé né circostanze di fatto sopraggiunte, né circostanze prima sconosciute alle parti e venute ad evidenza dopo la pronuncia del provvedimento presidenziale, quanto piuttosto circostanze già note che il sistema normativo consente di allegare dopo la pronuncia dei provvedimenti provvisori. È allora evidente come, nonostante la maggiore funzionalità del sistema proprio del rito cautelare uniforme, non sarebbe comunque possibile collegare la modificabilità e revocabilità dei provvedimenti presidenziali ai presupposti di cui all'art. 669 *decies*, ma bisogna consentire che le modifiche possano trovare ragione anche nelle nuove deduzioni contenute nella comparsa di risposta del convenuto e nella memoria integrativa dell'attore³¹⁰.

Tuttavia, una simile interpretazione corre il rischio di veder ripristinati i provvedimenti presidenziali riformati in sede di reclamo, vanificando così l'attività di controllo esercitata dalla corte d'appello. Ragion per cui vi è chi ritiene che la possibilità di proporre reclamo contro l'ordinanza presidenziale abbia reintrodotta il sopravvenire di mutamenti delle circostanze come presupposto necessario per il potere di revoca-modifica da parte del giudice

³¹⁰ Secondo L. Salvaneschi, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in *Famiglia e Diritto*, 4/2006, pag. 367, non può condividersi l'impostazione secondo la quale, dopo la proposizione del reclamo ex art. 708 c.p.c., il giudice istruttore potrebbe modificare l'ordinanza presidenziale solo in presenza di un mutamento delle circostanze. Essa infatti ripristinerebbe un inciso normativo che è stato volutamente eliminato.

istruttore di provvedimenti già oggetto di reclamo³¹¹; in pratica solo fatti sopravvenuti o in precedenza ignorati consentono al giudice istruttore di modificare i provvedimenti pronunciati in sede di reclamo dalla corte d'appello³¹².

Ne consegue che se la mancata proposizione del reclamo non interferisce con il potere del giudice istruttore di modificare o revocare l'ordinanza presidenziale anche in mancanza di circostanze sopravvenute³¹³, a maggior ragione quando la relativa istanza si basi su circostanze anteriori, di cui si sia acquisita conoscenza successivamente al provvedimento³¹⁴. Analogamente, tale potere resta

³¹¹ A favore della tesi secondo cui i provvedimenti dettati in sede di reclamo dalla Corte di Appello, come anche i provvedimenti dello stesso giudice istruttore, possono essere revocati e modificati solo in caso di sopravvenienza o della deduzione di fatti non allegati e ignorati nella fase precedente si veda: Cea, *La nuova torre di Babele: la legge sull'affidamento condiviso e il reclamo contro i provvedimenti del giudice istruttore*, in *Foro it.*, 2006, I, 2214; Balena (-Bove), *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, 409; Tommaseo, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: profili processuali*, in *Famiglia e Diritto*, n. 4/2006, 400; Servetti, *Affido condiviso*, in Unicost.it. In giurisprudenza, Trib. Trani 28 aprile 2006, in *Foro It.*, 2006, I, 2213 secondo il quale i provvedimenti presidenziali sono revocabili e modificabili, da parte del G.I., solo a fronte di elementi sopravvenuti, o, se preesistenti, incolpevolmente ignorati. Per cui laddove si intenda chiedere un riesame del provvedimento del presidente sulla base delle medesime circostanze già valutate in sede di comparizione dei coniugi, lo strumento sarà il reclamo. Così anche Corte d'Appello di Genova, decreto 10 novembre 2006, in *Foro It.*, 2007, 590. In senso contrario v. Salvaneschi, *Il processo civile di riforma in riforma*, a cura di C. Consolo, Milano, 2006, 146 ss.; Dosi, *Le nuove norme sull'affidamento e sul mantenimento dei figli e il nuovo processo di separazione e divorzio*, suppl. al fascicolo 23/2006 di D&G, Milano, 2006, 93. A. Arceri, *Sulla reclamabilità dei provvedimenti interinali nella separazione e nel divorzio*, in *Famiglia e Diritto* n. 3/2007, ritiene che, in considerazione dell'individuata natura di "riesame" allo stato degli atti, il mancato esperimento del reclamo ex art. 708 c.p.c. possa dar luogo soltanto ad un giudicato *rebus sic stantibus*, per cui nulla vieta che successivamente, dinanzi al giudice istruttore, possa essere richiesta la modifica del provvedimento non reclamato, rappresentando al giudice istruttore fatti e circostanze, anche non sopravvenuti, non allegati in precedenza, e domandare, sulla base degli stessi, la revisione del provvedimento presidenziale.

³¹² In questo senso F. Tommaseo, *Riflessioni sulle impugnazioni e sui reclami nel diritto di famiglia e delle persone*, in *Famiglia e Diritto*, 1/2008.

³¹³ Così anche F. Danovi, *I provvedimenti a tutela dei figli naturali dopo la legge 8 febbraio 2006*, n. 54, in *Riv. dir. proc.* n. 3/2006 p. 27. *Contra* De Filippis, *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, Padova, 2006, p. 147, per cui i provvedimenti della corte si porrebbero, rispetto al g.i., sullo stesso piano dei provvedimenti presidenziali. Per l'A., p. 148, peraltro, se si ritengono reclamabili in corte anche i provvedimenti del giudice istruttore, il potere di modifica a quest'ultimo riconosciuto sui suoi stessi provvedimenti dovrebbe essere vincolato alla verifica di fatti o di valutazioni nuove. Casaburi, *I nuovi istituti di diritto di famiglia (norme processuali ed affidamento condiviso): prime istruzioni per l'uso*, in *Giur. merc. spec.*, marzo 2006, p. 26 osserva che "la mancata proposizione del reclamo non comporta una sorta di acquiescenza alle misure presidenziali".

³¹⁴ Così anche Balena, *Le riforme più recenti del processo civile*, a cura di Balena – Bove, Bari, 2006, p. 409.

impregiudicato rispetto a capi dell'ordinanza presidenziale su cui la Corte non abbia avuto modo di pronunciarsi.

In mancanza di nuove circostanze o emergenze istruttorie, però, il giudice istruttore non può riesaminare punti o questioni su cui si sia già espressamente pronunciato il giudice del reclamo; se così non fosse si attribuirebbe al giudice istruttore il potere di ripristinare l'ordinanza presidenziale modificata dalla corte³¹⁵.

Insomma, il provvedimento della corte ha, per l'istruttore, un limitato effetto preclusivo, in relazione alle sole questioni e agli elementi istruttori su cui la corte stessa si sia pronunciata.

Se, in mancanza di novità fattuali o istruttorie, la richiesta di revoca-modifica di capi dell'ordinanza presidenziale su cui è pendente il reclamo deve ritenersi inammissibile³¹⁶, sussistendo nuovi elementi, il potere di revoca-modifica può essere esercitato anche durante il procedimento di reclamo: in tale ipotesi, se la corte dovesse, prima della decisione dell'istanza *ex art. 709 c.p.c.* rivolta al giudice istruttore, revocare o modificare l'ordinanza presidenziale, l'istruttore dovrebbe pronunciare la sopravvenuta cessazione del contendere sull'istanza di modifica, essendo venuto meno il provvedimento sul quale pronunciarsi. Ed analogamente, qualora il giudice istruttore dovesse, pendente il reclamo *ex art. 708*, revocare o modificare l'ordinanza presidenziale, il procedimento predetto verrebbe ad esaurirsi per sopravvenuta mancanza dell'oggetto della controversia³¹⁷.

³¹⁵ Cfr. Balena, *Le riforme più recenti del processo civile*, a cura di Balena – Bove, Bari, 2006; Casaburi, *I nuovi istituti di diritto di famiglia (norme processuali ed affidamento condiviso): prime istruzioni per l'uso*, in *Giur. merc. spec.*, marzo 2006.

³¹⁶ Anche per G. Finocchiaro, *Sui reclami la parola alla Corte d'appello*, in *Guida dir.*, 2006, 11, p. 50, l'istanza di revoca o modifica non sarebbe proponibile nella pendenza del procedimento di reclamo. *Contra*, invece, De Filippis, *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, Padova, 2006, p. 146.

³¹⁷ Sul punto, v. E. D'Alessandro, *L'affidamento condiviso*, a cura di S. Patti e L. Rossi Carleo, Milano 2006, in particolare 286-287, secondo la quale ogni possibile interferenza tra revoca e reclamo, fermo restando che gli stessi potranno essere proposti anche contemporaneamente e riguardare i medesimi punti di doglianza, potrà esser così risolta: a) se interverrà prima la modifica o revoca (o anche la conferma) del provvedimento presidenziale da parte dell'istruttore, la Corte d'Appello dovrà dichiarare cessata la materia del contendere; b) se è invece il giudice del reclamo a pronunciarsi per primo, il provvedimento emesso in secondo grado si sostituirà a quello pronunciato dall'istruttore, con la conseguenza che, a quel punto, sarà venuto meno il provvedimento che il giudice istruttore doveva revocare o modificare.

Infine, si deve anche considerare che la perfetta astratta fungibilità di reclamo, revoca e modifica, tutti strumenti di semplice revisione quando applicati all'ordinanza presidenziale, senza che la fattispecie dedotta sia modificata, pone seri problemi di coordinamento.

Nell'ipotesi dell'istanza di revoca-modifica avanzata nella pendenza del termine per la proposizione del reclamo, se si ritiene che quest'ultimo sia un rimedio alternativo, si deve concludere che tale istanza sia senz'altro ammissibile. Piuttosto, dopo la pronuncia del giudice istruttore, qualsiasi ne sia il contenuto, è quest'ultimo il provvedimento da sottoporre, se mai, a reclamo, e non l'originaria ordinanza presidenziale, rispetto alla quale il relativo potere si è ormai consumato³¹⁸.

Chi, al contrario, innanzi alla lacuna, richiama l'analoga materia cautelare, applicando l'art. 669-terdecies, 4° comma, c.p.c., ritiene che una volta introdotto il reclamo, questo assorbe in sé ogni tutela, sia essa generata dalla semplice revisione o piuttosto dalla necessità di esaminare un fatto storicamente nuovo o semplicemente ignorato, con prevalenza del reclamo su revoca e modifica³¹⁹.

Chi, infine, ritiene la fase presidenziale autonoma e retta da regole proprie, sostiene che, in tale tempo, il giudice istruttore non può intervenire, perché la fase presidenziale non si è ancora esaurita. Il che sarebbe confermato anche dalla successione temporale disposta dalla normativa: infatti, le facoltà riconosciute dall'art. 709 c.p.c. seguono l'iter procedurale previsto dall'art. 708 e non si sovrappongono allo esso, per cui solo dopo la conclusione della fase presidenziale e l'eventuale proposizione del reclamo, sarà consentito l'intervento del giudice istruttore con il suo potere di revoca e modifica.

³¹⁸ M. A. Lupoi, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* n. 4/2006, 1090.

³¹⁹ Cecchella, *Il nuovo processo di separazione e divorzio*, *Il Sole 24ore*, 2007, p. 60. In giurisprudenza, Tribunale di Napoli, ordinanza 9 novembre 2006, in *Foro It.*, 2007, 302, seppur ritenendo applicabile il reclamo ex art. 708, ult. co., c.p.c., afferma che "in tema di separazione personale dei coniugi, la modifica o la revoca dei provvedimenti temporanei ed urgenti dati dal presidente del tribunale non va chiesta al giudice istruttore, qualora penda il termine per il reclamo in corte d'appello, dovendosi invece proporre quest'ultimo, anche in caso di circostanze sopravvenute all'adozione dei provvedimenti presidenziali".

6. Reclamabilità dei provvedimenti del giudice istruttore.

Prima della riforma del 2005, la dottrina e la giurisprudenza prevalenti negavano la reclamabilità, *ex art. 669-terdecies*, sia dei provvedimenti presidenziali, che dei provvedimenti del giudice istruttore di revoca o modifica.

A tal riguardo, si sosteneva che mentre i provvedimenti resi in sede presidenziale potevano non essere soggetti a reclamo, perché per essi era previsto un rimedio tipico, consistente nella facoltà di revoca o modifica, esercitabile anche senza il sopravvenire di nuove circostanze, da parte del giudice istruttore, i provvedimenti resi da quest'ultimo, poiché non diversamente impugnabili fino alla sentenza definitiva, non potevano restare sprovvisti del rimedio del reclamo, per non privare il cittadino di fondamentali garanzie³²⁰.

Ciononostante, il legislatore della riforma ha espressamente previsto la reclamabilità dei soli provvedimenti presidenziali, ragion per cui gli interpreti si sono immediatamente interrogati per capire se, per esigenze di costituzionalità del

³²⁰ De Filippis-Casaburi, *Separazione e divorzio nella dottrina e nella giurisprudenza*, Cedam, Terza ed., 2004, pag. 166: "Il problema si ripropone per quanto riguarda i provvedimenti del g.i., resi nel corso del giudizio di merito, i quali, revocando o modificando i provvedimenti presidenziali, si sostituiscono ad essi. Si potrebbe pensare che la soluzione debba essere la stessa, in quanto i provvedimenti in questione hanno la medesima natura di quelli presidenziali e sono anch'essi citati dall'art. 189 disp. att. c.p.c., che costituisce uno degli argomenti in favore della tesi dell'irreclamabilità. La necessità di un nuovo esame nasce dal fatto che, mentre i provvedimenti presidenziali possono essere revocati o modificati dal g.i., i provvedimenti resi dal g.i. non possono che essere modificati dal Collegio al momento della decisione e, quindi, possono, per un periodo che può essere lungo, considerati i tempi della giustizia, non essere soggetti ad alcuna forma di riesame (se non da parte dello stesso G.I. che li ha emessi). Se a ciò si aggiunge il fatto che l'ordinanza del G.I. non è ricorribile per cassazione, non avendo natura di sentenza ed essendo destinata ad essere riassorbita dalla successiva decisione di merito, può configurarsi un quadro di non sufficiente garanzia per il cittadino, incompatibile con il sistema previsto dalla disciplina generale dei provvedimenti cautelari, di cui all'art. 669-bis e seguenti e con i principi generali che regolano la stessa materia della separazione e del divorzio, predisposte, attraverso l'art. 710 c.p.c. e 9 della legge 898/70, alla continua possibilità di adeguare i provvedimenti alle reali esigenze delle parti". Cea, *I processi di separazione e di divorzio all'indomani della L. n. 80/2005*, in *Rivista di diritto civile* n. 2/2006, p. 129, nt.96, afferma che normalmente il problema del reclamo avverso tali misure si pone quasi esclusivamente nei casi di provvedimenti pronunciati dal g.i. In realtà, nell'ipotesi dei provvedimenti pronunciati dal presidente, un serio problema di effettività del controllo si porrebbe esclusivamente nei casi in cui il presidente, dopo aver emesso le misure in questione, nel disporre la prosecuzione del giudizio, designasse se stesso giudice istruttore; è evidente che, in tale ipotesi, verrebbe meno il requisito dell'alterità del giudice cui è demandata la fase del controllo.

sistema³²¹, la disciplina in questione possa o meno essere estesa anche ai provvedimenti con cui il giudice istruttore abbia inciso sui provvedimenti del presidente, revocandoli o modificandoli, nonché agli ulteriori provvedimenti di revoca e modifica pronunciati dal giudice istruttore nel corso del procedimento³²². In proposito, secondo un orientamento giurisprudenziale è possibile ritenere, sulla base della lettera della legge, che il reclamo sia riservato ai soli provvedimenti presidenziali, restando così esclusi i provvedimenti successivi del giudice istruttore³²³. Questa tesi troverebbe conferma sia nella *ratio* della disciplina della competenza del giudice del reclamo, volta ad evitare che il giudizio spetti ai giudici del Tribunale, potenzialmente in posizione di soggezione rispetto al loro presidente, sia nell'evidente motivo di evitare l'esplosione di un micro-contenzioso endo-procedimentale che potrebbe "intasare" le corti d'appello. Tuttavia, quest'orientamento non convince del tutto, in quanto un eventuale trattamento differenziato in materia di reclamo dell'ordinanza presidenziale rispetto ai provvedimenti interinali dell'istruttore, non è facilmente giustificabile

³²¹ Salvaneschi, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in *Famiglia e Diritto*, 2006, pag. 369, afferma che se si riconosce che una lettura conforme alla Costituzione implica la reclamabilità dei provvedimenti del g.i., "...non si scappa dall'alternativa di ritenere tale reclamabilità già implicita nell'art. 708 c.p.c. oppure di condannare tale norma ad una futura declaratoria di incostituzionalità".

³²² Si osservi che prima dell'introduzione del reclamo, di cui alla legge 54/2006, ma dopo la riforma del 2005, Cipriani, *Processi di separazione e di divorzio*, in *Foro It.*, 2005, c. 143, affermava: "Orbene il legislatore del 2005, pur non pronunciandosi sull'impugnabilità dei nostri provvedimenti, ha modificato l'art. 669-*octies*, 6° comma, c.p.c., stabilendo che i provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito conservano la loro efficacia anche se il procedimento di merito si estingue. Oggi, dunque, la sopravvivenza all'estinzione è una caratteristica di tutti i provvedimenti cautelari anticipatori, sì che, non potendosi seriamente dubitare del carattere anticipatorio dei provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole (sia di quelli del presidente, sia di quelli dell'istruttore), non vedo come si potrà continuare a dubitare della loro impugnabilità col reclamo ex art. 669-*terdecies*".

³²³ Questa lettura è quella ritenuta preferibile dalla Corte d'appello di Milano. Il sistema complessivo troverebbe così la sua quadratura nella disciplina speciale della libera modificabilità dei provvedimenti del giudice istruttore, che farebbe da contrappeso alla loro esclusione dal reclamo. Per l'inammissibilità del reclamo avverso le misure del giudice istruttore (in base al presupposto della sola reclamabilità dei provvedimenti presidenziali, giusta quanto previsto dall'art. 708, 4° comma, c.p.c., applicabile, ex art. 4 l. 54/06, anche nei processi di divorzio), v. App. Cagliari 18 luglio 2006, App. Milano 6 luglio 2006 e App. Bari 16 giugno 2006, in *Foro it.*, 2006, 3242, con nota di Cea, *Ancora sul controllo delle misure nell'interesse dei coniugi e della prole: nuovi provvedimenti, vecchi andazzi*, nonché Trib. Foggia 2 maggio 2006, in *Foro it.*, 2006, 2213, sul presupposto che, avendo il legislatore previsto lo strumento del reclamo solo per i provvedimenti del presidente, i provvedimenti del g.i. non sono impugnabili, ma le parti troverebbero ugualmente tutela nella pur sempre consentita possibilità di revoca o modifica da parte dello stesso g.i. In tal senso, anche, G. Servetti, *L'affidamento condiviso*, in www.unicostmilano.it.

sul piano del rispetto dei precetti costituzionali. È da considerare, infatti, che anche i provvedimenti di revoca e modifica del giudice istruttore possono incidere sui diritti delle parti. Basti pensare, per fare un esempio, ad un provvedimento che, revocando quello presidenziale di affidamento condiviso, scelga l'affidamento monogenitoriale: esso incide sui diritti del genitore escluso dall'affidamento nello stesso modo in cui sui suoi diritti avrebbe inciso un provvedimento presidenziale di affidamento esclusivo.

Dunque, partendo dall'assunto che un provvedimento del giudice istruttore che revoca, o, più probabilmente, modifichi il regime dei provvedimenti presidenziali, è un provvedimento che incide sui diritti delle parti al pari del provvedimento originario reclamabile, e che la libera modificabilità dei provvedimenti del giudice istruttore non fornisce un rimedio parallelo idoneo a salvaguardare la costituzionalità del sistema, poiché consente una nuova valutazione della fattispecie ad opera dello stesso giudice, e non di un giudice diverso, come, invece, avviene per il provvedimento investito da reclamo, si può comprendere perché parte della dottrina e della giurisprudenza si è espressa nel senso di ritenere che anche contro i provvedimenti di revoca e modifica emanati dal giudice istruttore sia possibile proporre il reclamo³²⁴.

Però, accanto a chi ritiene di estendere la disciplina del reclamo *ex art. 708 ult. co. c.p.c.* anche ai provvedimenti di revoca e modifica pronunciati dal giudice

³²⁴ Balena, *Le riforme più recenti del processo civile*, a cura di Balena – Bove, Bari, 2006, p. 407; F. Danovi, *I provvedimenti a tutela dei figli naturali dopo la legge 8 febbraio 2006, n. 54*, in *Riv. dir. proc.* n. 3/2006 p. 28; G. Finocchiaro, *Sui reclami la parola alla Corte d'appello*, in *Guida dir.*, 2006, 11, p. 50.

istruttore³²⁵, altri autori sostengono che in quest'ipotesi non si tratterebbe del reclamo camerale alla corte d'appello di cui all'art. 708, ult. comma, attesa la specialità della materia, bensì del reclamo cautelare al collegio *ex art. 669-terdecies c.p.c.*³²⁶.

³²⁵ L. Salvaneschi, *Alcuni profili processuali della legge sull'affido condiviso*, in *Riv. Dir. Proc.* 2006, p. 1287; M. A. Lupoi, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* n. 4/2006, p. 1089. In giurisprudenza: Trib. Genova, (ord.) 2 maggio 2006, in *Foro It.*, 2006, 2213, che fonda il suo orientamento sul fatto che entrambi i provvedimenti hanno la medesima natura. Ivi si legge: "...se entrambi i provvedimenti hanno analoga natura, si debbono considerare impugnabili con reclamo alla corte d'appello anche questi ultimi: infatti l'identica natura giuridica del provvedimento impone, con interpretazione estensiva, che ad esso sia riservato lo stesso mezzo di impugnazione, quale che sia la funzione (presidenziale o istruttoria) svolta dal magistrato che lo ha emesso"; Trib. Reggio Emilia, ord. 6 novembre 2006, in *Foro it.*, 2007, 973 che giunge alla conclusione secondo la quale i provvedimenti del g.i. possano essere reclamati con il medesimo mezzo riservato alle ordinanze presidenziali "per evidenti ragioni di simmetria e razionalità processuale": a conforto rileva che tali ordinanze costituiscono "espressione della medesima potestà giurisdizionale che caratterizza l'ordinanza presidenziale, ed è destinata ad incidere sulle medesime posizioni giuridiche", lo stesso provvedimento anche in *Famiglia e Diritto* n. 3/2007 con nota di A. Arceri, *Sulla reclamabilità dei provvedimenti interinali nella separazione e nel divorzio*, che non condivide il provvedimento, affermando che la lettera della norma richiamata è, già di per sé, elemento fortemente ostativo alla soluzione proposta dalla pronuncia in commento: il regime di cui all'art. 708 è stato infatti espressamente riservato alla sola ordinanza presidenziale e non può credersi per incuriam.

³²⁶ De Filippis, *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, Padova, 2006, p. 143; C.M. Cea, *L'affidamento condiviso: profili processuali*, in *Foro Italiano* 3/2006, c. 99; Cea, *La nuova torre di Babele: la legge sull'affidamento condiviso e il reclamo contro i provvedimenti del giudice istruttore*, in *Foro It.*, 2006, 2213; Balena, *Le riforme più recenti del processo civile*, a cura di Balena – Bove, Bari, 2006, p. 407, ritiene questa un'ipotesi alternativa all'interpretazione estensiva dell'art. 708, ult. comma; F. Tommaseo, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: b) profili processuali*, in *Famiglia e Diritto* n. 4/2006, che sostiene l'applicazione ai provvedimenti di revoca e modifica del giudice istruttore del reclamo di cui all'art. 669-terdecies c.p.c. davanti a un collegio del tribunale composto senza il giudice che è autore del provvedimento reclamato. In giurisprudenza, si veda: Trib. Trani 28 aprile 2006, in *Foro It.*, 2006, I, 2213, con nota di CEA; Trib. Genova 6 febbraio 2007, in *Foro it.*, 2007, 946 che desume la tesi del controllo dei provvedimenti del g.i. nelle forme del reclamo cautelare, da una lato, dall'art. 742 *bis* c.p.c., che escluderebbe la reclamabilità davanti alla corte di appello delle misure adottate dal g.i., e dall'altro lato, dall'inegabile natura cautelare dei provvedimenti stessi; Trib. Vicenza, 13 agosto 2007, in *Famiglia e Diritto* n. 4/2008, p. 372; Corte d'Appello di Genova; decreto 10 novembre 2006, in *Foro It.*, 2007, 590; Trib. Firenze, 30 novembre 2006, in *Foro it.*, 2007, 973. In tal senso, già prima della riforma, si era espresso il Trib. di Genova, ord. 16 marzo 2001 in *Foro it.*, 2001, I, 2356 e 10 gennaio 2004, in *Foro it.*, 2004, c. 931, e il Trib. di Brindisi, (ord.) 12 agosto 2003, in *Foro It.*, 2003, I, c. 3156, quest'ultimo, però, con riferimento alle sole fattispecie di ordinanze emesse per ovviare a situazioni di pericolo di danno grave ed irreparabile.

7. Applicabilità dell'art. 184 c.p.c. e mezzi di prova nel giudizio di separazione.

L'art. 709 *bis* afferma che, all'udienza dinanzi al giudice istruttore, si applica l'art. 184 c.p.c. il quale dispone che il giudice, con l'ordinanza di ammissione delle prove, fissa appunto un'udienza per l'assunzione delle stesse.

In realtà, non si comprende la ragione di tale riferimento; le motivazioni potrebbero essere due: o il legislatore è stato spinto da uno scrupolo eccessivo, oppure questi riferimenti (appunto superflui) sono il frutto di un pessimo coordinamento nella stesura del testo della riforma; infatti nella vecchia formulazione delle norme del codice di procedura civile, gli artt. 180, 183 e 184 disciplinavano proprio la scansione delle udienze di comparizione e trattazione della causa con rito ordinario: l'art. 180 l'udienza di prima comparizione, l'art. 183 l'udienza di prima trattazione ed infine l'art. 184 c.p.c. l'udienza relativa alle deduzioni istruttorie. Con la riforma non esiste più il passaggio da un'udienza di prima comparizione ad un'udienza di prima trattazione seguita, infine, da un'udienza di seconda trattazione, in cui vengono richiesti i termini per la formulazione dei mezzi istruttori. Queste tre udienze oggi sono state concentrate nell'unica udienza *ex art.* 183 c.p.c. riformato. L'errore quindi può essere stato che nel richiamare le norme sullo svolgimento, o meglio sulla scansione delle udienze di comparizione e trattazione del procedimento del processo ordinario di cognizione, si siano indicate le norme "vecchie" ignorando che la stessa novella le aveva riformate.

Ciò detto, questo precetto si innesta nel quadro del principio secondo il quale il processo di separazione, nell'istruttoria, si svolge nei modi ordinari, salve le particolarità connesse all'esistenza di un interesse pubblico determinato dalla presenza di figli minori.

Il giudice istruttore, pertanto, ove non ritenga di applicare l'art. 187 c.p.c., rimettendo le parti dinanzi al Collegio per la decisione (definitiva o non definitiva), provvede in ordine alle richieste istruttorie secondo i principi di concentrazione del *thema probandum* previsti dall'art. 183 c.p.c. ed assume le prove nella successiva udienza *ex art.* 184 c.p.c..

Anche per l'esercizio dei poteri d'ufficio si applica l'art. 183 c.p.c., il quale prevede che i mezzi di prova disposti dal giudice siano indicati con l'ordinanza prevista dal settimo comma e che ciascuna parte possa dedurre, entro il termine assegnatole con la medesima ordinanza, gli ulteriori mezzi istruttori che si rendano necessari in relazione ad essi.

I poteri d'ufficio, in primo luogo, competono al giudice della separazione in relazione alla decisione sull'affidamento dei figli minori.

Già nel vigore della precedente normativa la giurisprudenza di legittimità sosteneva che la decisione in ordine all'affidamento si sottraeva sia alla volontà dei genitori, che alle scelte dei figli medesimi ed era rimessa alla valutazione del giudice³²⁷.

La legge 54 del 2006 ha espressamente affermato, con l'art. 155- *sexies*, che, per tutto quanto riguarda i figli, il giudice non è vincolato alle richieste delle parti e può esercitare, nell'assunzione della prova, poteri d'ufficio³²⁸. L'ampio potere inquisitorio attribuito al giudice è finalizzato ad un migliore accertamento della verità circa i rapporti e le condizioni personali e patrimoniali delle parti, nell'interesse prevalente del minore.

In assenza di figli e per tutto ciò che non li riguarda direttamente (es. presupposti della separazione, fondatezza della richiesta di addebito), anche nei giudizi di separazione vige il principio dispositivo e vigono le regole ordinarie sulla ripartizione dell'onere della prova.

Vi sono però altre eccezioni, desumibili dalla specifica normativa in materia.

L'obbligo previsto dall'art. 706 c.p.c., sia a carico dell'attore che del convenuto, di allegare le ultime dichiarazioni dei redditi presentate, è valido, infatti, sia in presenza di figli che prescindendo da essi. Esso costituisce una deroga rispetto ai principi generali, imponendo alle parti uno specifico dovere di collaborazione

³²⁷ Cass., sent. n. 6063 del 4 dicembre 1985: “.. l'affidamento dei figli minori si sottrae sia alla volontà dei genitori, sia alle scelte dei figli medesimi e viene demandato alle decisioni del giudice di merito, il quale, in relazione alla finalità di tutelare in via preminente il loro interesse, ha facoltà di assumere anche di ufficio i mezzi di prova”.

³²⁸ A tal riguardo si rinvia al par. 14 del capitolo II.

nella raccolta delle prove, in fase presidenziale³²⁹. Non sembra che tale obbligo possa dirsi espressione di un dovere generale, suscettibile di estensione e di ulteriori applicazioni. Pertanto, dal suo inadempimento, derivano solo conseguenze in ordine alla prova induttiva del possesso di redditi da parte dell'inadempiente³³⁰, ragion per cui è stato sostenuto che, in difetto di presentazione, il presidente possa ordinare anche d'ufficio l'esibizione delle ultime due dichiarazioni³³¹.

Il discorso è collegato al tema delle indagini di polizia tributaria, previsto anche dalla normativa divorzile.

8. Indagini di polizia tributaria.

Prima della doppia riforma, di cui alle leggi 80/2005 e 54/2006, l'art. 5, 9° comma della legge 898/70 (l. divorzio), stabiliva che i coniugi presentassero, all'udienza di comparizione dinanzi al presidente del tribunale, la dichiarazione personale dei redditi ed ogni documentazione relativa ai loro redditi e patrimoni ed attribuiva al giudice, in caso di contestazioni, la facoltà di disporre, in ordine ad esse, indagini di polizia tributaria. Un'analoga disposizione non era prevista per le separazioni, ma l'applicabilità della normativa alle stesse veniva, non senza contrasti, affermata dalla giurisprudenza, per effetto dell'art. 23 della legge n. 74/1987 o dell'istituto dell'analogia³³².

³²⁹ Si veda Cass., sent. n. 7435 del 21 maggio 2002, in *Fam. e Dir.*, n. 6/2002 (anteriore alla novella del 2005) “..la norma che dispone che i coniugi presentino, all'udienza di comparizione dinanzi al presidente del tribunale, le dichiarazioni personali dei redditi ed ogni documentazione.. pone una deroga al principio generale sull'onere della prova, imponendo ad entrambi i soggetti un obbligo di collaborazione nella formazione della prova stessa ed attribuendo al giudice, ove sorgano contestazioni, poteri di accertamento d'ufficio”.

³³⁰ A. Ceccherini, *I rapporti patrimoniali nella crisi della famiglia e nel fallimento*, Milano, 1996, p. 349.

³³¹ F. Cipriani, *Processi di separazione e di divorzio*, in *Foro it.*, 2005, c.141.

³³² S. Satta - C. Punzi, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, 1011; De Filippis-Casaburi, *Separazione e divorzio nella dottrina e nella giurisprudenza*, Cedam, Terza ed., 2004, pag. 73: “Un passo verso il regime unitario è stato compiuto con l'art. 23 della legge 74/87, che ha previsto l'applicazione alla separazione di alcune norme procedurali stabilite per il divorzio ed ha abrogato implicitamente alcune norme del codice di procedura, ma tale disposizione non ha valenza generale, neppure per la parte di procedimento cui si riferisce, che si identifica in tutte le disposizioni di rito previste dall'art. 4. La previsione dell'art. 5, 9° comma, relativa alla presentazione della dichiarazione dei redditi ed alle indagini di polizia tributaria, non essendo compresa dall'art. 4, che è il solo richiamato dall'art. 23, deve, letteralmente, per la sua

Con l'entrata in vigore della riforma di cui alla legge 80/05, anche per le separazioni è stato espressamente previsto, sin dall'udienza presidenziale, l'obbligo di presentare la dichiarazione dei redditi, ma non la facoltà del giudice di disporre indagini.

Tuttavia, l'art. 5, 9° comma, della legge divorzile poteva comunque continuare ad essere ritenuto applicabile, in virtù dell'art. 23 o del ricorso all'analogia³³³, tenuto

collocazione sistematica, considerarsi esclusa e non applicabile alle separazioni". *Contra* Cass. 30 marzo 1994 n. 3168, in *Foro It.*, 1995, I, pag. 238, ha affermato che la sfera di applicabilità dell'art. 23 sarebbe più estesa, comprendendo tutte le norme procedurali, anche non inserite nell'art. 4 e che la disposizione di cui all'art. 5, 9° comma, in quanto tale, vi rientrerebbe. Questa posizione non è stata condivisa da parte della dottrina e della giurisprudenza, in quanto l'art. 23 non si riferisce a tutte le norme procedurali contenute nella legge 898/70, ma richiama per l'estensione dell'applicazione, con un'espressione letterale che non può essere superata, il solo art. 4. Per tale ragione, la dottrina e la giurisprudenza favorevole all'applicabilità, non interpretano estensivamente l'art. 23, ma ricorrono all'istituto dell'analogia, nonostante si ritenesse che l'art. 5, 9° comma, 1. div. costituiva un'eccezione al principio generale del nostro ordinamento, sancito dall'art. 2697 c.c., secondo il quale l'onere della prova delle condizioni personali e patrimoniali del coniuge, nei cui confronti è richiesto il pagamento dell'assegno, incombe al coniuge istante. In tal senso, Larizza, *È ancora scontro sulla compatibilità di disciplina tra separazione e divorzio*, in *Giur. di Merito*, 1997, I, 712, il quale sostiene che la regola impositiva dell'onere probatorio può attenuarsi in presenza di poteri di iniziativa del giudice che consentano di integrare, *ex officio*, l'istruzione probatoria ed i contenuti dimostrativi forniti dalle parti in presenza di contestazioni, laddove chi è gravato del relativo onere versi nell'eccessiva difficoltà di fornire la prova. Propende per l'assoluta compatibilità tra i poteri inquisitori conferiti al giudice dalla legge sul divorzio ed il procedimento di separazione personale anche Nappi, *Appunti sulla separazione personale ed il divorzio nella nuova disciplina introdotta con la l. 6 marzo 1987 n. 74*, in *Famiglia e Diritto*, 1988, 424, secondo il quale l'indagine sui redditi, sui patrimoni e sul tenore di vita dei coniugi esulano dall'ambito del solo divorzio per interessare tutto quanto possa costituire elemento di corretta valutazione, anche economica, conseguente alla crisi del matrimonio ed alla patologia dei rapporti tra i coniugi, troppo spesso animati da conflittuali rivendicazioni. Nello stesso senso Cass. 17 maggio 2005 n. 10344, in *Giurisprudenza Italiana*, 4, 2006, p. 689.

³³³ In senso contrario, M. Finocchiaro, *Nel ricorso anche la dichiarazione dei redditi*, in *Guida al diritto*, 2005, fasc. 22, 95, osservava che proprio il fatto che il legislatore avesse previsto, nel giudizio di separazione, esclusivamente l'obbligo delle parti di allegare le ultime dichiarazioni lasciava escludere l'intenzione dello stesso di estendere a tale giudizio i profondi poteri istruttori di cui all'art. 5, comma 9, legge div. Oltre al fatto che lo stesso sosteneva che non era possibile invocare l'art. 23 legge n. 74/1987, dovendosi ritenere tale norma abrogata con effetto dalla data di entrata in vigore della nuova normativa. *Contra* quest'ultimo aspetto F. Cipriani, *Processi di separazione e di divorzio*, in *Foro it.*, c. 144; G. Dosi, *La nuova fase introduttiva del processo di separazione e di divorzio*, in *Lessico di diritto di famiglia*, 2005, 3, 160-161, secondo cui, in forza dell'art. 23 della legge 74 del 1987 troveranno ancora applicazione per la separazione l'art. 4, comma 9, 1. div. che consente al tribunale nel corso del giudizio di pronunciare sentenza non definitiva sullo *status*, l'art. 4, comma 12 della medesima legge sul divorzio, che prevede la forma camerale per l'intero giudizio di appello e l'art. 4, comma 1, 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. Per la vigenza dell'art. 23 1. div., si veda, altresì, P. Lai, *Polizia tributaria e poteri del giudice della separazione per accertare i redditi dei coniugi*, in *Famiglia e Diritto*, 2006, p. 179, per il quale le riforme processuali del 2005 non contengono alcuna disposizione dalla quale sia consentito dedurre l'intervenuta abrogazione, espressa o tacita della norma in questione.

conto anche del fatto che in caso di mancata costituzione della parte resistente o, comunque, di mancata produzione delle dichiarazioni dei redditi da parte di entrambi i coniugi, l'assenza di ogni potere di indagine in capo al giudice avrebbe impedito, di fatto, allo stesso di poter acquisire gli elementi utili ai fini dell'adozione, quanto meno, dei provvedimenti relativi alla prole, provvedimenti che, come si è detto, possono essere adottati di ufficio³³⁴.

In questo quadro, la legge 54/2006 sull'affido condiviso ha inserito nell'art. 155 c.c., il sesto comma, in virtù del quale il giudice, ove le informazioni di carattere economico fornite dai genitori non risultino sufficientemente documentate, "dispone" un accertamento della polizia tributaria sui redditi e sui beni oggetto della contestazione, anche se intestati a soggetti diversi.

Si tratta di attività istruttorie che il giudice può esercitare d'ufficio, al fine di ricostruire nel modo più fedele possibile "le risorse economiche di entrambi i genitori", per soddisfare il prevalente interesse del minore ad ottenere un contributo proporzionale al reddito reale (e non a quello meramente dichiarato) dei genitori³³⁵.

Come si è già detto, analoghi poteri erano previsti dall'art. 5, comma 9° 1. div.; tuttavia, si sosteneva che l'esercizio del potere istruttorio da esso previsto rientrasse nella discrezionalità del giudice³³⁶. In particolare, la giurisprudenza sosteneva che l'espletamento delle indagini sui redditi e sulla situazione patrimoniale dei coniugi fosse ammesso solo in caso di specifica e non generica

³³⁴ In tal senso A. Liuzzi, *Allegazione delle dichiarazioni dei redditi e potere istruttori del giudice nel processo di separazione e di divorzio alla luce delle leggi nn. 80/2005 e 54/2006*, in *Famiglia e diritto*, 2006, p. 227.

³³⁵ M. A. Lupoi, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, in *Rivista trimestrale diritto e procedura civile* n. 4/2006, p. 1078 ritiene che "sebbene la norma sia inserita nell'articolo dedicato all'affidamento e al mantenimento dei figli minori, essa può essere invocata anche nel contesto dell'art. 155-*quinquies* c.c., per determinare l'assegno periodico a favore del figlio maggiorenne: è evidente, infatti, che il *quantum* di tale assegno non potrà che essere stabilito in base ai criteri elencati dall'art. 155 c.c., con l'ausilio dei medesimi strumenti istruttori".

³³⁶ Cass., 7 febbraio 2006, n. 2625, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1751.

contestazione dei redditi dichiarati da uno dei coniugi da parte dell'altro³³⁷. Al contrario la previsione introdotta in tema di separazione sembra lasciare in capo al giudice margini di discrezionalità più ampi di quelli previsti in seno al giudizio di divorzio, atteso che il legislatore ha posto come requisito essenziale per il suo esercizio solo la carenza di documentazione dei redditi da parte dei coniugi separandi³³⁸.

Inoltre, l'art. 5, comma 9°, 1. div. e l'art. 155, ult. comma, c.c. hanno una formulazione letterale non esattamente coincidente: in particolare, la prima disposizione sembrerebbe avere un ambito più esteso, dal momento che, a differenza della seconda, non fa coincidere le indagini sui redditi con gli accertamenti della polizia tributaria e oggetto degli accertamenti previsti dall'art. 5, comma 9°, oltre ai redditi, sono i patrimoni e l'effettivo tenore di vita dei coniugi. Ration per cui si ritiene che anche gli accertamenti previsti dall'art. 155 ult. comma, c.c., al di là dall'infelice formulazione della norma, riguardino tutti i rilevanti aspetti patrimoniali e dunque anche "le risorse economiche" dei genitori ed il tenore di vita goduto dal figlio in costanza di convivenza, cui il medesimo art. 155 c.c. fa riferimento³³⁹.

In ogni caso, in ordine agli strumenti dei quali il tribunale può avvalersi al fine di accertare l'effettiva situazione patrimoniale dei coniugi, non sembra vi siano limiti al potere del giudice di disporre informative anche a mezzo soggetti privati. Sia l'art. 5, 9° comma, legge div., che l'art. 155, ult. co., c.c., attribuendo in capo al tribunale un generale potere di disporre indagini sui redditi, sui patrimoni e sull'effettivo tenore di vita dei coniugi, comprende la possibilità, ove ne ricorrano

³³⁷ Cass., 23 gennaio 1996, n. 496, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 954 o anche in *Foro It.*, 1996, I, 863; Trib. Napoli, (ord.) 14 novembre 1995, in *Fam. e dir.*, 1996, p. 464. Da ultimo, Cass. 17 maggio 2005, n. 11230, in *Famiglia e Diritto*, 2006, p. 179, secondo la quale per contestazione deve intendersi non la mera negazione. Inoltre, è necessario, osserva la Corte, che questa sia supportata da sufficienti elementi di ragionevolezza e abbia per oggetto i singoli fatti dai quali poi, mediante il ragionamento inferenziale, il giudice deduca una determinata capacità reddituale, ai fini della quantificazione dell'assegno. Inoltre, secondo De Filippis, *Manuale pratico delle cause di separazione e divorzio*, Padova, 2005, pag. 46: "Le indagini possono essere disposte solo a seguito di "contestazioni". Ciò significa che non sono possibili ove vi sia acquiescenza della controparte, a meno che non siano disposte sotto il diverso profilo dei poteri d'ufficio che, in procedimenti di tal tipo, competono al giudice nell'interesse dei figli minori.

³³⁸ In questo senso, P. Lai, *Polizia tributaria e poteri del giudice della separazione per accertare i redditi dei coniugi*, in *Famiglia e Diritto*, 2006, p. 179.

³³⁹ M. A. Lupoi, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, in *Rivista trimestrale diritto e procedura civile* n. 4/2006, p. 1079.

gli estremi, di ricorrere non solo alla polizia tributaria, ma anche di poter chiedere d'ufficio informazioni presso altri soggetti privati come gli istituti bancari, sulla scorta di quanto dispone l'art. 213 c.p.c.³⁴⁰.

Si ritiene, inoltre, che il giudice del merito possa anche avvalersi di fatti notori, ai sensi dell'art. 115, comma 2, c.c., ove detta utilizzazione sia diretta non alla stima precisa del reddito dei coniugi, ma all'individuazione di un livello medio di reddito che, in mancanza di prova contraria, deve ritenersi conseguito³⁴¹, nonché delle presunzioni semplici³⁴².

Si deve, peraltro, escludere che l'art. 155 c.c. abbia tacitamente abrogato l'art. 5, comma 9°, 1. div.: quest'ultimo, infatti, è invocabile anche in funzione della determinazione dell'assegno divorzile, mentre la disposizione del codice si applica solo in relazione all'assegno di mantenimento per la prole³⁴³.

Le due norme, inoltre, operano in modo diverso. L'art. 5, comma 9°, infatti, presuppone una ragionevole contestazione dei redditi di uno dei coniugi da parte dell'altro. L'art. 155 ult. co. c.c., invece, che individua due tipi di accertamento diversi ed autonomi, utilizza le parole "oggetto della contestazione" solo rispetto alle indagini sui beni, mentre, per le verifiche sui redditi reali dei genitori³⁴⁴, fa riferimento alla semplice "insufficienza" della documentazione fornita dalle

³⁴⁰ Liuzzi, *Allegazione delle dichiarazioni dei redditi e potere istruttori del giudice nel processo di separazione e di divorzio alla luce delle leggi nn. 80/2005 e 54/2006*, in *Famiglia e diritto*, 2006, p. 228.

³⁴¹ Cass. 25 maggio 1985, n. 3183, in *Giust. civ. Mass.*, 1985, fasc. 3.

³⁴² Il ricorso alle presunzioni semplici, che deve ritenersi consentito in presenza dei requisiti e delle condizioni di ammissibilità contemplate dall'art. 2729 c.c., non configura un'indebita sostituzione dell'iniziativa d'ufficio a quella della parte cui fa carico l'onere della prova, atteso che tale onere può essere assolto anche mediante la mera prospettazione al giudice medesimo dell'esistenza di elementi presuntivi. Si veda, al riguardo, Cass. 23 aprile 1985, n. 2656, in *Giust. civ. Mass.*, 1985, 825; Cass. 29 aprile 1986, n. 7061, in *Giust. civ. Mass.*, 1986, fasc. 11.

³⁴³ Così anche De Filippis, *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, Padova, 2006, p. 113; M. Finocchiaro, *Accertamento coatto sui redditi dei coniugi*, in *Guida dir.*, 2006, fasc. 11, p. 36.

³⁴⁴ Nell'ambito di tali indagini si è affermato che, anche in assenza della preventiva autorizzazione del Comandante regionale, la Guardia di finanza abbia il potere di ottenere, come previsto dall'art. 32, n. 7, d.p.r. n. 600 del 1973 da una società fiduciaria, dati, notizie e documenti relativi a qualsiasi rapporto intrattenuto od operazione effettuata, ivi compresi i servizi prestati e le garanzie prestate da terzi, relativi alla parte oggetto di indagini; in forza degli artt. 5 1.div. e 155 c.c., inoltre, il giudice del divorzio o della separazione ha il potere di ottenere dalla società fiduciaria una completa *disclosure* riguardo alle generalità del fiduciante e ai beni fiduciariamente intestati, senza alcuna limitazione: Trib. Reggio Emilia, (ord.) 27 marzo 2006, giudice Fanticini, in www.giuraemula.it.

parti³⁴⁵, prevedendo, al riguardo, un potere inquisitorio “puro”³⁴⁶, esercitabile nell’interesse della prole, ad esempio, nel caso in cui uno dei coniugi non depositi le proprie dichiarazioni dei redditi o depositi dichiarazioni non complete o inattendibili³⁴⁷.

In realtà, indagini di questo tipo da tempo vengono svolte nei procedimenti della crisi matrimoniale, nuova, invece, è la previsione in ordine alla possibilità di estendere le indagini su beni “intestati a soggetti diversi”, sul presupposto che si tratti di beni del genitore fittiziamente o fiduciariamente intestati a terzi.

Le indagini su questi beni presuppongono una contestazione (che dovrà essere particolarmente seria, ma che, a certe condizioni, potrà anche basarsi su semplici presunzioni)³⁴⁸: la norma, tuttavia, non si preoccupa né dei limiti dell’accertamento del giudice né della posizione dei terzi intestatari dei beni oggetto di indagine.

Sotto il primo profilo, gli accertamenti del giudice del contenzioso genitoriale non potranno che essere compiuti *incidenter tantum*, dal momento che l’accertamento dell’effettiva titolarità di uno o più beni non può comunque entrare nel *thema decidendum* del processo in corso.

In ogni caso, è difficile pensare (anche in termini di legittimità costituzionale della norma)³⁴⁹ che accertamenti (eventualmente invasivi) sul patrimonio di un terzo

³⁴⁵ P. Lai, *Polizia tributaria e poteri del giudice della separazione per accertare i redditi dei coniugi*, in *Famiglia e diritto*, 2006, p. 184.

³⁴⁶ Balena, *Il processo di separazione personale dei coniugi*, in *Le riforme più recenti del processo civile*, a cura di Balena-Bove, Bari, 2006, p. 417; De Filippis, *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, Padova, 2006, p. 114.

³⁴⁷ De Filippis, *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, Padova, 2006, p. 113, fa appunto riferimento ad una carenza di documentazione sia in senso formale (come mancata produzione in giudizio della documentazione rilevante) sia in senso sostanziale (in caso di produzione di documentazione inattendibile o inadeguata a fornire una completa ricostruzione della situazione patrimoniale della parte, ovvero, si riferisce all’ipotesi in cui la documentazione ci sia, ma suscita dubbi).

³⁴⁸ Per M. Finocchiaro, *Accertamento coatto sui redditi dei coniugi*, in *Guida dir.*, 2006, fasc. 11, p. 36, questo tipo di indagini presuppone che l’altro genitore abbia, previamente, dimostrato la natura simulata dell’intestazione dei beni a terzi.

³⁴⁹ Liuzzi, *Allegazione delle dichiarazioni dei redditi e potere istruttori del giudice nel processo di separazione e di divorzio alla luce delle leggi nn. 80/2005 e 54/2006*, in *Famiglia e diritto*, 2006, p. 228.

possano svolgersi senza che quest'ultimo sia formalmente coinvolto nel procedimento³⁵⁰.

Sul piano applicativo, il giudice cui la norma fa riferimento sarà normalmente il giudice istruttore³⁵¹ o il collegio, nell'ambito delle prerogative di sua spettanza. Alcuni non escludono che le indagini in questione possano essere disposte anche dal presidente³⁵², per quanto con un accertamento rapido. Ma proprio tale rapidità induce a pensare che sia inutile svolgere queste indagini nel corso della fase presidenziale³⁵³, in quanto da un lato, per veloci che siano, tali accertamenti implicheranno di necessità un ritardo di alcune settimane nel passaggio alla fase istruttoria e dall'altro, l'utilità di queste indagini sta proprio nella loro accuratezza e puntigliosità, non servendo a nulla accertamenti frettolosi. Ne consegue che sarà più opportuno che il presidente si pronunci allo stato degli atti, e affidi all'istruttore la pronuncia "documentata".

³⁵⁰ V. anche M. Finocchiaro, *Accertamento coatto sui redditi dei coniugi*, in *Guida dir.*, 2006, fasc. 11, p. 36.

³⁵¹ A favore dell'attribuzione anche al presidente della facoltà di disporre le indagini in questione si veda Liuzzi, *Allegazione delle dichiarazioni dei redditi e potere istruttori del giudice nel processo di separazione e di divorzio alla luce delle leggi nn. 80/2005 e 54/2006*, in *Famiglia e diritto*, 2006, p. 228, il quale afferma: "Il legislatore, per un verso, all'ultimo comma dell'art. 155 c.c., nell'ammettere accertamenti di polizia tributaria anche in seno al giudizio di separazione, ha riconosciuto tale potere in capo al "giudice", senza limitazione alcuna; per altro verso, all'art. 155-sexies c.c., ha espressamente previsto che il giudice, prima dell'emanazione, anche in via provvisoria dei provvedimenti di cui all'art. 155, può assumere non solo ad istanza di parte, ma anche di ufficio, i mezzi di prova. È evidente, tuttavia, che, in caso di esercizio da parte del giudice dell'udienza presidenziale del potere di disporre mezzi di prova *ex officio*, le indagini dovranno svolgersi in tempi celeri e la successiva udienza di comparizione dovrà essere fissata a breve distanza dalla prima: in difetto, sarà pregiudicata la sollecita regolamentazione interinale dei rapporti fra le parti, cui sono finalizzati proprio i provvedimenti temporanei ed urgenti da emanarsi in sede presidenziale".

³⁵² De Filippis, *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, Padova, 2006, p. 113.

³⁵³ Anche Masante, *I procedimenti in materia di famiglia*, in *Il nuovo rito civile. II. Il giudizio di cassazione e i provvedimenti speciali*, a cura di Demarchi, Milano, 2006, p. 217 ritiene che le indagini in questione siano riservate al giudice istruttore, non escludendo però che il presidente possa quanto meno richiedere una conferma o un'integrazione ai competenti uffici. Nel senso che la competenza sia solo collegiale si veda: Trib. Bari 3 maggio 1988, in *Foro it.*, 1988, I, 3093; Trib. Catania 19 luglio 1988, in *Famiglia e Diritto*, 1989, I, 143.

9. Audizione del minore.

Secondo le nuove disposizioni (art. 155-*sexies* c.c.), l'audizione del minore (ultradodicesimo o comunque capace di discernimento) deve avvenire prima dell'emanazione, "anche in via provvisoria" dei provvedimenti di cui all'art. 155 c.c.

Ciò significa che il minore coinvolto nel procedimento di separazione deve essere ascoltato nella fase presidenziale.

Ove, per qualunque ragione, tale audizione sia stata omessa, il giudice deve compierla prima dell'emanazione definitiva dei provvedimenti (prima della sentenza) e, quindi, nella fase istruttoria.

Anche nel caso in cui l'audizione dinanzi al presidente sia avvenuta, il giudice può, ove ne ravvisi la necessità, riascoltare il minore.

Tale facoltà non può essergli negata, nell'ambito di un sistema che riconosce l'importanza dell'audizione e la considera un diritto per il minore, ma è evidente che deve essere esercitata tenendo conto della delicata situazione e della sensibilità dello stesso, evitando ogni inutile reiterazione.

In passato, il legislatore italiano ha recepito con molta cautela (e spesso non ha recepito affatto) le indicazioni internazionali che imponevano l'ascolto del minore in tutti i procedimenti nei quali lo stesso risultasse coinvolto³⁵⁴.

Le incertezze del legislatore verosimilmente si spiegano, oltre che con le valutazioni sulla possibile inattendibilità o influenzabilità del minore, con il permanere della teoria secondo cui la sua comparizione davanti al giudice sarebbe traumatica e da evitare ad ogni costo.

³⁵⁴ Convenzione europea relativa al rimpatrio dei minori, firmata a L'Aja il 28 maggio 1970 (ratificata con legge 30 giugno 1975, n. 396); Convenzione sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori, stipulata a L'Aja il 25 ottobre 1980, ratificata e resa esecutiva in Italia dalla legge 15 gennaio 1994, n. 64; Convenzione sui diritti del fanciullo, approvata a New York il 20 novembre 1989 e ratificata in Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176. L'art. 12 dell'ultima convenzione citata, afferma: "Gli Stati Parti garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, le opinioni del fanciullo essendo debitamente prese in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità. A tal fine, si darà in particolare al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale".

A tal riguardo, vi è chi ritiene che il minore, nel momento in cui sta vivendo in prima persona una vicenda di separazione giudiziale, possa restare traumatizzato, non tanto dal fatto che i genitori prendano strade diverse, litighino tra loro e magari cerchino, ciascuno, di averlo dalla propria parte, quanto dall'aver ricevuto considerazione ed attenzione come persona e di dover essere ascoltato dal giudice. Tuttavia, tale opinione non è del tutto condivisibile, laddove si ritenga che l'audizione del minore, se correttamente attuata, non lo traumatizza, ma lo tutela e che essa, in linea di principio, si ispira a motivazioni di progresso e civiltà e sia espressione del rispetto dovuto ad ogni essere umano.

Al contrario, alcuni Autori³⁵⁵ negano l'utilità dell'ascolto diretto dei minori, sostenendo che i genitori, sia pure in conflitto tra loro, restano sempre le persone più idonee a prospettare al giudice l'interesse dei figli.

Si osserva, al riguardo, che l'audizione dei figli non esclude, ma si aggiunge a quella dei genitori, che non può mai essere onnicomprensiva, e che è ottimistico ritenere che i coniugi in conflitto siano sempre serenamente in grado di valutare l'interesse dei figli, nonché di desiderarlo al di sopra del loro stesso interesse, dal momento che la prassi dimostra, nei separandi, non solo l'esistenza di valutazioni errate, come sono generalmente tutte quelle che vogliono negare ai minori il contributo affettivo e la più costante presenza possibile di entrambi i genitori, ma addirittura la strumentalizzazione dei figli, che talora divengono, nelle cause di separazione, terreno di scontro e strumenti di vendetta tra i coniugi.

È ovvio che l'audizione non può essere utilizzata per l'acquisizione di elementi o testimonianze sulla condotta dei genitori, per l'eventuale dichiarazione di addebito e che, a tal fine, deve essere rigorosamente evitata, per non porre il figlio nell'inaccettabile posizione di giudice o di accusatore dei propri genitori.

Al contrario, l'audizione, nell'ambito del discorso sull'affidamento, è, di regola, opportuna, anche nelle fasce più basse d'età, purché sia svolta in modo idoneo, sulla base di una competenza e maturità che dovrebbe far parte del bagaglio del magistrato, specie se preposto a tali delicate funzioni.

³⁵⁵ AA. VV., *Problemi giuridico-metodologici della consulenza tecnica psicologica e psichiatrica nel settore delle separazioni*, in *Dir. Fam. Pers.*, 1988, pag. 1484.

È evidente che una “non audizione” diviene preferibile rispetto ad una “cattiva audizione”, la quale, ad esempio, non metta a suo agio il minore, lo carichi di responsabilità, lo ponga brutalmente di fronte a scelte che non vuole né può compiere o metta in cattiva luce i suoi genitori³⁵⁶.

L’audizione non deve svolgersi per chiedere al bambino (o ragazzo) la soluzione da adottare, ma per far emergere le sue esigenze, i problemi ed il modo con cui egli si rapporta alla crisi in corso.

L’ascolto del minore può avvenire anche tramite un consulente tecnico, quando le circostanze del caso lo consiglino.

L’art. 155-*sexies* prevede l’ascolto per il minore ultradodicesimo “e anche di età inferiore ove capace di discernimento”.

Il discernimento riguarda la capacità di giudizio e, nella fattispecie, deve ritenersi richiamato in relazione alla capacità di valutare la propria condizione e conoscere le proprie esigenze.

Se il giudice dovesse porre al minore domande dirette, il discernimento e la maturità che esso richiede dovrebbero essere valutate con rigore. Poiché invece è compito del magistrato comprendere la situazione del minore, il discernimento si identifica con l’autocoscienza e l’attenzione all’esterno, da cui derivi la capacità di fornire risposte o segnali utili e coerenti. Esso non può pregiudizialmente essere escluso in alcuna delle età successive alla prima infanzia.

L’età del minore da ascoltare ha ovviamente rilievo nello svolgimento dell’audizione. I Tribunali ordinari dovrebbero essere dotati di strutture, che li mettano in condizione di procedere, quando necessario, ad un ascolto “protetto”³⁵⁷.

³⁵⁶ Studi psicologici pongono in luce i diversi problemi connessi all’audizione, rilevando che il minore, non di rado, tende ad attribuire a sé la “colpa” della separazione e comunque teme, esprimendo una scelta dinanzi al giudice, di influire sul conflitto tra i genitori.

³⁵⁷ Nell’ascoltare il minore, il giudice, per poter meglio comprendere le sue risposte (o i suoi silenzi) deve tener conto del contributo offerto dalla psicologia, che ha individuato e descritto situazioni quali il complesso di lealtà verso il genitore affidatario, per cui il figlio interiorizza e carica su di sé l’avversione che un coniuge ha maturato per l’altro e si attribuisce il compito di volerlo compensare per i torti subiti, con la conseguenza di interrompere le proprie possibilità di accesso emotivo all’altro genitore o situazioni nelle quali emergono i desideri del minore di sentirsi accettato e protetto attraverso l’appartenenza al gruppo con il quale convive oppure ancora situazioni in cui il minore ha paura di effettuare scelte per non doversi sentire responsabile, a causa

10. Consulenza tecnica.

Nel giudizio di separazione è ammissibile la consulenza tecnica, secondo le regole stabilite dall'art. 61 e seguenti e dall'art. 191 e seguenti del codice di procedura civile³⁵⁸.

Il potere del giudice di ammetterla ha carattere discrezionale ed il suo mancato uso non può essere censurato in sede di legittimità. Tale principio va tuttavia temperato con quello secondo cui il giudice deve sempre motivare adeguatamente le decisioni adottate in merito ad una questione tecnica rilevante per la definizione della causa³⁵⁹.

La consulenza, oltre che a richiesta di parte, può essere ammessa d'ufficio, sia perché essa non è un mezzo di prova, ma un'assistenza fornita da un esperto al giudice, sia per i poteri espressamente riconosciuti al giudice dall'art. 155 e dall'art. 155-*sexies* in ordine ai provvedimenti relativi ai figli.

Il riferimento ai poteri d'ufficio attribuibili al giudice è opportuno, in tema di indagini che riguardino i minori, per superare le difficoltà che derivano dall'interpretazione delle facoltà riconosciute al consulente tecnico nel giudizio ordinario.

Ivi, infatti, la giurisprudenza, ponendosi il problema del rapporto tra consulenza tecnica ed onere probatorio, oscilla tra l'affermazione che la consulenza tecnica non può essere un mezzo di ricerca dei fatti che debbono essere invece provati dalla parte, ma deve essere soltanto uno strumento di valutazione dei fatti già dimostrati³⁶⁰ e l'affermazione che il consulente tecnico può attingere *aliunde* notizie non rilevabili dagli atti processuali³⁶¹, può chiedere informazioni a terzi senza autorizzazione del giudice³⁶² e acquisire, anche di sua iniziativa, ogni

dell'importanza che i sensi di colpa hanno nel rapporto genitori-figli, delle tensioni familiari che esplodono intorno a lui.

³⁵⁸ Per una ricostruzione dell'istituto si veda F. Auletta, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Cedam, 2002.

³⁵⁹ Cass. 21 luglio 1995 n. 7964, in *Foro It., Mass.*, 1995.

³⁶⁰ Cass. 26 ottobre 1995 n. 11133, in *Foro It., Mass.*, 1995; Cass. 5 aprile 1976 n. 1184, in *Foro It., Mass.*, 1976.

³⁶¹ Cass. 7 novembre 1989 n. 4644, in *Giust. Civ.*, 1990, I, pag. 80.

³⁶² Cass. 11 marzo 1995 n. 2865, in *Foro It., Mass.*, 1995.

elemento necessario per rispondere ai quesiti, sempre che non si tratti di fatti posti direttamente a fondamento delle domande e delle eccezioni delle parti³⁶³.

Senza il ricorso ai poteri del giudice da esercitare nell'interesse dei minori, il problema si avvertirebbe in modo particolare nelle consulenze psicologiche in materia di famiglia, ove il C.T.U., anche se esamina uno stato di fatto esistente (la condizione psicologica del minore), di fatto raccoglie una serie di elementi, come dichiarazioni, reazioni, osservazione di interazioni, esiti di *tests*, che prima non esistevano e che vengono introdotti nel processo grazie alla sua attività.

In ragione di ciò, nei giudizi di separazione, se la consulenza tecnica ha ad oggetto un accertamento che non riguarda i minori, come ad esempio l'autenticità di scritture esibite o l'esistenza di una malattia, devono applicarsi le regole ordinarie in tema di onere della prova, ricadendo così sulle parti l'individuazione dei relativi mezzi di prova. Al contrario, se la consulenza viene svolta per tutelare l'interesse dei minori in materia di affidamento (e connessa facoltà di visita) o mantenimento, i limiti del consulente sono unicamente quelli stabiliti dal giudice, nell'ambito dei suoi poteri d'ufficio³⁶⁴, con la conseguenza che l'attività di quest'ultimo ben potrà fornire al processo materiale probatorio non prodotto dalle parti.

L'oggetto più importante e consueto della consulenza che si svolga nel procedimento di separazione, nell'interesse dei minori, consiste nell'indagine psicologica intorno alla loro condizione ed ai rapporti con i genitori, allo scopo di identificare le più opportune misure di affidamento e visita, per garantire, quanto più possibile, la formazione della personalità dei minori, il loro equilibrio ed il corretto sviluppo della sfera psico-affettiva.

Il ricorso alla consulenza psicologica è notevolmente aumentato negli ultimi anni, in conseguenza del riconoscimento della delicatezza delle decisioni di affidamento

³⁶³ Cass. 23 marzo 1988 n. 2543, in *Foro It., Mass.*, 1988.

³⁶⁴ Per quanto riguarda la consulenza tecnica nel procedimento camerale, nella specie *ex art. 333 c.c.*, si veda App. Firenze, sez. min., decreto 3 marzo 1995, in *Foro it.*, 1995, I, pag. 1323: "Nel procedimento camerale, avente ad oggetto l'affidamento di un minore, al consulente tecnico possono deferirsi indagini vaste ed informali, intese alla ricerca di tutti i possibili elementi di giudizio; pertanto lo stesso può acquisire in piena libertà fatti e notizie senza che ciò integri violazione del principio del contraddittorio".

dei minori e della consapevolezza dei problemi di formazione, tipici dell'età evolutiva, e di conflitto, normalmente legati alla separazione³⁶⁵.

Ancora oggi, tuttavia, non può dirsi che la consulenza d'ufficio psicologica sia frequente nelle cause di separazione o che intervenga in tutti i casi in cui sarebbe necessaria, sia perché la cultura della sua utilità non è maturata ovunque con la stessa velocità, sia perché, in quanto consulenza e non intervento d'ufficio di una *équipe* di specialisti facenti parte dell'ufficio del giudice, essa è soggetta alle regole processuali sulle spese di causa, che gravano sulle parti.

Prima della riforma del 2006, talora la consulenza veniva disposta, piuttosto che per la mancanza di elementi utili per la decisione o per la piena comprensione del contesto familiare e personale, per abbassare il livello di conflittualità tra i genitori, qualora lo stesso risultasse particolarmente alto e si riversasse, sotto forma di tensione e di lacerazione, sui figli.

È auspicabile che, con la nuova normativa, questa funzione possa essere svolta dal tentativo di mediazione previsto dal secondo comma dell'art. 155-*sexies*, restituendo alla CTU la sua naturale funzione di ausilio e conoscenza.

Anche dopo la riforma, tuttavia, non può ritenersi vietato al consulente lo svolgimento di un'opera attiva, che avvicini la posizione delle parti e faccia comprendere a ciascuna di esse la centralità dell'interesse del minore, predisponendola all'accettazione della soluzione consigliata.

Quest'opera può trovare il proprio riferimento normativo negli articoli 198 e 199 c.p.c., per i quali, sia pure in particolari ipotesi e previo incarico, il consulente tecnico può adoperarsi per la conciliazione delle parti.

³⁶⁵ In ordine all'oggetto della consulenza psicologica, si legga Trib. Catania 10 dicembre 1991, in *Dir. Fam. Pers.*, 1992, pag. 253: "Ritenuto che compito primario del giudice nell'emettere provvedimenti sull'affidamento della prole, in ipotesi di separazione giudiziale dei coniugi, non è quello di accertare colpe o di irrogare sanzioni, ma di individuare soluzioni che valgano a recuperare il rapporto affettivo reciproco dei figli minori anche nei confronti dei genitori, il provvedimento sull'affidamento, in una situazione di grave conflittualità coniugale, non deve essere rivolto a perseguire astratti scopi di giustizia, applicando metodi di mera legittimità formale, quanto ad attenuare, il più possibile, il conflitto coniugale ed a migliorare al massimo le condizioni della prole, adottando tutte le decisioni valevoli a far sì che il benessere dei figli abbia a risentire il meno possibile della crisi che travaglia i loro genitori, e che tra i fratelli abbiano a consolidarsi sempre più i vincoli di affetto e di solidarietà".

Poiché oggetto dell'indagine in materia familiare non sono cose, ma persone e, quindi, entità in continua evoluzione, può essere opportuno che la consulenza psicologica non abbia tempi e scadenze processuali particolarmente rigidi e che anche i quesiti siano formulati in modo da lasciare spazio alle possibilità che l'inizio o lo svolgimento dell'osservazione possano rivelare.

Deve comunque escludersi una delega generica o "in bianco" al consulente, poiché compito dello stesso resta quello di far comprendere e/o di proporre, restando però riservata al giudice la definitiva decisione.

11. Servizi sociali.

Oltre all'attività del consulente, nei giudizi di separazione è possibile che il giudice si valga dei servizi sociali territoriali (esistenti presso le A.S.L. o i Comuni), cui possono essere demandate indagini in ordine alla situazione familiare dei minori ed al comportamento degli stessi a seguito di provvedimenti che dispongano l'affidamento o disciplinino la facoltà di visita³⁶⁶.

I servizi possono essere incaricati di osservare le situazioni in evoluzione in corso di causa o di collaborare all'esecuzione di provvedimenti che riguardino i minori.

Le attività dei servizi sociali non sono equiparabili a quelle del consulente e non devono, pertanto, seguire le regole stabilite per esse³⁶⁷.

Ciò non significa che i servizi, nel momento in cui raccolgono informazioni da fornire al giudice, non debbano in alcun modo tener conto del principio del contraddittorio. Le esigenze di garanzia e di partecipazione delle parti devono essere, per quanto possibile, rispettate.

³⁶⁶ Trib. Catania, 31 dicembre, 1992, in *Foro it.*, 1994, I, c. 1250; Trib. Roma, sez. I, ord. 22 luglio 2004, in *Il Merito*, 2004, 12: "Il giudice istruttore, nelle more degli accertamenti relativi ai fatti contestati dal genitore affidatario, può avvalersi dei servizi sociali per vigilare sulle modalità di frequentazione del minore con il genitore non affidatario, anche a garanzia di quest'ultimo".

³⁶⁷ Trib. Lecce, 8 aprile 1998, in *Giur. Merito*, 1999, 49: "Nello svolgimento delle indagini loro affidate dal giudice della separazione o del divorzio, ed in particolare dei colloqui ritenuti necessari, gli operatori dei servizi sociali possono prendere contatto con le persone da ascoltare nel modo ritenuto più opportuno, ispirandosi alla massima informalità possibile, e non devono dare avviso ai difensori, e neppure accertarne la presenza, se non lo ritengono necessario per lo svolgimento del colloquio".

Tuttavia, poiché vengono raccolte al di fuori di un regolare contesto processuale, le risultanze delle indagini sociali non hanno valore di prova, ma sono considerate notizie di carattere informativo.

Il potere del giudice di ricorrere ai servizi si fonda sulla generale facoltà riconosciuta dall'art. 213 c.p.c. (richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione) e sul fatto che, nel momento in cui si occupa di minori, il tribunale ordinario rientra nella categoria delle autorità giudiziarie minorili, assumendone le prerogative³⁶⁸.

Le attività delegabili ai servizi sociali sono quelle di osservazione e collaborazione.

Non sembra che il giudice possa dare incarico ad essi per lo svolgimento di un'attività di mediazione familiare o di conciliazione. Quando il legislatore ha inteso riconoscere facoltà di tal tipo, lo ha espressamente previsto (art. 198 c.p.c., art. 155-*sexies*, secondo comma, c.c.).

Infine, tra i poteri d'ufficio, attribuiti al giudice istruttore nell'interesse dei minori, rientra quello di richiedere informazioni o acquisire copie di atti, relative a procedimenti pendenti dinanzi al tribunale per i minorenni.

È frequente, infatti, l'intreccio tra procedimenti dinanzi al tribunale ordinario ed al tribunale per i minorenni, adito ai sensi dell'art. 330 o dell'art. 333 c.c., nell'ambito della potestà che gli compete per le questioni relative alla potestà genitoriale.

In tal caso, per evitare decisioni contraddittorie e per ragioni di economia processuale, può rivelarsi opportuna l'acquisizione.

Informazioni possono essere chieste anche alle ASL o ad altri enti pubblici, che si siano, per altre ragioni, occupati dei minori coinvolti nella causa di separazione.

³⁶⁸ La possibilità di ricorrere ai servizi sociali territoriali è prevista per le autorità giudiziarie minorili (si veda l'art. 23 del D.P.R. 24 luglio 1977, n. 616), ma non è esclusa per l'autorità giudiziaria ordinaria: Trib. Catania, 31 dicembre 1992, in *Foro it.*, 1994, I, pag. 1250, ove si afferma che il giudice della separazione e del divorzio, nell'adottare i provvedimenti relativi all'affidamento della prole, "è giudice minorile a tutti gli effetti, con ogni facoltà e potere inerenti, tra cui evidentemente quello di rivolgersi ai servizi sociali".

12. La mediazione familiare.

La possibilità di valersi della mediazione familiare nei procedimenti di separazione e divorzio fu oggetto di lunghe discussioni nel corso dei lavori parlamentari. Nella versione originaria del disegno di legge, si prevedeva un tentativo obbligatorio di mediazione come condizione di procedibilità del giudizio³⁶⁹.

L'articolo che la prevedeva fu abrogato nell'ultima seduta, prima del definitivo invio all'Aula³⁷⁰.

Tuttavia, la possibilità di ricorrere alla mediazione familiare è sopravvissuta, nel testo definitivamente approvato, solo nel secondo comma dell'art. 155-*sexies* del codice civile³⁷¹.

Tale disposizione prevede che il giudice, ove ne ravvisi l'opportunità, "sentite le parti ed ottenuto il loro consenso", possa rinviare l'adozione dei provvedimenti relativi all'affidamento dei figli per consentire che i coniugi "avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli".

La disposizione ha recepito quanto disposto dall'art. 13 della Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996 sui diritti dei bambini, ratificata con L. 20 marzo

³⁶⁹ Art. 709-*bis* c.p.c. (Mediazione Familiare - 15/9/2004): "In tutti i casi di disaccordo, nella fase di elaborazione del progetto condiviso, le parti hanno l'obbligo, prima di adire il giudice e salvo i casi di assoluta urgenza o di grave ed imminente pregiudizio per i minori, di rivolgersi a un centro di mediazione pubblico o privato accreditato. Ove l'intervento, che può essere interrotto in qualsiasi momento, si concluda positivamente, le parti presenteranno al Presidente del tribunale il testo dell'accordo raggiunto. Gli aspetti economici della separazione possono far parte del documento finale, anche se concordati al di fuori del centro. In caso di insuccesso le parti possono rivolgersi al giudice, come previsto dal successivo articolo 709-*ter*. In ogni caso i coniugi devono allegare alla domanda di separazione la certificazione del passaggio presso il centro o rendere concorde dichiarazione circa l'avvenuto passaggio. In caso di contrasti insorti successivamente, in ogni stato e grado del giudizio di separazione o anche dopo la sua conclusione, il giudice segnala alle parti la opportunità di rivolgersi ad un centro di mediazione familiare di cui al primo comma. Se la segnalazione trova il consenso delle parti, il giudice rinvia la causa ad altra data in attesa dell'espletamento dell'attività di mediazione".

³⁷⁰ La "caduta della mediazione" si verificò nella seduta dell'8 febbraio 2005.

³⁷¹ La scelta del legislatore è stata giudicata molto positivamente. Si evidenziano tuttavia alcuni limiti, nel fatto di aver lasciato alle parti la scelta degli esperti (e non al giudice), nella mancata identificazione della figura del mediatore; nella mancata individuazione di un momento più o meno opportuno per la mediazione e soprattutto nella assenza di una regolamentazione in ordine alla vincolatività o meno dell'accordo raggiunto a seguito della mediazione. Capilli-Laselva, *Mediazione familiare e progetti di riforma*, in *Famiglia e diritto*, 2006, n. 1, pag. 92.

2003, n. 77 che promuove la mediazione ed ogni altro metodo di risoluzione dei conflitti e la loro utilizzazione per concludere un accordo a tutela dei minori.

Anche se l'espressione "prima di emanare i provvedimenti" sembra indicare la fase presidenziale, normalmente sarà il giudice istruttore³⁷² (o il collegio, nei procedimenti camerati) a promuovere il tentativo di mediazione. Nulla però esclude che anche il presidente del tribunale possa rappresentare tale possibilità alle parti³⁷³. Il timore di un'eccessiva dilazione nella chiusura di tale fase preliminare è superato dal necessario consenso di entrambe le parti. In tale ipotesi, peraltro, il presidente, prima di rinviare ad altra udienza avanti a sé, potrà comunque pronunciare i provvedimenti indifferibili (come l'autorizzazione dei coniugi a vivere separati).

Il giudice può consigliare, ma non imporre la mediazione, per cui il potere del giudice di rinviare la decisione sull'affidamento della prole è sì esercitabile d'ufficio³⁷⁴, ma presuppone l'audizione delle parti ed il loro necessario consenso, che deve essere verbalizzato.

Trattandosi di un percorso che coinvolge le parti personalmente, il consenso deve essere prestato dalle stesse e non dai loro avvocati.

La norma non specifica se la mediazione si debba svolgere sotto il controllo del giudice (che, ad esempio, nominerà gli esperti e a cui questi ultimi relazioneranno)³⁷⁵ oppure se si tratti di un'attività completamente stragiudiziale, con esperti incaricati direttamente dalle parti e del cui esito il giudice conoscerà eventualmente solo tramite le loro allegazioni.

Da un lato, l'iniziativa officiosa farebbe propendere per la prima ipotesi, dall'altro la necessità del consenso di entrambe le parti induce a privilegiare gli aspetti

³⁷² Il quale, ad esempio, sia chiamato a modificare i provvedimenti provvisori ed urgenti del presidente: cfr. De Filippis, *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, Padova, 2006, pp. 76, 136.

³⁷³ Balena, *Il processo di separazione personale dei coniugi*, in *Le riforme più recenti del processo civile*, a cura di Balena-Bove, Bari, 2006, p. 418; per De Filippis, *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, Padova, 2006, la sede prioritaria per il tentativo di mediazione resterebbe proprio l'udienza presidenziale.

³⁷⁴ De Filippis, *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, Padova, 2006, pp. 77, 136.

³⁷⁵ F. Danovi, *Il procedimento di separazione e di divorzio alla luce delle ultime riforme normative*, in AA. VV., *Le prassi giudiziali nei procedimenti di separazione e divorzio*, Torino, 2006, p. 35.

volontaristici e la natura tendenzialmente stragiudiziale della mediazione. D'altro canto, gli esperti³⁷⁶ intervengono solo per favorire l'accordo tra le parti, non per imporre una soluzione al loro conflitto. A differenza dai periti nominati dai tribunali, al mediatore non si chiede di relazionare al giudice sull'andamento e sull'esito delle trattative, sulle proposte formulate, sugli eventuali ostacoli né, soprattutto, in caso di mancato accordo, di presentare un proprio parere sul modo in cui regolamentare i rapporti tra genitori e figli³⁷⁷. Essi non possono neppure essere citati dalle parti come testi nel successivo corso del processo, poiché tenuti al rispetto del segreto professionale.

Solo nel caso in cui le parti, per effetto del loro intervento, raggiungano un accordo, i mediatori possono sottoscriverlo per attestarne il compimento.

L'accordo deve, comunque, essere consegnato al giudice dalle parti e deve essere confermato dinanzi a lui.

Il mediatore non ha alcuna delega per svolgere, come avviene invece per il consulente d'ufficio, funzioni attribuite al giudice.

La mediazione, cui l'art. 155-*sexies* si riferisce, non implica particolari percorsi, né va definita in base a particolari canoni tecnici elaborati dalle categorie interessate³⁷⁸.

La norma, infatti, parla di "mediazione per raggiungere un accordo" e, quindi, presuppone un'attività del mediatore per avvicinare le posizioni delle parti ed aiutarle a trovare una soluzione concordata.

La soluzione, come espressamente indicato, non può prescindere dalla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli. A tale principio deve pertanto ispirarsi l'attività del mediatore.

L'art. 155-*sexies* non precisa per quanto tempo il giudice possa rinviare l'adozione dei provvedimenti.

³⁷⁶ Verardo Romano, *Affido condiviso: regole sulla mediazione per far funzionare la nuova normativa*, in *Guida dir.*, 2006, p. 12 auspica "una normativa specifica sul profilo professionale del mediatore e sulle caratteristiche dei servizi di mediazione".

³⁷⁷ Così anche De Filippis, *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, Padova, 2006, p. 136, che specifica che i mediatori non potrebbero essere, in seguito, citati dalle parti come testi, essendo tenuti al segreto professionale.

³⁷⁸ Per "mediazione familiare", generalmente si intende un'attività, svolta da esperti, volta a migliorare la qualità della comunicazione tra le parti interessate e volta ad aiutare le stesse nell'individuazione dei punti di conflitto e delle possibili soluzioni.

Sia per la natura atipica del rinvio, chiesto dalle parti ma, in qualche modo, sollecitato dal giudice (“sentite le parti ed ottenuto il loro consenso”), sia perché, nel caso di specie, si parla di rinvio e non di sospensione, non sembra applicabile l’art. 296 c.p.c., il quale prevede il termine massimo di quattro mesi.

Si deve ritenere che il giudice possa, nella situazione ipotizzata, rinviare anche per un tempo più lungo, qualora se ne ravvisi la necessità e perduri il consenso delle parti.

13. Sentenza non definitiva ed appello immediato.

Prima della riforma del 2005, l’art. 4, 9° comma, della legge divorzile disponeva che nel caso in cui il processo doveva proseguire per la determinazione dell’assegno (e quindi per le questioni di carattere economico), il tribunale poteva emettere sentenza non definitiva relativa allo scioglimento o alla cessazione degli effetti civili del matrimonio.

Questa norma, espressione di un *favor libertatis*, non era prevista per le separazioni. Tuttavia, la giurisprudenza la considerava applicabile anche a queste ultime³⁷⁹.

³⁷⁹ Cass., 29 novembre 1999 n. 13312, in *Foro It.*, 2000, pag. 445: “Va innanzi tutto osservato che, come questa Suprema corte ha in più occasioni chiarito, l’art. 8 l. n. 74 del 1987 .. configura al 9° comma non una deroga, ma un’ipotesi normativa di applicazione del principio generale di cui all’art. 277, 2° comma, c.p.c. .. con l’unico elemento distintivo della sostituzione all’istanza di parte ed alla necessaria verifica della sussistenza di un apprezzabile interesse concreto di questa alla sollecita definizione della domanda, di una valutazione generale ed astratta della rispondenza della pronuncia non definitiva ad un interesse siffatto, in piena aderenza alla complessiva disciplina processuale ed allo spirito generale della legge di riforma del divorzio... Il legislatore del 1987 ha in sostanza inteso delineare, a prescindere dall’impulso del soggetto che ha promosso l’azione, uno strumento di accelerazione del processo volto ad assicurare una rapida definizione del rapporto personale tra i coniugi, eliminando l’incidenza negativa della durata della controversia attinente agli altri rapporti. Come già affermato da questa Suprema corte nella sentenza n. 12775 del 1995 .. e come è orientamento ormai consolidato della giurisprudenza di merito, tale disposizione deve considerarsi applicabile al giudizio di separazione personale, in forza dell’espresso richiamo contenuto nel 1° comma dell’art. 23 l. n. 74 del 1987, non ravvisandosi profili di incompatibilità tra i due procedimenti che ostino a detta applicazione. Premesso invero che esiste un’evidente affinità tra i provvedimenti accessori concernenti l’affidamento dei figli, il contributo per il loro mantenimento, l’assegnazione della casa familiare, l’assegno al coniuge più debole, da emettere in sede di separazione e di divorzio, non può certo invocarsi la diversa natura dei due istituti quale ragione impeditiva dell’estensione della norma in oggetto al processo di separazione”.

L'applicazione analogica della normativa prevista per il divorzio determinava la possibilità di emettere sentenza non definitiva, anche in assenza di esplicita richiesta di parte³⁸⁰ e provocava un automatico accoglimento, qualora tale istanza vi fosse, non avendo il giudice poteri discrezionali e dovendo egli valutare unicamente l'esistenza dell'interesse di parte alla decisione parziale, interesse da ritenere implicito nella richiesta³⁸¹.

Per quanto riguardava i capitoli contenziosi che potevano essere successivamente definiti, la giurisprudenza³⁸² non escludeva né questioni economiche ulteriori rispetto alla determinazione dell'assegno, né problemi relativi all'affidamento dei figli, né, come si è detto, la richiesta di addebito³⁸³.

Altre pronunce, invece, affermavano che, qualora la controversia fosse stata rimessa al Collegio, lo stesso dovesse ritenersi investito del processo nella sua totalità, con facoltà di deliberare su tutte le questioni considerate mature per la decisione, a prescindere dal fatto che la rimessione fosse, o meno, avvenuta per esse³⁸⁴.

Questa conclusione si basava sul fatto che il Collegio ha comunque facoltà di stabilire se un'ulteriore attività istruttoria sia necessaria o meno e, nelle materie

³⁸⁰ Si veda: Cass., sent. 16 aprile 1996 n. 3596, in *Arch. Civ.*, 1996, pag. 982.

³⁸¹ Si veda: Cass., sent. 20 febbraio 1996 n. 1314, in *Giust. Civ., Mass.*, 1996: "L'art. 4 nono comma della legge 1 dicembre 1970 n. 898, nel testo introdotto dall'art. 8 della legge 6 marzo 1987 n. 74, il quale prevede, anche senza istanza di parte, la pronuncia di sentenza non definitiva di divorzio, nel caso in cui il processo debba continuare per la determinazione dell'assegno, configura non una deroga, ma un'ipotesi di applicazione del principio generale di cui all'art. 277 secondo comma c.p.c., con l'unico elemento distintivo della sostituzione all'istanza di parte ed alla necessaria verifica della sussistenza di un apprezzabile interesse concreto di questa alla sollecita definizione della domanda, di una valutazione generale ed astratta della rispondenza della pronuncia non definitiva ad un interesse siffatto".

³⁸² Si veda sempre Cass., sent. 20 febbraio 1996 n.1314, in *Giust. Civ., Mass.*, 1996: "Conseguentemente vanno ravvisati i presupposti per una pronuncia non definitiva di divorzio in ogni caso in cui restino ancora da definire i rapporti patrimoniali tra i coniugi ovvero quelli, patrimoniali e non, nei confronti dei figli o anche altre questioni pendenti tra le parti che richiedano indagini istruttorie".

³⁸³ Cass., sent. 3 dicembre 2001 n. 15248 e Cass. sent. 4 dicembre 2001 n. 15279, entrambe in *Fam. e Dir.* n. 1/2002, pag. 11.

³⁸⁴ Trib. Milano, 29 settembre 1994, in *Fam. e Dir.*, 1995, pag. 43: "L'applicazione nell'indicata materia della normativa speciale del divorzio non comporta, tuttavia, la limitazione della possibilità di conseguire una sentenza c.d. parziale o non definitiva alla sola ipotesi che risulti comprovata la ricorrenza dei presupposti della separazione, in quanto, come ormai più volte sottolineato dalla dottrina e dalla giurisprudenza in materia di divorzio, una volta che la controversia sia rimessa al Collegio, questo è investito del processo nella sua totalità, donde gli sarà consentito di deliberare su tutte le questioni che vengano comunque reputate mature per la decisione..". In senso contrario, si veda: Cass., 17 dicembre 2004, n. 23567.

relative ai figli, sull'urgenza di provvedere e sui poteri d'ufficio a ciò connessi³⁸⁵. Tuttavia questo principio non poteva essere accettato senza riserve, prescindendo da una valutazione del caso concreto, poiché la sua applicazione avrebbe pregiudicato i diritti difensivi delle parti.

La situazione non era mutata con la legge 80/2005, in quanto la stessa non aveva inserito, nella normativa codicistica della separazione, il precetto contenuto nell'art. 4, 9° comma, della legge 898/70.

La lacuna è stata colmata con la legge 28 dicembre 2005, n. 263, il cui art. 1, n. 4, lettera b) ha aggiunto all'ultima parte dell'art. 709-*bis* c.p.c. il seguente periodo: "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...".

In ragione di ciò, attualmente, la possibilità di pronunciare sentenza non definitiva in sede di separazione non è conseguenza di un'applicazione analogica, ma di un esplicito precetto normativo.

Rispetto al testo precedente, la norma attuale prevede l'emanazione della sentenza non definitiva e la prosecuzione del processo non solo per la determinazione

³⁸⁵ Si veda Cass., 16 aprile 1996 n. 3596: "Nel giudizio diretto allo scioglimento o alla cessazione degli effetti civili del matrimonio, il tribunale, allorché le parti, nell'udienza di comparizione davanti al giudice istruttore abbiano chiesto fissarsi udienza di spedizione della causa in decisione solo in relazione alla dichiarazione di divorzio, può legittimamente pronunciare - senza che il relativo provvedimento sia inficiato da nullità - sentenza non definitiva, con la quale, oltre a dichiarare la cessazione degli effetti civili del matrimonio, disponga l'affidamento del figlio minore ad uno dei coniugi, regoli il diritto di visita dell'altro e ponga a carico di quest'ultimo un contributo per il mantenimento del minore stesso, in quanto l'art. 4 comma 9 legge n. 898 del 1970, come modificato dall'art. 8 legge n. 74 del 1987 - che prevede, anche senza istanza di parte, la pronuncia di sentenza non definitiva di divorzio nel caso in cui il processo debba continuare per la determinazione dell'assegno divorzile - non esclude che il Tribunale si pronunzi, in sede non definitiva, anche in ordine all'affidamento ed al mantenimento della prole (ove ritenga già acquisiti elementi sufficienti per l'emanazione degli stessi), considerato altresì che trattasi di provvedimenti che sono sottratti all'iniziativa ed alla disponibilità delle parti, in quanto rivolti a soddisfare esigenze e finalità pubblicistiche, e possono essere adottati d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio di merito".

dell'assegno, ma anche per l'addebito³⁸⁶ o per altre questioni quali ad esempio l'affidamento dei figli, la determinazione del mantenimento o del diritto di continuare ad abitare nella casa coniugale, superando così le discussioni svoltesi sul punto.

Per ciò che riguarda le altre questioni precedentemente dibattute, la nuova normativa non ha portato innovazioni, in quanto la formula adoperata (“Nel caso in cui il processo debba continuare, il tribunale emette sentenza non definitiva..”) è identica a quella contenuta nell'art. 4, 9° comma della legge regolatrice del divorzio, applicabile, come si è detto, alle separazioni.

Si deve pertanto ritenere che l'istanza di parte, non richiesta dalla norma, non sia presupposto indispensabile per l'emissione di sentenza non definitiva e che, qualora essa venga invece formulata, il giudice non abbia poteri discrezionali che gli consentano di accoglierla o respingerla, ma, verificata la sussistenza dei formali presupposti di legge, debba comunque darvi corso³⁸⁷.

In ordine al momento in cui il giudice potrà rimettere la causa in decisione per la pronuncia della sentenza “non definitiva” di separazione o divorzio, sembra potersi condividere l'opinione secondo la quale il giudice possa decidere sull'opportunità di rimettere al collegio la decisione circa la sentenza non definitiva di separazione solo dopo che si è concluso lo scambio delle memorie *ex art. 183, 6° comma, c.p.c.*, in quanto solo all'esito delle stesse sarà definito il *thema decidendum*³⁸⁸.

³⁸⁶La giurisprudenza escludeva la possibilità di separare la decisione sulla separazione da quella relativa all'addebito, ma anche ciò fu ritenuto possibile dalle pronunce successive: Cass., 4 dicembre 2001, n. 15279, *Foro it.*, 2002, I, 383, con nota di Cipriani, *Sulle domande di separazione di addebito e di divorzio*; Cass., sent. 3 dicembre 2001 n. 15248 e sent. 4 dicembre 2001 n. 15279, entrambe in *Fam. e Dir.* n. 1/2002, pag. 11, con nota di Vullo, *Le sezioni unite riconoscono l'ammissibilità della sentenza non definitiva di separazione con prosecuzione del giudizio sull'addebito*. Il legislatore ha definitivamente sancito che la domanda di addebito è domanda autonoma.

³⁸⁷ Cass., 20 febbraio 1996, n. 1314, in *Giust. Civ., Mass.*, 1996.

³⁸⁸ Sul punto Dosi, *Sentenza non definitiva di separazione e rapporti tra separazione e divorzio. Un'ipotesi di continenza di cause?*, in *Dal reclamo all'appello: le impugnative nei procedimenti per separazione e divorzio*. L'autore sottolinea però anche la necessità di evitare inutili perdite di tempo specialmente laddove in alcuni tribunali dopo l'udienza *ex art. 183 c.p.c.* viene fissata un'udienza successiva per l'ammissione delle prove, oppure un'apposita udienza di precisazione delle conclusioni sulla sentenza definitiva; suggerisce così la possibilità di anticipare i tempi prevedendo che, fin dall'udienza di prima comparizione, il giudice inviti le parti a precisare e a replicare, nelle note istruttorie, in ordine alla eventuale sentenza non definitiva.

L'utilità di una sentenza non definitiva di separazione va individuata nel tentativo di evitare evidenti intenti dilatori e giungere il prima possibile ad uno *status* di "separati" definitivo, considerato che per proporre l'azione di divorzio sono necessari il giudicato sullo *status* del giudizio di separazione ed il decorso triennale della comparizione delle parti davanti al Presidente.

Avverso la sentenza non definitiva di separazione è ammesso soltanto appello immediato. Infatti, contrasterebbe con le finalità della legge consentire alla parte di attendere l'esito del giudizio relativo alle altre questioni prima di esercitare il diritto di impugnazione, così procrastinando il passaggio in giudicato della pronuncia³⁸⁹.

L'appello immediato si svolge ed è deciso con le forme dei procedimenti in camera di consiglio.

³⁸⁹ Cass., sent. 18 luglio 2005 n. 15157, in *Diritto e Giustizia*, 2005, fasc. 35, 30: "La disposizione di cui all'art. 4, nono comma, della legge 1 dicembre 1970, n. 898, nella formulazione introdotta dall'art. 8 della legge 6 marzo 1987, n. 74, in tema di procedimento di divorzio, secondo la quale, a fini acceleratori della definizione del rapporto personale tra i coniugi, la pronuncia sullo "*status*", resa con sentenza non definitiva, è insuscettibile di appello differito, si rende applicabile anche ai giudizi di separazione personale, in virtù della disposizione di raccordo contenuta nell'art. 23 della legge n. 74 del 1987. Detta regola invero, ancor più che compatibile, è coesistente al regime impugnatorio della sentenza parziale sulla domanda di separazione, atteso che una decisione siffatta non avrebbe ragione di essere anticipata ove, con lo strumento dell'appello differito, fosse consentito di bloccarne poi l'efficacia, mantenendola comunque legata ai tempi di decisione sul merito della domanda in ordine all'addebito, in tal modo condizionando la legittima aspirazione a conseguire lo stato di separato, quale necessaria condizione precedente alla definitiva rescissione del vincolo matrimoniale, alle esigenze istruttorie relative a questioni accessorie ancora da definire. (Nell'enunciare il principio di cui in massima, la S.C. ha anche precisato che al giudice della domanda di divorzio spetta di valutare l'inammissibilità della riserva di appello differito avverso la sentenza parziale di separazione ai fini della verifica del presupposto dell'intervenuto giudicato sulla separazione)".

CAPITOLO IV

IL CONTROLLO

1. L'appello camerale per il processo per separazione.

L'art. 709-bis c.p.c., dopo aver previsto 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”, prosegue statuendo che “avverso tale sentenza è ammesso soltanto appello immediato che è deciso in camera di consiglio”.

Precedentemente alle riforme, in virtù dell'art. 23 legge n. 74 del 1987 si riteneva applicabile anche al giudizio di separazione l'art. 4 della legge sul divorzio che appunto prevedeva (e prevede) che l'appello è deciso in camera di consiglio³⁹⁰.

Innanzitutto il termine “tale” ha generato non poche discussioni, in quanto l'espressione farebbe presumere che l'appello camerale si potrebbe applicare solamente avverso la sentenza non definitiva relativa alla separazione.

Il dubbio nasce anche dal fatto che nella riforma si evince l'intento del legislatore di riportare la disciplina del processo per separazione all'interno delle norme codicistiche, pur mantenendo una uniformità tra le regole del processo di divorzio con quelle della separazione.

Tuttavia, in ordine al regime delle impugnazioni è da registrare una diversità “letterale” delle norme, in quanto mentre l'art. 709-bis c.p.c. sembrerebbe ammettere l'appello camerale solo per la sentenza non definitiva di separazione,

³⁹⁰ Dottrina e giurisprudenza si sono a lungo interrogate sulla lettura da dare al richiamo contenuto nell'art. 4, 1. 1° dicembre 1970, n. 898, alla camera di consiglio. Si discuteva, in particolare, se tale rinvio comportasse l'intero utilizzo delle forme camerali, con l'importante conseguenza pratica, nella prospettiva che interessa in questa sede, che l'appello si sarebbe dovuto proporre con ricorso, o se, di contro, la scelta legislativa fosse solo nel senso di voler eliminare lo scambio delle conclusionali e delle memorie di replica, con l'opposto effetto che l'atto introduttivo del gravame si sarebbe dovuto proporre con la forma della citazione. Per ampi richiami bibliografici e giurisprudenziali ai due citati orientamenti si rinvia a Graziosi, *Osservazioni sulla riforma dei processi di separazione e di divorzio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 1149, 1150, note nn. 59 e 60. In giurisprudenza, si veda Cass., 10 ottobre 2003 n. 15153, in *Fam. dir.*, 2003, 344, con nota di Matuchina.

l'art. 4, comma 15, legge sul divorzio, invece, prescrive una norma generale sull'appello, che è appunto deciso in camera di consiglio.

Quindi, un'interpretazione letterale della norma dell'art. 709-*bis* c.p.c. farebbe pensare che mentre la sentenza non definitiva di separazione è impugnabile in appello con rito camerale, per tutte le altre, eventuali, domande proposte in primo grado e decise con sentenza finale, l'appello seguirebbe le regole del rito ordinario di cui agli artt. 339 e ss. c.p.c.

Invero, già nei primi commenti si è registrata una diversità di vedute: da un lato coloro che, pur non nascondendo il dubbio, sono convinti del fatto che la norma sia in realtà applicabile in generale all'appello nel processo di separazione³⁹¹, dall'altra coloro che ritengono la norma in oggetto applicabile solo agli appelli sulla sentenza non definitiva³⁹², laddove l'appello avverso la sentenza di separazione è regolato dalle norme del rito ordinario e si propone con atto di citazione.

Tra le due tesi sembra preferibile la prima per due motivi. Innanzitutto non avrebbe senso prevedere due diversi riti per il giudizio di appello nello stesso procedimento, perché si arriverebbe al paradosso per cui la stessa causa sarebbe decisa in primo grado con un rito unico per poi in sede d'appello sdoppiarsi in rito camerale solo sul capo della pronuncia sulla sentenza non definitiva di separazione (sulle altre domande decise con la sentenza finale il rito resterebbe quello ordinario). S'aggiunge che la *ratio* della norma era quella di uniformare all'appello disciplinato dalla legge sul divorzio il procedimento di separazione.

Inoltre, se anche si volesse seguire la seconda delle due interpretazioni, ovvero che la norma in esame si riferisca solo all'appello sulla sentenza non definitiva, non ci sono ostacoli nell'applicare l'art. 4, comma 15, della l. n. 898/1970, in virtù

³⁹¹ Amadei, *Il nuovo processo di separazione e divorzio*, in Cecchella-Amadei-Buoncristiani, *Il nuovo processo ordinario e sommario di cognizione*, a cura di Cecchella, Milano, Sole24ore, 2006, p. 95.

³⁹² Danovi, *Le nuove norme sui procedimenti di separazione e divorzio*, in Riv. dir. proc., 2005, p. 849; Graziosi, *Profili processuali della l. n. 54 del 2006 sul cd. affidamento condiviso dei figli*, contributo dottrinale consultabile al sito www.judicium.it, par. 2, il quale ritiene il rito camerale applicabile solo all'appello della sentenza non definitiva; e ciò in base a un argomento letterale ("avverso tale sentenza..., recita la norma, ovverosia avverso la pronuncia non definitiva").

dell'art. 23 della l. n. 74/87³⁹³, mantenendo così quell'uniformità di disciplina tra separazione e divorzio.

Un altro aspetto interessante è la parola “solamente”, che infatti farebbe pensare che avverso la sentenza non definitiva di separazione l'unico mezzo di impugnazione esperibile sarebbe l'appello. Tale problema si era posto anche *ante* riforma circa l'impugnazione della sentenza di divorzio e crediamo che si riproporrà anche per il processo per separazione.

In particolar modo si era discusso circa la proponibilità o meno del regolamento facoltativo di competenza. Parte della dottrina³⁹⁴ non lo riteneva proponibile, in quanto chiaramente la volontà del legislatore era quella di escludere ogni altro mezzo di impugnazione che non fosse l'appello, mentre altri ritenevano proponibile tale mezzo con un'interpretazione della norma volta ad escludere solamente le impugnazioni riservate, così da ritenere inammissibile la riserva di impugnazione formulata ai sensi dell'art. 361 c.p.c.³⁹⁵.

2. Appello immediato.

L'art. 709-bis c.p.c. per il processo per separazione e l'art. 4, 12° comma, della legge n 898 del 1970 prescrivono che avverso la sentenza non definitiva è ammesso solo appello immediato. È evidente, dunque, che resta esclusa la riserva di impugnazione ai sensi dell'art. 340 c.p.c.

La riforma ha espressamente esteso tale regola, che prima era indicata solo per la sentenza di divorzio, anche alla sentenza di separazione; il legislatore, dunque,

³⁹³ Così Mandrioli, *Diritto processuale civile*, XVIII ed., Vol. III, Torino 2006, 101.

³⁹⁴ Cipriani, *La nuova disciplina processuale*, in Cipriani-Quadri, *La nuova legge sul divorzio*, II, Napoli 1988, 312. Saletti, *Procedimento e sentenza di divorzio*, in AA.VV. *Il diritto di famiglia*, Trattato Bonilini-Cattaneo, I, *Famiglia e matrimonio*, Torino 1997, 619.

³⁹⁵ Tommaseo, *La disciplina processuale del divorzio*, in Bonilini-Tommaseo, *Lo scioglimento del matrimonio*, in Commentario Schlesinger, II ed., Milano 2004. 302. Sul punto recentemente anche Luiso, *Questioni varie in tema di impugnazione dei procedimenti di separazione e divorzio*, consultabile al sito www.judicium.it, il quale sottolinea come l'espressione “avverso tale sentenza è ammesso soltanto appello immediato” non può essere intesa come deroga al possibile concorso di impugnazioni: in particolare, ove la sentenza che pronunci sulla domanda di separazione o divorzio decida anche di una questione di competenza, resta esperibile contro la stessa il regolamento facoltativo di competenza ex art. 43 c.p.c.

non ha fatto altro che confermare ciò cui era già arrivata la giurisprudenza di legittimità grazie all'art. 23 della L. n. 74/87³⁹⁶.

Pertanto l'intento del legislatore di addivenire il prima possibile alla formazione del giudicato, evitando qualsiasi strumento dilatorio, si desume sia dal fatto che il tribunale "deve", e quindi ha l'obbligo, di emettere sentenza non definitiva relativa alla separazione³⁹⁷ laddove il processo debba continuare per l'istruttoria e la decisione sulle altre domande, sia dal fatto che la parte non ha la possibilità di fare riserva di appello³⁹⁸.

È, infatti, importante ricordare come la formazione del giudicato della separazione è presupposto per la proposizione della domanda di divorzio; così come il giudicato sul divorzio produce lo scioglimento del matrimonio.

Chiarito l'intento del legislatore, appare altrettanto chiaro il fatto che per altre domande proposte all'interno del processo per separazione o divorzio, qualora dovessero provocare una sentenza non definitiva, non opererà la stessa regola sull'esclusione della riserva d'appello e conseguente obbligo di impugnazione immediata.

Non esiste nessun motivo per escludere alla parte quest'opportunità nel processo

³⁹⁶ Cass., 18 luglio 2005 n. 15157, in *Diritto e Giustizia*, 2005, fasc. 35, 30.

³⁹⁷ In dottrina si parla chiaramente di un "generale" *favor libertatis*, cioè di una tendenza specifica dell'ordinamento a garantire il più possibile il diritto all'acquisizione rapida dello stato libero, Luiso, *Questioni varie in tema di impugnazione dei procedimenti di separazione e divorzio*, consultabile al sito www.judicium.it, il quale equiparando la sentenza in esame con la sentenza parzialmente definitiva di cui all'art. 277, comma 2, c.p.c., osserva che da quest'ultima differisce solo per la diversità di condizioni per la sua pronuncia: il collegio, se la domanda di separazione o divorzio è matura per la decisione, deve deciderla immediatamente, senza valutare se la sua decisione immediata risponde ad un apprezzabile interesse della parte, e senza che l'istanza di questa sia necessaria.

³⁹⁸ Luiso, *Questioni varie in tema di impugnazione dei procedimenti di separazione e divorzio*, consultabile al sito www.judicium.it, "in ciò si riscontra un'ulteriore differenza con la sentenza parzialmente definitiva, prevista dall'art. 277, comma 2, c.p.c.. nei confronti della quale la riserva di appello è ammessa proprio per concedere alla parte soccombente sulla parzialmente definitiva la possibilità di rinviare all'esito globale del processo la valutazione circa l'opportunità di impugnare la stessa. Quando si tratta di separazione o divorzio il legislatore ritiene inopportuno concedere alla parte soccombente una tale possibilità, perché consentirle di dilazionare l'impugnazione della sentenza di separazione o divorzio in attesa della integrale decisione di tutte le controversie pendenti può condurre ad un ritardo nella formazione del giudicato".

per separazione e divorzio³⁹⁹ in ordine alla decisione delle altre domande.

3. Procedimento: rito camerale o rito ordinario; termini per la proposizione dell'appello; legittimazione; fase di “trattazione” e decisoria.

Le scelte operate nei paragrafi precedenti hanno evidenti ripercussioni sulle regole più strettamente procedurali dei processi di separazione.

Infatti affermare che il rito del processo per separazione si svolge nelle forme del rito camerale offre lo spunto per risolvere alcune questioni procedurali.

Sul punto però è da registrare un evidente contrasto tra dottrina e giurisprudenza.

In dottrina⁴⁰⁰, risolto il problema dell'applicabilità anche al processo per separazione della regola contenuta nell'art. 4, 15° comma, legge n. 898 del 1970, secondo cui l'appello è deciso in camera di consiglio, la stessa norma è stata interpretata letteralmente, e quindi solo la fase decisoria dell'appello si caratterizzerebbe per la mancanza della discussione in pubblica udienza, mentre per il resto il giudizio si svolgerebbe nelle forme del rito ordinario⁴⁰¹.

³⁹⁹ Luiso, *Questioni varie in tema di impugnazione dei procedimenti di separazione e divorzio*, consultabile al sito www.judicium.it, che ritiene applicabile quanto previsto per il giudizio di primo grado anche al giudizio di appello. “Dunque il giudice di appello deve pronunciare la sentenza non definitiva di separazione e divorzio, se la domanda è matura per la decisione e non lo sono invece gli altri oggetti del processo; e contro tale sentenza è ammesso solo ricorso immediato in Cassazione”. *Contra* Tommaseo, *Lo scioglimento del matrimonio*, a cura di Bonilini e Tommaseo, Milano, 2004, p. 405-406.

⁴⁰⁰ Cipriani, *La nuova disciplina processuale*, in Cipriani-Quadri, *La nuova legge sul divorzio*, II, Napoli 1988, 312-318; Luiso, *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2000, 256 il quale osserva che la dizione della norma parla di decisione e non di procedimento in camera di consiglio; Saletti, *Procedimento e sentenza di divorzio*, in AA.VV. *Il diritto di famiglia*, Trattato Bonilini-Cattaneo, I, *Famiglia e matrimonio*, Torino 1997, 621.

⁴⁰¹ A favore di tale tesi anche G. Vecchio, *L'appello camerale*, in *Il nuovo processo di separazione e divorzio*, a cura di Cecchella-Vecchio, Sole24ore, 2007, p. 94, il quale osserva: “Questo non sarebbe un caso isolato nel nostro ordinamento visto che l'art. 130 disp. att. c.p.c., che regola l'ipotesi dell'impugnazione di una sentenza che abbia dichiarato l'estinzione del processo, prevede un appello nelle forme del rito ordinario senza però, nella fase decisoria, una pubblica udienza, ma una decisione in camera di consiglio”.

In giurisprudenza⁴⁰², invece, si è più volte ribadito che le forme del procedimento in camera di consiglio si applicano a tutte le fasi del giudizio di appello (e quindi anche alla fase introduttiva del giudizio) e non soltanto alla fase decisoria.

Quest'ultimo indirizzo è stato confermato anche dalla Corte Costituzionale⁴⁰³, la quale ha affermato che il rito camerale, nel giudizio di appello delle controversie di divorzio, è idoneo ad assicurare le garanzie processuali necessarie a renderlo conforme alle esigenze del diritto di difesa⁴⁰⁴.

Tuttavia, visto l'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale sopra indicato, l'operatore del diritto dovrà necessariamente attenersi alle regole previste per il rito camerale nello svolgimento del processo di secondo grado. Ciononostante, non sempre trovano applicazione le regole sancite nel codice di procedura civile per i procedimenti camerali, artt. 737 e ss. c.p.c., bensì le regole del rito ordinario. Innanzitutto il primo problema è quale forma debba avere l'atto di impugnazione. Affermare che l'appello si propone con ricorso oppure con citazione non è questione di poca importanza: basta pensare alla diversità del momento in cui si intende promossa l'impugnazione, deposito in cancelleria per il ricorso e notificazione nel caso della citazione. Un errore sul punto potrebbe provocare la tardività, e quindi l'inammissibilità, dell'impugnazione.

⁴⁰² Da ultimo Cass., 7 marzo 2008, n. 6196, in *Famiglia e Diritto* n. 5/2008 p. 511, secondo la quale "l'appello avverso le sentenze di separazione deve essere trattato con il rito camerale, il quale si applica all'intero procedimento, dall'atto introduttivo alla decisione in camera di consiglio". In senso conforme Cass., 22 luglio 2004, n. 13660, in *Famiglia e Diritto* n. 5/2005, p.516.

⁴⁰³ Corte Cost., sent. 14 dicembre 1989 n. 543 e sent. 23 dicembre 1989, n. 573, in *Foro. it.* 1990, I, 366 e ss. con commento di Proto Pisani. Con la prima, la Corte affermò l'infondatezza della questione di legittimità dell'art. 4, 12° comma, in riferimento agli artt. 3, 24 e 101 della Costituzione, sostenendo in motivazione che il legislatore è libero di disciplinare il processo secondo forme diverse da quelle del rito ordinario e che anche nel rito camerale è possibile acquisire ogni specie di prova precostituita e costituenda ed è ammessa l'assistenza del difensore. Con la seconda, la Corte dichiarò infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, 12° comma, in riferimento all'art. 24 della Costituzione, perché i termini per appellare sono i termini propri delle impugnazioni e perché il termine previsto dall'art. 325 deve essere osservato per il solo deposito del ricorso.

⁴⁰⁴ Contro l'opinione di molti che criticavano l'applicazione del rito in camera di consiglio, ritenendo che lo stesso non era adatto a trattare questioni relative a *status*, considerando più idoneo il ricorso alla procedura prevista dall'art. 434 c.p.c. (appello nel rito del lavoro). Vedi, per tutti, al riguardo A. Proto Pisani, Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c.: appunti sulla tutela giurisdizionale dei diritti e sulla gestione di interessi devoluta al giudice, in *Riv. dir. civ.*, 1990, nonché nella nota a commento delle sentenze della Corte Costituzionale, in *Foro. it.* 1990, I, 366.

La giurisprudenza indica quale atto introduttivo del giudizio di appello il ricorso e non la citazione⁴⁰⁵, in quanto atto introduttivo di un procedimento camerale, e quindi l'impugnazione si intende promossa con il deposito dello stesso in cancelleria. Qualora fosse proposta erroneamente con citazione, grazie al principio generale della sanatoria per raggiungimento dello scopo, è necessario che la stessa, oltre che notificata, sia depositata (e quindi iscritta a ruolo) entro il termine previsto per l'impugnazione⁴⁰⁶.

Inoltre, secondo un costante orientamento giurisprudenziale⁴⁰⁷, si riteneva che la proposizione dell'appello si perfezionava con il deposito, nei termini di legge, del ricorso in cancelleria, con la conseguenza che ogni eventuale vizio o inesistenza, giuridica o di fatto, della notificazione del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza non si estendeva all'impugnazione, già perfezionatasi, ma imponeva al giudice di assegnare all'appellante, previa fissazione di una nuova udienza, un termine, necessariamente perentorio, per provvedere a notificare il ricorso e il

⁴⁰⁵ Cass., 7 marzo 2008, n. 6196, in *Famiglia e Diritto* n. 5/2008 p. 511; Cass., 22 luglio 2004, n. 13660, in *Famiglia e Diritto* n. 5/2005, p.516, entrambe sostengono che la proposizione dell'appello si perfeziona con il deposito del relativo ricorso in cancelleria, nel termine perentorio di cui agli artt. 325 e 327 c.p.c. (costituendo la notifica del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza un momento meramente esterno e successivo alla fattispecie processuale introduttiva del giudizio di impugnazione, funzionale soltanto all'instaurazione del contraddittorio). Cass., 17 gennaio 1998 n. 367, in *Giur. it.*, 1998, con nota di Ronco; Cass., 20 dicembre 1994 n. 10950, in *Fam. dir.*, 1995, 122, con nota di Tommaseo; Cass., 4 gennaio 1991, n. 37, in *Foro it.*, 1991, I, 1119, con nota di Cipriani, *La decisione d'appello nel processo di divorzio*.

⁴⁰⁶ Cass., 7 marzo 2008, n. 6196, in *Famiglia e Diritto* n. 5/2008 p. 511; Cass., 22 luglio 2004, n. 13660, in *Famiglia e Diritto* n. 5/2005, p. 516, entrambe sostengono che "ove l'appello sia stato introdotto con atto di citazione e non con ricorso, non si ha la nullità dell'impugnazione, in applicazione del generale principio di conservazione degli atti processuali, se l'atto viziato ha i requisiti formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo ed il relativo deposito nella cancelleria del giudice adito sia avvenuto entro i termini perentori fissati dalla legge". Cass., luglio 2004, n. 13422, in *Guida al Diritto*, 2004, 37.

⁴⁰⁷ Cass., Sez. Unite, sentenza 29 luglio 1996 n. 6841 e Cass., Sez. Unite, sentenza 25 ottobre n. 9331, le quali si riferiscono alle controversie di lavoro, il cui rito si ritiene applicabile anche all'appello nel giudizio di separazione e divorzio.

decreto⁴⁰⁸.

Per la giurisprudenza, infatti, si verificava in questi casi una scissione tra *editio actionis* e *vocatio in ius*; la prima si realizza con il deposito del ricorso, mentre la seconda mediante la notifica del ricorso e del decreto all'appellato. L'eventuale inesistenza, giuridica o di fatto, o nullità della notifica non produceva alcun effetto preclusivo circa la proposizione dell'impugnazione, ma solo l'obbligo del giudice di disporre la rinnovazione della notifica⁴⁰⁹.

Tuttavia, quest'orientamento è stato di recente superato, affermandosi, al contrario, l'improcedibilità dell'appello tempestivamente proposto, ove non sia

⁴⁰⁸ Si tratta di un consolidato orientamento giurisprudenziale, già sviluppatosi tanto in relazione al giudizio di separazione e di divorzio, quanto per tutti i procedimenti che iniziano con la forma del ricorso (processo del lavoro, locatizio etc.), per cui è sufficiente a perfezionare l'impugnazione ed ad evitare il passaggio in giudicato della sentenza di primo grado, il deposito, in cancelleria, dell'atto introduttivo del giudizio d'appello, entro il termine per l'impugnazione. La notifica del ricorso e del decreto presidenziale di fissazione dell'udienza è, infatti, un atto aggiuntivo, costituente solo un momento esterno e successivo alla fattispecie processuale introduttiva del giudizio di impugnazione, che assolve alla mera funzione di instaurare il contraddittorio fra le parti. Pertanto, l'inutile decorso del termine giudiziale assegnato per la notifica, implica unicamente la necessità della fissazione di un nuovo termine, ai sensi dell'art. 291 c.p.c., il quale se non rispettato, dà luogo all'estinzione del giudizio. Al riguardo si veda Cass., 14 settembre 2004, n. 18448, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, 9; Cass., 15 settembre 2000, n. 12182, in *Famiglia e Diritto*, 2001, 301, con commento di Serra, *Rito camerale e rito ordinario nell'appello in materia di separazione e divorzio: un dibattito ancora aperto*; Cass., sez. I, 20 febbraio 1998, n. 1850, con nota di Frassinetti, in *Famiglia e Diritto*, 1998, 217; Cass., 17 luglio 1992, n. 8698, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 1958; Cass., 8 maggio 1996, n. 4290, in *Famiglia e Diritto*, 1996, 478. Per l'affermazione del medesimo principio nel rito del lavoro si veda Cass., 5 maggio 2001, n. 6346, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, 935; Cass., sez. un., 29 luglio 1996, n. 6841, in *Giust. civ.*, 1996, I, 3165; Cass., 17 giugno 1992, n. 7434, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 2109; Cass., 12 gennaio 1991, n. 266, in *Dir. lav.*, 1991, II, 456. Da ultimo sul termine perentorio Spaccapelo, *Appello nei giudizi di separazione e divorzio e termini per le notificazioni*, in *Famiglia e Diritto*, 2007, 269, la quale osserva che "la concessione d'un nuovo termine per la notificazione in favore di un soggetto che non abbia avuto cura di osservare il primo, oltre a tramutare quest'ultimo in un termine puramente canzonatorio (...) permette, di fatto, all'appellante di influire in modo ingiustificato sulla durata del giudizio d'appello: ciò urta sia con la precisa indicazione dell'art. 154 c.p.c. sia con il diritto delle parti, costituzionalmente garantito, alla ragionevole durata del processo" pertanto "è da escludere il giudice possa fissare un secondo termine per una notifica mai effettuata del ricorso e del decreto, non esistendo tra l'altro una norma che lo consenta e bisogna evitare la possibilità che il processo rimanga pendente con modalità indefinite"; così nell'ipotesi "di violazione del termine fissato dal giudice per la notifica del ricorso e del decreto in fase di appello, per causa imputabile all'inadempienza dell'appellante, la pronuncia di una sentenza di *absolutio ab instantia* la quale (...) produce sempre l'effetto di far passare in giudicato la sentenza di primo grado, in virtù del principio di cui all'art. 338 c.p.c."

⁴⁰⁹ In senso contrario Cass. 21 novembre 1998, che ha ritenuto, basandosi sul presupposto che l'appello nel giudizio di divorzio è soggetto allo stesso rito delle controversie di lavoro, applicabile al caso l'art. 154 c.p.c., che la natura ordinatoria del termine fissato per la notificazione del ricorso e del decreto presidenziale non legittima la parte a disattenderlo *tout court*, per l'ingiustificata e pregiudizievole dilatazione dei tempi di instaurazione del contraddittorio e di definizione del giudizio e conseguentemente l'inutile decorso del termine fissato dal giudice ha gli stessi effetti preclusivi di un termine perentorio.

avvenuta la notificazione del ricorso depositato e del decreto di fissazione dell'udienza, non essendo consentito al giudice assegnare all'appellante un termine perentorio per provvedere ad una nuova notifica ai sensi dell'art. 291 c.p.c.⁴¹⁰. Ne consegue che la parte, che abbia interesse a proporre appello, per non incorrere in una pronuncia di improcedibilità, dovrà non solo depositare il ricorso, ma anche provvedere a notificare nei termini il ricorso e il decreto di fissazione dell'udienza.

Il termine per proporre l'impugnazione, contrariamente a quanto si potrebbe pensare per le conclusioni a cui è giunta la giurisprudenza sull'applicabilità delle regole camerale, non è quello di dieci giorni previsto dall'art. 739, 2° comma, c.p.c., bensì quello operante per le impugnazioni civili ordinarie: quindi trenta giorni dalla notifica della sentenza (art. 325 c.p.c.) oppure un anno dalla sua pubblicazione (art. 327 c.p.c.)⁴¹¹.

Come si era anticipato, questa è la prima regola che, anziché fondarsi sulle regole generali che disciplinano il procedimento camerale, si fonda su quelle che disciplinano il rito ordinario.

Sul tema della legittimazione a proporre l'impugnazione delle sentenze di separazione e divorzio da parte dei coniugi nessun problema. Qualche precisazione ed attenzione merita però la legittimazione da parte del p.m. Esclusa per i processi per separazione, in dottrina⁴¹² è stato di recente sottolineata un'anomalia dell'art. 5, 5° comma, della legge n. 898 del 1970, che prevede la possibilità del p.m. di proporre impugnazione "limitatamente agli interessi patrimoniali dei figli minori o legalmente capaci"; infatti laddove l'ordinamento

⁴¹⁰ Cass., Sez. Unite, sentenza 30 luglio 2008, n. 20604

⁴¹¹ Cass., 7 marzo 2008, n. 6196, in *Famiglia e Diritto* n. 5/2008 p. 511; Cass. 22 febbraio 2006, n. 3837, in *Famiglia e Diritto* n. 3/2007, p. 267; Cass., 22 luglio 2004, n. 13660, in *Famiglia e Diritto* n. 5/2005, p.516, tutte nel senso che "la proposizione dell'appello si perfeziona con il deposito del ricorso in cancelleria nel termine perentorio di cui agli art. 325 e 327 c.p.c., mentre la notifica del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza costituisce momento esterno e successivo alla fattispecie processuale introduttiva del giudizio di impugnazione, diretto soltanto ad instaurare il contraddittorio". Cass., sez. un., 19 giugno 1996, n. 5629, in *Famiglia e Diritto*, 1996, p. 305 ss., secondo la quale nei procedimenti camerale-contenziosi riguardanti lo stato delle persone il termine breve di dieci giorni previsto per il reclamo camerale è incongruo se applicato ad un giudizio d'appello e deve essere pertanto sostituito da quello ordinario di trenta giorni.

⁴¹² Luiso, *Questioni varie in tema di impugnazione dei procedimenti di separazione e divorzio*, consultabile al sito www.judicium.it, osserva che "non ha senso prevedere che in primo grado la cura degli interessi dei figli prescinda da ogni iniziativa dei coniugi, per poi consentire ad essi soli l'impugnazione relativa agli interessi non patrimoniali dei figli".

affida al giudice la cura officiosa degli interessi (patrimoniali e non) dei minori e prevede la partecipazione ai relativi processi del p.m., appare irrazionale la scelta di limitare il potere di impugnazione di quest'ultimo solo agli aspetti patrimoniali dei minori⁴¹³.

Pertanto o verrà interpretata la norma in modo tale da offrire al p.m. anche la possibilità di impugnazione per tutti gli interessi dei minori, oppure si andrà incontro ad un inevitabile contrasto con l'art. 3 (o 24) della Costituzione.

In ogni caso, lo svolgimento della "trattazione" della causa si svolge garantendo comunque l'assistenza del difensore, la possibilità di proporre appello incidentale, così come la possibilità di arricchire il processo di ogni prova preconstituita o costituenda.

A tal riguardo le sentenze della Corte Costituzionale⁴¹⁴ richiamate precedentemente offrono la chiave di lettura che l'interprete deve utilizzare nello

⁴¹³ Secondo Cass., 14 maggio 2002, n. 6965, la legittimazione del P.M. per impugnare la sentenza di separazione deve essere esclusa in ogni caso. La disposizione di cui al terzo comma dell'art. 72 c.p.c., per il quale il PM non può impugnare le sentenze di separazione rende infatti incompatibile, e quindi inapplicabile, per questo aspetto, la disciplina prevista per il divorzio. Nella parte motiva della citata sentenza 6965/02, si legge: "Nel giudizio di separazione, infatti, il PM deve intervenire a pena di nullità (art. 70 c.p.c.), ma non ha potere di iniziativa, né può impugnare la sentenza che lo conclude ex art. 72, 3° comma, c.p.c., a differenza di quanto previsto per il divorzio, nel cui procedimento assume la qualità di litisconsorte se vi sono figli minori o incapaci, avendo potere di impugnare la decisione che conclude questa causa matrimoniale, anche in ordine agli interessi patrimoniali dei figli minori o incapaci, ex art. 5, comma 5, l. 1/12/1970 n. 898, come modificata. (Cass. 29/10/1998, n. 10803). Nella separazione, che è causa che può essere promossa solo dai coniugi ai sensi dell'art. 150, 3° comma, c.c. (Cass. 17/1/1996 n. 364) e nella quale è espressamente escluso il potere d'impugnazione del P.M. dall'art. 72 c.p.c., che lo prevede nelle altre cause matrimoniali, non vi è litisconsorzio necessario". Infine, si segnala un contrasto giurisprudenziale relativo alle modalità di impugnazione dei capi della sentenza riguardanti i minori. Infatti, la Cassazione talvolta ha ritenuto necessaria la notificazione dell'impugnazione (o, in mancanza, l'integrazione del contraddittorio ex art. 331 c.p.c.) nei confronti del P.M. *a quo* (Cass. 29 ottobre 1998 n. 10803, in *Fam. dir.* 1999, 263); altra volta ha ritenuto sufficiente la partecipazione al processo di impugnazione del P.M. *ad quem* (Cass. 25 gennaio 1983 n. 693, in *Giust. civ.* 1983, I, 2404; *Giur. it.* 1983, I, 1, 1462).

⁴¹⁴ Corte Cost., sent. 14 dicembre 1989 n. 543 e sent. 23 dicembre 1989, n. 573, in *Foro. it.* 1990, I, 366 e ss. con commento di Proto Pisani. In particolare, la Corte Costituzionale, attraverso una difficile opera di vero e proprio *maquillage* del testo normativo, dopo avere riaffermato l'idoneità della procedura camerale ex art. 737 ss. ad essere utilizzata per la tutela giurisdizionale contenziosa dei diritti tentano attraverso una serie di accorgimenti e/o di suggerimenti di offrire un'interpretazione "costituzionalizzatrice" del richiamo alla procedura camerale in questione. A tale scopo la corte afferma: 1) che i termini per appellare sono costituiti da quelli previsti per impugnare le sentenze nel rito ordinario, ex artt. 325, 326 e 327 c.p.c.; 2) che, ove si ritenga che la forma dell'appello debba essere il ricorso e non quella della citazione, il termine per appellare è rispettato col deposito in cancelleria del ricorso nel termine per appellare, ben potendo invece la notifica del ricorso e del pedissequo decreto presidenziale di fissazione dell'udienza avvenire successivamente, purché entro il termine all'uopo fissato dal giudice; 3) che anche nel rito

sciogliere quei nodi circa lo svolgimento della fase dell'impugnazione, affermando che, pur applicandosi alla fase di appello il rito camerale, ciononostante non è esclusa l'applicazione di quelle norme che disciplinano l'appello nel rito ordinario.

Questa lettura dà la possibilità di superare quelle difficoltà che altrimenti l'operatore del diritto incontrerebbe, nella risoluzione di quelle problematiche, può incontrare nella fase di appello, per esempio circa la possibilità di proporre appello incidentale.

Sul tema dell'appello incidentale dobbiamo però registrare un contrasto tra dottrina e giurisprudenza circa il momento entro cui è possibile proporlo.

Infatti mentre la dottrina⁴¹⁵ ritiene applicabile l'art. 343 c.p.c. e quindi ritiene che l'appello incidentale vada promosso nella comparsa di risposta, da depositarsi entro venti giorni prima dell'udienza di comparizione, la giurisprudenza⁴¹⁶, pur ammettendo la possibilità della proposizione dell'appello incidentale, non lo collega all'applicazione dell'art. 343 c.p.c., bensì ritiene necessario "solamente" che venga rispettato il principio del contraddittorio e che quindi il gravame incidentale sia portato a conoscenza della controparte entro limiti di tempo tali da permettergli un'adeguata difesa.

Sempre per le stesse ragioni, è necessario che l'atto di appello indichi espressamente i motivi per cui la parte propone l'impugnazione, pena l'inammissibilità dello stesso.

camerale in appello è possibile acquisire ogni specie di prova preconstituita e procedere alla formazione di qualsiasi prova costituenda, purché il relativo modo di assunzione, comunque non formale nonché atipico, risulti da un lato compatibile con la natura camerale del procedimento, e, dall'altro lato, non violi il principio generale dell'idoneità degli atti processuali al raggiungimento dello scopo; 4) che, in mancanza di una norma la quale vieti l'assistenza tecnica, questa deve ritenersi implicitamente ammessa; 5) che la disciplina dell'appello incidentale e della specificità dei motivi d'appello quale è prevista dalle norme che disciplinano l'appello nel rito ordinario non è incompatibile con il rito camerale; 6) che il principio della pubblicità delle udienze può subire eccezioni giustificate, come nella specie, dall'esigenza di assicurare il "migliore e più rapido funzionamento del processo".

⁴¹⁵ Saletti, *Procedimento e sentenza di divorzio*, in AA.VV. *Il diritto di famiglia*, Trattato Bonilini-Cattaneo, I, *Famiglia e matrimonio*, Torino, 1997, 622; Salvaneschi, *I procedimenti di separazione e divorzio dopo la novella del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 31, *contra* Tommaseo, *La disciplina processuale del divorzio*, in Bonilini-Tommaseo, *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Commentario Schlesinger*, II ed., Milano, 2004, 416.

⁴¹⁶ Cass, 20 gennaio 2006, n. 1179.

Sul tema delle prove ancora una volta l'interpretazione giurisprudenziale si muove, dalla già ricordata sentenza della Corte Costituzionale, nel senso dell'ammissibilità della loro produzione sino all'udienza di discussione in camera di consiglio, purché venga instaurato un effettivo contraddittorio⁴¹⁷.

Qualche problema potrebbe nascere in merito all'applicazione o meno dei principi dell'istruttoria deformalizzata propria dei procedimenti camerale di giurisdizione volontaria⁴¹⁸ ai processi d'appello di separazione. A tal riguardo, si osserva che il rito camerale nei procedimenti di separazione trova una propria giustificazione nella necessità di evitare che l'allegazione di fatti nuovi incontri le consuete preclusioni previste dal rito ordinario. In realtà, si tratta di una soluzione dettata dall'esigenza di adattare il contenuto della sentenza di primo grado all'evolversi della situazione fattuale, che renda necessario modificare le condizioni dei provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole⁴¹⁹.

La libertà di allegare fatti nuovi in grado d'appello, sia pure con riguardo alle domande riguardanti l'assetto patrimoniale dei rapporti fra i coniugi e il delicatissimo ambito dell'affidamento dei figli minori e dei provvedimenti

⁴¹⁷ Cass. 24 aprile 2008, n. 10650, in *Famiglia e Diritto*, 2008, pag. 772; Cass. 27 maggio 2005, n. 11319; App. Bari, 30 novembre 1991, in *Foro it.* 1992, I, 473.

⁴¹⁸ Luiso, *Diritto Processuale civile*, IV, Milano 2000, 247.

⁴¹⁹ Secondo, Vullo, *Domanda di revisione ex art. 710 c.p.c. e giudicato formale della sentenza di separazione coniugale*, in *Famiglia e Diritto*, 2008, pag. 716, non conoscono preclusioni le domande nell'interesse della prole che le parti hanno facoltà di proporre in ogni momento del giudizio a norma della legge sull'affidamento condiviso e questo sul presupposto della migliore attuazione dell'interesse superiore del minore. Sul punto, si pensi, ad esempio, alla domanda d'affidamento esclusivo o all'esercizio della potestà per le quali è stato giustamente osservato che nel giudizio d'appello in cause di divorzio viene vanificato quanto prevede l'art. 345 c.p.c., così Graziosi, *La sentenza di divorzio*, Milano, 1997, pag. 376 ss. *Contra* L.P. Comoglio, C. Ferri, M. Taruffo, in *Lezioni sul processo civile*, Vol. II, ed. 2006, pag. 235. Al contrario, la giurisprudenza sembra orientata nel senso di ritenere operante l'art. 345 c.p.c. ai giudizi di separazione: La domanda per il riconoscimento dell'addebito, costituendo una domanda nuova, non può essere proposta per la prima volta nel giudizio di appello, neppure dal convenuto rimasto contumace (Cass., 15 luglio 1988 n. 4668, in *Foro It., Mass.*, 1988) o in risposta alla precedente richiesta attorea, configurandosi come riconvenzionale e non come semplice eccezione (Cass. 3 novembre 1981 n. 5779, in *Foro It., Mass.*, 1981 e Cass. 18 ottobre 1984 n. 5267, in *Foro It., Mass.*, 1984). È invece possibile, avendo già presentato domanda di addebito in primo grado, dedurre in appello nuovi fatti verificatisi nel corso del giudizio di appello, in aggiunta a quelli fatti valere precedentemente (Cass., 29 maggio 1990 n. 5020, in *Giust. Civ., Mass.*, 1990). Non costituiscono domande nuove, in quanto tali inammissibili, la richiesta di un assegno alimentare, dopo che in primo grado sia stato chiesto un assegno di mantenimento (Cass., 16 giugno 1997 n. 5381, in *Foro It., Mass.*, 1997) e la richiesta di addebito ad entrambi, dopo che sia stata proposta, e respinta, rituale domanda di addebito alla controparte (Cass., 5 giugno 1987 n. 4911, in *Giust. Civ., Mass.*, 1987).

conseguenziali, è l'ovvio presupposto dell'attribuzione alle parti del potere d'esercitare il corrispondente diritto alla prova: un potere che ben può essere esercitato, senza incontrare le preclusioni e i limiti posti alle deduzioni probatorie dalle regole del rito ordinario e, in particolare, dall'art. 345 c.p.c.⁴²⁰.

Inoltre, in dottrina, si ritiene che la giurisdizione dei processi di separazione ha natura contenziosa e pertanto devono trovare applicazione le regole ordinarie di assunzione delle prove *ex artt.* da 191 c.p.c. a 266 c.p.c.⁴²¹, salvo nei casi in cui il giudice debba valutare d'ufficio quelle situazioni sostanziali protette di cui non sono titolari i coniugi⁴²²: si ha una vicinanza con i procedimenti camerale di giurisdizione volontaria.

Finita l'istruttoria, non troveranno applicazione (e sul punto sono concordi dottrina e giurisprudenza), visto il chiaro dettato normativo, le regole previste per la fase decisoria del processo d'appello nel rito ordinario; quindi non ci sarà un'udienza di precisazione delle conclusioni con conseguente scambio di comparse conclusionali ed eventuali repliche, bensì una decisione in camera di consiglio senza pubblica udienza (*ex art. 709-bis c.p.c.* e art. 4, 15° comma, legge n. 898 del 1970).

A seguito della proposizione del gravame, la corte d'appello può decidere la controversia nella stessa udienza fissata dal presidente con decreto in calce al ricorso notificato alla controparte, non trovando applicazione, in materia, la disposizione dell'art. 352 c.p.c.⁴²³.

Il provvedimento giurisdizionale di chiusura del procedimento camerale della fase di appello dei processi per separazione non potrà che essere una sentenza sia in

⁴²⁰ F. Tommaseo, *Appello in cause di divorzio, rito camerale e deduzioni probatorie*, in *Famiglia e Diritto* n. 8-9/2008, pag. 777, nt. 12, ritiene che le barriere preclusive operano, però, nei confronti delle allegazioni e delle deduzioni probatorie che le parti avrebbero ben potuto compiere nel giudizio di primo grado.

⁴²¹ Così Serra in *Fam. dir.*, 2001, 301, a commento della sent. Cass., sez. I, 15 settembre 2000, n. 12182; G. Vecchio, *L'appello camerale*, in *Il nuovo processo di separazione e divorzio*, a cura di Cecchella-Vecchio, Sole24ore, 2007, p. 100.

⁴²² Sul punto della classificazione delle domande di cui sono titolari i coniugi e di quelle che sfuggono al loro potere si rimanda al contributo di Luiso, *La nuova fase introduttiva del processo di separazione e divorzio*, in www.Judicium.it 21/10/2006.

⁴²³ Cass., 22 febbraio 2006 n. 3836 e 20 gennaio 2006, n. 1179.

senso formale che sostanziale⁴²⁴. Avverso la stessa può essere proposto ricorso per cassazione, ai sensi dell'art. 360 cod. proc. civ.

Dalla ricostruzione operata nel presente paragrafo appare chiaramente una certa confusione circa le regole da applicare alla fase di appello dei processi per separazione e divorzio. Forse il termine confusione non è appropriato, vista la sentenza della Corte Costituzionale che dettagliatamente ha indicato le regole da “estrarre” del rito ordinario e quelle del rito camerale, ma tale termine è da riferirsi al metodo con cui si è giunti all'individuazione delle regole. Infatti oggi l'operatore del diritto, per capire con precisione quale siano le regole che disciplinano l'appello dei processi per separazione e divorzio, deve fare un notevole sforzo di ricerca non solo delle sentenze di legittimità che negli anni si sono succedute nel tempo, ma fare molta attenzione alle singole Corti (d'Appello), di merito ognuna con una propria interpretazione e con il “proprio” rito.

Tutto ciò ha creato, crea, e creerà notevole confusione, determinata, come si già visto, dall'aver interpretato l'art. 4 della legge n. 898 del 1970, che regola appunto la fase dell'appello del divorzio, nel senso di un processo di secondo grado nelle forme del rito camerale.

Il legislatore, quando ha prescritto che “l'appello è deciso in camera di consiglio”, intendeva disporre che solo la fase decisoria fosse regolata da una forma camerale, e quindi senza lo scambio delle comparse conclusionali e senza una pubblica udienza, con l'applicazione delle regole del rito ordinario per tutte le altre fasi del processo (forse proprio per dare un'accelerata conclusiva al processo).

Questo errore di interpretazione ha innescato un'evidente catena di interpretazioni al limite della costituzionalità, con cui si è cercato di indicare caso per caso quale regola fra il rito ordinario ed il rito camerale fosse più corretta per disciplinare il singolo problema processuale.

L'interpretazione circa la “necessità” di un modello camerale dei processi di appello caratterizzato dalla celerità crediamo sia a distanza di più di quindici anni ampiamente smentito dai fatti; il fatto che l'istruttoria nel secondo grado è

⁴²⁴ Tommaseo, *Ancora sul termine per appellare in causa di divorzio*, in *Fam. dir.*, 1995, 122; così anche Saletti, *Procedimento e sentenza di divorzio*, in AA.VV. *Il diritto di famiglia*, Trattato Bonilini-Cattaneo, I, *Famiglia e matrimonio*, Torino, 1997, 62.

“certamente semplice ed al massimo integrativa di quella già esperita nel primo grado”⁴²⁵ e che “le parti hanno già avuto modo di esplicitare nel modo più completo la propria attività difensiva” nel primo grado sono affermazioni che, oltre che smentite nei fatti, sono anche al limite del dettato costituzionale per violazione delle garanzie di difesa.

Viene così descritto un rito non regolamentato, lasciato, specialmente nella fase di “trattazione” della causa, alle singole decisioni della Corte, la quale incontra solamente i limiti per le garanzie del principio del contraddittorio e del diritto di difesa.

Un’interpretazione che avesse lasciato l’appello nel rito ordinario con la sola esclusione della regolamentazione circa la fase decisoria avrebbe garantito non solo più chiarezza, ma anche maggiore organicità del sistema. La forzatura dell’interpretazione della Corte Costituzionale si ravvisa conseguentemente nelle scelte che in giurisprudenza si sono rese necessarie per non incorrere nella violazione dell’art. 24 Cost.; per esempio il rispetto del principio della domanda di parte così come del diritto alla prova, che abbiamo visto essere quelle proprie del rito ordinario.

Forse questa visione dell’appello è frutto di una visione estremamente garantistica nei confronti dei minori, spesso vittime dei processi in oggetto, per far sì che il giudice possa sempre riaprire le porte ad eventuali preclusioni che inevitabilmente il rito ordinario porta con sé; ma anche questa visione non si confà alle regole generali del processo. Come si è più volte sottolineato, gli interessi dei minori sono rappresentati da situazioni protette di cui non sono titolari i genitori e perciò (non essendo oggetto di domanda specifica dei coniugi) possono sempre far ingresso nel processo rientrando nei poteri officiosi del giudice.

L’esigenza di celerità oggi, grazie alla riforma del 1995, è maggiormente garantita anche nell’appello nel rito ordinario, grazie ai nuovi artt. 350 e 352 c.p.c., in cui si ha la trattazione collegiale dell’appello ed il possibile immediato passaggio della causa in decisione.

⁴²⁵ Come indicato nella sentenza 573 del 1989 della Corte Cost., in *Foro It.*, 1990, I, c. 366.

Il legislatore ha altresì perso l'occasione della riforma del processo di famiglia per fare chiarezza e regolamentare una volta per tutte l'appello nei processi di separazione, nonostante i vari solleciti giunti sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza.

Avrebbe potuto riportare l'appello nei processi per separazione all'interno del rito ordinario, cancellando l'anomalia del sistema secondo cui il secondo grado viene svolto in forme diverse dal primo senza con questo aggravare oltremodo i tempi lenti della giustizia.

Al contrario ha "scritto" una norma del processo per separazione che ripropone esattamente quella già sancita per il processo per divorzio, alimentando, invece che attenuare, le critiche e le perplessità della dottrina.

La verità, ormai da tutti palesemente riconosciuta, è che nel desiderio di velocizzare i processi attraverso interpretazioni al limite dei vincoli costituzionali non si fa altro che alimentare confusione e malcontento nella giustizia.

4. Passaggio in giudicato della sentenza di separazione.

Il passaggio in giudicato della sentenza di separazione avviene secondo le regole generali, con riferimento agli artt. 324 c.p.c., 2909 c.c., 124 disp. att. c.p.c.

Con il passaggio in giudicato la sentenza consegue i propri effetti costitutivi, in relazione allo *status*, e determinativi, in relazione ai provvedimenti personali e patrimoniali previsti.

La sentenza assorbe e sostituisce i provvedimenti provvisori in vigore, ma non li travolge retroattivamente, per la diversità della sua derivazione e funzione⁴²⁶.

Il passaggio in giudicato della pronuncia di separazione determina, ai sensi dell'art. 3 n. 2 b) della legge 898/70, l'insorgenza di uno dei presupposti per

⁴²⁶ Cass. 10 maggio 1984 n. 2864, in *Giust. Civ., Mass.*, 1984: "Il provvedimento presidenziale di fissazione di un assegno di mantenimento, emesso in via provvisoria a norma dell'art. 708 c.p.c., ha carattere cautelare, in quanto mira ad assicurare il necessario sostentamento del beneficiario fino alla pronuncia definitiva. Pertanto, gli effetti del provvedimento stesso non sono suscettibili di essere travolti, retroattivamente, dal passaggio in giudicato della sentenza di separazione, con la conseguenza che non è dovuta la restituzione delle somme che il beneficiario abbia riscosso a titolo di assegno provvisorio di mantenimento in pendenza di giudizio, salva una eventuale responsabilità aggravata per aver agito senza la normale prudenza nel chiedere il provvedimento cautelare".

l'emanazione della sentenza di divorzio, in quanto, nel nostro ordinamento, a differenza che in altri, per determinare il definitivo scioglimento del matrimonio è richiesto, al di fuori delle altre ipotesi espressamente indicate dall'art. 3 della legge 898 (condanne penali, vizio totale di mente, rettificazione di attribuzione di sesso, inconsumazione), un "doppio grado" di giudizio, con obbligatorio passaggio attraverso la fase della separazione⁴²⁷.

Altro effetto, che si determina *ex nunc* con il passaggio in giudicato, per effetto della disposizione contenuta nell'art. 191 c.c., è lo scioglimento della comunione legale tra i coniugi⁴²⁸.

Lo scioglimento comporta la cessazione del regime patrimoniale previsto dagli artt. 177 e seguenti cod. civ., ma non determina un'automatica divisione dei beni, dovendo intervenire per essa specifici atti convenzionali o giudiziali.

Dal momento in cui passa in giudicato la sentenza di separazione, le parti hanno la possibilità di ricorrere, per la modifica delle condizioni in essa previste, al procedimento regolato dall'art. 710 c.p.c.⁴²⁹.

La pronuncia sulla separazione può essere oggetto di giudizio parziale, vale a dire può passare in giudicato anche se vengono impugnate le decisioni relative ai provvedimenti di carattere personale o patrimoniale ad essa connessi, sia nel caso in cui questi ultimi siano stati oggetti di una separata pronuncia per l'emissione di

⁴²⁷ Cass., 20 novembre 1987 n. 8552, in *Giust. Civ., Mass.*, 1987: "È improponibile la domanda di divorzio che, fondata sulla pronuncia di separazione giudiziale dei coniugi, sia proposta prima del passaggio in giudicato della sentenza di separazione"; Cass., 9 marzo 1995 n. 2725, in *Fam. Dir.*, 1995, pag. 219: "È improponibile la domanda di divorzio che, fondata sulla pronuncia di separazione giudiziale (o sulla separazione consensuale) dei coniugi, sia proposta prima del passaggio in giudicato della sentenza di separazione (o dell'omologazione della separazione consensuale), ancorché il passaggio in giudicato (o l'omologazione) siano intervenuti nel corso del giudizio".

⁴²⁸ Cass., 8 novembre 1997 n. 11031, in *Fam. Dir.*, 1998, pag. 347: "Lo scioglimento della comunione legale dei beni fra coniugi si verifica, *ex nunc*, con il passaggio in giudicato della sentenza di separazione, ai sensi dell'art. 191 c.c., mentre non spiega effetti al riguardo il precedente provvedimento, con cui il presidente del tribunale, ai sensi dell'art. 708 c.p.c., abbia autorizzato i coniugi ad interrompere la convivenza, alla stregua del limitato contenuto del provvedimento stesso e della sua funzione provvisoria".

⁴²⁹ Cass., S.U. 27 luglio 1993 n. 8389, in *Foro it.*, 1994, I, pag. 724: "Ai sensi dell'art. 710 c.p.c., anche successivamente alle modificazioni introdotte dalla legge 29 luglio 1988, n. 331, la facoltà dei coniugi separati di domandare la modificazione dei provvedimenti risultanti dalla sentenza di separazione in ordine agli effetti di questa riguardanti i coniugi medesimi e la prole, presuppone il passaggio in giudicato di tale sentenza, quale evento che costituisce appunto un presupposto processuale in senso tecnico e non una condizione dell'azione, talché la sua sussistenza va accertata con riferimento al momento della domanda, non potendosi attribuire rilievo alla sua sopravvenienza nel successivo corso del procedimento e prima della decisione".

sentenza non definitiva, sia che si verta in ipotesi di sentenza non scissa, ma contenente più capi⁴³⁰.

È stato detto che, ai fini della successiva proposizione della domanda di divorzio, il passaggio in giudicato del solo punto relativo alla statuizione sulla separazione non è sufficiente, essendo necessario che il giudicato investa anche le determinazioni di carattere patrimoniale⁴³¹.

Questa affermazione non è condivisibile, non essendovi ragioni per interpretare in modo estensivo l'espressione contenuta nell'art. 3 n. 2 b) ("è stata pronunciata con sentenza passata in giudicato la separazione giudiziale tra i coniugi"), che, in quanto tale, si riferisce unicamente al fatto della separazione in sé.

Né può dirsi che, in tal modo, si determinerebbero confusioni tra le sfere di applicazione delle varie normative ed i rispettivi giudizi, avendo da tempo la giurisprudenza enucleato principi che risolvono tali problemi⁴³².

Se la separazione, anziché con sentenza, è stata pronunciata con decreto di omologazione, perché conseguente ad una fattispecie consensuale, non si ha alcun passaggio in giudicato, ma si producono ugualmente gli effetti richiesti dalla normativa divorzile per la proposizione della domanda, essendovi, a tal fine, piena equiparazione⁴³³ tra la separazione contenziosa e consensuale.

5. La revisione dei provvedimenti ex art. 710 c.c.

L'art. 155-ter cod. civ. (relativo ai rapporti tra genitori e figli) stabilisce che i genitori possono chiedere, in ogni tempo, la revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli, l'attribuzione dell'esercizio della potestà su di

⁴³⁰ Cass., 13 dicembre 1995 n. 12775, in *Giur. It.*, 1996, I, 1, pag. 1066.

⁴³¹ Trib. Brindisi 25 novembre 1993, in *Giur. Mer.*, 1995, pag. 262.

⁴³² Cass., 1 agosto 1986 n. 4915, in *Giust. Civ.*, 1987, I, pag. 2979: "L'assegno di mantenimento, in favore di uno dei coniugi in regime di separazione, è dovuto, sempre che non si provveda diversamente nella fase presidenziale od istruttoria del giudizio di divorzio, non oltre il passaggio in giudicato della sentenza che pronuncia il divorzio medesimo, la quale segna il venir meno del presupposto di tale mantenimento, cioè del vincolo matrimoniale, mentre resta in proposito irrilevante che tale pronuncia sia contenuta in una sentenza non definitiva, passata in giudicato prima di quella che provveda l'assegno di divorzio".

⁴³³ In ordine a tale argomento, si veda Cass. 19 maggio 1962 n. 1147, in *Foro it., Mass.*, 1962, pag. 361 e Cass. 13 luglio 1979 n. 4079, in *Giust. Civ., Mass.*

essi e delle eventuali disposizioni relative alla misura ed alla modalità del contributo dovuto.

L'ultimo comma dell'art. 156 c.c. (norma che disciplina i rapporti patrimoniali tra i coniugi) afferma che, qualora sopraggiungano giustificati motivi, il giudice può disporre la revoca o la modifica dei provvedimenti in vigore.

Queste disposizioni si applicano non solo nel corso del giudizio, ma anche dopo la sua conclusione. Per tale seconda ipotesi la procedura da seguire è indicata dall'art. 710 c.p.c.

Presupposto inderogabile per l'applicabilità dell'art. 710 c.p.c. è l'esistenza di una sentenza di separazione passata in giudicato o di un decreto di omologazione non più reclamabile⁴³⁴.

Il procedimento di revisione di cui all'art. 710 c.p.c. inizia con ricorso e si svolge interamente secondo il rito della camera di consiglio.

La Corte Costituzionale ha affermato che il procedimento, se pur camerale, è connotato dal contraddittorio delle parti, non è privo di garanzie di pubblicità e si conclude con un provvedimento decisivo⁴³⁵.

Per il giudizio di modifica, la competenza è del Tribunale ordinario⁴³⁶. L'azione, avente natura di causa relativa a diritti di obbligazione, è soggetta ai normali criteri di competenza per territorio e non ai criteri speciali, stabiliti dall'art. 706 c.p.c. Si applicano pertanto le disposizioni di cui agli artt. 18 e 20 c.p.c.⁴³⁷ e non

⁴³⁴ Cass., Sez. Unite, 27 luglio 1993, n. 8389, in *Foro it.*, 1994, I, 724: “.. la facoltà dei coniugi separati di domandare la modificazione dei provvedimenti risultanti dalla sentenza di separazione in ordine agli effetti di questa riguardanti i coniugi medesimi e la prole, presuppone il passaggio in giudicato di tale sentenza, quale evento che costituisce appunto un presupposto processuale in senso tecnico e non una condizione dell'azione, talché la sua sussistenza va accertata con riferimento al momento della domanda, non potendosi attribuire rilievo alla sua sopravvenienza nel successivo corso del procedimento e prima della decisione”. Cass., 22 aprile 2002, n. 5861: “..è improponibile la domanda di revisione delle condizioni della separazione introdotta, ai sensi dell'art. 710 c.p.c., anteriormente al passaggio in giudicato della sentenza che ha pronunciato la separazione stessa, in quanto, mancando la statuizione da modificare, il giudizio sarebbe privo di oggetto e mancherebbe del suo presupposto”. Da ultimo Corte d'Appello di Salerno, 10 agosto 2007, in *Famiglia e Diritto*, n. 7/2008, pag. 709.

⁴³⁵ Corte Cost., 31 marzo 1994, n. 121, *Giur. Cost.*, 1994, 1029.

⁴³⁶ La competenza del Tribunale per i minorenni, come in ogni altro caso, sussiste quando si chieda un intervento ablativo o limitativo della potestà genitoriale, ex art. 330 o 333 c.c..

⁴³⁷ L'art. 18 si riferisce al foro generale delle persone fisiche, mentre l'art. 20 prevede la competenza del giudice del luogo in cui l'obbligazione deve essere eseguita.

vi è alcuna competenza funzionale del giudice che ha pronunciato la separazione⁴³⁸.

La giurisprudenza ha affermato che il luogo di esecuzione dell'obbligazione si identifica con il domicilio dell'avente diritto all'assegno⁴³⁹.

L'art. 710 non prevedeva la partecipazione del P.M. al giudizio, ma la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità di tale norma "nella parte in cui non prevede la presenza obbligatoria del pubblico ministero nei giudizi per la modifica dei provvedimenti adottati in sede di separazione e riguardanti la prole"⁴⁴⁰.

Le parti non possono presentare il ricorso o stare in giudizio personalmente. Ai sensi dell'art. 82 c.p.c., è necessaria, nel procedimento, l'assistenza di un difensore.

La modifica dei provvedimenti contenuti nella sentenza può avvenire solo su istanza di parte. La domanda di revisione può essere presentata da uno dei coniugi o da entrambi, sia in modo congiunto, che conflittuale.

I provvedimenti dei quali può essere chiesta la modifica sono, per esplicito dettato legislativo, quelli riguardanti i coniugi e la prole. Tra essi deve essere compreso anche il provvedimento relativo al termine di rilascio della casa coniugale, se contenuto nella sentenza o nel decreto di omologazione.

La decisione che conclude il procedimento, secondo la giurisprudenza⁴⁴¹, non è impugnabile ma solo reclamabile avanti la Corte, naturalmente sempre secondo il rito camerale.

Di conseguenza la giurisprudenza della cassazione ritiene che il provvedimento emesso dalla Corte d'Appello ai sensi dell'art. 739, su reclamo avverso il decreto del tribunale di materia di modificazione dei provvedimenti di separazione riguardante il coniuge, non essendo a sua volta né impugnabile né reclamabile, assume requisiti di decisorietà e definitività che lo rendono ricorribile per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost⁴⁴². Pertanto, il ricorso potrà investire soltanto le violazioni di legge regolatrici del rapporto sostanziale e di quelle

⁴³⁸ Cass., sez. Un., 16 gennaio 1991, n. 381, in *Foro it.*, 1991, I, 3165.

⁴³⁹ Cass., 22 marzo 2001, n. 4099.

⁴⁴⁰ Corte Cost., 9 novembre 1992 n. 416, in *Foro It.*, 1993, I, 10.

⁴⁴¹ Corte di Cassazione 6 marzo 1996 n. 1786; Corte di Cassazione 30 luglio 1997 n. 7118.

⁴⁴² Corte di Cassazione 18 ottobre 1991 n. 11042

processuali, ma, con riferimento all'inosservanza dell'obbligo di motivazione solo quando questa sia materialmente omessa o risulti meramente apparente.

6. Giustificati motivi.

La revisione delle condizioni contenute nella sentenza di separazione può essere domandata, ai sensi dell'art. 156, ult. comma, c.c., quando "sopravvengano giustificati motivi".

La giurisprudenza afferma che tali motivi si identificano nella sopravvenienza di "nuove circostanze", intendendosi con tale espressione non solo nuove circostanze di fatto o di diritto, ma anche fatti già presenti al momento della pronuncia, ma che il giudice non aveva avuto modo di considerare⁴⁴³.

Le nuove circostanze di diritto possono consistere in modifiche intervenute nella legge.

Tuttavia, se ciò è senz'altro vero per la domanda di modifica o di revoca dei provvedimenti relativi ai rapporti patrimoniali tra i coniugi, è dibattuto se la medesima regola valga anche per i provvedimenti concernenti la prole.

Con riferimento a questi ultimi, bisogna ricordare che già sotto il vigore dell'abrogato art. 155, ult. comma, c.c. (norma che la l. n. 54/2006 ha trasfuso nel nuovo art. 155 *ter* c.c.), la giurisprudenza di legittimità, valorizzando la lettera di tale disposizione, aveva più volte reputato ammissibile l'istanza di revisione, senza che si verificasse un mutamento delle circostanze⁴⁴⁴.

⁴⁴³ Cass., 10 marzo 1994, n. 2349, in *Giust. Civ., Mass.*, 1994, pag. 291.

⁴⁴⁴ Così, Cass., 4 giugno 2004, n. 10632, in *Guida al diritto*, 2004, n. 28, pag. 60; Cass., 28 giugno 2002, n. 9484; Cass., 28 marzo 2002, n. 4499; Cass., 14 agosto 1998, n. 8046, in *Famiglia e Diritto*, 1999, pag. 132 s., con nota di Porcari, *Sul ricorso ex art. 111 Cost. contro i provvedimenti di modifica delle condizioni di separazione*; Cass., 4 settembre 1997, n. 8495, in *Famiglia e Diritto*, 1997, pag. 514 ss., con nota di Vullo, *Sul ricorso straordinario in cassazione contro i provvedimenti di modifica delle condizioni di separazione*; conf, la giurisprudenza di merito, Trib. Padova, 2 dicembre 2005, (decr.), in *Juris Data - Sentenze di merito*; Trib. Trapani, 24 maggio 2005, in *Juris Data - Giurisprudenza - Sentenze di merito*; Trib. Mantova, 25 maggio 1989, (ord.), in *e Diritto*, 1989, 720 ss., spec. 723; *Contra*, nel senso di subordinare la revisione delle condizioni di separazione, anche relative alla prole, al sopravvenire di circostanze o di fatti nuovi, vedi Trib. Messina, 18 maggio 2006, (decr.), in *www.affidamentocondiviso.it*; Cass., sez. un., 27 luglio 1993, n. 8389, in *Foro it.*, 1994, I, c. 724 ss., con nota di Cipriani, *Vecchie e nuove vittime del formalismo processuale* (tale decisione, peraltro, pur non distinguendo tra provvedimenti nell'interesse della prole o dei coniugi, riguardava comunque, nella specie, una richiesta di modifica che aveva per oggetto questi ultimi).

Pertanto, in forza di questo indirizzo giurisprudenziale, la disciplina della revisione delle condizioni di separazione concernenti la prole risultava essere differente rispetto a quella che valeva (e vale tuttora) per la domanda di modifica o di revoca dei provvedimenti relativi ai rapporti patrimoniali tra i coniugi, che, come si è detto, è ammessa esclusivamente, al sopravvenire di “giustificati motivi”⁴⁴⁵.

Tuttavia, una parte della dottrina, avallata da alcune pronunce giurisprudenziali, dissentiva da questa opinione, affermando che, nonostante il vecchio testo dell’art. 155, ult. comma, c.c. non contemplasse tale requisito, anche la modifica dei provvedimenti relativi alla prole potesse essere chiesta solo sulla base di “validi motivi” o del mutamento delle originarie circostanze di fatto; in altre parole, secondo questa tesi, la revisione delle condizioni relative alla prole e quella delle disposizioni riguardanti i rapporti patrimoniali tra i coniugi sarebbero state soggette alla stessa disciplina prevista dall’art. 156 c.c.⁴⁴⁶.

A mio avviso, già prima della riforma attuata dalla l. n. 54 del 2006 esistevano buone ragioni per aderire all’indirizzo seguito dalla giurisprudenza di legittimità: da un lato, infatti, il testo dell’art. 155, ult. comma, c.c. era univoco nel non richiedere alcun requisito per la revisione delle condizioni di separazione relative alla prole, dall’altro, l’importanza e la particolarità delle situazioni soggettive su cui incidono i provvedimenti relativi alla prole rendono opportuno che questi siano costantemente e liberamente modificabili per meglio adattarli all’interesse della prole stessa.

Il fatto che la novella del 2006, introducendo l’art. 155 *ter* c.c., abbia nuovamente omissis di richiedere la sopravvenienza di nuove circostanze a fondamento dell’istanza di revisione (mantenendo altresì immutato il diverso disposto dell’art. 156 c.c.), sembra confermare la correttezza di questa tesi, rendendo palese la

⁴⁴⁵ Scardulla, *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio*, ed. IV, Milano, 2003, pag. 868. Cass., 5 marzo 2001, n. 3149, in *Famiglia e Diritto*, 2001, pag. 442 s., la quale precisa che la modificazione *de qua* non si può fondare su fatti che avrebbero potuto farai valere nel precedente giudizio.

⁴⁴⁶ Vedi F. Finocchiaro, *Del matrimonio*, in *Commentario del Codice Civile Scaloja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna - Roma, 1993, pag. 417, nt. 3; Grassetti, *Commento all’art. 155 cc.*, in AA. VV., *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da O. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi, II, Padova, 1992, pag. 693 ss. e spec. 702.

volontà del legislatore di conservare un regime differenziato per la modifica delle condizioni di separazione attinenti alla prole e di quelle relative ai rapporti patrimoniali tra i coniugi: così, mentre le prime sono sempre liberamente modificabili dal giudice adito ai sensi dell'art. 710 c.p.c.⁴⁴⁷, le altre possono essere oggetto di revisione solo qualora ricorrano “giustificati motivi”.

Inoltre, anche i mutamenti verificatisi nella condizione di uno solo dei coniugi sono rilevanti e possono determinare un nuovo esame complessivo della fattispecie. È chiaro, però, che non qualsiasi squilibrio, successivamente determinatosi nei rapporti economici tra le parti, può giustificare nuovi provvedimenti assunti attraverso la procedura di cui all'art. 710 c.p.c., ma solo gli squilibri che abbiano un'oggettiva rilevanza e consistenza⁴⁴⁸.

In ogni caso, si precisa, la facoltà di chiedere la revisione delle disposizioni patrimoniali, qualora sopravvengano giustificati motivi, è direttamente accordata

⁴⁴⁷ Così anche, seppure dubitativamente, Balena, *Diritto processuale civile*, ed. IV, III, Bari, 2007, pag. 92. *Contra*, Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, ed. V, Napoli, 2006, pag. 759, il quale, scrivendo dopo la riforma del 2006, afferma ancora che la modificazione dei provvedimenti riguardo ai coniugi e alla prole conseguenti la separazione giudiziale e consensuale può essere chiesta “in caso di circostanze sopravvenute”. Infine, per una posizione più vicina a quella preferita da chi scrive, vedi De Filippis, *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, pag. 169 ss, ed. II, Cedam, 2006, il quale, pur escludendo che “un’istanza di modifica possa essere pedissequamente ripresentata infinite volte”, ammette che “la necessità di variazione (dei provvedimenti relativi alla prole) può emergere anche dalla nuova valutazione di circostanze preesistenti o da qualunque altra utile considerazione”.

⁴⁴⁸ In tal senso Scardulla, *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio*, ed. IV, Milano, 2003, pag. 868. In applicazione di tali principi, si è statuito, per esempio, che i “giustificati motivi” non possono attenersi ai vizi del consenso relativi all’accordo di separazione o alla sua simulazione (Cass., 5 marzo 2001, n. 3149, in *Famiglia e Diritto*, 2001, pag. 442 s., ove si legge, in motivazione, che l’allegazione di tali vizi resta rimessa “al giudizio ordinario, secondo le regole generali”, e dunque, a quanto pare, non a quello ex art. 710 c.p.c.). Ancora, la giurisprudenza ha considerato sufficiente a giustificare la modifica dell’assegno di mantenimento, per esempio, il notevole incremento dei redditi di un coniuge successivo alla separazione (Cass., 7 maggio 1999, n. 4570; Cass., 22 aprile 1998, n. 4094; Cass., 10 marzo 1994, n. 2349); di contro, nell’ipotesi della mera perdita da parte dell’obbligato di un cespite o di un’attività produttiva di reddito, è onere dell’interessato dimostrare che vi sia stata un’effettiva riduzione della complessiva situazione economica dell’obbligato stesso (Cass., 1° agosto 2003, n. 11720; Cass., 7 dicembre 1999, n. 13666, in *Giust. civ.*, 2000, I, pag. 19 ss.; Cass., 9 dicembre 1993, n. 12125). Analogamente, nel caso opposto di mero acquisto di un cespite, è sempre necessario che il giudice di merito compia un giudizio di relazione per stabilire se tale acquisto sia l’espressione di un incremento patrimoniale dei coniugi di entità tale da mutare l’equilibrio esistente al momento della separazione (Cass., 1° agosto 2003, n. 11720). Sempre nel senso della necessità di un giudizio di relazione da parte del giudice di merito si veda Cass., 13 febbraio 2006 n. 3018 secondo la quale “Il provvedimento di revisione delle condizioni del divorzio relative ai rapporti economici tra *ex* coniugi postula non soltanto l’accertamento della sopravvenuta modifica delle condizioni economiche degli *ex* coniugi, ma anche l’idoneità di tale modifica ad immutare il pregresso assetto patrimoniale realizzato con il precedente provvedimento attributivo dell’assegno”.

dalla legge e non può essere oggetto di rinuncia in via preventiva, pertanto non è impedita da un'eventuale clausola che in tal senso le parti hanno accettato⁴⁴⁹.

7. Problemi inerenti alla revisione.

Dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che le disposizioni dettate dall'art. 710 c.p.c. si applicano anche alla separazione consensuale⁴⁵⁰.

Ove il provvedimento di partenza sia una separazione consensuale, i fatti nuovi idonei a giustificare la revisione devono consistere in variazioni tali che, se preesistenti, non avrebbero consentito la stipula di quelle pattuizioni⁴⁵¹.

L'art. 710 c.p.c. dispone che il tribunale senta le parti e provveda all'eventuale ammissione di mezzi istruttori, delegando eventualmente per l'assunzione uno dei suoi componenti.

Poiché il procedimento ha natura contenziosa⁴⁵², le parti hanno facoltà di produrre documentazione e di dedurre prove, con applicazione dei principi stabiliti dagli artt. 191-266 c.p.c.

Non può escludersi, per modificare un decreto reso ai sensi dell'art. 710 c.p.c., la possibilità di ricorrere nuovamente al medesimo procedimento. La norma, infatti, afferma che "Le parti possono sempre chiedere". È evidente che, in caso di rapporti patrimoniali, è necessaria la ricorrenza di ulteriori circostanze nuove, successive al primo decreto.

⁴⁴⁹ Cass., sez. I, 2 luglio 1990, n. 6773.

⁴⁵⁰ Mandrioli, *Diritto processuale civile*, Torino, 2002, III, pag. 278, in nota; in giurisprudenza Cass., sez. I, 11 giugno 1998, n. 5829; Cass., sez. I, 28 luglio 1998, n. 7029; Cass., 27 agosto 2004 n. 17136: "Qualora venga proposta istanza di revisione delle condizioni economiche della separazione consensuale, il giudice può e deve procedere alla richiesta modificazione quando l'equilibrio economico, risultante dai patti della separazione consensuale e dalle parti voluto con riguardo alle circostanze in quel momento esistenti, risulti alterato per la sopravvenienza di circostanze che le parti stesse non avrebbero potuto tener presenti nel fissare quei patti".

⁴⁵¹ Cass., 5 marzo 2001, n. 3149 e Cass. 19 marzo 1980, n. 1819, in *Famiglia e Diritto*, 1980, 835. In particolare secondo Cass., sez. I, 5 marzo 2001, n. 3149 "i giustificati motivi che autorizzano la modificazione delle condizioni della separazione consistono in fatti nuovi sopravvenuti, modificativi della situazione in relazione alla quale gli accordi erano stati stipulati; ne consegue che né gli eventuali vizi del consenso rispetto all'atto di separazione omologato né la sua eventuale simulazione sono deducibili con il giudizio camerale attivato ai sensi degli artt. 710 e 711 c.p.c., costituendo presupposto del ricorso a detta procedura l'allegazione dell'esistenza di una valida separazione consensuale omologata".

⁴⁵² Cass., 18 ottobre 1991 n. 11042, *Giust. Civ., Mass.*, 1991.

Non è possibile, invece, modificare con la procedura di revisione un provvedimento presidenziale sopravvissuto alla cessazione del giudizio, ex art. 189 disp. att. c.p.c..

L'art. 189 afferma espressamente che, per sostituire i provvedimenti, le parti devono presentare un nuovo ricorso di separazione. L'eccezionalità del precetto contenuto nell'art. 189 non consente estensioni applicative.

Il terzo comma dell'art. 710 c.p.c. prevede che il Tribunale, ravvisandone l'opportunità, possa adottare, anche più volte nel corso del medesimo procedimento, provvedimenti provvisori⁴⁵³. Questa disposizione risponde ad esigenze di duttilità, utili soprattutto nell'interesse dei minori.

Il provvedimento con il quale si chiude il procedimento camerale assume la forma del decreto. Esso è soggetto a reclamo dinanzi alla Corte d'appello, nel termine perentorio di dieci giorni, stabilito dall'art. 739 c.p.c., anche nel caso in cui, erroneamente, sia stato emesso in forma di sentenza⁴⁵⁴.

Il termine di dieci giorni decorre dal momento in cui il provvedimento di revisione venga notificato. La notifica deve avvenire ad istanza di parte e non per iniziativa del cancelliere⁴⁵⁵.

Il provvedimento con cui la Corte d'appello decide sul reclamo, assume a sua volta la forma del decreto.

Tale decreto non può essere oggetto di ricorso ordinario per cassazione, visto il disposto dell'art. 739, terzo comma, c.p.c..

Si ritiene invece ammissibile, trattandosi di provvedimento che assume i caratteri della decisorietà e definitività, il ricorso straordinario per violazione di legge, ai sensi dell'art. 111 della Costituzione⁴⁵⁶.

⁴⁵³ B. Capponi, *Il novellato art. 710 del codice di procedura civile*, in *Foro Italiano*, 1988, c. 513, sostiene che l'attuazione del contraddittorio deve essere assicurata *in limine*, ancor prima di assumere i "provvedimenti provvisori" di cui al 3° comma, i quali hanno quale presupposto, non il pregiudizio "imminente ed irreparabile" del diritto cautelando, bensì la non immediata definibilità (verosimilmente, per esigenze di carattere istruttorio) del procedimento.

⁴⁵⁴ Cass., 29 marzo 2001, n. 4586: "Preliminarmente all'esame di questo e degli altri motivi di ricorso, va ricordato che il procedimento per la revisione delle condizioni della separazione personale dei coniugi ai sensi dell'art. 710 c.p.c., nel testo introdotto con la legge n. 331 del 1988, costituisce un procedimento camerale di natura contenziosa che si conclude con un decreto motivato, reclamabile dinanzi alla Corte di Appello ai sensi dell'art. 739 c.p.c., ancorché erroneamente emesso sotto forma di sentenza». Si veda anche: Cass., 6 marzo 1996 n. 1786, *Giust. Civ., Mass.*, 1996.

⁴⁵⁵ Cass., 30 luglio 1997 n. 7118, in *Foro it., Mass.*, 1997.

Secondo una tesi, il ricorso straordinario è ammissibile per ogni tipo di provvedimento. Secondo un'altra, esso è possibile solo per i provvedimenti che riguardano i coniugi e non per quelli relativi ai figli.

La seconda soluzione è sostenuta da alcune decisioni, secondo le quali i provvedimenti relativi alla prole non sono ricorribili, perché sono modificabili senza che sia necessario un mutamento delle circostanze e, quindi, sono privi del carattere della definitività⁴⁵⁷.

Secondo altre pronunce, il decreto pronunciato dalla Corte d'appello è comunque ricorribile, nei termini indicati, anche se riguarda il mantenimento o l'affidamento dei figli⁴⁵⁸.

Poiché la facoltà di chiedere la revisione è accordata direttamente dalla legge, non sono valide le clausole che, in sede di separazione consensuale, impongano di rinunciarvi⁴⁵⁹.

8. Art. 710 c.p.c. e legge sull'affido condiviso.

L'art. 4 della legge 54/2006 prevede, al primo comma, che le nuove disposizioni in ordine all'affidamento ed al mantenimento dei figli possano essere applicate, ad istanza di parte, anche alle separazioni ed ai divorzi conclusi, con sentenza passata in giudicato, prima della sua entrata in vigore.

Questa disposizione intende uniformare la materia, evitando si crei una ingiustificata distinzione tra genitori e figli che abbiano il diritto di beneficiare

⁴⁵⁶ Cass., 28 agosto 2006, n. 18627: "Il decreto pronunciato dalla corte d'appello in sede di reclamo avverso il provvedimento del tribunale in materia di modifica delle condizioni della separazione personale concernenti l'affidamento dei figli ed il rapporto con essi è ricorribile per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost. unicamente per violazione di legge, mentre l'inosservanza dell'obbligo di motivazione è deducibile soltanto nelle ipotesi di mancanza assoluta della motivazione, ovvero di motivazione meramente apparente o perplessa o assolutamente illogica. Ne consegue che non può trovare ingresso il motivo di ricorso straordinario per cassazione con il quale si denunci la difettosa valutazione, da parte del giudice del merito, della prova in ordine al fatto nuovo posto a fondamento della domanda giudiziale tendente alla modifica delle condizioni della separazione personale, giacché con una tale doglianza si introduce una non consentita censura di difetto di motivazione". Nello stesso senso Cass. civ., sez. I, 28 maggio 1999, n. 5201.

⁴⁵⁷ Cass., 14 agosto 1998 n. 8046, in *Famiglia e Diritto*, 1999, pag. 132.

⁴⁵⁸ Cass., 30 dicembre 2004, n. 24265.

⁴⁵⁹ Cass., 2 luglio 1990 n. 6773, *Giust. Civ., Mass.*, 1990.

della nuova normativa e genitori e figli che ne restino esclusi, per ragioni meramente legate al tempo di entrata in vigore della riforma.

Una volta stabilito che l'affidamento condiviso è la forma più idonea per realizzare l'interesse del minore, non poteva non essere consentito a tutti l'accesso al nuovo istituto.

Il filtro costituito dalla domanda di parte consente di non incidere coattivamente sulle situazioni ormai stabilizzate, nelle quali le parti interessate non intendano operare modificazioni.

Lo strumento utilizzabile per la revisione è, per quanto riguarda le separazioni, l'art. 710 c.p.c.

In tal modo, alle funzioni previste per tale norma se ne aggiunge un'altra, consistente nel dare ingresso a novità legislative, operando da raccordo tra vecchie e nuove previsioni.

Il procedimento di cui all'art. 710 è idoneo a tale scopo, in quanto, in relazione all'interesse dei figli, come si è detto, non richiede specifici pre-requisiti per poter essere attivato. La novità intrinseca, che ne giustifica comunque l'instaurazione, è ravvisabile nella modifica intervenuta nella legge.

Pertanto, il giudizio che le parti possono iniziare, per adeguare la loro situazione alla nuova disciplina dell'affido condiviso, è l'ordinario procedimento previsto dall'art. 710 c.p.c. e, per esso, vigono le norme usuali.

L'iniziativa può essere assunta anche da una sola parte.

Il procedimento si svolge con rito camerale.

L'eventuale decisione di modifica non ha efficacia retroattiva.

Tuttavia, questa disposizione ha generato non pochi dubbi, e soprattutto diversi tentativi diretti ad ottenere la modifica delle condizioni contenute nella sentenza di separazione prima del suo passaggio in giudicato.

In quanto il fatto che l'art. 4, comma 1, l. n. 54/2006 preveda la possibilità di applicare le disposizioni sull'affidamento condiviso ai rapporti già definiti, attraverso il procedimento *ex art. 710 c.p.c.*, qualora al momento dell'entrata in vigore della nuova legge, sia già stata "emessa" la sentenza di separazione giudiziale, ha fatto pensare che ciò consentirebbe la richiesta di modifica delle

condizioni contenute in tale provvedimento, anche anteriormente al formarsi del giudicato formale.

Al riguardo, va detto che tale disposizione, benché impropriamente riferita a provvedimenti “emessi”, sia in realtà applicabile esclusivamente a rapporti definiti con sentenze già passate in giudicato, e ciò, soprattutto, in ossequio all’indirizzo giurisprudenziale che ravvisa nel passaggio in giudicato della sentenza di separazione, una condizione di proponibilità della domanda di revisione *ex art. 710 c.p.c.*⁴⁶⁰.

Ciò non significa, ovviamente, che i rapporti definiti con sentenza non ancora passata in giudicato siano esclusi dalla nuova normativa sostanziale, ma che, in tale ipotesi, l’applicazione dello *jus superveniens* dovrà essere chiesta al giudice dell’impugnazione⁴⁶¹.

Infine, conviene osservare che l’art. 4 poc’anzi evocato non si esprime circa l’applicabilità della legge di riforma ai processi pendenti (in primo grado). Tuttavia, nonostante il silenzio della legge, la dottrina concorda nel sostenere che pure in questo caso si abbia l’estensione della nuova disciplina introdotta dalla l. n. 54/2006⁴⁶², precisandosi che, da un punto di vista processuale, l’adeguamento dei provvedimenti già assunti (dal presidente o dal giudice istruttore), potrà essere

⁴⁶⁰ Così, Lupoi, *Aspetti processuali della normativa sull’affidamento condiviso*, in *Riv. trim dir. proc. civ.*, 2006, pag. 1063 ss. e spec. 1065.

⁴⁶¹ Ancora Lupoi, *Aspetti processuali della normativa sull’affidamento condiviso*, in *Riv. trim dir. proc. civ.*, 2006, pag. 1065. E. Vullo, *Domanda di revisione ex art. 710 c.p.c. e giudicato formale della sentenza di separazione coniugale*, in *Famiglia e Diritto* n. 7/2008, il quale sostiene che per i rapporti definiti con sentenza non ancora passata in giudicato l’applicazione dello *jus superveniens* dovrà essere chiesta al giudice dell’appello. Infatti, qualora la decisione sia impugnabile solo in cassazione, la necessità di nuovi accertamenti di fatto che dovrebbe inevitabilmente accompagnarsi all’applicazione della nuova normativa, sembra escludere che quest’ultima possa avvenire in sede di legittimità, imponendo alla parte interessata di attendere il formarsi della cosa giudicata per avvalersi del procedimento *ex art. 710 c.p.c.* Ad analoghe conclusioni giunge pure, in motivazione, Cass. 19 settembre 2006, n. 20256, in *Juris Data - Cassazione civile*, ove, peraltro, l’applicazione della nuova normativa sull’affidamento condiviso da parte della Cassazione viene esclusa per la ragione che, nel caso di specie, la Corte avrebbe dovuto prendere in considerazione “nuove circostanze di fatto”.

⁴⁶² Vedi Balena, *Il processo di separazione personale dei coniugi*, in *Le riforme più recenti del processo civile*, a cura di Balena-Bove, Bari, 2006, pag. 420, nota 44; M. Finocchiaro, *Possibile presentare nuovi mezzi di prova*, in *Guida al diritto*, 2006, 32 s.

richiesto al giudice istruttore ai sensi degli artt. 709, ult. comma, c.p.c. e 4, comma 8, 1. div., oppure, se del caso, in sede di precisazione delle conclusioni⁴⁶³.

9. Competenza del tribunale ordinario e del tribunale per i minorenni.

La ripartizione della competenza tra il tribunale ordinario ed il tribunale per i minorenni è stabilita dall'art. 38 disp. att. c.c., il quale contiene, nel primo comma, un elenco di fattispecie in relazione alle quali attribuisce la competenza al tribunale per i minorenni e, nel secondo comma, afferma che spetta al tribunale ordinario la competenza a provvedere nei casi non espressamente riservati al tribunale per i minorenni.

In base a tale norma l'individuazione del giudice competente in ordine alla revoca o la modifica dei provvedimenti impartiti in sede di separazione sembrerebbe facilmente risolvibile, posto che la stessa non comprende, nella sua elencazione, questo tipo di controversia (non è fatto richiamo all'art. 156 c.c.).

Ciò nonostante sono sorti problemi interpretativi, circa la ripartizione delle competenze, con particolare riguardo ai provvedimenti relativi all'affidamento di minori, sia in pendenza di un procedimento di separazione, sia successivamente, in sede di domanda di revisione.

È evidente infatti che alcune domande, come quella relativa alla separazione per grave pregiudizio all'educazione della prole o alla modifica dell'affidamento per illeciti comportamenti dei genitori, determinano un intreccio di competenza tra i due tribunali, che deve essere chiarito⁴⁶⁴.

⁴⁶³ Ancora Balena, *Il processo di separazione personale dei coniugi*, in *Le riforme più recenti del processo civile*, a cura di Balena-Bove, Bari, 2006, pag. 420, nota 44. Finocchiaro, *Possibile presentare nuovi mezzi di prova*, in *Guida al diritto*, 2006, 32 s., sostiene che se la causa è già davanti al collegio, quest'ultimo potrà rimetterla al giudice istruttore affinché le parti possano rinnovare la precisazione delle conclusioni, tenendo conto della legge di riforma.

⁴⁶⁴ Nel passato, una parte della dottrina sosteneva la competenza del tribunale ordinario, fatta eccezione per le richieste di provvedimento in tema di decadenza della potestà genitoriale o di comportamenti genitoriali pregiudizievoli ai figli (artt. 330 e 333 c.c.). Si veda Attardi, *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, Padova, 1977, I, 2, pag. 938; Comperti, *Commentario italiano al diritto di famiglia*, V, pag. 435.

Dopo un periodo in cui l'orientamento giurisprudenziale attribuiva maggior favore alla competenza del tribunale per i minorenni,⁴⁶⁵ la Suprema Corte intervenne sull'argomento con decisione a sezioni unite⁴⁶⁶.

Tale pronuncia affermò che i provvedimenti di revisione delle condizioni di affidamento dei figli minori di coniugi separati, in forza di separazione giudiziale o consensuale omologata, rientrano nella competenza del tribunale per i minorenni solo nei casi in cui come causa della revisione si chieda un intervento ablativo o limitativo della potestà genitoriale sulla prole, a norma degli artt. 330 e 333 cod. civ., mentre in ogni altro caso sono devoluti alla competenza del tribunale ordinario⁴⁶⁷.

In ragione di ciò, si deve affermare che il legislatore ha inteso privilegiare il giudice della separazione, riducendo la competenza del tribunale per i minorenni ai soli casi in cui vengano chiesti specifici interventi valutabili ai sensi dell'art. 330 o dell'art. 333 (o provvedimenti di reintegra nella potestà, *ex art.* 332, o ancora di rimozione e riammissione all'amministrazione dei beni del minore)⁴⁶⁸.

Ciò significa altresì che è possibile la contemporanea pendenza dei due giudizi, nell'ambito particolare disegnato per ciascuno di essi.

L'affermazione del principio descritto non ha chiuso il dibattito, poiché lo stesso è continuato per l'identificazione dello spazio che compete ai "provvedimenti

⁴⁶⁵ In particolare la giurisprudenza riteneva che "la competenza a provvedere sull'affidamento e il mantenimento della prole, come su ogni questione relativa all'esercizio della potestà, era distribuita fra il tribunale ordinario e quello per i minorenni, essendo attribuita al primo *ex art.* 710 c.p.c. per ragioni di connessione, in pendenza del giudizio di separazione ovvero quando, dopo il passaggio in giudicato della pronuncia conclusiva di questo, sia proposta domanda di revisione di provvedimenti attinenti non soltanto alla prole ma anche ai rapporti fra i coniugi; ed al secondo, *ex art.* 38 disp. att. al c.c., ove difettino le ragioni suddette": Cass. sez. I, 13 ottobre 1981, n. 5760.

⁴⁶⁶ Cass., Sez. Unite, 2 marzo 1983 n. 1551, in *Foro it.*, 1991, I, 3165 e in *Giust. Civ.*, 1983, I, pag. 1095. Tale decisione fu preceduta dalla sentenza 16 febbraio 1982 n. 961, in *Dir. Eccl.*, 1982, II, pag. 398, che ne anticipava l'orientamento e da Cass. 29 gennaio 1982 n. 573, in *Giust. Civ., Mass.*, 1982 e Cass. 24 marzo 1982, in *Foro it.*, 1982, I, pag. 2259, che esprimevano posizioni contrarie. Per una rassegna delle pronunce che diedero luogo al conflitto, si veda Dogliotti, in *Giust. Civ.*, 1994, I, pag. 914 ss.

⁴⁶⁷ Successivamente tale principio è divenuto giurisprudenza costante. Si vedano Cass. 23 aprile 1983 n. 2813, in *Giust. Civ., Mass.*, 1983; Cass. 15 luglio 1983 n. 4874, in *Giust. Civ., Mass.*, 1983; Cass. 16 luglio 1984 n. 4182, in *Giust. Civ., Mass.*, 1984; Cass., sez. I, 27 marzo 1998, n. 3222; Cass. 4 febbraio 2000 n. 1213.

⁴⁶⁸ Il tribunale per i minorenni deve declinare la propria competenza allorché, in pendenza di giudizio di separazione, sia stato adito ai sensi dell'art. 333 per disporre l'affidamento del figlio, senza che siano stati indicati fatti di abuso della potestà. Trib. Minor. Roma 1 luglio 1994, in *Famiglia e Diritto*, 1994, pag. 676.

convenienti” di cui all’art. 333 c.c., rispetto ai provvedimenti relativi alla prole previsti dall’art. 155.

Si è detto che i primi riguarderebbero la titolarità della potestà ed i secondi l’esercizio di essa⁴⁶⁹.

Secondo una pronuncia della Cassazione, il discrimine tra la competenza del tribunale ordinario e quella del tribunale per i minorenni deve essere individuato in riferimento al *petitum* ed alla *causa petendi*, per cui sono attribuibili a quest’ultimo le domande finalizzate ad ottenere provvedimenti cautelari e temporanei idonei ad ovviare a situazioni pregiudizievoli per il minore, anche se non di gravità tale da giustificare la declaratoria di decadenza dalla potestà genitoriale, di cui all’art. 330 cod. civ., mentre devono essere attribuite al primo le richieste che mirino solo ad individuare quale dei due genitori sia più idoneo a prendersi cura del figlio⁴⁷⁰.

Una più convincente decisione è stata assunta dalla Corte di Cassazione, quando ha affermato la sussistenza della competenza del tribunale per i minorenni allorché il provvedimento da adottare si risolva in una compressione della potestà genitoriale, quale diretta conseguenza della condotta del genitore pregiudizievole al figlio, restando salva in ogni altro caso la competenza del giudice della separazione⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ Cass., 11 aprile 1997 n. 3159, in *Giust. Civ.*, 1997, I, pag. 2445.

⁴⁷⁰ Cass., 15 marzo 2001 n. 3765, in *Mass. Giur. It.*, 2001.

⁴⁷¹ Cass., 4 febbraio 2000 n. 1213, in *Famiglia e Diritto*, 2000. Secondo B. De Filippis, *Il matrimonio, la separazione dei coniugi ed il divorzio*, Cedam, 2007, pag. 509 “nell’esaminare la questione interpretativa, non si deve perdere di vista il principio generale, consistente nell’affermazione della competenza del tribunale ordinario come regola e di quella del tribunale per i minorenni come eccezione. Nell’ambito di tale principio, il criterio di distinzione, nel caso di provvedimenti che si collocano nella zona di “confine”, tra art. 333 ed art. 155 cod. civ., può individuarsi nell’oggetto principale della domanda, vale a dire nel fatto che essa sia volta a perseguire comportamenti genitoriali, esplicativi della potestà, dannosi per il minore, anche se essi comportino ricadute in termini di affidamento ed esercizio della facoltà di visita, oppure sia volta direttamente a disciplinare tali vicende in sede di separazione, valutando i comportamenti genitoriali solo perché incidono sulle relative scelte. Questa soluzione evita che la situazione del minore figlio di genitori separati sia oggetto di negativa frammentazione, consentendo invece, come regola, che essa sia oggetto di valutazione unitaria da parte di un solo giudice naturale e fa salva la competenza del tribunale per i minorenni per un tema di specifica competenza”.

I principi descritti si applicano sia nel caso di domanda di revisione delle condizioni di affidamento di figli di coniugi separati⁴⁷², sia in pendenza⁴⁷³ di giudizio di separazione.

La competenza del tribunale ordinario è determinata dall'esistenza di un giudizio di separazione e, quindi, dall'esistenza di un precedente matrimonio. La situazione è diversa ove si tratti di contesa tra genitori naturali⁴⁷⁴.

Prima della legge sull'affido condiviso, non era dubbio che la competenza per l'affidamento dei figli naturali spettasse al tribunale per i minorenni e che le questioni relative al mantenimento dei figli fossero invece di competenza del tribunale ordinario⁴⁷⁵.

La questione ora è stata risolta dall'ordinanza della Corte di Cassazione, n. 8362 del 22 marzo - aprile 2007 che, lasciando invariata la competenza del Tribunale dei Minori per i procedimenti riguardanti l'affidamento dei figli naturali, assume come criterio risolutivo quello del simultaneo processo, precisando che, quando vi è contestualità della domanda relativa all'affidamento con quella di natura patrimoniale, il giudice competente per entrambe diventa, per attrazione, il Tribunale dei Minori.⁴⁷⁶

Infine, su questo assetto normativo è venuta ad incidere la riforma dell'affidamento dei figli con l'introduzione dell'art. 709 *ter* c.p.c.⁴⁷⁷, il cui primo comma specifica che per i procedimenti di cui all'articolo 710 c.p.c. (ovvero di

⁴⁷² Si veda Cass., 11 aprile 1997 n. 3159, in *Giust. Civ.*, 1997, I, pag. 2445.

⁴⁷³ Si veda Cass. 28 marzo 1997 n. 2797, in *Foro it., Mass.*, 1997, per la quale il tribunale per i minorenni è competente per le materie di cui agli artt. 330 e 333 c.c. anche in pendenza di giudizio di separazione ed anche per la richiesta di misure cautelari.

⁴⁷⁴ Si veda Cass., 18 gennaio 1990 n. 233, per la quale la contesa tra genitori naturali in ordine all'educazione e all'istruzione del figlio minore rientra nelle previsioni degli artt. 316, 317-*bis* e 336 cod. civ. ed è pertanto riservata alla competenza funzionale del tribunale per i minorenni.

⁴⁷⁵ Si veda, ad esempio, Cass., 7 maggio 2004 n. 8760, ove si afferma che competente a conoscere delle controversie concernenti l'entità del contributo che un genitore naturale deve corrispondere all'altro genitore per il figlio minore che gli sia affidato o comunque sia da lui tenuto, è il giudice ordinario e non il tribunale per i minorenni.

⁴⁷⁶ Si veda Cap. I, par. 2.

⁴⁷⁷ L'art. 709 *ter* c.p.c. è stato inserito nel contesto delle norme che disciplinano la separazione personale dei coniugi con l'intento di munire l'ufficio giudiziario procedente (giudice istruttore, tribunale, giudice di appello) di strumenti idonei a risolvere gli inevitabili contrasti tra le parti che caratterizzano una tale situazione. Infatti, il radicale mutamento di fronte costituito dalla nuova disciplina dell'affidamento condiviso dei figli ha fatto prevedere conflittualità nella gestione concorde dei rapporti familiari ad opera di persone che quasi sempre nutrono vicendevole aspettative di rivalsa.

revoca o modifica del contenuto della sentenza di separazione o di omologazione) è competente il tribunale del luogo di residenza del minore.

La disposizione si distingue da quella contenuta nella prima parte del medesimo art. 709 *ter* c.p.c che attribuisce, invece, al giudice del procedimento in corso la competenza a conoscere delle controversie insorte tra i genitori in ordine all'esercizio della potestà genitoriale o delle modalità dell'affidamento⁴⁷⁸. L'indicazione della competenza territoriale ha soltanto inteso radicare presso il luogo in cui si trova il minore le attribuzioni di un ufficio cui competono poteri di indagine per il cui espletamento è opportuna la vicinanza dei minori da tutelare e la conoscenza dell'ambiente nel quale vivono⁴⁷⁹.

L'introduzione dell'art. 709 *ter* c.p.c., concernente la disciplina delle procedure giudiziali attraverso le quali si risolvono le controversie concernenti l'esercizio della potestà genitoriale e le modalità dell'affidamento, ci aiuta a comprendere che il procedimento camerale di cui all'art. 710 c.p.c. riguarda le modifiche al titolo in base al quale quella potestà è esercitata e quell'affidamento è regolato.

10. Rapporti tra giudizi di separazione, revisione e divorzio.

Nello schema normale di un procedimento che dalla separazione sfoci nel divorzio, passando attraverso un eventuale giudizio di revisione ex art. 710 c.p.c., si succedono, senza accavallarsi, vari provvedimenti aventi lo stesso oggetto (regolamentazione dei rapporti patrimoniali e relativi ai figli).

⁴⁷⁸ Si pensi all'ipotesi che penda un giudizio di gravame: appello avverso la sentenza per separazione e divorzio, reclamo avverso il decreto del tribunale dei minori; trattandosi di procedimento pendente è il giudice dello stesso che, nel contesto del gravame, provvederà.

⁴⁷⁹ Tuttavia questa regola pone gravi problemi di coordinamento, poiché essa è dettata per le modifiche ai provvedimenti sull'affidamento e sulla potestà, ma non in relazione ai provvedimenti economici, per i quali devono valere le regole ordinarie, con conseguente scissione della competenza dei processi sulle due diverse domande, mentre essi sono introdotti solitamente in un unico contesto procedimentale. Per tale ragione, in dottrina si è tentato di costruire un effetto attrattivo della regola sulla competenza territoriale dell'art. 709-*ter* c.p.c.; si veda al riguardo Lupoi, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, pag. 1063 ss. e spec. 1065, 2019 e Salvaneschi, *Il processo civile di riforma in riforma*, cit., 153, la quale fa leva sulla applicabilità dell'art. 20 c.p.c., che fonderebbe un'identico criterio di competenza per territorio.

Nell'ambito del procedimento di separazione, l'iniziale provvedimento presidenziale ha valore fino a quando non venga sostituito da un provvedimento del giudice istruttore o dalla definitiva decisione di merito.

In questa fase non vi è spazio né per provvedimenti di revisione, ammissibili solo dopo il passaggio in giudicato della sentenza, né per provvedimenti divorzili, richiedendo il procedimento per la cessazione degli effetti civili o lo scioglimento del matrimonio il medesimo presupposto dell'ultimazione del giudizio di separazione.

La fase della revisione, del tutto autonoma, in quanto successiva, rispetto alla separazione, si esaurisce nel momento in cui viene iniziato un giudizio di divorzio, in quanto i provvedimenti della separazione, di cui viene chiesta la modifica, vengono sostituiti dai provvedimenti emessi in sede di comparizione presidenziale divorzile. Pertanto il giudizio *ex* 710 già instaurato può continuare solo per la regolamentazione del periodo trascorso (dalla domanda di revisione in poi), determinandosi, per il prosieguo, cessazione della materia del contendere.

Sul punto deve essere ricordato un orientamento della Corte di Cassazione⁴⁸⁰, secondo cui l'instaurazione di un procedimento di divorzio non determina cessazione della materia del contendere nel giudizio di separazione o di modifica della separazione iniziato anteriormente, ove esista un interesse di una delle parti all'operatività della pronuncia di separazione. Tuttavia, tale principio costituisce un'eccezione (per l'esistenza, appunto, di un particolare interesse) e non una regola, in quanto l'art. 4, 8° comma, della legge 898/70, nel momento in cui attribuisce al presidente del giudizio di divorzio il potere di dare i provvedimenti opportuni ed urgenti, nell'interesse della prole, se in diritto gli conferisce il potere di anticipare gli effetti della futura sentenza di divorzio, di fatto gli attribuisce il potere di incidere sui provvedimenti di separazione e, se tale potere dovesse essere ritenuto concorrente, in via ordinaria, con la revisione *ex* art. 710, si andrebbe

⁴⁸⁰ Si veda Cass. 8 maggio 1992 n. 5497, in *Giust. Civ., Mass.*, 1992 e Cass. 24 agosto 1994 n. 7488, in *Giust. Civ.*, 1994, I, pag. 2753.

incontro ad una generale incertezza⁴⁸¹ e possibilità di provvedimenti contraddittori.

Come si è già detto, presupposto inderogabile per l'applicabilità dell'art. 710 c.p.c. è l'esistenza di una sentenza di separazione passata in giudicato o di un decreto di omologazione non più reclamabile.

La *ratio* di questa disposizione si individua nella necessità di voler evitare la concorrenza tra l'azione di revisione e le impugnazioni ordinarie esperibili contro tale pronuncia. Dunque, non si vuole che pendano contemporaneamente più giudizi i quali, pur diversi per struttura, possono assolvere in concreto all'identica funzione modificativa o ablativa dei provvedimenti relativi ai coniugi e alla prole contenuti nella sentenza di separazione. Un'eventualità che oltre a essere palesemente irrazionale e antieconomica, giacché si devolve contestualmente a più giudici la soluzione di un medesimo conflitto di interessi, comporta il pericolo di decisioni contrastanti, con l'inevitabile sequela di incertezze, tanto più inaccettabili perché destinate ad incidere su situazioni soggettive di evidente delicatezza.

Tuttavia, questa ricostruzione determina una lacuna di tutela: mi riferisco all'ipotesi che nuovi fatti, potenzialmente idonei a fondare una modifica delle condizioni di separazione, sopravvengano dopo l'ultimo momento utile per dedurli nel processo di appello, oppure nel corso del giudizio di fronte alla Corte di Cassazione. In questi casi, la parte interessata non potrà far valere le nuove circostanze, né nell'ambito del giudizio di separazione, né proponendo un ricorso *ex art. 710 c.p.c.* (in quanto mancherebbe il requisito del giudicato formale). Dunque è da chiedersi se, in questa eventualità, esista un mezzo per adeguare i provvedimenti alla nuova realtà di fatto, durante il periodo necessario per il

⁴⁸¹ Si veda App. Roma, decreto 6 ottobre 1995, in *Dir. Fam. Pers.*, 1996, pag. 1009: "Poiché i provvedimenti (non solo quelli contenuti nella sentenza, ma anche quelli temporanei ed urgenti di competenza del Presidente del tribunale) adottati nel giudizio di divorzio vengono a sostituire qualsiasi altra statuizione precedentemente emessa nel corso del giudizio di separazione e/o di procedimenti successivi ad esso connessi o collegati, l'emissione di tali provvedimenti fa venir meno la materia del contendere in ordine alle dette statuizione. Pertanto, ove nel corso del procedimento di modifica delle condizioni della separazione sia sopravvenuta sentenza di divorzio tra i coniugi, va dichiarata in quel procedimento la cessazione della materia del contendere, e le statuizioni del giudice del divorzio prendono il posto di quelle adottate in sede di separazione o nel corso del procedimento di modifica di queste".

formarsi della cosa giudicata. Ebbene, secondo parte della dottrina, l'unica strada utilmente percorribile è avvalersi della tutela cautelare atipica *ex art. 700 c.p.c.*, sempre che ricorrano tutti i presupposti richiesti da questa norma e, in particolare, la minaccia di un "pregiudizio imminente e irreparabile" alle situazioni soggettive di cui si domanda tutela⁴⁸². Ciò significa, peraltro, che quando la parte istante non è in grado di dimostrare tale pregiudizio, non resta che rassegnarsi a un (provvisorio) vuoto di tutela, nel senso che la modifica delle condizioni di separazione deve necessariamente essere posticipata a un momento successivo al formarsi della cosa giudicata.

In base a quanto detto, dovrebbe, allora, condividersi l'orientamento di quella giurisprudenza secondo il quale il giudizio di revisione si deve ugualmente chiudere con una "decisione di rito di assoluzione del convenuto dall'osservanza del giudizio", quando la sentenza conclusiva del processo di separazione passi in giudicato formale nelle more del procedimento promosso ai sensi dell'art. 710 c.p.c.

Tuttavia, tale soluzione, che già alcuni anni or sono si riteneva troppo severa e "formalista"⁴⁸³, sembra contraria al principio di economia processuale, in quanto costringerebbe la parte interessata a proporre una nuova domanda di modifica, pur essendo venuta meno ogni possibilità di concorso tra l'impugnazione ordinaria e il procedimento di revisione. Né a sostegno di un indirizzo così rigoroso risulta decisivo inquadrare il passaggio in giudicato della sentenza tra i c.d. "presupposti processuali" del giudizio di revisione.

Infatti, se è pur vero che, secondo l'insegnamento di origine chiovendiana, questi ultimi devono esistere fin dal momento della proposizione della domanda⁴⁸⁴, si può constatare che la stessa Suprema Corte ha derogato a tale principio, laddove esso determina conseguenze irrazionali e antieconomiche; si pensi a quel noto

⁴⁸² In tal senso E. Vullo, *Domanda di revisione ex art. 710 c.p.c. e giudicato formale della sentenza di separazione coniugale*, in *Famiglia e Diritto* n. 7/2008, pag. 719.

⁴⁸³ Così, Cipriani, *Vecchie e nuove vittime del formalismo processuale*, in *Foro it.*, 1994, I, c. 726.

⁴⁸⁴ Vedi Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1957. Ma osserva Cipriani, *Vecchie e nuove vittime del formalismo processuale*, in *Foro it.*, 1994, I, c. 725, che in realtà Chiovenda aveva formulato questo principio senza attribuirgli portata generale, bensì precisando che esso trovava applicazione "di regola", volendone così sottolineare l'elasticità e la possibilità di eccezioni e limiti. Dunque, secondo Cipriani, l'irrigidimento della regola enunciata dall'illustre Maestro sarebbe dovuto alla dottrina successiva.

indirizzo giurisprudenziale, in forza del quale il giudice privo di giurisdizione o di competenza al momento della proposizione della domanda non può dichiarare la carenza di tali presupposti, se questi sopravvengono nel corso del processo⁴⁸⁵.

Se si è disposti a fare eccezione, per la giurisdizione e la competenza, alla regola per cui i presupposti processuali devono esistere al momento della proposizione della domanda, identiche ragioni di economia processuale impongono di estendere questa deroga anche all'ipotesi che il procedimento *ex art. 710 c.p.c.* sia instaurato prima del passaggio in giudicato della sentenza di separazione e quest'ultimo sopravvenga nel corso del processo⁴⁸⁶.

Infine, anche i provvedimenti emessi in sede di divorzio hanno la loro autonomia, sostituendo i precedenti e non essendo più influenzati da essi⁴⁸⁷.

L'autonomia dei provvedimenti di divorzio rispetto a quelli emessi in sede di separazione non è solo un fatto procedurale, ma si estende al merito, come è stato ribadito dalla giurisprudenza della Suprema Corte⁴⁸⁸.

Il quadro dei rapporti tra provvedimenti, sin qui descritto, non muta nel caso in cui sia stata emessa sentenza non definitiva di separazione, divenendo possibile il

⁴⁸⁵ Tra le decisioni di legittimità più recenti, si possono ricordare, Cass. 17 gennaio 2008, n. 857; Cass., sez. un., (ord.) 28 novembre 2005, n. 25031, in D&G, 2006, 5, pag. 36; Cass., sez. un., 14 novembre 2005, n. 22903; Casa., sez. un., 7 marzo 2005, n. 4820; Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18126; Cass. 6 aprile 2004, n. 6729; Cass. 21 dicembre 2004, n. 23701.

⁴⁸⁶ E. Vullo, *Domanda di revisione ex art. 710 c.p.c. e giudicato formale della sentenza di separazione coniugale*, in *Famiglia e Diritto* n. 7/2008, pag. 720, afferma che, una volta chiarito che, in questo caso, il procedimento non si può concludere con una sentenza di assoluzione dell'osservanza del giudizio, la cognizione del giudice e, dunque, anche il contenuto della decisione dovranno essere diversi secondo il tipo di provvedimento oggetto dell'istanza. Così, se la domanda di revisione concerne la prole, tenuto conto del regime di libera modificabilità previsto dall'art. 155 *ter* c.c., il giudice potrà pronunciarsi anche su circostanze già deducibili (o dedotte) nel giudizio di impugnazione della sentenza di separazione; diversamente, qualora si domandi la modifica di condizioni attinenti i rapporti patrimoniali dei coniugi, il tribunale competente *ex art. 710 c.p.c.* potrà valutare nel merito solo le circostanze sopravvenute al passaggio in giudicato della sentenza di separazione, dovendo dichiarare inammissibili quelle precedenti a tale momento, in quanto esse avrebbero dovute essere dedotte nel processo in cui è stato pronunciato il provvedimento di cui si chiede la modifica.

⁴⁸⁷ Cass., 8 luglio 2005, n. 14381: "I provvedimenti temporanei ed urgenti previsti dall'art. 4, n. 8, della legge sul divorzio, in quanto diretti ad apprestare un regolamento essenziale ed immediato alla famiglia nella prospettiva del divorzio, con funzione anticipatoria rispetto alle statuizioni definitive, non possono che regolare provvisoriamente i rapporti tra le parti nell'ambito temporale del processo di divorzio, e non interferiscono con il regime fissato dalle statuizioni adottate in sede di giudizio di separazione o di giudizio di revisione delle condizioni di separazione".

⁴⁸⁸ Cass., 23 gennaio 1996 n. 505, la quale, respingendo la richiesta di un coniuge di mantenere la proporzione patrimoniale stabilita otto anni prima in sede di separazione, ha affermato che la determinazione compiuta dal giudice della separazione in ordine all'assegno di mantenimento per il figlio, non è vincolante per il giudice del divorzio.

ricorso al procedimento di revisione quando sia passata in giudicato la sentenza che contenga i provvedimenti la cui modifica venga richiesta⁴⁸⁹.

Secondo l'interpretazione giurisprudenziale, l'eccezione di giudicato che si opponga in sede di impugnazione di una sentenza definitiva, in relazione al contenuto della sentenza non definitiva, che non sia stata impugnata, si pone come eccezione di giudicato esterno⁴⁹⁰.

Si è detto altresì che può essere introdotto il giudizio di divorzio anche quando uno dei coniugi abbia impugnato soltanto il capo relativo agli aspetti patrimoniali della sentenza di separazione, poiché la domanda di separazione e quella di corresponsione dell'assegno di mantenimento sono distinte anche se legate da un vincolo di pregiudizialità-dipendenza⁴⁹¹.

⁴⁸⁹ Cass., 1 agosto 1986 n. 4915, in *Giust. Civ.*, 1987, I, pag. 2929, ha tuttavia affermato che l'assegno di mantenimento in favore di uno dei coniugi in regime di separazione è dovuto, sempre che non si provveda diversamente nella fase presidenziale o istruttoria del giudizio di divorzio, non oltre il passaggio in giudicato della sentenza che pronuncia il divorzio medesimo, la quale segna il venir meno del presupposto di detto mantenimento, mentre resta irrilevante il fatto che la pronuncia sia contenuta in una sentenza non definitiva, passata in giudicato prima di quella che provveda l'assegno di divorzio.

⁴⁹⁰ Si veda: App. Bari 13 luglio 1990, in *Giust. Civ.*, 1994, I, pag. 2754. La citata sentenza afferma che giudicato interno "è quello che viene dedotto essersi verificato nell'ambito dello stesso processo, articolato nelle sue varie fasi, laddove è invece giudicato esterno quello che si è realizzato in un processo diverso, anche se connesso con quello in relazione al quale la relativa eccezione venga formulata".

⁴⁹¹ Trib. Pistoia 14 maggio 1996, in *Foro It.*, 1996, I, pag. 3792. Sull'argomento, si veda anche Cass., 15 novembre 1977, n. 4971.

CONCLUSIONI

Il presente studio ha tentato di delineare il procedimento di separazione giudiziale risultante dalle modifiche introdotte dalla legge n. 80/2005 e successive modificazioni.

Scopo della riforma era quello di differenziare il procedimento in esame da quello di divorzio, ma il confronto tra le regole contenute negli artt. 706-709*bis* c.p.c. e nell'art. 4 l. div. mostra che la disciplina processuale dei giudizi di separazione continua a modellarsi, quasi interamente, su quella di divorzio e che le differenze sono, talora, soltanto sintattiche o lessicali.

In realtà, le normative della separazione e del divorzio non cessano, a partire dal 1970, di rincorrersi, a volte uniformandosi ed a volte distinguendosi.

Questa situazione è stata determinata dalla volontà di inserire prima e mantenere poi il divorzio al di fuori dei codici, nella convinzione che ciò possa, in qualche modo, attribuire allo stesso la qualifica di rango inferiore⁴⁹².

In realtà quest'esigenza, avvertita nel 1970, era più sfumata nel 1987, allorché il legislatore, come emerge dalla lettura dell'articolo 23 della legge n. 74/1987, ipotizzava un complessivo riordino della materia, da attuarsi attraverso la modifica del codice di rito e, quindi, la sistemazione organica, in esso, anche dell'istituto del divorzio.

La riforma del 2005 seppur, sotto questo aspetto, ha rappresentato un passo indietro, in quanto ha nuovamente rimarcato la differenza tra separazione e divorzio ed ha mantenuto la diversa collocazione sistematica delle due materie, in realtà ha finito con l'individuare un modello processuale uniforme per i due giudizi, seppur con alcune peculiarità che meritano di essere segnalate.

⁴⁹² Graziosi, *Osservazioni sulla riforma dei procedimenti di separazione e di divorzio*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2005, p. 1114: "All'origine, la differenziazione di riti si iscriveva in quella più generale volontà legislativa di escludere il divorzio dai codici per rimarcare il preteso carattere di istituto di rango inferiore, e tale opzione era chiara espressione del difficile compromesso raggiunto tra le forze politiche di ispirazione cattolica e quelle di matrice laica che consentì l'introduzione del divorzio nel nostro Paese".

L'art. 706 c.p.c., applicabile alle separazioni, trova corrispondenza nei primi sei commi dell'art. 4 della legge 898/1970.

La disciplina è la stessa, salvo che, mentre nelle separazioni il ricorso deve contenere solo l'esposizione dei fatti sui quali la domanda è fondata, per il divorzio è necessaria anche "l'indicazione degli elementi di diritto".

La differenza si spiega con il fatto che il divorzio può essere chiesto per una serie di ragioni, indicate dall'art. 3 della legge 898/1970, e, pertanto, alla parte si chiede di specificare a quale di esse si riferisca.

Un'altra differenza consiste nel fatto che il primo comma dell'art. 4 prevede la competenza per la domanda congiunta di divorzio, mentre l'art. 706 c.p.c. non parla della (corrispondente) separazione consensuale (prevista dal successivo art. 711 c.p.c.), lasciando in vita una lacuna, finora colmata con il ricorso all'art. 23 della legge 74/1987.

L'art. 706, inoltre, non prevede la comunicazione all'ufficiale di stato civile per l'annotazione in calce all'atto, disciplinata del terzo comma dell'art. 4.

Identiche sono, invece, le disposizioni relative all'indicazione dell'esistenza di figli ed all'allegazione delle ultime dichiarazioni dei redditi, nonché le previsioni relative all'attività del presidente per la fissazione dell'udienza di comparizione.

Peculiare per il divorzio è la previsione secondo cui il presidente nomina un curatore speciale al convenuto malato di mente o legalmente incapace

Il contenuto dell'art. 707 c.p.c. (comparizione personale delle parti) è riprodotto nel comma 7 dell'art. 4. In questo caso, la differenza consiste nel fatto che in sede di separazione non è prevista l'audizione dei figli minori, contemplata, invece, in sede di divorzio. Tuttavia, in questa materia è intervenuta la legge n. 54/2006, la quale ha espressamente previsto l'ascolto del minore all'art. 155-*sexies* dettato per le separazioni.

Un'altra diversità è ravvisabile nel fatto che la norma divorzile prevede che i coniugi compaiono davanti al presidente "salvo gravi e comprovati motivi", inciso che non compare nell'articolo del codice di procedura civile riferibile alle separazioni, ma che, come sostenuto nella presente trattazione, sarebbe applicabile in virtù dell'art. 23 della legge 74/1987.

All'art. 708 c.p.c. (tentativo di conciliazione e provvedimenti del presidente), corrispondono parte del comma 7 del comma 8 della legge sul divorzio.

Non è riportata nella legislazione relativa alla cessazione o allo scioglimento del matrimonio, la disposizione, introdotta dalla legge n. 54/2006, secondo la quale i provvedimenti presidenziali sono reclamabili con ricorso alla Corte d'Appello (4° comma dell'art. 708 c.p.c.).

Il contenuto dell'art. 709 c.p.c. è trasfuso nei commi 9 e 10 dell'art. 4, mentre nell'art. 709-*bis* corrispondono i commi 11, 12 e 13.

Il testo originario dell'art. 709-*bis* non prevedeva la parte relativa alla possibilità di proporre sentenza non definitiva, impugnabile con appello immediato da decidersi in camera di consiglio, così determinando una diversità sostanziale tra la disciplina della separazione e quella del divorzio. La differenza è stata cancellata dalla legge 28 dicembre 2005, n. 263, la quale ha integrato il predetto articolo.

Attualmente, divergenze tra le disposizioni in rito che disciplinano separazione e divorzio permangono in relazione ai commi 14 e 15 dell'art. 4, il cui contenuto non è stato ripreso dagli articoli del codice di procedura novellati, e dalle modifiche introdotte dalla legge n. 54/2006 con l'art. 709-*ter*⁴⁹³, formalmente applicabile solo alle separazioni.

Tali differenze, ove non si voglia risolvere il problema ritenendo tuttora vigente l'art. 23 della legge n. 74/1987, lasciano ampi spazi alla possibilità di ricorrere all'analogia.

In particolare, per quanto riguarda il rito da seguire per le separazioni, in appello, è stato detto che sarebbe irrazionale limitare solo alle sentenze non definitive l'applicazione del rito camerale⁴⁹⁴ e che devono ritenersi, tuttora, valide, in presenza di una lacuna di legge, le conclusioni precedentemente raggiunte dalla giurisprudenza⁴⁹⁵. Non sembrano, pertanto, esservi dubbi sul fatto che, anche

⁴⁹³ L'art. 709-*ter* prevede, in caso di gravi inadempienze, la possibilità di applicare sanzioni e disporre il risarcimento del danno.

⁴⁹⁴ Tommaseo, *La disciplina processuale della separazione e del divorzio dopo le riforme del 2005 (e del 2006)*, in *Famiglia e Diritto* 1/2006, p. 7: "...regola che sarebbe irrazionale restringere all'impugnazione delle solo sentenze non definitive e che, pertanto, è ricognitiva d'una disciplina che trova la propria fonte nell'art. 23 della legge del 1987".

⁴⁹⁵ Salvaneschi, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in *Famiglia e Diritto* 4/2006, p. 371, ove è richiamata la sentenza n. 11386/1999 della Corte di Cassazione, secondo la quale: "Ai sensi dell'art. 23 della legge n. 74/1987, che ha esteso ai giudizi di separazione personale tra i coniugi le

dopo la riforma, ai procedimenti di separazione, in grado d'appello, continui ad applicarsi il rito della camera di consiglio⁴⁹⁶.

Infine, si osserva che la diversità relativa alla provvisoria esecutorietà della sentenza di primo grado (contenuta nel comma 14 della legge divorzile) non è rilevante, in quanto resta applicabile a tutti i giudizi, e quindi anche alle separazioni, la norma generale di cui all'art. 282 c.p.c. in virtù della quale la sentenza di primo grado è provvisoriamente esecutiva tra le parti.

Ne deriva che, nonostante la diversità della *sedes materia*, si può ancora parlare di un procedimento uniforme di separazione e di divorzio.

Ciononostante, la riforma dei procedimenti in esame merita, sotto certi aspetti, una valutazione favorevole, poiché risolve, con un tratto di penna, questioni che da tempo si trascinavano nella prassi. Si pensi alla regola per cui la costituzione del convenuto deve avvenire nel termine assegnatogli dal presidente con l'ordinanza di fissazione dell'udienza davanti al giudice istruttore che pone palesemente e, direi, definitivamente, *contra legem* la prassi che aveva dato corpo al "rito ambrosiano", secondo il quale il convenuto avrebbe avuto l'onere di costituirsi almeno venti giorni prima dell'udienza presidenziale. Ancora, si pensi al principio del contraddittorio e al diritto di difesa che trovano, ora, attuazione

regole dettate per il giudizio di divorzio dall'art. 8 della stessa legge che ha modificato l'art. 4 della legge n. 898/1970, l'appello avverso le sentenze di separazione deve essere trattato con il rito camerale, il quale si applica all'intero procedimento, dall'atto introduttivo (ricorso anziché citazione) alla decisione in camera di consiglio".

⁴⁹⁶ In ordine a tale argomento si richiamano le sentenze della Corte Costituzionale n. 543 e 573 del 1989. Nella prima di esse, si legge: "Si sostiene nell'ordinanza di rimessione che il rito camerale non consentirebbe di utilizzare quel complesso di norme che, nel rito contenzioso ordinario, rappresentano altrettante garanzie processuali a tutela del diritto di difesa costituzionalmente garantito e, quindi, la loro attenuazione potrebbe essere giustificata solo in presenza di effettive e superiori ragioni di giustizia... Pur ritenendo esteso il carattere camerale all'intera fase del giudizio di appello, non possono tuttavia condividersi le censure di illegittimità costituzionale prospettate dal giudice *a quo*. Secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, il procedimento camerale non è di per se in contrasto con il diritto di difesa, in quanto l'esercizio di quest'ultimo è variamente configurabile dalla legge, in relazione alle peculiari esigenze dei vari processi, purché ne vengano assicurati lo scopo e la funzione, cioè la garanzia del contraddittorio, in modo che sia escluso ogni ostacolo a far valere le ragioni delle parti... L'adozione della procedura camerale, anche nei casi in cui si è in presenza di elementi della giurisdizione contenziosa, risponde dunque a criteri di politica legislativa, inerenti alla valutazione che il legislatore compie circa l'opportunità di adottare determinate forme processuali in relazione alla natura degli interessi da regolare ed, in quanto tale, sfugge al sindacato di questa Corte nei limiti in cui, ovviamente, non si risolve nella violazione di specifici precetti costituzionali e non sia viziata da irragionevolezza".

anche nella fase presidenziale con le nuove regole che danno alle parti e ai loro difensori specifici poteri.

Al tempo stesso, però, il legislatore si è dimenticato di intervenire in altri ambiti, quali ad esempio la competenza in ordine all'affidamento e al mantenimento dei figli dei genitori non coniugati che spesso dà luogo ad annosi conflitti di competenza tra tribunale dei minorenni e tribunale ordinario, finendo con il congelare la tutela dei diritti minorili. A tal riguardo si osserva che l'associazione Camera Minorile in Cammino ha presentato una proposta di legge⁴⁹⁷ diretta a disciplinare con le forme del rito camerale un procedimento *ad hoc* per l'affidamento dei figli dei genitori non coniugati davanti al Tribunale per i minorenni.

Si può, quindi, concludere, che la disciplina dei giudizi di separazione e divorzio rimane nel segno della provvisorietà, in attesa di decisive scelte che riguardino i profili sostanziali di tali istituti e, sul versante processuale, di una generale riforma del codice di rito.

⁴⁹⁷ Pubblicata sul sito dell'AIMMF: www.minoriefamiglia.it

BIBLIOGRAFIA

- ADAMI, Sull'intervento del P.M. nella fase presidenziale del procedimento di separazione dei coniugi, in *Famiglia e Diritto*, 1994, pag. 359.
- AMADEI, Il nuovo processo di separazione e divorzio, in *Cecchella-Amadei-Buoncrisiani, Il nuovo processo ordinario e sommario di cognizione*, Milano, 2006.
- A. ARCERI, Sulla reclamabilità dei provvedimenti interinali nella separazione e nel divorzio, in *Famiglia e Diritto* n. 3/2007, pag. 280.
- F. AULETTA, Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico, Cedam, 2002.
- BALENA, Il processo di separazione personale dei coniugi, in *Le riforme più recenti del processo civile*, a cura di Balena-Bove, Bari, 2006.
- B. CAPPONI, Il novellato art. 710 del codice di procedura civile, in *Foro Italiano*, 1988, c. 513.
- CARATTA, Provvedimenti presidenziali nell'interesse dei coniugi e della prole ex art. 708 c.p.c. e tutela d'urgenza, in *Famiglia e dir.*, 1999, pag. 376.
- C. M. CEA, I Provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole e il reclamo cautelare, in *Foro Italiano*, 2002, c. 263.
- C. M. CEA, Il problema del controllo dei provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole tra omissioni e formalismi, in *Foro Italiano*, 2004, c. 624.
- C. M. CEA, Ancora sul controllo delle misure nell'interesse dei coniugi e della prole: nuovi provvedimenti, vecchi andazzi, in *Foro it.*, 2006, c. 3242.
- C. M. CEA, I processi di separazione e di divorzio all'indomani della promulgazione della L. n. 80/2005, in *Rivista di diritto civile* n. 2/2006, pag. 103.

- C. M. CEA, La nuova torre di Babele: la legge sull'affidamento condiviso e il reclamo contro i provvedimenti del giudice istruttore, in Foro Italiano 7-8/2006, c. 2213.
- C.M. CEA, Processo di divorzio e competenza territoriale, in Foro Italiano 2008, c. 653
- C.M. CEA, La Corte Costituzionale e la competenza territoriale nelle cause di divorzio, in Foro Italiano, 2008 c. 2081.
- F. CIPRIANI, I provvedimenti presidenziali nell'interesse dei coniugi e della prole, Jovene, 1970.
- F. CIPRIANI, Il processo di divorzio, in Commentario sul divorzio, a cura di Rescigno, Milano, 1980.
- F. CIPRIANI, La nuova legge sul divorzio, 1988, Jovene, Napoli.
- F. CIPRIANI, La nuova disciplina processuale, in Cipriani-Quadri, La nuova legge sul divorzio, II, Napoli 1988.
- F. CIPRIANI, L'agonia del pubblico ministero nel processo civile, in Foro Italiano, 1993, c. 10.
- CIPRIANI, Vecchie e nuove vittime del formalismo processuale, in Foro it., 1994, I, c.724.
- F. CIPRIANI, L'impugnazione dei provvedimenti "nell'interesse dei coniugi e della prole" e il lento ritorno al garantismo, in Corr. giur., 1998, pag. 211.
- F. CIPRIANI, Impugnazioni per il solo addebito e domanda di divorzio, in Foro Italiano, 1998 c. 2143.
- F. CIPRIANI, Ancora sul *simultaneus processus* sulla separazione e sull'addebito, in Foro Italiano, 1999, I, c. 2307.
- F. CIPRIANI, Sulle domande di separazione, di addebito e di divorzio, in Foro Italiano, 2002, c. 383.
- F. CIPRIANI, Ancora sull'impugnabilità dei provvedimenti "nell'interesse dei coniugi e della prole", in Foro Italiano, 2003, c. 3156.
- F. CIPRIANI, Sulla reclamabilità dei provvedimenti presidenziali *ex art.* 708 c.p.c. , in Foro Italiano, 2004, c. 2534.

- F. CIPRIANI, Processi di separazione e di divorzio, in Foro Italiano, 2005, c. 140.
- L.P. COMOGLIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, Vol.II, Il Mulino, 2006.
- A. COMOLLI, La fase presidenziale della separazione: legge incostituzionale o prassi incostituzionale, in Il diritto di famiglia e delle persone 1995.
- G. COSTANTINO, Procedimenti introdotti con ricorso e novella del processo civile, in Foro Italiano, 1996, c. 245.
- F. DANOVI, Le nuove norme sui procedimenti di separazione e di divorzio, in Rivista trimestrale di diritto processuale civile, 3/2005, pag. 849.
- F. DANOVI, I provvedimenti a tutela dei figli naturali dopo la legge 8 febbraio 2006, n. 54, in Rivista diritto processuale n. 3/2006, pag. 849.
- DE FILIPPIS-CASABURI, Separazione e divorzio nella dottrina e nella giurisprudenza, Cedam, Terza ed., 2004.
- DE FILIPPIS, Manuale pratico delle cause di separazione e divorzio, Padova, 2005.
- DE FILIPPIS, Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio, Cedam, 2006.
- B. DE FILIPPIS, Il matrimonio, la separazione dei coniugi ed il divorzio, Cedam, 2007.
- DOGLIOTTI, Separazione e Divorzio, Torino, 1988.
- DOGLIOTTI, Separazione e divorzio. Il dato normativo. I problemi interpretativi, Torino, 1995.
- DOSI, L'affidamento condiviso, in www.mimoriefamiglia.it.
- DOSI, Dalla competitività una fase introduttiva tutta speciale per il processo di separazione e divorzio, in Diritto e giustizia, 2/6/2005.
- DOSI, Quella fase introduttiva tutta speciale al procedimento di separazione e di divorzio, in Diritto e Giustizia, 2005, pag. 24

- A. FINOCCHIARO, Il procedimento di separazione e di divorzio: la legge n. 80/2005 e successive modificazioni.
- A. GRAZIOSI, Osservazioni sulla riforma dei processi di separazione e di divorzio, in *Rivista trimestrale diritto e procedura civile* n. 4/2005, pag.1113.
- P. IANNELLI, Provvedimenti “temporanei e urgenti” ex art. 708 c.p.c. e provvedimenti d’urgenza: spunti di riflessione, in *Diritto e Giurisprudenza*, 2002/1-4, pag. 425.
- P. LAI, Polizia tributaria e poteri del giudice della separazione per accertare i redditi dei coniugi, in *Famiglia e Diritto*, 2006, p. 179.
- A. LIUZZI, Allegazione delle dichiarazioni dei redditi e poteri istruttori del giudice nel processo di separazione e di divorzio alla luce delle leggi nn. 80/2005 e 54/2006, in *Famiglia e Diritto* 2/2006, pag.225.
- F.P. LUISO, Separazione e divorzio dopo la riforma del c.p.c., in *Giurisprudenza italiana*, 1996, IV, pag. 233.
- F.P. LUISO, La nuova fase introduttiva del processo di separazione e divorzio, in www.Judicium.it 21/10/2006.
- LUISO-SASSANI, *La riforma del processo civile. Commentario breve agli articoli riformati del codice di procedura civile*, Milano, 2006.
- F.P. LUISO, Questioni varie in tema di impugnazione dei provvedimenti di separazione e divorzio, in www.Judicium.it 26/11/2007
- M. A. LUPOI, Aspetti processuali della normativa sull’affidamento condiviso, in *Rivista trimestrale diritto e procedura civile* n. 4/2006, pag. 1063.
- A. NASCOSI, Separazione giudiziale e dichiarazione di addebito: la Cassazione cambia opinione, in *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 2002, pag. 1383.
- MANDRIOLI, *I provvedimenti presidenziali nel giudizio di separazione dei coniugi*, Milano, 1953.

- MANDRIOLI, Dal rito ambrosiano all'asserita specialità integrale del procedimento di divorzio e separazione, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2001, pag. 833;
- MANDRIOLI, I procedimenti di separazione e divorzio, in Corso di diritto processuale civile, vol. III, XV edizione, 2003.
- MOROZZO DELLA ROCCA, voce Separazione personale, in Enc. Dir., Milano 1989.
- D. MOTTA, Se il matrimonio finisce in tribunale - Processo, così la fase presidenziale, in Diritto e giustizia, 2006, n. 6, pag. 122.
- OLIVIERI, Gli atti di parte nella fase introduttiva, in Riv. dir. proc., 2004, pag. 107.
- C. ONNIBONI, Brevi note sull'autonomia della domanda di addebito, in Famiglia e Diritto n. 12/2007, pag. 1085.
- E. RAVOT, In tema di impugnazione della sentenza di separazione, in Famiglia e Diritto 5/2005, pag. 516.
- L. SALVANESCHI, La novella del codice di rito e la fase introduttiva dei procedimenti e la fase introduttiva dei procedimenti per separazione e divorzio, in Corriere Giuridico, 1995, pag. 746.
- L. SALVANESCHI, Provvedimenti presidenziali nell'interesse dei coniugi e della prole e procedimento cautelare uniforme, in Riv. dir. proc., 1995, pag. 1063.
- L. SALVANESCHI, I procedimenti di separazione e divorzio, in Famiglia e Diritto 4/2006, pag. 356.
- L. SALVANESCHI, Alcuni profili processuali della legge sull'affido condiviso, in Rivista diritto processuale n. 4/2006, pag. 1287.
- L. SALVANESCHI, Ancora un giudice diverso per i figli naturali, in Corriere Giuridico n. 7/2007, pag. 945.
- F. SCARDULLA, La separazione personale dei coniugi ed il divorzio, IV edizione, Giuffrè.
- G. SERVETTI, Affidato condiviso, Prime osservazioni e nodi problematici, in www.unicostmilano.it.

- SERVETTI, Osservazioni d'ordine processuale in tema di divorzio e separazione personale, in *Famiglia e Diritto*, 1994, pag. 211.
- M. SESTA – A. GRAZIOSI, La composizione dei conflitti familiari nell'esperienza italiana, in *Rivista trimestrale diritto e procedura civile* n. 2/2005, pag. 575.
- C. SPACCAPELO, Appello nei giudizi di separazione e divorzio e termini per le notificazioni: Cass. Civ. n. 3837/2006, in *Famiglia e Diritto* n. 3/2007, pag. 266.
- F. TOMMASEO, Nuovo rito civile e procedimenti per separazione e divorzio, in *Famiglia e Diritto*, 1994, pag. 565.
- F. TOMMASEO, La disciplina processuale del divorzio, in Bonolini-Tommaseo, *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Comm. Schlesinger*, II ed., Milano, 2004.
- F. TOMMASEO, Nuove norme per i giudizi di separazione e divorzio, in *Famiglia e Diritto* n. 3/2005, pag. 231.
- F. TOMMASEO, La disciplina processuale della separazione e del divorzio dopo le riforme del 2005 (e del 2006), in *Famiglia e Diritto* 1/2006, pag.7.
- F. TOMMASEO, Le nuove norme sull'affidamento condiviso: b) profili processuali, in *Famiglia e Diritto* n. 4/2006, pag. 388.
- F. TOMMASEO, Provvedimenti presidenziali e motivi di reclamo alla corte d'appello, in *Famiglia e Diritto* n. 6/2007, pag. 617.
- F. TOMMASEO, Riflessioni sulle impugnazioni e sui reclami nel diritto di famiglia e delle persone, in *Famiglia e Diritto* n. 1/2008, pag. 97.
- F. TOMMASEO, Garanzia del reclamo o ordinanze interinali istruttorie nei giudizi di separazione e divorzio, in *Famiglia e Diritto* n. 4/2008, pag. 372.
- F. TOMMASEO, Dichiarate parzialmente illegittime le regole sul foro competente per i giudizi di divorzio: una sentenza scontata o un'occasione perduta?, in *Famiglia e Diritto* n. 7/2008 pag. 669.

- F. TOMMASEO, Appello in cause di divorzio, rito camerale e deduzioni probatorie, in *Famiglia e Diritto* n. 8-9/2008, pag. 775.
- V. VIOLANTE, Profili processuali della istanza di addebito ex art. 151, 2° comma, c.c., in *Rivista diritto processuale* n. 3/2006, pag. 1115.
- E. VULLO, Costituzione del convenuto e preclusioni nel procedimento di divorzio, in *Famiglia e Diritto*, 1995, pag. 140.
- E. VULLO, Sull'ammissibilità dei provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c. nel processo di separazione giudiziale dei coniugi, in *Famiglia e Diritto* 6/2005, pag. 641.
- E. VULLO, Provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c. e processi di separazione e di divorzio, in *Rivista trimestrale diritto e procedura civile* Giugno/2008, pag. 475.
- E. VULLO, Domanda di revisione ex art. 710 c.p.c. e giudicato formale della sentenza di separazione coniugale, in *Famiglia e Diritto* n. 7/2008
- ZAMAGNI-VILLA, Affidato condiviso: quale competenza per i figli naturali, in www.minoriefamiglia.it.