



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO
ITALIANO E SOVRANAZIONALE

SCUOLA DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE
CURRICULUM DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

Ciclo XXVI

TESI DI DOTTORATO DI RICERCA
TUTELA CAUTELARE ATIPICA
E CRISI DELLA FAMIGLIA

(s.s.d. IUS/15)

Dottoranda: BARBARA FRATINI

Tutor: Chiar.mo Prof. ACHILLE SALETTI

Coordinatrici del dottorato: Chiar.ma Prof.ssa MARIA FRANCESCA GHIRGA
Chiar.ma Prof.ssa ELENA MERLIN

Anno Accademico
2013/2014

*A mio marito ed ai miei figli,
per il tempo loro sottratto
durante la stesura della tesi.*

TUTELA CAUTELARE ATIPICA E CRISI DELLA FAMIGLIA

INDICE SOMMARIO

ABSTRACT

PREMESSA	Pag. 7
1. CARATTERI DELLA TUTELA D'URGENZA EX ART. 700 C.P.C.	
1. Brevi cenni storici alla tutela cautelare d'urgenza.	Pag. 10
2. L'ambito di applicazione dell'art. 700 c.p.c. nell'evoluzione dottrinarie e giurisprudenziale. La nozione di "irreparabilità del pregiudizio".	Pag. 12
3. Significato dell'espressione "in via ordinaria" e conseguente ambito applicativo dell'istituto.	Pag. 20
4. Il rapporto con le altre misure cautelari e con le misure sommarie non cautelari.	Pag. 22
5. Rilievi conclusivi.	Pag. 29
2. TUTELA CAUTELARE ATIPICA ANTE CAUSAM E CRISI CONIUGALE	
1. Premessa.	Pag. 32
2. I diversi strumenti a tutela dei crediti di mantenimento.	Pag. 34
3. Il sequestro ex art. 146, terzo comma c.c.: natura e finalità dell'istituto.	Pag. 35
3.1. Ammissibilità della tutela cautelare atipica.	Pag. 41
4. Provvedimento ex art. 316 <i>bis</i> , secondo comma c.c.: finalità ed ambito di applicazione dell'istituto.	Pag. 48
4.1. Natura del decreto di cui all'art. 316 <i>bis</i> , secondo comma c.c.	Pag. 52
4.2. Ammissibilità del provvedimento d'urgenza a tutela del diritto al mantenimento del coniuge debole (e della prole).	Pag. 54
5. L'assegno alimentare provvisorio di cui all'art. 446 c.c.	Pag. 59

6. Brevi cenni alle nuove procedure in materia di separazione e divorzio introdotte dal d.l. 132/2014 (conv. in l. 162/2014). Limiti all'ammissibilità della tutela cautelare atipica.	Pag. 65
7. Considerazioni conclusive.	Pag. 75

3. TUTELA CAUTELARE ATIPICA E FAMIGLIA DI FATTO.

1. Premessa.	Pag. 78
2. Applicabilità dell'art. 700 c.p.c. alle unioni di fatto a cautela della finalità sottesa all'art. 146, terzo comma c.c.	Pag. 81
3. Nuovo art. 316 <i>bis</i> c.c. e provvedimento d'urgenza.	Pag. 86
4. Riparto della competenza tra giudice ordinario e tribunale per i minorenni.	Pag. 90
5. Rito camerale e garanzie costituzionali.	Pag. 95
6. Provvedimenti provvisori ed urgenti e rito camerale.	Pag. 100
7. Osservazioni conclusive.	Pag. 112

4. TUTELA CAUTELARE ATIPICA E GIUDIZI DI SEPARAZIONE E DIVORZIO

1. Premessa.	Pag. 114
2. Tutela d'urgenza e natura costitutiva della sentenza di separazione o divorzio.	Pag. 115
3. Provvedimento d'urgenza e tutela dei diritti "in via ordinaria".	Pag. 121
4. Natura dei provvedimenti presidenziali: cenni sui diversi orientamenti dottrinali sotto la vigenza del codice di rito del 1865.	Pag. 123
4.1. Panorama dottrinale e giurisprudenziale sotto la vigenza del nuovo codice.	Pag. 125
4.2. La legge 353/1990 e l'introduzione del rito cautelare uniforme: riflessi sulla natura dell'ordinanza presidenziale.	Pag. 130
4.3. Le riforme del 2005-2006 e le conseguenti ricadute sul tema oggetto della presente indagine.	Pag. 135
4.4. Lo stato attuale del dibattito e le questioni ancora aperte.	Pag. 137
4.5. Conclusioni in margine alla natura dei provvedimenti "temporanei e urgenti".	Pag. 143
5. Provvedimenti "temporanei ed urgenti" e rito cautelare uniforme.	Pag. 151
6. Provvedimenti presidenziali e tutela d'urgenza.	Pag. 154
6.1. Ammissibilità del provvedimento d'urgenza:	

a) prima dell'udienza presidenziale.	Pag. 158
6.2. b) in caso di omessa pronuncia dei provvedimenti presidenziali.	Pag. 163
6.3. c) dopo la pubblicazione della sentenza di separazione (o divorzio).	Pag. 167
7. Considerazioni conclusive.	Pag. 178
5. CONCLUSIONI	
1. Brevi riflessioni conclusive.	Pag. 181
INDICE BIBLIOGRAFICO	Pag. 188

ABSTRACT

ATYPICAL INJUNCTION AND FAMILY CRISES

This thesis deals with the application of atypical injunction in cases of family crises, including both married couples and families not founded on marriage. After giving a synthetic framework of Italian atypical injunction, a focus is made on the large variety of typical provisions ruled by our civil system, as a result of the stratification of laws existing, regarding the family.

Atypical injunction is then compared with the other measures regulating the rights of married couples, in order to establish whether the obtaining of an atypical injunction in such a field is permitted.

To follow, a brief mention is made of the recent law (D.I. 132/2014, converted into Law 162/2014) regulating a new proceeding (“assisted negotiation”), which is now an alternative to separation and divorce proceedings and takes place solely with the assistance of lawyers, without court participation.

The second part of this document is dedicated to unmarried couples; it examines some of the numerous questions of interpretation created by the latest rules (Law 219/2012 and Law 154/2013) regarding children born out of wedlock.

The main body of the thesis analyzes the compatibility between an atypical injunction and the “temporary and urgent provisions” given during separation and divorce proceedings, leading to a discussion on the possibility of obtaining an urgent injunction after the settlement of a separation or divorce sentence.

The thesis concludes with a brief examination of the very recent (and it is to be hoped much less fragmentary and incomplete than laws effective until now) project of reform, regarding the efficiency of our system of law.

PREMESSA

La materia familiare è stata oggetto, negli ultimi anni, di molteplici ed articolati interventi normativi volti, da un lato, a disciplinare fattispecie in precedenza prive di regolamentazione normativa o connotate da una assai scarsa disciplina e, dall'altro, a garantire una tutela giurisdizionale il più possibile completa e, al tempo stesso, rapida, tenuto conto degli interessi di natura anche pubblicistica sottesi alla materia.

Proprio allo scopo di assicurare una tutela piena e, al contempo, celere, il legislatore ha sovente fatto ricorso alle forme dei procedimenti sommari – ritenute più idonee “a garantire la realizzazione delle esigenze di tutela della sottostante situazione di diritto sostanziale”¹ - ed ha introdotto misure provvisorie in grado di fornire una tutela effettiva ed immediata, ancorché provvisoria, alle diverse ipotesi di crisi familiare.

Basti por mente ai provvedimenti temporanei ed urgenti nell'interesse dei coniugi e della prole, novellati per effetto della c.d. legge sull'affidamento condiviso, oppure alle misure coercitive *ex art. 709 ter c.p.c.* o ancora all'istituto di cui al nuovo art. 316 *bis c.c.* (che riproduce sostanzialmente il contenuto del vecchio art. 148 c.c.²), alla L. 219/2012, che ha introdotto ulteriori misure a garanzia dell'adempimento degli obblighi nei confronti dei figli naturali o, da ultimo, alla recente L. 162/2014, che ha reso ancor più celere – almeno nelle intenzioni del legislatore – il raggiungimento di un accordo sostitutivo degli effetti della sentenza di separazione o divorzio o del decreto di modificazione delle relative condizioni.

In questo panorama normativo così complesso e variegato, sembrerebbe non rimanere spazio alcuno per l'ammissibilità del rimedio cautelare atipico previsto dall'art. 700 c.p.c. che, come noto, ha un ambito di applicazione residuale e sussidiario rispetto, non solo alle misure cautelari tipiche disciplinate dal codice di rito, ma anche, secondo la *communis opinio*, a tutte quelle misure in grado di fornire *ex*

¹ In questi termini, CIVININI, *Provvedimenti cautelari e rapporti patrimoniali tra coniugi in crisi*, in *Fam. Dir.*, 1995, 371.

² V. Decreto legislativo 28.12.2013 n.154, pubblicato in G.U. 08.01.2014.

se una tutela completa ed esaustiva alle situazioni sostanziali ad esse sottese.

La presente indagine si propone, dunque, di verificare se ed in quale misura sia ammissibile ricorrere alla tutela cautelare atipica nei casi di c.d. “crisi familiare” al fine di scongiurare il rischio di tardività o di infruttuosità dell’azione ordinaria.

In altri termini, si tratta di verificare se i provvedimenti contemplati dal nostro quadro normativo siano tali da esaurire tutte le esigenze di cautela sottese alla materia familiare, rendendo in tal guisa inammissibile il ricorso alla misura cautelare atipica, o se, per contro, residuino spazi per una tutela d’urgenza ex art. 700 c.p.c.

In particolare, la prima parte della presente indagine sarà dedicata all’eventuale ammissibilità del provvedimento c.d. innominato prima ed in vista dell’instaurazione di un procedimento di separazione e divorzio oppure in ipotesi di disgregazione di nuclei familiari non legati da vincolo di coniugio; a tale scopo sarà preliminarmente necessario un breve raffronto con talune misure tipiche disciplinate dal codice civile (segnatamente, gli artt. 146, 316 *bis* e 446 c.c.), parimenti dirette a tutelare situazioni di “crisi familiare”.

Un fugace cenno sarà, altresì, riservato ai nuovi istituti introdotti dal recentissimo d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito nella l. 10 novembre 2014, n. 162, che consente, per la prima volta, ai coniugi di addivenire alla separazione personale o al divorzio, nonché alla modifica delle condizioni di entrambi, senza il necessario intervento del Tribunale, valendosi esclusivamente dell’ausilio dei difensori o della presenza dell’ufficiale dello stato civile.

Il corpo centrale del presente lavoro si pone, invece, quale obiettivo quello di saggiare l’eventuale compatibilità della misura cautelare atipica con i procedimenti di separazione e divorzio, questione da tempo dibattuta e sulla quale, nonostante l’autorevolezza e copiosità dei contributi dottrinali, non si è pervenuti a risultati certi ed univoci. Preliminare all’esame di tale problematica appare, infatti, la risoluzione della delicata questione circa la natura dei provvedimenti presidenziali; trattasi di un tema già ampiamente sviluppato e variamente risolto in

dottrina e giurisprudenza, che ha ricevuto nuova linfa per effetto delle recenti riforme legislative.

A conclusione del presente lavoro, si indagherà sull'ammissibilità della tutela innominata al termine dei giudizi di separazione e divorzio; questione cui è propedeutica la verifica circa l'efficacia temporale dei provvedimenti provvisori emessi nel corso degli anzidetti procedimenti.

CAPITOLO 1

CARATTERI DELLA TUTELA D'URGENZA

EX ART. 700 C.P.C.

1. Brevi cenni storici alla tutela cautelare d'urgenza. 2. L'ambito di applicazione dell'art. 700 c.p.c. nell'evoluzione dottrinarie e giurisprudenziale. La nozione di "irreparabilità del pregiudizio". 3. Significato dell'espressione "in via ordinaria" e conseguente ambito applicativo dell'istituto. 4. Il rapporto con le altre misure cautelari e con le misure sommarie non cautelari. 5. Rilievi conclusivi.

1. Brevi cenni storici alla tutela cautelare d'urgenza.

L'indagine che ci si è prefissati non può prescindere da un, sia pur breve, accenno ai precedenti storici della tutela cautelare d'urgenza ed all'evoluzione subita dall'istituto nel corso degli anni.

Si ritiene che il provvedimento ex art. 700 c.p.c. trovi il proprio addentellato storico nelle inibizioni³, introdotte nei codici sardi del 1854 e del 1859, accanto alla disciplina della denuncia di nuova opera. Tali codici, invero, si limitavano a disporre che le norme dettate per il sequestro dovevano osservarsi anche per le inibizioni, in quanto applicabili.

In assenza di una dettagliata disciplina, la giurisprudenza finì per ampliare il novero dei casi in cui applicare le inibizioni, comprendendovi ogni fatto che minacciasse un diritto; in particolare, la casistica giurisprudenziale si estese sino a ricomprendere qualunque fatto che presentasse un pericolo di danno irreparabile, al di fuori dei casi già tutelati dal sequestro giudiziario o dalla denuncia di nuova opera.

Nonostante questo ampliamento del campo di applicazione dell'istituto, il codice di procedura civile del 1865 non fece alcun cenno alle inibizioni, limitandosi a disciplinare i c.d. "provvedimenti conservatori" (sequestri e provvedimenti nunciativi); di guisa che in dottrina si cominciò a dubitare della sopravvivenza dell'istituto delle inibizioni c.d. generiche.

³ Sui precedenti storici dell'istituto si consultino specialmente DINI-MAMMONE, *I provvedimenti d'urgenza*, 7^a ediz., Milano, 1997, 157 ss.; ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Padova, 1985, 1 ss.

In giurisprudenza, tuttavia, prevalse la soluzione opposta, atteso che l'amministrazione della giustizia, per riuscire efficace e perfetta, necessitava di uno strumento in grado di garantire un'ampia tutela, anche al di fuori dei sequestri e delle denunce di nuova opera e di danno temuto⁴. L'applicazione dell'istituto poggiava su un'interpretazione estensiva delle norme sui sequestri, che consentiva alla giurisprudenza di superare gli angusti limiti dei provvedimenti tipici per giungere ad ampliare il terreno della tutela cautelare.

In seguito, fu soprattutto Chiovenda⁵, con le proprie teorizzazioni sulla figura generale del provvedimento provvisorio cautelare, ad influenzare la dottrina processualcivilistica di inizio novecento e a porre le basi per la successiva introduzione del provvedimento d'urgenza. L'illustre Maestro riteneva che le varie disposizioni disseminate nel codice di rito (tra le quali, anche l'art. 808, relativo ai provvedimenti temporanei e urgenti in materia di separazione dei coniugi) fossero espressione di un potere cautelare generale; un potere ormai da più parti invocato e, tuttavia, contrastato da autori altrettanto autorevoli, quale Calamandrei, il quale aveva enucleato quattro categorie di provvedimenti cautelari, al di fuori delle quali riteneva non esservi ulteriore spazio per un potere cautelare⁶.

Il dibattito dottrinale, anche sotto l'influenza delle legislazioni straniere, portò alla pubblicazione, nell'anno 1937, del progetto preliminare di riforma Solmi; un progetto che, tuttavia, nell'impostazione iniziale, prevedeva esclusivamente misure cautelari tipiche e che, solo in seguito, su pressione di gran parte della dottrina e della giurisprudenza, sfociò nel codice del 1942 e nell'introduzione, per la prima volta, di un "*potere di prendere "provvedimenti d'urgenza" (artt. 700-702)"*⁷.

⁴ Per una rassegna della giurisprudenza edita si rinvia ancora a ARIETA, *op.ult.cit.*, 10 ss.

⁵ CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935, 242.

⁶ Cfr. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, 47 ss., il quale aveva suddiviso i provvedimenti cautelari in: 1) provvedimenti istruttori anticipati; 2) provvedimenti volti ad assicurare l'esito positivo di una futura esecuzione forzata; 3) provvedimenti con cui si decide interinalmente, in attesa che attraverso il processo ordinario si perfezioni la decisione definitiva, un rapporto controverso, dalla indecisione del quale potrebbero derivare a una delle parti irreparabili danni; 4) provvedimenti che consistono nell'imposizione di una cauzione.

⁷ V. *Relazione del Ministro Guardasigilli*, Roma, 1940, n. 32, 28.

2. L'ambito di applicazione dell'art. 700 c.p.c. nell'evoluzione dottrina e giurisprudenziale. La nozione di "irreparabilità del pregiudizio".

Accostandoci al tema che qui interessa, non par vano esaminare preliminarmente, sia pur per sommi capi, la funzione assolta dal provvedimento ex art. 700 c.p.c. nel nostro ordinamento ed il conseguente ambito di operatività dell'istituto. La sintetica trattazione che segue avrà ad oggetto esclusivamente quei profili che possano incidere direttamente sull'argomento della presente indagine, con esclusione di tutti quegli aspetti relativi al provvedimento d'urgenza che esulano dal tema odierno.

Senza alcuna pretesa di completezza, stante la vastità e complessità dell'argomento già affrontato *ex professo* da autorevole dottrina⁸, ci si limiterà a ricordare la funzione che l'istituto è venuto ad assolvere nel tempo, al solo e limitato scopo di poter formulare alcune considerazioni generali da cui prendere le mosse ai fini della presente indagine.

Come noto, l'ambito di applicazione dei provvedimenti d'urgenza ha subito nel tempo una graduale dilatazione, motivata, da un lato, dall'esigenza di fornire tutela a diritti, in specie costituzionalmente

⁸ Ci si limita qui a richiamare le principali opere monografiche ed i contributi dottrinali più significativi sulla tutela d'urgenza, cui si rinvia anche per ulteriori indicazioni bibliografiche: TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova, 1983; ID., voce *Provvedimenti di urgenza*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 856 ss.; MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile (artt. 700 – 702 Cod. Proc. Civ.)*, Napoli, 1955; ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., *passim*; SAPIENZA, *I provvedimenti d'urgenza*, Milano, 1957; ANTONUCCIO, *I provvedimenti d'urgenza atipici*, Milano, 1990; VULLO, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *I procedimenti sommari e speciali, II, Procedimenti cautelari*, a cura di CHIARLONI e CONSOLO, Torino, 2005, 1249 ss.; DITTRICH, *Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *Il processo cautelare*, a cura di TARZIA-SALETTI, Padova, 2011, 253 ss.; PANZAROLA, *I provvedimenti d'urgenza dell'art. 700 c.p.c.*, in *I procedimenti cautelari*, diretto da CARRATTA, Bologna, 2013, 745 ss.; BALBI, voce *Provvedimenti d'urgenza*, in *Dig.disc.priv., sez.civ.*, vol. XVI, Torino, 1997, 73 ss.; CONTE, *Dei provvedimenti d'urgenza in Codice di procedura civile commentato* a cura di CONSOLO e LUISO, 4^a ediz., Padova, 2010, vol. III, 808 ss.; DINI-MAMMONE, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., *passim*; PROTO PISANI, voce *Provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXV, Roma, 1991; FIORUCCI, *Provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Milano, 2009; BUFFONE (a cura di), *Art. 700 c.p.c. e la procedura d'urgenza*, Milano, 2013; GAZZI, *I provvedimenti d'urgenza (artt. 700 – 702 c.p.c.)*, in *Riv.trim.dir. proc.civ.*, 1960, 309 ss.

garantiti⁹, che, diversamente, sarebbero rimasti privi di effettiva ed immediata tutela giurisdizionale, e dall'altro, da una ormai congenita condizione di lentezza del processo ordinario che costringe gli operatori del diritto a ricorrere con maggior frequenza a strumenti connotati da maggiore flessibilità e celerità nelle forme.

Senza ripercorrere minuziosamente le tappe di un'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale ormai ben nota, vale la pena tuttavia di osservare che, nel corso degli ultimi decenni, si è assistito ad un crescente utilizzo dell'istituto, anche a cagione della continua progressione socio-economica della società accompagnata dall'emersione di nuove necessità cautelari.

Invero, proprio attraverso il provvedimento ex art. 700 c.p.c. si sono ritenute tutelabili situazioni giuridiche dapprima qualificate come interessi di mero fatto e successivamente identificate alla stregua di veri e propri diritti soggettivi¹⁰; l'estrema duttilità ed elasticità dello strumento atipico ha consentito, infatti, la tutelabilità delle emergende istanze cautelari, assicurando in tal modo una sostanziale completezza del sistema.

Nato come strumento volto ad assicurare una tutela cautelare "*in tutti quei casi in cui non sembrano abbastanza efficaci le altre misure cautelari specificamente nominate e regolate dalla legge*"¹¹, il provvedimento d'urgenza, che, come accennato, era sconosciuto al codice previgente, ha assunto ben presto i caratteri della necessità, trasformandosi da istituto di carattere eccezionale e residuale a provvedimento quasi alternativo al processo ordinario¹², soprattutto a causa della persistente lentezza di quest'ultimo¹³.

⁹ Per l'affermazione secondo cui la centralità della persona umana sancita dagli artt. 2 e 3 Costituzione rappresenta una delle ragioni della maggiore diffusione dell'art. 700 c.p.c., v. PROTO PISANI, *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità*, in *Foro it.*, 1990, V, 1.

¹⁰ Sul punto si veda DITTRICH, *Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., 256.

¹¹ *Relazione al Re per l'approvazione del testo del codice di procedura civile*, Roma, 1940, n. 32. Per una analitica ricostruzione storica e comparatistica della tutela cautelare d'urgenza si vedano altresì BALBI, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., 79 ss.; VULLO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 1249 ss.; PANZAROLA, *op.cit.*, 756 ss.

¹² V. COMOGLIO, FERRI, TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 2011, 69, secondo cui il 700 è divenuto "*mezzo normale di tutela alternativa, nei confronti dei dinieghi di giustizia, originati dall'intollerabile lentezza dei giudizi ordinari di*

Il favor nei confronti del provvedimento d'urgenza è dettato, infatti, dalla convinzione che la tutela giurisdizionale non sia effettiva se non giunga

cognizione"; cfr. altresì TARZIA, *Rimedi processuali contro i provvedimenti d'urgenza*, in *Riv.Dir.Proc.*, 1986, 35 ss., il quale osserva, peraltro, come lo strumento cautelare atipico si ponga ormai come un *tertium genus*, con autonomia funzionale quasi completa dalla giurisdizione di merito, soprattutto quando esso assuma natura anticipatoria, erogando una tutela in tutto, o quasi in tutto, corrispondente a quella ottenibile con la decisione di merito; conf. PANZAROLA, *op.cit.*, 752; DELLE DONNE, *Riflessioni sulla tutela "anticipatoria" d'urgenza nell'esperienza applicativa della giurisprudenza e in alcune recenti scelte del legislatore*, in *judicium.it*, sottolinea il progressivo ed inesorabile sovvertimento del rapporto regola-eccezione immaginato dai *conditores* del 1940, che ha trasformato quella d'urgenza "nella manifestazione di gran lunga più rilevante di tutela cautelare a struttura non (tanto e non) solo conservativa, ma anche e soprattutto "anticipatoria".

¹³ In termini analoghi v. DIANA, *Procedimenti cautelari e possessori*, Milano, 2010, 627; v. altresì ARIETA, *op. cit.*, 62, il quale sottolinea l'uso distorto della norma, accompagnato ad un vero e proprio stravolgimento della natura e funzione cautelare del mezzo, che si vorrebbe identificare in uno strumento capace "di porsi come un surrogato della tutela ordinaria nei confronti della quale si porrebbe in rapporto di alternatività"; similmente DITTRICH, *Dalla tutela cautelare anticipatoria alla tutela sommaria definitiva*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1988, 672, spec. 704, il quale mette in risalto un uso "non fisiologico" dello strumento della cautela innominata, che trova la sua origine "nella perdurante situazione di paralisi che caratterizza la giustizia civile italiana". Cfr. altresì MONTESANO, *Problemi attuali e riforme opportune dei provvedimenti cautelari, e in specie d'urgenza, nel processo civile italiano*, in *Riv.dir.proc.*, 1985, 217, spec. 224, il quale pone in evidenza "l'uso distorto" dell'art. 700 c.p.c. da parte dei giudici che, avendo raggiunto la soggettiva certezza della ragione d'una delle parti, risolvono la controversia in forma processuale diversa da quella decisoria ordinaria e senza le necessarie garanzie. Si veda MANDRIOLI, *I provvedimenti d'urgenza: deviazioni e proposte*, in *Riv.Dir.Proc.*, 1985, 657 ss., spec. 671, per l'affermazione secondo cui, quando i tempi di tutela diventano irragionevoli, non si può non prenderne atto e considerarli un'autonoma ragione di urgenza di provvedere.

Prima della riforma del 1990, peraltro, la mancanza di rimedi immediati contro i provvedimenti d'urgenza favoriva ulteriormente un uso improprio della misura cautelare atipica. In argomento v. VULLO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 1255 e 1340 ss., il quale conclude, tuttavia, affermando che "il contributo che questo istituto ha dato all'effettività della tutela giurisdizionale, anche in attuazione dell'art. 24 Cost., è stato così importante da prevalere, in una valutazione d'insieme, sulle deviazioni che hanno caratterizzato l'applicazione del rimedio cautelare atipico, soprattutto negli anni Settanta"; CONTE, *Tutela d'urgenza fra diritto di difesa, anticipazione del provvedimento ed irreparabilità del pregiudizio*, in *Riv.Dir.Proc.*, 1995, 213 ss., spec. 220, cui si rinvia anche per i relativi riferimenti giurisprudenziali. Sui rimedi proponibili avverso il provvedimento d'urgenza prima della riforma del 1990 v. TARZIA, *Rimedi processuali contro i provvedimenti d'urgenza*, cit., 35 ss. Sulla successiva introduzione del reclamo contro i provvedimenti cautelari in generale, da tempo invocata dalla dottrina prevalente, v. SALETTI, *Appunti sulla nuova disciplina delle misure cautelari*, in *Riv.Dir.Proc.*, 1991, 355 ss., in part. 375; MERLIN, voce *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, in *Dig.Civ.*, XIV, Torino, 1996, 393 ss., in part. 414; OLIVIERI, *I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile (legge 26 novembre 1990, n. 353)*, in *Riv.Dir.Proc.*, 1991, 688.

Sulla cronica lentezza del processo civile e sull'utilizzo del provvedimento d'urgenza quale strumento idoneo ad ovviare a simile problema, v. CONIGLIO, *La riforma del sistema cautelare nel diritto processuale civile*, in *Riv.dir.proc.*, 1927, 3 e ss. Per un esame comparatistico sulla durata del processo civile, si vedano, BETTINI-PELLEGRINI, *Circolo vizioso giudiziario o circolo vizioso legislativo? La durata dei procedimenti giudiziari in Italia*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2000, 179 ss; CHASE, *Il problema della durata del processo civile in Italia e negli Stati Uniti*, *ivi*, 1988, 913 ss.

in tempi rapidi¹⁴, ragion per cui si tende sovente a privilegiare procedimenti celeri o sommari, sacrificando le esigenze di certezza e completezza della cognizione.

Al contempo, la durata del processo non può considerarsi in astratto sufficiente *ex se* a giustificare la concessione del provvedimento d'urgenza, ma deve pur sempre essere preceduta da una attenta valutazione circa l'esistenza dei presupposti previsti *ex lege* ed, in particolare, del *periculum in mora*. Parte della dottrina ha, infatti, segnalato la necessità di valutare in concreto l'esistenza del pregiudizio e della sua irreparabilità "*poiché, in caso contrario, l'interprete effettua un'astrazione fondata su un giudizio di valore che compete esclusivamente al legislatore*"¹⁵.

L'ampliamento della sfera di applicazione dell'istituto ha trovato un terreno fertile proprio nella nozione, dai contorni assai labili e sfumati, di "irreparabilità del pregiudizio". A ben vedere, infatti, il concetto di irreparabilità sfugge ad un rigido inquadramento negli schemi e si presta ad uno spettro di interpretazioni applicative¹⁶.

¹⁴ Il principio di effettività della tutela giurisdizionale risale alla ben nota affermazione di CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, 81, secondo cui "*il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire*". In argomento v. i rilievi di PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in *Riv.trim.dir.e proc.civ.*, 1979, 630 ss. Si deve, altresì, a CHIOVENDA (*Sulla "perpetuatio iurisdictionis"*, in *Foro it.*, 1923, I, 362, ripubblicato in *Saggi di dir. proc. civ.*, Roma, 1930, I, 271 ss.) l'enunciazione del principio, elaborato sulla scorta della dottrina tedesca, secondo cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione. Tale principio che, secondo lo studioso, era già contenuto in germe nei testi romani, è stato posto successivamente a fondamento della tutela cautelare in generale; v. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico*, cit., 20, ora in *Opere giuridiche*, IX, Napoli, 1983, 159 ss., spec. 175. Sul pensiero di Calamandrei in tema di tutela cautelare v. altresì ANDRIOLI, *Sull'"introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari" di Piero Calamandrei*, in *Foro It.*, 2009, V, 205 e CAPONI, *Piero Calamandrei e la tutela cautelare*, in *Riv.Dir.Proc.*, 2012, 1250 ss.

Sul punto si veda, altresì, CARNELUTTI, *Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione*, in *Riv.dir.proc.*, 1929, 3 ss., in part. 64, ove si rinviene l'affermazione secondo cui "*la giustizia in ritardo è una giustizia a metà*".

¹⁵ L'affermazione è di TOMMASEO, *op.ult.cit.*, 139; conf. PANZAROLA, *op.cit.*, 779, il quale critica la propensione invalsa in dottrina di considerare la "*notoria durata dei processi civili italiani*" quale premessa sufficiente per ammettere la concessione della cautela innominata.

¹⁶ Il requisito dell'irreparabilità del pregiudizio è stato definito come "il nodo teorico e pratico principale" della disciplina dello strumento cautelare atipico. V. PROTO PISANI, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., 11; cfr. altresì VULLO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., il quale osserva che, proprio a causa dell'estrema difficoltà incontrata da dottrina e giurisprudenza nell'attribuire un significato univoco al requisito dell'irreparabilità, tutti i recenti progetti di riforma del processo civile prevedono la

Per vero, la nozione di irreparabilità, pur non essendo mai stata intesa in senso strettamente letterale, ha subito una lenta e graduale dilatazione sotto la spinta evolutiva della dottrina e della giurisprudenza meno conformista.

La dottrina più risalente, proprio allo scopo di arginare eventuali abusi della tutela giurisdizionale, aveva lanciato un monito contro eventuali “soprusi”¹⁷ nel ricorso indiscriminato alla tutela d’urgenza ed aveva suggerito un’interpretazione dell’istituto strettamente aderente alla lettera della legge. Nello specifico, secondo la nota tesi sattiana, soltanto le situazioni giuridiche finali, cioè i diritti assoluti, potrebbero essere lesi irreparabilmente durante la pendenza del processo, giacché l’irreparabilità non consisterebbe nel non poter eseguire la sentenza, bensì “*nella permanente offesa della propria situazione giuridica durante il processo, più precisamente nel godimento da parte del convenuto di una situazione che è incompatibile, perché ne costituisce la negazione, con la situazione giuridica, col diritto del ricorrente*”¹⁸.

sostituzione del termine “irreparabile” con l’aggettivo “grave” o “gravissimo”, di più agevole interpretazione.

¹⁷ Sul pericolo che l’indiscriminata concessione del provvedimento d’urgenza sia fonte di soprusi v. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, Padova, 1968, sub art. 700, 271, nonché i rilievi di TOMMASEO, *I provvedimenti d’urgenza*, cit., 6 e ss.

Per un esame critico delle deviazioni giurisprudenziali in tema di tutela d’urgenza, v. MANDRIOLI, *I provvedimenti d’urgenza: deviazioni e proposte*, cit., 659 ss.

¹⁸ Così SATTA, *op.ult.cit.*, 270-271; ID., *Limiti di applicazione del provvedimento d’urgenza*, in *Foro It.*, 1952, 132; ID., *Provvedimenti d’urgenza e urgenza di provvedimenti*, in *Mass.Giur.Lav.*, 1962, 49; ID., *Ancora sui provvedimenti d’urgenza in materia di lavoro*, *ivi*, 1968, 420; ID., *Provvedimento d’urgenza e rapporto di lavoro*, *ivi*, 1971, 455 ss.

In senso meno restrittivo, v. MANDRIOLI, *Funzione anticipatrice e natura cautelare nei provvedimenti presidenziali e nei provvedimenti d’urgenza*, in *Giur.It.*, 1953, IV, 113 ss., per il quale l’irreparabilità si verifica ogni qual volta “*le circostanze di fatto impongono una frattura tra l’astratta possibilità di usare un mezzo di tutela ed il risultato utile di quella tutela*”; tale frattura, per l’A., può verificarsi per i diritti obbligatori alla stessa maniera che per i diritti assoluti”.

Critiche alla teorica sattiana sono state mosse in epoca più risalente anche da CALVOSA, voce *Provvedimenti d’urgenza*, in *Noviss. Dig. It.*, XIV, Torino, 1967, 451 ss.

Per una tesi intermedia v. MONTESANO, *I provvedimenti d’urgenza*, cit., 79, per il quale soltanto i diritti che abbiano ad oggetto o tendano a conseguire un bene infungibile sono tutelabili in via d’urgenza, in quanto a fronte di un bene fungibile non può mai escludersi la possibilità di procurarsi un altro mezzo equivalente di soddisfazione dell’interesse minacciato. L’A. aggiunge, altresì, che la sussistenza della irreparabilità dipende da valutazioni ed apprezzamenti soggettivi del giudice, giacché occorre indagare di volta in volta se alla avvenuta o minacciata privazione del bene

Simile restrittiva visione, che si fondava sulla negazione dell'attribuzione al diritto di credito della qualità di "diritto soggettivo perfetto", è stata, tuttavia, superata dalla dottrina più moderna, la quale ha rilevato, all'opposto, che ogni situazione giuridica soggettiva socialmente tutelata assurge alla qualifica di diritto soggettivo perfetto e che non vi sono situazioni giuridiche sostanziali che possano ritenersi aprioristicamente escluse dalla possibilità di tutela *ex art. 700*¹⁹.

Invero, il titolare di un diritto di credito o di un diritto potestativo ben potrebbe essere bisognoso di tutela cautelare al pari del titolare di un diritto assoluto²⁰ e l'art. 700 c.p.c. non opera al riguardo alcun distinguo tra le diverse situazioni giuridiche soggettive tutelabili in via d'urgenza.

consegua, per il soggetto attivo, l'impossibilità di procurarsi, nelle more del giudizio, un bene che sia utilmente sostituibile al primo.

Si deve, soprattutto, alle opere di ANDRIOLI (*Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964, 246 ss., in part. 252) la prima, vera apertura nei confronti di una concezione più moderna del requisito dell'irreparabilità; l'A., infatti, che ha posto le basi per la successiva teorizzazione della tutela cautelare atipica, riconduceva il requisito dell'irreparabilità allo "scarto" tra gli effetti della decisione di merito e la soddisfazione integrale del diritto, scarto tale da superare la normale tollerabilità.

La tesi di Andrioli ha avuto largo seguito in dottrina, ove si è poi ulteriormente osservato che, oltre al diritto tutelando, occorre aver riguardo anche alla *persona titolare di questo diritto*. In tale direzione, PROTO PISANI, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., 12 ss., ha affermato che l'irreparabilità del pregiudizio ricorre nei casi di diritti a contenuto e a funzione non patrimoniale, nonché in quelli di diritti a contenuto patrimoniale ma a funzione non patrimoniale ed in quelli a contenuto e funzione esclusivamente patrimoniale ove, tuttavia, vi sia uno scarto fra danno subito e danno risarcito. In aperto contrasto con la tesi di PROTO PISANI, v. LA CHINA, *Quale futuro per i provvedimenti d'urgenza?*, in AA.VV., *I processi speciali, Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Napoli, 1979, 153 ss., il quale critica l'accentuazione del riguardo alla persona anziché al diritto tutelando nei provvedimenti d'urgenza, che sfocerebbe in un solo, grave risultato: l'ottendersi della sensibilità verso il *processo come dubbio*. Critica simili conclusioni BALBI, *op.cit.*, 124, secondo cui "*la funzione di effettività della pretesa comporta che il provvedimento adempia al suo ruolo con diretto riguardo alla persona del titolare della situazione giuridica soggettiva minacciata*".

In giurisprudenza, a favore della tesi più restrittiva v. Pret. Roma, 22 giugno 1976, in *Giust. Civ.*, 1976, 1344; Pret. Torino, 24 novembre 1973, in *Orient. Giur. Lav.*, 1973, 678. Cfr. altresì Pret. Taranto, 29 novembre 1977, in *Arch.Civ.*, 1978, 66, secondo cui per irreparabilità del pregiudizio deve intendersi, non l'irrisarcibilità, ma "*la permanenza dell'offesa della situazione giuridica del ricorrente e, cioè, il godimento da parte del convenuto di una situazione che è incompatibile col diritto dello stesso ricorrente*", con ciò richiamando testualmente la nota espressione di Satta (ancorché l'A., come accennato, predicasse una tesi più restrittiva, escludendo i diritti relativi dalla tutela cautelare atipica).

¹⁹ ARIETA, *op.cit.*, 110 ss.

²⁰ Per ARIETA, *op. cit.* 114, il titolare di un diritto di credito o di un diritto potestativo, proprio in relazione al fatto che si rende indispensabile la cooperazione di un soggetto diverso al fine della soddisfazione dell'interesse, potrebbe, a maggior ragione, aver bisogno della tutela cautelare al fine di salvaguardare la propria situazione giuridica soggettiva.

Sulla scorta di tale premessa, dottrina²¹ e giurisprudenza²² hanno finito per ammettere la tutela innominata anche in ipotesi di diritti pecuniari, interpretando in maniera decisamente più ampia ed elastica la nozione di “irreparabilità”. In particolare, si è ritenuto di assicurare tutela a tutte quelle situazioni giuridiche di carattere patrimoniale indissolubilmente legate a diritti di rango costituzionale o comunque a contenuto non patrimoniale, non adeguatamente garantite da un futuro ed eventuale risarcimento danni.

Simile impostazione, che ha preso avvio dall'avvertita esigenza di tutela dei crediti alimentari²³ e, successivamente, del diritto alla retribuzione in favore del lavoratore²⁴, ha condotto alla concessione di provvedimenti d'urgenza a cautela di molteplici rapporti giuridici funzionalmente collegati a diritti di natura costituzionale, tra i quali il diritto d'autore, il

²¹ Cfr., tra gli altri, ARIETA, *op.cit.*, 121 ss; TOMMASEO, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., 869 ss.; VULLO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 1313; ID., *Considerazioni in tema di irreparabilità del danno ai fini della sospensione dell'esecuzione della sentenza d'appello*, in *Giur.It.*, 1996, I, 2, 242 ss.; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, Torino, 2012, 292; ZUMPANO, *Tutela di urgenza e rapporto di lavoro*, *Riv.Dir.Proc.*, 1989, 826 ss.; RICCI, *Per una efficace tutela provvisoria ingiunzionale dei diritti di obbligazione nell'ordinario processo civile*, *ivi*, 1990, 1021; CONTE, *Tutela d'urgenza fra diritto di difesa*, cit., 213 ss.; ID., *La nozione di irreparabilità nella tutela d'urgenza del diritto di credito (sviluppi giurisprudenziali)*, *ivi*, 1998, 216 ss; LAUDISA, *Garanzia autonoma e provvedimento d'urgenza*, in *Giur.It.*, 1994, I, 2, 613 ss.; FERRI, *Procedimenti cautelari a tutela del credito. Il sequestro conservativo*, in *Riv.Trim.Dir. e Proc.Civ.*, 2000, 75 ss.; RUDAN, *Provvedimenti d'urgenza in tema di retribuzione*, *ivi*, 1962, 362 ss. Per un raffronto con la disciplina austriaca sul concetto di “irreparabilità del pregiudizio”, v. PICARDI, *Le riforme processuali e sociali di Franz Klein*, in *Giusto Proc. Civ.*, 2011, 1067 ss., in part. 1090.

²² Nell'impossibilità di dar conto di tutte le pronunce giurisprudenziali che hanno ammesso il ricorso ex art. 700 c.p.c. a tutela di diritti pecuniari, soprattutto nell'ambito del rapporto di lavoro, ci si limiterà a richiamare i provvedimenti più significativi: Trib. Milano (ord.), 11 ottobre 1994, in *Gius*, 1995, 1429; Pret. Parma, 11 febbraio 1992, in *Giust.civ.*, 1992, I, 1364; Pret. Matera, 20 ottobre 1990, in *Giur.It.*, 1991, I, 2, 907; Pret. Roma, ord. 6 luglio 1987 e Pret. Gorizia, decr. 8 gennaio 1990, in *Giur. It.*, 1991, I, II, 467, con nota adesiva di SCARANO, *Pregiudizio irreparabile del credito e tutela atipica d'urgenza*; Pret. Roma, ord. 31 luglio 1986, in *Riv. Dir. Proc.*, 1986, 972, con nota adesiva di FRISINA, *La tutela cautelare d'urgenza dei diritti a prestazioni pecuniarie*; ID., ord. 14 febbraio 1983, in *Giur. It.*, 1983, I, 2, 634, con nota di CUFFARO. Cfr. altresì Trib. Roma, ord. 25 marzo 2000, *ivi*, 2001, 298, con nota di ZUCCARO, *Il pregiudizio irreparabile nei provvedimenti d'urgenza*, la quale, pur aderendo sostanzialmente alla tesi più ampia, ha respinto il ricorso ex art. 700 c.p.c. per insussistenza del *periculum in mora*.

²³ Cfr. Trib. Torino, 27 dicembre 1947, in *Foro It.*, 1948, I, 713 e Trib. Crotona, 29 giugno 1948, in *Nuovo Dir.*, 1948, 428, con nota favorevole di BRUNETTI, *Concessione e revoca di provvedimenti cautelari d'urgenza*.

²⁴ Per un esame della diffusione del provvedimento cautelare atipico nell'ambito del diritto del lavoro, si rinvia a MAZZAMUTO, *Provvedimenti d'urgenza e reintegrazione nel posto del lavoro*, in *Riv.trim.dir.e proc.civ.*, 1973, 593 ss.

diritto alla salute, il diritto all'onore ed alla reputazione, il diritto all'integrità patrimoniale.

Ammesso, dunque, il provvedimento d'urgenza anche a cautela di diritti obbligatori ed accertato che il concetto di irreparabilità con coincide con quello di irrisarcibilità, ben potendo il primo ricorrere anche laddove il danno sia astrattamente risarcibile, si registrano tuttora oscillazioni giurisprudenziali sul presupposto legittimante la tutela innominata. Talvolta il concetto di irreparabilità viene ancorato alla impossibilità di ottenere un risarcimento integrale del danno²⁵, talaltra alle notevoli difficoltà cui si andrebbe incontro per recuperare la somma²⁶ oppure alla possibilità di reiterazione dell'illecito²⁷, alla presenza di una lesione non risarcibile per equivalente o ancora al timore che tra gli effetti della decisione del merito e la reintegrazione per equivalente vi sarebbe un divario eccedente la normale tollerabilità²⁸.

Ciò che preme rilevare in questa sede è l'astratta tutelabilità in via d'urgenza dei diritti di natura patrimoniale, soprattutto in quei settori – come il diritto di famiglia - in cui è più stringente la necessità di una tutela immediata in ragione della delicatezza delle situazioni soggettive trattate²⁹. Ed invero, proprio in materia familiare il provvedimento d'urgenza viene sovente invocato a tutela di diritti di credito strettamente funzionali alla tutela di diritti assoluti; in simili ipotesi, il danno derivante dal mancato pagamento del credito (per esempio, un credito di natura alimentare), pur astrattamente risarcibile, potrebbe incidere irrimediabilmente su una situazione di natura assoluta (nell'esempio, il

²⁵ In tal senso v. A. Roma, 20 agosto 1993, *Rass.giur.Enel*, 1994, 718; Trib. Napoli, 21 maggio 1991, in *Dir. Autore*, 1992, 388; Pret. Roma, 8 febbraio 1982, in *Temi Rom.*, 1982, 312.

²⁶ V. Trib. Lagonegro, 15 aprile 2010, in *www.dejure.it*; Trib. Napoli, 26 aprile 2000; Trib. Verona, 20 maggio 2001 e Trib. Vicenza, 10 luglio 2001, in *Giur.It.*, 2002, 118; Trib. Modena, 24 marzo 1998, (decr.), *ivi*, 1999, 50.

²⁷ Trib. Torino, 29 maggio 1993, in *Giur.It.*, 1995, I, 1, 149; Id. Roma, 30 maggio 1984, in *Foro It.*, 1984, I, 1969.

²⁸ Così, Trib. Lamezia Terme, 25 marzo 2011; Trib. Isernia, 5 dicembre 2007, richiamando implicitamente la tesi di Andrioli; Trib. Firenze, 4 marzo 2005; Trib. Torino, 22 dicembre 2000; Pret. Roma, 4 aprile 1973, in *Foro It.*, 1974, I, 1929.

²⁹ Critica l'utilizzo dello strumento cautelare atipico proprio in materia di diritto di famiglia, MALAGU', *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, Milano, 1986, in part. 152 ss., il quale stigmatizza la tendenza giurisprudenziale incline ad estendere la portata dei provvedimenti di urgenza al di là dei limiti insiti nella disciplina positiva dell'istituto.

diritto ad un'esistenza libera e dignitosa), provocando in tal guisa un pregiudizio irreparabile.

Di talché, mutuando i principi elaborati soprattutto in ambito giuslavoristico, appare pienamente legittimo *in parte qua* il ricorso alla tutela cautelare d'urgenza a cautela di diritti relativi, seppur funzionalmente legati a diritti di natura assoluta³⁰.

3. Significato dell'espressione "in via ordinaria" e conseguente ambito applicativo dell'istituto.

Un limite all'ambito di applicazione della tutela cautelare atipica si evince dalla stessa formulazione dell'art. 700 c.p.c. e, segnatamente, dall'espressione "far valere il suo diritto *in via ordinaria*". Parte della dottrina ha, infatti, ricavato da simile espressione il significato di diritto tutelabile in un "giudizio a cognizione piena ed esauriente"³¹, escludendo pertanto l'ammissibilità del provvedimento d'urgenza, non solo nell'ambito del processo esecutivo³², ma in tutte quelle ipotesi in cui

³⁰ Più complesso è il tema della tutelabilità del diritto di credito in quanto tale, a prescindere cioè dalle ipotesi in cui il credito sia funzionale alla tutela di un diritto assoluto. Sulla questione, che esula dal tema oggetto della presente indagine, si rinvia a VULLO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 1313 ss.; BRUNI, *Tutela d'urgenza e diritti di credito*, in *Giust.Civ.*, 1986, I, 2586; BALBI, *op.cit.*, 97 ss., il quale conclude affermando che "l'irreparabilità è un criterio (tra i vari possibili) fornito al giudice dell'urgenza per consentirgli in concreto di individuare, nel più generico concetto di urgenza, la sussistenza dell'interesse del ricorrente a richiedere ed ottenere la misura provvisoria"; FIORUCCI, *op.cit.*, 77.

³¹ In tal senso v. ARIETA, *op.cit.*, 91; PROTO PISANI, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., 7; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., 249; LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2013, 280, il quale tuttavia ammette l'applicazione del provvedimento d'urgenza almeno nell'ambito dei processi a cognizione sommaria necessari.

Esula dalla presente indagine la questione della tutelabilità in via d'urgenza degli interessi di mero fatto o degli interessi legittimi, i quali sarebbero esclusi dall'ambito di operatività dell'istituto proprio a cagione dell'espressione "diritto (suscettibile di tutela) in via ordinaria". Sul punto si rinvia a DITTRICH, *Il provvedimento d'urgenza*, cit., 255 e PANZAROLA, *op.cit.*, 802 ss., ed ivi per ulteriori riferimenti dottrinali.

³² Escludono *tout court* l'applicazione del provvedimento d'urgenza nel processo esecutivo TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 183 ss. e, in part., nota 39; ARIETA, *op.cit.*, 92; MONTESANO, *I provvedimenti*, cit., 44; ALLORIO, *Sospensione dell'esecuzione per consegna e rilascio*, in *Giur. It.*, 1946, I, 1, 111; PANZAROLA, *op.cit.*, 835; cfr., tuttavia, BECCARI, *Brevi note in tema di ammissibilità dei provvedimenti d'urgenza in materia di esecuzione forzata e sulla pignorabilità del danaro pubblico*, in *Giur.Merito*, 1991, I, 81, in nota a Pret. La Spezia (ord.), 29 giugno 1989, il quale propone, *de iure condendo*, un'interpretazione analogica dell'art. 700, che ne consenta l'utilizzazione anche nelle procedure esecutive.

l'ordinamento contempra un procedimento speciale a cognizione sommaria a tutela del diritto medesimo³³.

La questione è di significativa rilevanza ai fini che qui interessano, posto che in materia familiare esistono variegati procedimenti o subprocedimenti speciali, culminanti in provvedimenti sommari (cautelari o non), che resterebbero esclusi dall'ambito applicativo della tutela cautelare atipica ove si aderisse alla tesi più restrittiva.

L'opinione più rigorosa è stata, tuttavia, oggetto di fondate critiche da parte di taluni interpreti, i quali hanno osservato che l'espressione "in via ordinaria" non è coincidente con quella di giudizio a cognizione piena e che *"quando il diritto soggettivo è destinato a ricevere tutela in forma tipizzata e speciale o comunque diversa dal processo civile di cognizione, la tutela innominata dell'art. 700 c.p.c. può essere esclusa solo se in quel procedimento civile tipizzato e speciale destinato alla tutela ordinaria del diritto, esistano rimedi tipici, che assolvendo alla stessa funzione dell'art. 700 c.p.c. siano idonei ad assicurare l'effettività della pretesa"*³⁴.

In altri termini, non si può in astratto escludere l'ammissibilità della tutela cautelare atipica laddove il diritto sia oggetto di un accertamento realizzato con forme diverse dal processo ordinario di cognizione, ma occorre vagliare, caso per caso, il tipo di tutela offerta dal procedimento speciale al fine di valutare se residui uno spazio per la tutela d'urgenza. Soltanto all'esito di questa indagine sarà possibile concludere a favore

³³ Aderiscono alla tesi più restrittiva ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., 249; MONTESANO, *I provvedimenti*, cit., 45; più possibilista ARIETA, *op.cit.*, 91, per il quale vi sono taluni procedimenti speciali a cognizione sommaria nei quali è ammissibile la tutela cautelare atipica. L'A. esclude, tuttavia, dal novero di tali procedimenti quello di separazione personale dei coniugi e di divorzio. Cfr. altresì PROTO PISANI, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., 7, il quale compie un'attenta analisi dei singoli procedimenti speciali al fine di vagliarne la compatibilità con il provvedimento d'urgenza.

³⁴ BALBI, voce *Provvedimenti d'urgenza*, cit., 86 ss., in part. 109. Per l'A., dalla scelta di forme processuali per la tutela di diritti soggettivi differenti da quelle del processo civile non può farsi derivare una diminuzione di garanzia dell'effettività della tutela e, addirittura, tale garanzia non può essere limitata neppure quando oggetto della tutela siano situazioni soggettive riconducibili nella figura di interesse legittimo; conf. VULLO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., il quale propende a favore di una lettura estremamente riduttiva dell'espressione "in via ordinaria", dilatando l'area di ammissibilità dei provvedimenti d'urgenza sino a comprendere qualunque processo che sia manifestazione della tutela giurisdizionale dichiarativa; FIORUCCI, *op.cit.*, 80.

dell'ammissibilità o inammissibilità del provvedimento d'urgenza nei procedimenti c.d. speciali.

Una diversa interpretazione sarebbe lesiva del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.) e del diritto di difesa (art. 24 Cost.), in quanto l'effettività della decisione deve pur sempre essere garantita, a prescindere dalle forme ordinarie o speciali nelle quali trovi tutela la pretesa fatta valere³⁵.

4. Il rapporto con le altre misure cautelari e con le misure sommarie non cautelari.

Pur nella consapevolezza di non poter esaminare *funditus* il tema del rapporto tra la cautela innominata e le misure tipiche cautelari o sommarie non cautelari, non ci si può tuttavia esimere dal compiere un breve accenno all'argomento, al fine di porre le premesse per la successiva indagine.

Il rapporto tra la tutela cautelare innominata e le altre figure tipiche si incentra sulla natura sussidiaria del provvedimento *ex art.* 700 c.p.c., la quale trova il proprio fondamento normativo e, al contempo, il proprio limite nella formula "fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo", contenuta nello stesso art. 700 c.p.c. Si è correttamente osservato che il carattere sussidiario della tutela d'urgenza "*si risolve in un rapporto di esclusione fra le misure nominate ed innominate, ogniqualvolta il legislatore abbia previsto uno specifico mezzo di cautela per la protezione in sede cautelare d'un determinato diritto*"³⁶.

³⁵ V. ancora BALBI, *op.loc.cit.* Non si può, tuttavia, convenire con l'A. laddove giustifica "un temporaneo prevalere di giurisprudenza casuistica e occasionale" ed un "diritto a formazione giurisprudenziale", pur di non svuotare di contenuto la clausola generale dell'art. 700 c.p.c. L'opinione professata dall'A. finisce, all'opposto, per svuotare di significato la lettera dell'art. 700 c.p.c. ed i limiti di ammissibilità ivi previsti.

³⁶ Sono parole di TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 186. Per l'A. il carattere sussidiario della tutela cautelare urgente è reso palese, non solo dalla chiara lettera normativa, ma anche dalla natura stessa dello strumento, in quanto la norma attribuirebbe alla parte un potere generale di cautela che si esprimerebbe nella titolarità d'una vera e propria azione generale a tutela di situazioni non previste o non disciplinate in modo specifico; conf. PANZAROLA, *op.cit.*, 768 ss.

Sull'esistenza nel nostro ordinamento di un "potere generale di cautela", si veda altresì ARIETA, *op.cit.*, 117; PROTO PISANI, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., 11, secondo cui il valore (oggi) costituzionale della effettività della tutela giurisdizionale non può non spingere nel senso di ridurre sempre più in via interpretativa gli spazi che separano la misura cautelare atipica dal c.d. potere generale di cautela; *contra*, v. MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 84, per il quale la funzione dei provvedimenti d'urgenza permette di escludere con certezza che sia stato creato nel vigente ordinamento quel

Non può revocarsi in dubbio che il rapporto di sussidiarietà debba essere inteso in senso non strettamente letterale³⁷, includendo cioè anche provvedimenti cautelari c.d. estravaganti, collocati al di fuori del codice di rito³⁸; tuttavia, dottrina e giurisprudenza si sono a lungo interrogate sull'effettiva estensione della regola di sussidiarietà posta dall'art. 700 c.p.c.

Da un lato, infatti, ci si è domandati se la cautela d'urgenza possa essere utilizzata anche per colmare eventuali lacune delle misure cautelari tipiche, per integrare cioè i possibili vuoti normativi lasciati dal legislatore nella regolamentazione delle figure cautelari nominate; dall'altro, non vi è convergenza di vedute circa l'estensione del menzionato rapporto di esclusione anche a provvedimenti sommari non cautelari.

Sotto il primo profilo, dopo un'iniziale incertezza³⁹, ormai nessun dubita della possibilità di far ricorso al provvedimento d'urgenza laddove, pur in presenza di altro strumento cautelare tipico, quest'ultimo tuteli un diverso *periculum* e, pertanto, non sia utilmente esperibile al fine di scongiurare il paventato pregiudizio⁴⁰. In altri termini, occorre aver

potere cautelare generale, che Chiovenda aveva tentato di affermare, vigente la legislazione del 1865 e che il Carnelutti aveva tentato di introdurre nell'ordinamento italiano; FIORUCCI, *op.cit.*, 37; per ulteriori indicazioni bibliografiche si rinvia a DITTRICH, *Il provvedimento d'urgenza*, cit., 290 e ss.

³⁷ Osserva MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 40, che la norma, interpretata in senso strettamente letterale, sarebbe del tutto superflua e tautologica; PANZAROLA, *op.cit.*, 798, aggiunge che la clausola di residualità smarrirebbe gran parte del suo significato se fosse rinserrata nei confini del codice, posto che numerose misure cautelari sono collocate proprio al di fuori di esso.

³⁸ La dottrina ha unanimemente escluso l'ammissibilità del provvedimento d'urgenza in presenza di fattispecie già regolamentate da provvedimenti cautelari tipici "estravaganti". V., tra gli altri, ARIETA, *op.cit.*, 81; TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 180 ss.; CONTE, *Dei provvedimenti d'urgenza*, cit., 809; BALBI, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., 111; PROTO PISANI, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., 5; DITTRICH, *op.cit.*, 259; PANZAROLA, *op.cit.*, 797.

³⁹ Si erano espressi in senso contrario all'ammissibilità della tutela d'urgenza a prescindere dal tipo di *periculum* paventato SAPIENZA, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 112 e MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 40.

⁴⁰ In questo senso v. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, cit., 255 ss.; PROTO PISANI, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., 6; TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 203 ss.; MONTESANO, *Problemi attuali e riforme opportune dei provvedimenti cautelari, e in specie d'urgenza*, cit., 226; VULLO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 1333 ss.; DITTRICH, *op.cit.*, 261; ESPOSITO, *Presupposti e contenuti dei provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in BUFFONE, *op.cit.*; FIORUCCI, *op.cit.*, 39; PANZAROLA, *op.cit.*, 807 ss.

In giurisprudenza, v. Trib. Bologna, 4 febbraio 2009, secondo cui "il parametro in forza del quale va apprezzata la sussistenza della condizione di ammissibilità sopra indicata

riguardo, non soltanto al diritto tutelato dallo strumento cautelare tipico, ma anche al “tipo di pregiudizio” che si intende prevenire, al fine di valutare l’ammissibilità del provvedimento d’urgenza.

Più in generale, ogniqualvolta sussista la condizione negativa di non potersi valere proficuamente della tutela cautelare tipica, si ritiene ammissibile il ricorso alla cautela d’urgenza, sempreché ovviamente ricorra il presupposto della irreparabilità del pregiudizio.

In definitiva, la mancata riconducibilità della situazione di pericolo nell’ambito della tutela cautelare nominata, apre la strada alla tutela d’urgenza; tale strada sarà, tuttavia, percorribile soltanto laddove sussistano i gravi e precisi requisiti di cui all’art. 700 c.p.c. e, segnatamente, l’imminenza e l’irreparabilità del pregiudizio. La conclusione cui è pervenuta ormai la dottrina consente di evidenziare il ruolo che l’art. 700 c.p.c. è chiamato a svolgere quale norma di chiusura del sistema cautelare, ovvero quale “*summa di tutti gli strumenti di cautela predisposti dall’ordinamento*”⁴¹.

Si tratta, tuttavia, di determinare entro quali limiti sia consentito il ricorso alla tutela innominata, pur in presenza di uno strumento cautelare *ad hoc*.

Dottrina e giurisprudenza sono approdate a taluni punti fermi, da cui appare utile prendere le mosse ai fini della presente indagine. In particolare, costituisce ormai *ius receptum* l’inammissibilità della tutela cautelare atipica volta ad assicurare gli effetti di un emanando provvedimento cautelare tipico, stante la lettera dell’art. 700 c.p.c.⁴².

è costituito non dal “*petitum*” formulato dal ricorrente bensì dallo specifico “*periculum*” dallo stesso allegato”; conf. Trib. Milano, 29 gennaio 2003, in *Giur.It.*, 2004, 77, con nota adesiva di CONTE, *Tutela del diritto alla restituzione dell’azienda tra sequestro giudiziario e provvedimento d’urgenza*; Trib. Bari (ord.), 7 maggio 1992, che ha ritenuto ammissibile il ricorso ex art. 700 c.p.c. per ottenere la sospensione dell’esecuzione della delibera di esclusione di un socio di società cooperativa, seppur sia prevista la misura tipica di cui all’art. 2527 c.c., poiché lo strumento atipico offriva nella fattispecie una tutela di maggiore ampiezza ed efficacia.

⁴¹ Così ARIETA, *op.cit.*, 84.

⁴² In dottrina v. TOMMASEO, *I provvedimenti d’urgenza*, cit., 184; DITTRICH, *op. cit.*, 264; PROTO PISANI, *Provvedimenti d’urgenza*, cit., 6; VULLO, *I provvedimenti*, cit., 1263; PANZAROLA, *op.cit.*, 896 ss.

In giurisprudenza v. Trib. Cagliari, 19 giugno 1992, in *Riv.giur.sarda*, 1994, 66; Trib. Torino, 18 maggio 1988, in *Giust.civ.*, 1989, I, 710; Pret. Verona, 18 novembre 1987, in *Giur.it.*, 1989, I, 2, 802; Pret. Olbia, 14 maggio 1987, in *Riv.giur.sarda*, 1988, 747; Pret.

Parimenti, è unanimemente escluso il ricorso al provvedimento d'urgenza al fine di sospendere o modificare l'esecutività di altri provvedimenti giurisdizionali⁴³, nonché allo scopo di rimediare al pregiudizio eventualmente derivante dall'esecuzione di un provvedimento di merito⁴⁴; la giurisprudenza ha, tuttavia, ritenuto ammissibile il ricorso al provvedimento d'urgenza da parte del terzo titolare del diritto sulla cosa oggetto della misura cautelare, che non aveva assunto la veste di parte nel procedimento cautelare e che assumeva di essere gravemente ed irreparabilmente minacciato dal provvedimento reso *inter alios*⁴⁵.

Dubbia, per contro, è l'ammissibilità della tutela urgente in relazione al soggetto titolare del diritto cautelando. Ci si è chiesti, cioè, se il soggetto

Milano, 19 agosto 1987, in *Foro it.*, 1987, I, 2526; *contra*, in passato, Pret. Trieste, 13 dicembre 1979, *ivi*, 1980, I, 848.

⁴³ Nel senso del testo v., tra gli altri, CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele*, Padova, 2003, 300; DITTRICH, *op. cit.*, 269; PROTO PISANI, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., 5; TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 184; ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 93; MONTESANO, *I provvedimenti*, cit., 44; VULLO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 1260; CARPI, *Inammissibilità del provvedimento d'urgenza sospensivo di sequestro e considerazioni sul potere di revoca*, in *Giur. it.*, 1969, I, 2, 411, in nota a Trib. Firenze, 1 giugno 1968; ID., *Sospensione dell'esecuzione – I. Diritto processuale civile*, in *Enc.Giur.*, XXXIX, Roma, 1993, 9; PANZAROLA, *op.loc.cit.* In senso contrario, si veda l'isolata opinione di SIGNORINO, *Revoca del sequestro e applicabilità dei provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.* in *Giur. merito*, 1972, IV, 47. Per una tesi intermedia, v. BALBI, *op.cit.*, 95.

In giurisprudenza si veda Cass., 11 giugno 1990, n. 5670, in *Foro It.*, 1991, I, 528; Trib. Verona, 5 luglio 2010, in *Guida al diritto*, 2010, 49, 24; Trib. Bari, 3 agosto 2006, in *Giur.Merito*, 2007, 359; Trib. Bari, 10 ottobre 2004, in *giurisprudenzabarese.it*, 2004; Pret. Roma, 13 dicembre 1988, in *Giust.Civ.*, 1989, I, 1001; Trib. Lucca, 1 marzo 1988, *ibidem*, I, 990, con nota di MONTANA, *Alcune considerazioni sull'art. 700 c.p.c.*; Pret. Taranto, 27 dicembre 1983, in *Giur.it.*, 1984, I, 2, 595.

In senso contrario al testo v. Pret. Parma, 19 marzo 1999, *ivi*, 2000, 304, con nota di FALCIANO; Trib. Cagliari, 19 giugno 1992, in *Rep.Giur.It.*, 1994, voce "Provvedimenti cautelari", 92-93; Pret. Olbia, 3 marzo 1987, *ivi*, 1989, voce "Provvedimenti di urgenza", 40-50; Pret. Milano, 19 agosto 1986, in *Foro It.*, 1987, I, 2526 Trib. Milano, 21 gennaio 1980, in *Orient.giur.lav.*, 1980, 990 ed in *Giust. Civ.*, 1980, I, 1418, con nota di FINOCCHIARO, *Provvedimento d'urgenza a tutela del datore di lavoro soccombente, in primo grado, in una controversia di lavoro*; Pret. Trieste, 13 dicembre 1979, (decr.), in *Foro It.*, 1980, I, 848.

⁴⁴ Cfr. ARIETA, *op.cit.*, 93, spec. nota 46; MONTESANO, *op.ult.cit.*, 46; TRISORIO LIUZZI, *Revocabilità del sequestro e provvedimento d'urgenza*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 222; PANZAROLA, *op.cit.*, 898, osserva come, se fosse consentito adottare provvedimenti urgenti, si finirebbe per introdurre un rimedio sindacatorio (*extra ordinem*) su ogni provvedimento giurisdizionale, capace di alterare l'ordinata distribuzione delle competenze.

⁴⁵ In tal senso v. Trib. Terni, 12 maggio 2003, in *Giur. Merito*, 2004, I, 1663, con nota di ASPRELLA, *Osservazioni in itinere sui profili di compatibilità della tutela urgente con le misure rimediali tipiche*; Pret. Parma, 19 marzo 1999, cit.; Pret. Brescia, 26 marzo 1979, in *Foro it.*, 1980, I, 2939 e in *Giur. merito*, 1981, 364, con nota critica di BIANCO.

che non sia legittimato, per espressa previsione normativa, ad ottenere una misura cautelare tipica, possa invocare la tutela innominata al fine di integrare la disciplina del procedimento cautelare nominato⁴⁶.

Parimenti controversa è l'ammissibilità del provvedimento d'urgenza *ante causam* in presenza dei presupposti per l'emissione di misure cautelari tipiche che, tuttavia, possano essere concesse solo in pendenza della causa di merito. L'argomento è strettamente correlato al tema oggetto della presente indagine, atteso che, nel novero dei provvedimenti tipici ammissibili solo in corso di causa, sono ricomprese diverse misure, cautelari e non, previste in materia di diritto familiare (ad esempio, l'assegno in via provvisoria di somme a titolo di alimenti *ex art.* 446 c.c., oppure l'ordinanza presidenziale *ex artt.* 708 c.p.c. e 4 L. 898/1970 nei giudizi di separazione e divorzio⁴⁷).

Sul punto, dottrina e giurisprudenza⁴⁸, non senza alcune esitazioni⁴⁹, hanno, in linea di principio, ammesso la tutela cautelare d'urgenza,

⁴⁶ La questione si è posta soprattutto con riferimento al rapporto tra provvedimento d'urgenza e provvedimenti di nuova opera e danno temuto, che possono essere richiesti solo dal proprietario, dal titolare di altro diritto reale di godimento o dal possessore, non già dal detentore. Sul punto v. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 183 ss.; DITTRICH, *op.cit.*, 264.

⁴⁷ L'argomento verrà affrontato compiutamente nei successivi capitoli 2 e 3.

⁴⁸ Ammettono, in generale, la tutela d'urgenza in presenza di strumenti cautelari tipici che, per espressa previsione normativa, possano essere emessi solo in corso di causa, ARIETA, *op.cit.*, 83; TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 187; CONTE, *Dei provvedimenti d'urgenza*, cit., 812. La questione è stata largamente affrontata con riferimento alla sospensione della delibera assembleare *ex art.* 2378 c.c.; sul punto, v. l'ampia ricognizione di COREA, *Note in tema di tutela impugnatoria e tutela cautelare ante causam (a proposito degli artt. 2378 c.c. e 700 c.p.c.)*, in *Giusto Proc. Civ.*, 2008, 527 ss. e FERRI, *I procedimenti cautelari ed urgenti in materia di società commerciali*, in *Riv.trim.dir.e proc.civ.*, 1995, 111 ss.

In giurisprudenza, a favore dell'ammissibilità di un provvedimento urgente per sospendere una deliberazione assembleare prima dell'inizio della causa v. Trib. Milano, 20 gennaio 1998, in *Giur.It.*, 1998, 1433; in senso contrario v., tuttavia, la giurisprudenza prevalente: Trib. S.M.Capua Vetere, 16 marzo 2004, in *Giur.merito*, 2004, 1949; Id., 20 dicembre 2002, in *Giur. napoletana*, 2003, 115; Trib. Roma, 19 dicembre 2001, in *Giur. romana*, 2002, 304; Trib. Firenze, 9 maggio 2002, in *Foro toscano*, 2002, 111; Trib. Roma, 12 marzo 2001, in *Foro It.*, 2001, I, 1371; Trib. Catania, 23 marzo 1995, in *Giur.merito*, 1995, I, 2271; Trib. Reggio Calabria, 9 maggio 1994, in *Foro it.*, 1994, I, 2524

Ha ritenuto ammissibile la tutela cautelare d'urgenza con riferimento alla c.d. "provvisoria assicurativa" di cui all'art. 24 L. 990/1969, Trib. Foggia, 15 giugno 2001, in *Giur. merito*, 2003, 921; conf., Trib. Verona, 1 agosto 1996, *ivi*, 1997, 4.

⁴⁹ Ci si riferisce, in particolare, all'opinione di PROTO PISANI, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., 5; DITTRICH, *op.cit.*, 261, sottolinea che, in caso di adesione alla tesi dell'ammissibilità del provvedimento d'urgenza, il requisito del *periculum in mora* dovrà essere vagliato anche con riferimento alla effettiva inidoneità del provvedimento tipico ad evitare il pregiudizio paventato dal ricorrente, con una valutazione in concreto della

muovendo dalla funzione di chiusura del sistema svolta dall'art. 700 c.p.c. e dal rilievo secondo cui, in tali ipotesi, lo strumento cautelare atipico costituisce l'unico mezzo, idoneo a preservare il diritto minacciato, che possa essere utilizzato immediatamente dalla parte.

Si è correttamente rilevato che la residualità del provvedimento d'urgenza si presta ad essere intesa quale "*idoneità a colmare il vuoto di tutela urgente per il tempo anteriore alla pendenza del processo di merito*", non senza precisare, tuttavia, che sarà onere del richiedente fornire elementi dai quali si possa desumere l'impossibilità di attendere l'instaurazione del giudizio di merito; diversamente, la funzione di chiusura della misura atipica "*sarebbe surrettiziamente usata per erodere la applicazione dei rimedi tipici, con le condizioni legislative che ne limitano l'utilizzo*"⁵⁰.

Delineato brevemente il rapporto tra tutela d'urgenza e figure cautelari tipiche, ben più complesso appare il tema dei rapporti tra la cautela d'urgenza e le misure sommarie non cautelari⁵¹. La *vexata quaestio*, da tempo affrontata e variamente risolta in dottrina e giurisprudenza, appare tutt'altro che superata, posto che tuttora, a distanza di oltre settant'anni dall'introduzione dello strumento cautelare, ancora si

compatibilità dello strumento della tutela urgente *ante causam* con la struttura del provvedimento cautelare tipico.

⁵⁰ Così PANZAROLA, *op.cit.*, 888.

⁵¹ Sulla distinzione tra provvedimenti cautelari e procedimenti sommari non cautelari si rinvia a PROTO PISANI, *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Foro it.*, 1973, V, 205; cfr. altresì MONTESANO, *Luci ed ombre in leggi e proposte di "tutele e differenziate" nei processi civili*, in *Riv.dir.proc.*, 1979, 592 ss.; v. inoltre OLIVIERI, *Riforma del procedimento cautelare, reclamabilità dell'inibitoria e opposizione all'esecuzione*, in *Giusto Proc. Civ.*, 2007, 23 ss., per il quale la distinzione fra provvedimenti sommari cautelari e non cautelari è divenuta oggi estremamente sottile, a seguito dell'attenuazione del vincolo di strumentalità dei provvedimenti cautelari rispetto al giudizio di merito; conf. D'AMICO, *Novità in tema di tutela cautelare alla luce dell'esperienza francese dei référés – Parte terza*, in *Giusto Proc.Civ.*, 2008, 555 ss., in part. 574, per il quale, da un punto di vista strutturale, vi è ormai una quasi perfetta sovrapposibilità fra la tutela sommaria cautelare e non cautelare, tanto da far pensare che il legislatore abbia creato un sistema alternativo di tutela funzionalmente orientato verso un provvedimento (titolo?) esecutivo; v. altresì CIPRIANI, *Il procedimento cautelare tra efficienza e garanzie*, *ivi*, 2006, 7 ss., in part. 26, secondo cui i provvedimenti cautelari anticipatori, una volta privati della caratteristica della strumentalità e resi sostanzialmente autonomi rispetto al giudizio di merito, finiscono con l'essere cautelari per modo di dire, tanto da indurci ad affermare che ormai la tutela cautelare anticipatoria si è trasformata in tutela sommaria non definitiva, ma, ancorché non suscettibile di essere invocata in altri processi o di sfociare nel giudicato, potenzialmente permanente.

discute dell'argomento e si rinvengono opinioni e decisioni giurisprudenziali tra loro contrastanti.

Si è osservato che, nelle ipotesi di cui sopra, non sarebbe ravvisabile una condizione di accoglimento del ricorso ex art. 700 c.p.c., ovvero l'irreparabilità del pregiudizio, atteso che, in presenza di specifici mezzi apprestati dall'ordinamento per porre rimedio al denunciato pericolo, verrebbe a mancare l'interesse ad azionare lo strumento di cautela atipica⁵².

A tali asserzioni si è obiettato⁵³ che “è l'asserita esistenza del pregiudizio che fa nascere, del tutto autonomamente, l'interesse a ricorrere al giudice della cautela atipica azionando una procedura in tutto diversa da quella sommaria tout court e che richiede presupposti senz'altro più rigorosi”.

Si è altresì prospettata la distinzione tra tutela sommaria facoltativa⁵⁴ o necessaria⁵⁵, negando il rimedio cautelare atipico nella prima ipotesi ed ammettendolo nel secondo caso⁵⁶.

La conclusione cui è pervenuta la dottrina prevalente è stata quella di valutare caso per caso l'idoneità del provvedimento sommario ad evitare il *periculum* dedotto dal ricorrente⁵⁷. In particolare, si è affermato che, quando il giudice si trovi di fronte ad un potenziale conflitto tra tutela d'urgenza e forme tipiche di tutela provvisoria, dovrà seguire il criterio del risultato, e cioè “escludere o ammettere la tutela urgente solo considerando gli effetti che provvisoriamente vuole si producano nel

⁵² In questi termini v. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 195.

⁵³ In tal senso v. ARIETA, *op.cit.*, 86.

⁵⁴ Ci si riferisce ai procedimenti di convalida di sfratto, al monitorio ed al nuovo procedimento sommario di cognizione ex artt. 702 *bis* ss.

⁵⁵ Sono riconducibili ai procedimenti sommari “necessari”: la prima fase del procedimento di repressione della condotta antisindacale di cui all'art. 28 St. lav. ed altri procedimenti in materia di lavoro (ad esempio, il procedimento in tema di licenziamenti introdotto dalla c.d. Legge Fornero di cui alla L. 28 giugno 2012, n. 92), nonché, per ciò che qui interessa, il procedimento di cui al nuovo art. 316 *bis* c.c. (che riproduce il vecchio art. 148 c.c.).

⁵⁶ In questo senso v. LUISO, *Diritto*, IV, cit., 279-280, per il quale, nel caso di procedimenti sommari di tipo facoltativo, non vi è margine per una tutela cautelare specifica, perché essi hanno la finalità di evitare il processo ordinario in quanto si presume che la controparte non si opponga, ma possono sempre convertirsi in un processo ordinario; per contro, nei procedimenti sommari c.d. necessari, si prende atto della possibile esistenza di situazione di urgenza tali che anche lo svolgimento di un processo sommario risulterebbe troppo dilatato nei tempi.

⁵⁷ V. DITTRICH, *op.cit.*,

*rapporto litigioso tra le parti, dovendo scartare le soluzioni basate sulla natura dei provvedimenti che potrebbero compromettere l'effettività della tutela giurisdizionale nelle singole fattispecie*⁵⁸.

5. Rilievi conclusivi.

La breve indagine sin qui svolta consente, da un lato, di formulare taluni rilievi conclusivi sull'ambito applicativo del provvedimento d'urgenza e, dall'altro, di tracciare le linee guida per l'ulteriore svolgimento dell'indagine.

Come accennato *supra*, la formula contenuta nell'art. 700 c.p.c. "fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo", fondante la regola della sussidiarietà del provvedimento d'urgenza, non è idonea *ex se* ad escludere aprioristicamente l'ammissibilità della cautela innominata in caso di fattispecie già presidiate da provvedimenti cautelari tipici o da provvedimenti sommari non cautelari.

Da un lato, infatti, l'attribuzione di un'ampia portata al concetto di "sussidiarietà" enunciato nell'art. 700 c.p.c., si impone come limite all'applicazione del provvedimento d'urgenza ogniqualvolta esista già una misura tipica, cautelare o sommaria non cautelare, idonea a rimuovere il *periculum* dedotto; dall'altro, non sarà sufficiente attribuire natura cautelare al provvedimento tipico previsto in materia familiare per escludere l'applicazione del provvedimento d'urgenza, ove il *periculum* paventato non sia comunque neutralizzato dalla misura tipica.

In conclusione, se il concetto di "residualità" della tutela innominata sembra conferirle un ambito di applicazione estremamente esiguo e marginale, in realtà la "copertura costituzionale" ormai garantita alla tutela cautelare atipica ai fini dell'effettività della tutela giurisdizionale⁵⁹

⁵⁸ Così BALBI, *op.cit.*, 113.

⁵⁹ Sulla copertura costituzionale della tutela cautelare atipica al fine dell'effettività della tutela giurisdizionale v. PROTO PISANI, *Chiovenda e la tutela cautelare*, *Riv.dir.proc.*, 1988, 16 ss., in part. 33; ID., *Provvedimenti d'urgenza*, cit., 2, che richiama la sentenza della Corte Costituzionale, 28 giugno 1985, n. 190 (si legga in *Foro It.*, 1985, I, 1881, con nota adesiva dello stesso PROTO PISANI, *Rilevanza costituzionale del principio secondo cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione* e in *Giur.It.*, 1985, I, 1, 1297, con nota di NIGRO, *L'art. 700 conquista anche il processo amministrativo*); ID., *Introduzione sulla atipicità dell'azione e la strumentalità del processo*, in *Foro It.*, 2012, V, 1 ss.; conf. VULLO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit.; CONTE, *Tutela d'urgenza tra diritto di difesa*, cit., 213.

finisce per attribuirle “una funzione qualitativamente e quantitativamente impensata ed impensabile”⁶⁰.

Come si è giustamente osservato, infatti, la tutela cautelare atipica, anche a seguito della nota sentenza della Corte Costituzionale n. 190 del 1985 che le ha assegnato valenza costituzionale, rappresenta ormai un “minimum, che nessun legislatore ordinario potrà pretermettere, pena l’entrata in crisi dei più elementari principi cardine di ogni moderno sistema processuale”⁶¹.

A ciò si aggiunga che il provvedimento ex art. 700 c.p.c. ha assunto nel tempo una rilevanza ed un’applicazione sempre più vasta ed è destinato ad espandere ulteriormente il proprio ambito applicativo a seguito dell’attenuazione del vincolo di strumentalità con il giudizio di merito operato, dapprima con il D.lgs. 5/2003 in materia societaria⁶² e, successivamente, con la riforma del 2005, che ha esteso la c.d. “strumentalità attenuata” a tutti i provvedimenti d’urgenza.

In particolare, nella materia che ci occupa, scartata ogni aprioristica esclusione della tutela atipica fondata sull’espressione “in via ordinaria” e sull’esistenza di forme speciali di tutela dei diritti, occorre valutare se l’ampia gamma di situazioni sostanziali, alcune delle quali tutelate finanche da norme costituzionali, sia sufficientemente garantita dai menzionati procedimenti speciali e dai provvedimenti ivi contemplati, in un’ottica di effettività della tutela giurisdizionale. Soltanto ove l’ordinamento appresti già un efficace rimedio tipico, che consenta di

⁶⁰ Così, PROTO PISANI, *Provvedimenti d’urgenza*, cit., 4; cfr., tuttavia, BALBI, *op.cit.*, 81, per il quale, invece, il legislatore del 1942 era consapevole delle potenzialità del nuovo istituto e, proprio per evitare che la tutela d’urgenza sfociasse in una sorta di giurisdizione alternativa alla tutela dichiarativa del diritto, ha cercato di porre limiti a tale potenzialità, tipizzando l’urgenza nel pregiudizio imminente ed irreparabile.

⁶¹ In questi termini, v. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela cautelare nel processo civile*, in *Riv.dir.civ.*, 1987, I, 115; ID., *Due note in tema di tutela cautelare*, in *Foro It.*, 1983, V, 147; conf. CIPRIANI, *Il procedimento cautelare tra efficienza e garanzie*, cit., 8.

⁶² Sull’attenuazione del vincolo di strumentalità in ambito societario v. SALETTI, *Commento agli artt. 23 e 24 d.lgs. 17-1-2003 n. 5*, in AA.VV., *La riforma delle società. Il processo*, a cura di SASSANI, Torino, 2003, 222; TISCINI, *I nova del procedimento cautelare societario: la cosiddetta strumentalità attenuata e il cosiddetto giudizio abbreviato*, in *Giur. It.*, 2004, 2209 ss.; ROMANO, *Riflessioni sui provvedimenti cautelari nel nuovo processo societario*, in *Riv.Dir.Proc.*, 2004, 1173 ss.

ottenere effetti analoghi a quelli della tutela d'urgenza⁶³, si potrà escludere il ricorso al provvedimento cautelare atipico.

Si tratta, dunque, di verificare, caso per caso, se la disciplina del singolo provvedimento – cautelare o sommario – sia idonea a garantire sufficiente spazio di tutela o se, per contro, sia necessario ricorrere allo strumento cautelare innominato, evitando ogni preconcepita esclusione in virtù di un'astratta regola di sussidiarietà sottesa al provvedimento d'urgenza.

In questa indagine non possono, tuttavia, trascurarsi le rilevanti ricadute sistematiche conseguenti all'ammissibilità del provvedimento *ex art. 700 c.p.c. in subiecta materia*, giacché la scelta in favore della misura atipica può comportare, non solo eventuali interferenze tra le diverse misure, ma soprattutto evidenti difficoltà di coordinamento tra i diversi mezzi di riesame, ove previsti.

Nel passare in rassegna i singoli provvedimenti speciali occorre, pertanto, aver consapevolezza delle delicate questioni che l'adesione alla tesi più estensiva necessariamente involge, di talché, una volta ammessa la tutela cautelare atipica, resta da affrontare il problema del coordinamento con il regime dei provvedimenti sommari tipici e con i differenti rimedi previsti *ex lege*.

⁶³ In tal senso si veda ancora BALBI, *op.cit.*, 96.

CAPITOLO 2

TUTELA CAUTELARE ATIPICA ANTE CAUSAM E CRISI CONIUGALE

1.Premessa. 2. I diversi strumenti a tutela dei crediti di mantenimento. 3. Il sequestro ex art. 146, terzo comma c.c.: natura e finalità dell'istituto. 3.1. Ammissibilità della tutela cautelare atipica. 4. Provvedimento ex art. 316 *bis*, secondo comma c.c.: finalità ed ambito di applicazione dell'istituto. 4.1. Natura del decreto di cui all'art. 316 *bis*, secondo comma c.c. 4.2. Ammissibilità del provvedimento d'urgenza a tutela del diritto al mantenimento del coniuge debole (e della prole). 5. L'assegno alimentare provvisorio di cui all'art. 446 c.c. 6. Brevi cenni alle nuove procedure in materia di separazione e divorzio introdotte dal d.l. 132/2014 (conv. in l. 162/2014). Limiti all'ammissibilità della tutela cautelare atipica. 7. Considerazioni conclusive.

1. Premessa.

L'esigenza di garantire alle parti un rimedio, celere ed efficace, in grado di rimuovere tutti i *pericula* nascenti dalla crisi coniugale appare ancor più stringente *prima* dell'instaurazione di un procedimento di separazione o di divorzio "diretto" (derivante, cioè, da cause diverse da una pregressa separazione), ossia nei primi momenti di nascita della crisi familiare, che sono quelli connotati da una maggiore conflittualità tra i coniugi.

Come ognuno comprende, infatti, l'introduzione del giudizio di separazione non segna l'inizio della crisi coniugale, che può avere origini anche risalenti nel tempo e che sovente rappresenta soltanto il culmine del conflitto familiare, sorto anche anni prima.

E' proprio in questa fase – quella, cioè, che va dalla nascita della crisi coniugale al momento in cui uno dei coniugi o entrambi depositano il ricorso per la separazione personale – che si manifesta, in modo ancor più incisivo, il bisogno di tutela delle parti e che si rende necessario l'intervento urgente del giudice al fine, se non di risolvere il conflitto, quantomeno di indebolirne le potenzialità e ridurre gli effetti negativi.

A tale scopo il legislatore, nella piena consapevolezza della delicatezza degli interessi in gioco e della rilevanza anche costituzionale delle situazioni sostanziali coinvolte, ha previsto una vasta gamma di misure sommarie (cautelari e non), attivabili prima dell'introduzione del procedimento di separazione.

Il presente studio sarà limitato ai provvedimenti volti ad assicurare l'adempimento degli obblighi familiari a contenuto patrimoniale, obblighi che trovano la loro fonte normativa negli artt. 143, 3° comma e 147 c.c. e che sono posti a tutela della prole e del coniuge ritenuto "più debole". Gli obblighi di natura alimentare, tipici dei rapporti di famiglia, sono infatti destinati al soddisfacimento delle più essenziali esigenze vitali, di talché il legislatore ha inteso predisporre tutta una serie di istituti proprio a beneficio del creditore alimentare.

L'esame sarà dunque limitato ai procedimenti volti ad assicurare una tutela patrimoniale provvisoria alla prole ed al coniuge privo di adeguati mezzi propri. La prima parte della presente indagine si prefigge l'esame, sia pur sintetico e per sommi capi, delle varie misure sommarie previste normativamente e delle singole esigenze cautelari che possano profilarsi a seguito della nascita del conflitto coniugale, al solo scopo di verificare se il quadro delineato dal legislatore sia in grado di offrire ai coniugi rimedi giudiziari rapidi ed efficaci idonei a neutralizzare qualunque *periculum* o se, per contro, vi siano "zone franche"⁶⁴ che rendano necessario il ricorso alla tutela cautelare atipica.

Nel raffronto tra le singole misure sommarie (cautelari e non) e lo strumento cautelare innominato si dovrà necessariamente tener conto della diffusione sempre maggiore delle "famiglie di fatto" e dell'eventuale applicabilità dell'art. 700 c.p.c. a queste ultime, allo scopo di colmare quel vuoto normativo dettato da una proliferazione di leggi non sempre coordinate tra loro e talvolta non al passo con il profondo mutamento sociale in atto.

Invero, negli ultimi anni la nozione di famiglia, per effetto di un profondo mutamento sociale ed economico, ha subito una lenta e radicale trasformazione, non sempre accompagnata da una pari evoluzione sotto il profilo giuridico. Dalla famiglia indissolubilmente legata dal matrimonio (civile o concordatario) si è passati ad una famiglia di fatto fondata sulla convivenza "*more uxorio*", priva di una vera e propria regolamentazione giuridica e connotata talvolta da esigenze di tutela ancor più significative

⁶⁴ Così vengono definite da CEA, *Crisi del matrimonio e tutela sommaria*, in *Giusto Proc.Civ.*, 2011, 1175.

ed urgenti. La presente trattazione non potrà, dunque, prescindere da questa nuova concezione della dimensione familiare e dalle difficili implicazioni – affettive, economiche e giuridiche - che essa necessariamente involge⁶⁵.

2. I diversi strumenti a tutela dei crediti di mantenimento.

Prima di entrare nel vivo dell'indagine che ci si è prefissati, pare doveroso fornire un quadro generale dei molteplici strumenti di "tutela privilegiata"⁶⁶ dei crediti di mantenimento, alcuni dei quali esistenti sin dalla riforma del diritto di famiglia del 1975 ed altri di più recente introduzione.

Accanto agli strumenti tradizionali di tutela esecutiva, infatti, il nostro sistema prevede una serie di istituti miranti a garantire una sorta di tutela privilegiata ai crediti di mantenimento, e ciò in ragione del ruolo primario di tali crediti nell'ambito dei rapporti patrimoniali familiari e della natura costituzionale del bene protetto dall'ordinamento (il diritto al mantenimento).

Gli strumenti "tradizionali" possono così sinteticamente raggrupparsi:

- 1) provvedimenti adottabili in costanza di matrimonio, prima o comunque al di fuori del procedimento di separazione dei coniugi (sequestro ex art. 146, terzo comma c.c., decreto di condanna di cui al vecchio art. 148, secondo comma c.c. ed ora art. 316 *bis* c.c., assegno provvisorio ex art. 446 c.c.);
- 2) provvedimenti emanabili in regime di separazione legale dei coniugi (ordine di pagamento diretto e sequestro dei beni del coniuge ex art. 156, sesto comma c.c.⁶⁷);

⁶⁵ Dell'eventuale applicabilità dell'art. 700 c.p.c. anche a tutela della famiglia di fatto ci si occuperà nel successivo capitolo.

⁶⁶ Così suole definirli la dottrina prevalente; v. specialmente CARPI, *Doveri coniugali patrimoniali e strumenti processuali nel nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1978, 213; più di recente, v. DE SANTIS, *Profili attuali delle tutele speciali dei crediti di mantenimento*, in *Giusto Proc.*, 2013, 55. Per un'ampia rassegna dei diversi mezzi di tutela cfr. OBERTO, *I rimedi all'inadempimento degli obblighi di mantenimento nell'ambito della crisi della famiglia*, in *Fam. Dir.*, 2008, 77.

⁶⁷ Sull'argomento si rinvia all'accurata disamina di WIDMANN, *In tema di sequestro ex art. 156, 6° comma, c.c.*, in *Giusto Proc.*, 2013, 903 ss.

3) provvedimenti contenuti nella sentenza di divorzio (ordine di pagamento diretto e sequestro dei beni di cui all'art. 8 l. 898/1970).

Il quadro testé delineato è stato sovente tacciato di disorganicità, a causa dell'assenza di una figura generale di sequestro e di una di distrazione dei redditi, applicabile indistintamente all'inadempimento degli obblighi di mantenimento⁶⁸.

La recente l. 219/2012, all'art. 3, nel (vano) tentativo di dare una sistemazione organica alla materia e, soprattutto, allo scopo di estendere *apertis verbis* anche ai figli nati fuori dal matrimonio gli strumenti a tutela dei crediti di mantenimento, ha plasmato un nuovo istituto, sulla falsariga del sequestro previsto dall'art. 8 l. div., "*per assicurare che siano conservate o soddisfatte le ragioni del creditore in ordine all'adempimento degli obblighi di cui al periodo precedente*" ossia degli obblighi "*patrimoniali in materia di alimenti e mantenimento della prole*".

Nel presente capitolo ci si occuperà brevemente degli strumenti di tutela privilegiata dei crediti di mantenimento previsti *ante causam*, prima cioè dell'instaurazione di un procedimento di separazione o divorzio; e ciò al solo e designato scopo di verificare se il quadro sinottico sopra tracciato sia in grado di tutelare le esigenze di cautela sottese ai singoli istituti o se, per contro, vi sia un *vulnus* al principio di effettività della tutela giurisdizionale tale da legittimare il ricorso alla tutela cautelare atipica.

3. Il sequestro ex art. 146, terzo comma c.c.: natura e finalità dell'istituto.

Nella suaccennata prospettiva, il primo strumento processuale che il legislatore ha coniato a tutela dell'adempimento dei doveri coniugali di natura patrimoniale è rappresentato dal sequestro ex art. 146, terzo comma c.c.⁶⁹; uno strumento, per vero, scarsamente utilizzato nella

⁶⁸ Per tali rilievi v. GRAZIOSI, *L'esecuzione forzata dei provvedimenti del giudice in materia di famiglia*, in *Dir. Fam.*, 2008, 880; conf. DE SANTIS, *op.ult.cit.*, 57.

⁶⁹ Su tale figura speciale di sequestro e sul raffronto con l'omologo istituto previsto dall'art. 133 del codice civile del 1865, si vedano specialmente le opere di ATTARDI, *Aspetti processuali del nuovo diritto di famiglia, Appendice al Commentario alla*

prassi, soprattutto in ragione del fatto che il presupposto sotteso alla fattispecie è rappresentato dall'allontanamento ingiustificato di un coniuge dalla residenza familiare: poiché la proposizione della domanda di separazione personale integra una "giusta causa" di allontanamento, ne deriva che l'ambito temporale di applicazione dell'istituto è estremamente esiguo, essendo circoscritto al periodo che intercorre tra l'allontanamento del coniuge e la proposizione del ricorso per separazione coniugale.

La disposizione in esame prevede, all'ultimo comma, che il giudice, valutate le circostanze, possa ordinare il sequestro dei beni del coniuge allontanatosi, nella misura idonea a garantire l'obbligo generico di contribuzione ai bisogni della famiglia, nonché l'obbligo specifico di mantenimento, istruzione ed educazione dei figli.

Se pacifica è la finalità dell'istituto – garantire l'adempimento degli obblighi contributivi della famiglia e, in special modo, dei doveri economici nei confronti dei figli – controversa è tuttavia la natura del sequestro ivi contemplato.

La dottrina maggioritaria annovera l'istituto nell'alveo delle misure cautelari⁷⁰, facendo leva sulla lettera della norma, che fa espresso

riforma del diritto di famiglia, Padova, 1977, I, 2, 972 ss.; CARPI, *Doveri coniugali patrimoniali e strumenti processuali nel nuovo diritto di famiglia*, cit., 207 ss.; ACONE, *La tutela dei crediti di mantenimento*, Napoli, 1985, spec. 16 ss., ed ivi per ulteriori riferimenti bibliografici.

Sulla natura del sequestro ex art. 133 del codice previgente, v. altresì le fondamentali opere di CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, 37, e CHIOVENDA, *Principii di dir. proc. civ.*, Napoli, rist. 1965, 229.

⁷⁰ Attribuiscono natura cautelare *tout court* al sequestro ex art. 146, terzo comma c.c.: IACOBONI, *I provvedimenti cautelari in materia di famiglia, di stato e di capacità delle persone, I procedimenti cautelari*, diretto da CARRATTA, cit., 1243 ss., in part. 1304; ACONE, *La tutela dei crediti di mantenimento*, cit., 20; PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi – Artt. 143 – 148*, in *Il Codice Civile Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 1990, 252; CIVININI, *Provvedimenti cautelari e rapporti patrimoniali tra coniugi in crisi*, cit., 383; CARPI, *Doveri coniugali patrimoniali e strumenti processuali nel nuovo diritto di famiglia*, cit., 215; GRAZIOSI, *L'esecuzione forzata dei provvedimenti del giudice in materia di famiglia*, cit.; CEA, *Crisi del matrimonio e tutela sommaria*, cit., 1181; ID., *Due sequestri speciali e il reclamo cautelare*, in *Foro It.*, 2001, I, 2054; MALAGU', *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, cit., 157. *Contra*, PADALINO, *Strumenti di tutela del credito di mantenimento dei figli e del coniuge*, in PADALINO – PRICOCO - SPINA, *La tutela sommaria e camerale nel diritto di famiglia e nel diritto minorile*, Torino, 2007, 25, per il quale si tratterebbe di una misura sommaria non cautelare; per l'A., tale misura coercitiva non avrebbe un'efficacia connessa all'esito di un giudizio di merito (che non avrebbe alcuna utilità), non potrebbe convertirsi in pignoramento ed avrebbe solo una funzione "coercitiva e sanzionatoria".

riferimento alla garanzia dell'adempimento degli obblighi coniugali patrimoniali, nonché sul rapporto di strumentalità che lega il provvedimento di cui all'art. 146, comma 3 c.c. con il futuro giudizio di merito avente ad oggetto il dovere di mantenimento gravante sul coniuge allontanatosi dal tetto coniugale.

Si tratterebbe di una figura speciale di sequestro, riconducibile all'archetipo del sequestro conservativo ex art. 671 c.p.c., dal quale si distinguerebbe per aver il legislatore tipizzato il *periculum in mora*, collegato all'allontanamento ingiustificato del coniuge dalla residenza familiare.

Senonché, in una delle rare pronunce edite, la Suprema Corte ha ravvisato nello strumento *de quo* una "funzione coercitiva e sanzionatoria"⁷¹ diretto a far cessare l'allontanamento ingiustificato, estraneo al sequestro conservativo previsto in generale dall'art. 671 c.p.c., e "*concesso esclusivamente per garantire l'adempimento degli obblighi di contribuzione previsti dagli artt. 143 e 147 c.c.*". Non un provvedimento cautelare in senso stretto, bensì una misura *sui generis*, cui far ricorso al fine di garantire l'adempimento delle obbligazioni contributive familiari e volta, altresì, a coartare la volontà del coniuge allontanatosi ingiustificatamente affinché riprenda la convivenza coniugale.

Parimenti controversa è la disciplina applicabile al provvedimento *de quo*. Dalla qualificazione dell'istituto alla stregua di un sequestro conservativo ovvero di una misura sanzionatoria non cautelare

Per una tesi intermedia si veda ATTARDI, *Aspetti processuali del nuovo diritto di famiglia*, cit., 974 ss., il quale, pur attribuendo natura cautelare al sequestro di cui all'art. 146, nega che lo stesso rivesta altresì i caratteri del sequestro conservativo, sul presupposto che, rispetto alle obbligazioni aventi ad oggetto prestazioni continuate, il sequestro conservativo sia da ammettere "solo con riguardo alle prestazioni che siano scadute al momento della pronuncia, e vi sia perciò la possibilità di una immediata esecuzione forzata". Per l'A., il sequestro dei beni del coniuge allontanatosi dalla residenza familiare sarebbe assimilabile a quello previsto dall'art. 156, sesto comma c.c., entrambi aventi come scopo quello di creare un vincolo di indisponibilità sui beni del coniuge obbligato; pare aderire a simile tesi anche MONTESANO, *Nuovi rimedi giudiziari per le famiglie in crisi*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1977, 1 ss.

⁷¹ Cass., 29 novembre 1985, n. 5948, in *Foro It.*, 1986, I, 1942; in *Nuova giur.comm.*, 1986, I, 242, con nota contraria di ZATTI. In precedenza, v. Cass., 25 ottobre 1978, n. 4842 in *Foro It.*, 1980, I, 1134, con nota di JANNARELLI, *L'allontanamento dalla residenza familiare ed i rapporti patrimoniali tra coniugi*; Id., 14 maggio 1981, n. 3166, in *Rep. Foro It.*, 1981, voce *Matrimonio*, 57.

discendono, infatti, rilevanti conseguenze anche sotto il profilo del rito mutuabile, processo cautelare uniforme nel primo caso oppure procedimento camerale nel secondo.

Ora, pur muovendo dal presupposto che nella materia che ci occupa un rigido inquadramento teorico delle misure provvisorie non appare lecito, posto che i diversi istituti hanno l'obiettivo comune di assicurare una regolamentazione della famiglia in crisi, non vi sono ostacoli, a parere di chi scrive, nel ravvisare nell'istituto in esame natura tipicamente cautelare.

Invero, sia sotto il profilo della funzione assoluta dal provvedimento – ossia quella di rendere effettivo il diritto al mantenimento del coniuge e della prole in caso di allontanamento ingiustificato dell'altro coniuge - sia dal punto di vista strutturale dell'istituto – nonostante la scarsità e lacunosità del dettato normativo – non pare si possano sollevare soverchi dubbi sulla riconducibilità del sequestro ex art. 146 c.c. ai provvedimenti cautelari.

Come noto, infatti, la dottrina processualistica delinea la nozione di “provvedimento cautelare” sotto un duplice profilo: funzionale e strutturale. Sotto il primo profilo, ciò che qualifica la misura cautelare è la sua tendenza ad assicurare l'effettività del diritto d'azione e della tutela giurisdizionale, mediante l'eliminazione del pregiudizio che può derivare dalla durata del processo alla parte che aveva ragione⁷². Sotto il profilo strutturale, invece, le misure cautelari si connotano per la sommarietà dell'accertamento, per la loro strumentalità rispetto ad un giudizio di merito, nonché per la provvisorietà ed inidoneità al giudicato.

⁷² In questi termini v. SALETTI, *L'ambito di applicazione della disciplina cautelare uniforme*, in TARZIA-SALETTI (a cura di), *Il processo cautelare*, Padova, 2011, in part. 657 (posizione, tuttavia, in parte rivista in TARZIA-SALETTI, voce “*Processo cautelare*”, in *Enc. Dir., Agg.*, V, 2001, 837 ss., in part. 839, in cui si dà atto dell'assenza di una precisa individuazione di ciò che possa definirsi provvedimento cautelare). Sulla nozione di “provvedimento cautelare” si rinvia alla trattazione classica di CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, *passim*, nonché agli scritti di PROTO PISANI, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale*, in *Foro It.*, 1991, V, 94; ID., *Problemi della c.d. tutela giurisdizionale differenziata*, in *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982; MERLINI, *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, in *Dig. Civ.*, XIV, Torino, 1996, 393 ss., in part. 427; MARTINELLI, *Alcune questioni sull'ambito di applicazione del nuovo rito cautelare uniforme*, *ivi*, 1995, V, 161; FRUS, *Le condizioni di applicabilità del nuovo procedimento cautelare uniforme previste dall'art. 669-quaterdecies c.p.c.*, in *Giur. It.*, 1992, IV, 278.

Ora, se si rifugge da una nozione eccessivamente formalistica e rigorosa di “provvedimento cautelare” e si aderisce ad una tesi più ampia, non v'è chi non veda come entrambi gli elementi distintivi sopra richiamati ricorrano nella fattispecie: l'elemento funzionale, rinvenibile nell'esigenza di garantire l'adempimento degli obblighi di contribuzione “bloccando” la disponibilità del patrimonio del coniuge obbligato; l'elemento strutturale, ravvisabile nella strumentalità del sequestro rispetto al provvedimento di merito⁷³ (teso alla determinazione di un assegno di mantenimento a carico del coniuge obbligato), di cui tende ad assicurare gli effetti e nella provvisorietà ed inidoneità al giudicato del sequestro medesimo. Un sequestro assimilabile al provvedimento generale di cui all'art. 671 c.p.c., dal quale si discosta tuttavia per la tipizzazione normativa dei presupposti, sia con riferimento al *periculum*, costituito dall'allontanamento ingiustificato del coniuge dalla residenza familiare, sia in relazione al *fumus boni iuris*, valutabile dal giudice “secondo le circostanze”⁷⁴, con un ampio margine di discrezionalità tenuto conto della complessità e delicatezza della materia.

La valutazione del *periculum* viene dunque sottratta all'accertamento del giudice per essere stata operata in astratto dal legislatore attraverso il riferimento all'allontanamento ingiustificato dalla residenza familiare. Simile allontanamento, infatti, è “evento premonitore”⁷⁵ del futuro inadempimento e, pertanto, legittima la costituzione di un vincolo cautelare sui beni del coniuge allontanatosi senza giusta causa. Accanto alla figura generale delineata nell'art. 671 c.p.c., vi è quindi un sequestro speciale accordato al coniuge che tema di perdere la garanzia del

⁷³ Cfr. PARADISO, *op.cit.*, 253.

⁷⁴ In termini analoghi v. IACOBONI, *op.loc.cit.*; sulla distinzione tra sequestro ex art. 146, terzo comma c.c. e sequestro conservativo v. ATTARDI, *Aspetti processuali del nuovo diritto di famiglia*, cit., 974, il quale opta in favore di un'identità degli istituti; *contra*, CARPI, *Doveri coniugali patrimoniali*, cit., 215, e ACONE, *op.cit.*, 53 ss., al quale si rinvia per un'ampia disamina della questione.

⁷⁵ Rileva ACONE, *op.cit.*, 44, note 56 e 57, che l'allontanamento senza giusto motivo dalla residenza familiare lascia intendere la ribellione alle regole di comportamento usuali ed induce forti perplessità sulla condotta futura; l'ingiustificato allontanamento, infatti, è considerato “evento premonitore di un futuro inadempimento e, per conseguenza, determina un più intenso bisogno di tutela”.

proprio credito alimentare in conseguenza dell'allontanamento ingiustificato dell'altro coniuge⁷⁶.

Da questi brevi cenni dovrebbe, dunque, risultare evidente la natura cautelare del sequestro in esame, non tanto per la lettera della norma, che qualifica espressamente l'istituto come "sequestro"⁷⁷ e fa riferimento alla garanzia "dell'adempimento degli obblighi previsti dagli artt. 143, terzo comma e 147", quanto per l'identità funzionale e strutturale con i provvedimenti dichiaratamente cautelari.

Ne discende, quale inevitabile corollario, l'estensione degli artt. 671 e ss. c.p.c. anche a simile istituto⁷⁸ - sia pur con i dovuti aggiustamenti dettati dalla peculiarità della materia - con esclusione dell'applicazione dell'art. 38, secondo comma disp.att.c.c.⁷⁹, che estende il rito camerale ai procedimenti in materia di affidamento e mantenimento dei minori.

Il che postula altresì l'applicazione degli artt. 669 *bis* c.p.c. e seguenti⁸⁰, ivi incluse le norme sulla necessaria instaurazione del giudizio di merito in funzione del quale è stato concesso il sequestro ed i rimedi a tutela del coniuge nei confronti del quale sia stato illegittimamente disposto il sequestro medesimo⁸¹.

⁷⁶ In senso contrario, v. tuttavia PADALINO, *op.ult.loc.cit.*, per il quale il sequestro speciale non richiederebbe la sussistenza né del *fumus boni iuris* (stante che gli obblighi di contribuzione ai bisogni della famiglia ed al mantenimento della prole discendono direttamente dalla legge), né del *periculum in mora* (tenuto conto che la norma richiede solo l'avvenuto allontanamento del coniuge dalla residenza familiare).

⁷⁷ Sottolinea la non decisività della qualifica di "sequestro", data la scarsa precisione tecnica del legislatore, CARPI, *op.loc.ult.cit.* In particolare, pare che il legislatore del diritto di famiglia non sia "particolarmente versato nella materia processuale"; così ACONE, *La tutela dei crediti di mantenimento*, cit., 8.

⁷⁸ Come riconosciuto da ACONE, *op.ult.cit.*, 45; CARPI, *Doveri coniugali patrimoniali e strumenti processuali nel nuovo diritto di famiglia*, cit., 216; PARADISO, *op.cit.*, 253.

⁷⁹ Come modificato per effetto della L. 219/2012.

⁸⁰ Osserva SALETTI, *Il processo cautelare, oggi*, in *Riv.Dir.Proc.*, 2014, 541, che l'ambito di applicazione del processo cautelare si è grandemente esteso, rispetto al momento della sua entrata in vigore e che oggi si tende ad attribuire valenza generale alle norme del processo cautelare uniforme, percepito come il modello da applicare ogni qual volta una cognizione sommaria venga in gioco.

⁸¹ Ritengono parimenti applicabile il rito cautelare uniforme: CIVININI, *Provvedimenti cautelari e rapporti patrimoniali tra coniugi in crisi*, cit., 383; GRAZIOSI, *L'esecuzione forzata dei provvedimenti del giudice in materia di famiglia*, cit., 880; CEA, *Crisi del matrimonio e tutela sommaria*, cit., 1181; MARTINELLI, *Alcune questioni sull'ambito di applicazione del nuovo rito cautelare uniforme*, in *Foro It.*, 1995, V, 161, spec. 173; CASABURI, *Le misure patrimoniali "provvisorie" (sommarie e cautelari) nella separazione, nel divorzio, nella crisi "di fatto" della famiglia*, in *Dir. Fam.*, 2003, 1066 ss.

In giurisprudenza, in senso conforme v. Trib. Genova, 14 agosto 1984.

3.1. Ammissibilità della tutela cautelare atipica.

L'aver ricondotto il sequestro in questione nell'orbita dei provvedimenti cautelari non importa *ex se* l'esclusione della tutela cautelare atipica, alla luce delle conclusioni cui si è pervenuti nel precedente capitolo⁸²; come si è visto, infatti, si registra ormai un'unanime concordia circa l'ammissibilità del provvedimento *ex art. 700 c.p.c.* anche a tutela di fattispecie già presidiate da misure cautelari tipiche. Non è, pertanto, sufficiente attribuire natura cautelare al sequestro disciplinato dall'art. 146, terzo comma c.c. per escludere *tout court* l'applicazione del provvedimento d'urgenza, laddove il *periculum* paventato non sia comunque salvaguardato dalla misura tipica.

Occorre, dunque, verificare se sia rinvenibile nelle maglie del sistema un *deficit* di tutela, che legittimi il ricorso alla misura cautelare innominata.

Ora, prima di rispondere a siffatto quesito, pare opportuno indugiare brevemente sui diversi *pericula* sottesi alle singole misure cautelari e sulla corrispondente *summa divisio* tra provvedimenti di natura conservativa e anticipatoria; simile bipartizione appare, infatti, di estrema utilità ai fini che qui rilevano, come emergerà dalle riflessioni che seguono.

Già Calamandrei, nelle note pagine della sua *Introduzione*⁸³, che rappresentano il fondamento della dottrina sulla tutela cautelare, distingueva tra misure che ovviano al *pericolo di infruttuosità* del provvedimento principale e misure che tendono a scongiurare il *pericolo di tardività* del provvedimento principale. Vi sono, infatti, provvedimenti cautelari destinati ad assolvere ad una funzione meramente conservativa onde garantire la fruttuosità del provvedimento principale, come ad esempio i sequestri, e misure cautelari idonee a fornire una tutela celere al fine di neutralizzare il *periculum* di tardività, come le misure anticipatorie.

Scriveva, infatti, l'illustre Autore: "*Tutte le volte in cui ci si trova di fronte a uno stato di fatto che, se il provvedimento principale potesse essere eseguito immediatamente, sarebbe tale da rendere praticamente*

⁸² V. capitolo 1, § 1.5.

⁸³ *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., 191 ss.

fruttuosa la sua efficacia pratica, il provvedimento cautelare mira a conservare quello stato di fatto, in attesa ed allo scopo che su di esso possa il provvedimento principale esercitare i suoi effetti (per es. il sequestro conservativo) [...] ma altre volte, quando si attende che il futuro provvedimento principale costituisca nuovi rapporti giuridici ovvero ordini misure innovative del mondo esterno, il provvedimento cautelare, per eliminare il danno che potrebbe derivare dal ritardo col quale il provvedimento principale potrà giungere a costituire tali effetti, deve tendere non già a conservare lo stato di fatto esistente, ma ad operare, in via provvisoria e anticipata, quegli effetti costitutivi e innovativi, che potrebbero diventare, se differiti, inefficaci o inattuabili..”⁸⁴.

Simile distinzione, successivamente ripresa e sviluppata dalla dottrina⁸⁵, appare ancor oggi di estrema attualità, come attestato dalla riforma introdotta dalla legge 80/2005 che, raccogliendo i suggerimenti provenienti dalla dottrina e sulla scia del processo societario, ha allentato il vincolo di strumentalità tra il provvedimento cautelare e la causa di merito. Proprio una attenta riconsiderazione delle pagine di Calamandrei aiuta a comprendere le recenti riforme legislative e la ripartizione, ad esse sottesa, tra provvedimenti cautelari (o assicurativi) di natura anticipatoria e conservativa; quella che in precedenza era una problematica di valore prettamente dogmatico, ha infatti assunto una valenza pratica di non poco rilievo proprio a seguito delle recenti riforme in materia cautelare⁸⁶.

Tornando al sequestro di cui all’art. 146, terzo comma c.c., in ipotesi di allontanamento ingiustificato di un coniuge, la finalità di preservare il patrimonio familiare ai fini dell’adempimento degli obblighi contributivi

⁸⁴ CALAMANDREI, *op.ult.cit.*, 179.

⁸⁵ Tra gli altri, v. TARZIA, *La tutela cautelare*, in TARZIA-SALETTI, *Il processo cautelare*, cit., XXVII; PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2012, 600 ss.

⁸⁶ Ci si riferisce al disposto dell’art. 669 *octies*, sesto comma c.p.c., e, segnatamente, all’inciso “agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, previsti dal codice civile o da leggi special”; rispetto a tali misure cautelari, infatti, assume rilievo la ripartizione tra misure anticipatorie (ora a strumentalità attenuata) e misure conservative (a strumentalità piena). In argomento, v. SALETTI, *Le misure cautelari a strumentalità attenuata*, in TARZIA-SALETTI (a cura di), *Il processo cautelare*, cit., 293 ss.

(*periculum* da infruttuosità) appare adeguatamente tutelata dalla misura in questione, senza dover ricorrere alla disciplina del provvedimento d'urgenza. Simile mezzo speciale di tutela assicura, infatti, la conservazione del patrimonio familiare in caso di allontanamento ingiustificato di un coniuge e quindi la fruttuosità del provvedimento principale, ai fini dell'adempimento degli obblighi di mantenimento della prole.

Per escludere l'istintiva obiezione cui si espone tale tesi, per cui la finalità di adempimento degli obblighi contributivi potrebbe sorgere anche in caso di dispersione del patrimonio familiare pur senza allontanamento di un coniuge dalla residenza familiare, è lecito replicare che in tale ipotesi soccorre la misura generale di cui all'art. 671 c.p.c.⁸⁷, di cui il sequestro in esame rappresenta una *species*. In tal caso, infatti, il coniuge che abbia timore di perdere la garanzia del proprio diritto di credito discendente dagli artt. 143, terzo comma e 147 c.c. potrà neutralizzare simile *periculum* attraverso il ricorso al sequestro conservativo ex art. 671 c.p.c, diretto a preservare il patrimonio del coniuge che si stia spogliando illegittimamente dei propri beni.

Non ci si nasconde che, in tale ipotesi, il regime probatorio cui dovrà soggiacere il coniuge ricorrente sarà più rigoroso, giacché, se nel primo caso sarà sufficiente fornire la prova dell'allontanamento di un coniuge dalla residenza familiare – circostanza questa reputata astrattamente idonea a giustificare il sequestro ex art. 146, terzo comma c.c. in quanto sintomatica di un futuro inadempimento del coniuge agli obblighi contributivi – nel secondo caso il ricorrente dovrà fornire la prova della condotta pregiudizievole tenuta dall'altro coniuge, con tutte le difficoltà cui andrà inevitabilmente incontro. Ciononostante, il ricorso al provvedimento innominato non sarebbe di alcuna utilità, postulando il medesimo regime probatorio cui soggiace il ricorso per sequestro conservativo.

⁸⁷ In questo senso v. CEA, *Crisi del matrimonio e tutela sommaria*, cit., 1182. *Contra*, in giurisprudenza, Tribunale Napoli, 10 novembre 1995, in *Fam. e dir.* 1996, 259, con nota critica di CHIZZINI, *Separazione personale e scioglimento della comunione legale*.

Nell'ipotesi in esame, infatti, l'allontanamento ingiustificato dalla residenza familiare è stato valutato dal legislatore quale evento di tale gravità e proporzione⁸⁸ da legittimare, per ciò solo, la concessione di una misura cautelare di stampo conservativo; in altri termini, solo nell'ipotesi di allontanamento, senza giusta causa, di un coniuge dall'abitazione familiare, viene accordata all'altro coniuge una tutela "privilegiata", che si affianca a quella prevista dall'art. 671 c.p.c.; in difetto di tale presupposto, riprenderà vigore la griglia procedurale più rigida sottesa alle misure cautelari generali e, segnatamente, la disciplina del sequestro conservativo.

Peraltro, laddove il tentativo di depauperamento del patrimonio familiare abbia ad oggetto la casa familiare, vi è un'altra misura cautelare invocabile in favore dei figli minorenni o maggiorenni ma non economicamente autosufficienti: il sequestro giudiziario ex art. 670 c.p.c.⁸⁹. In tal caso, infatti, può ritenersi ammissibile il sequestro giudiziario a cautela del diritto all'abitazione della casa coniugale, configurabile quale diritto derivante direttamente dagli artt. 143, secondo comma e 144, primo comma c.c.

Come noto, il sequestro giudiziario non tutela l'astratta proprietà di un bene spettante ad un singolo soggetto, bensì assicura nel tempo l'utilità pratica di un provvedimento decisorio e la fruttuosità dell'eventuale sua esecuzione coattiva consistente nella consegna o rilascio forzati di quegli stessi beni sui quali è stato posto il vincolo⁹⁰. Ai fini della concessione del sequestro giudiziario, non si richiede, come per il sequestro conservativo, che ricorra il pericolo, concreto ed attuale, di sottrazione o alterazione del bene, essendo invece sufficiente che lo

⁸⁸ ACONE, *op.cit.*, 44, osserva che, a voler esasperare l'analisi del dato positivo, si potrebbe addirittura sostenere che l'ingiustificato allontanamento dalla residenza familiare è stato equiparato allo stesso scioglimento del vincolo coniugale; l'A. aggiunge, tuttavia, che, in verità, la proposizione della domanda di separazione schiude la possibilità di richiedere ed ottenere i provvedimenti provvisori e, quindi, rende meno drammatico il bisogno di tutela urgente.

⁸⁹ In questo senso v. CEA, *op.loc.ult.cit.*, il quale osserva che, se nei giudizi di separazione e divorzio il diritto all'assegnazione della casa coniugale è finalizzato a preservare l'interesse dei figli a continuare a vivere nell'alloggio familiare, non si capisce perché la stessa tutela non debba essere riconosciuta quando la crisi della famiglia si manifesta senza sfociare nell'instaurazione di tali processi.

⁹⁰ Si veda ZUMPANO, *Sequestro conservativo e giudiziario*, in *Enc. Dir.*, XLII, 111 ss., spec. 113.

stato di fatto esistente in pendenza del giudizio comporti la mera possibilità, sia pure astratta, che si determinino situazioni tali da pregiudicare l'attuazione del diritto controverso⁹¹, ovvero una situazione di fatto diversa da quella di diritto, tale che al termine della lite la parte istante non riuscirebbe ad ottenere il vantaggio che le spetti⁹².

Ebbene, alla luce di tali considerazioni generali, deve ritenersi ammissibile il sequestro giudiziario a cautela del diritto all'abitazione della residenza familiare, laddove l'altro coniuge tenga un comportamento tale da far presagire l'infruttuosità dell'eventuale esecuzione o comunque l'insoddisfazione della propria pretesa⁹³.

Simile interpretazione ha probabilmente il difetto di forzare il testo dell'art. 670 c.p.c., che, ai fini della concessione della misura cautelare, postula l'esistenza di una controversia sulla proprietà o il possesso e sembra richiedere altresì la sussistenza di un pericolo di deterioramento del bene; tuttavia, come è stato correttamente evidenziato in dottrina⁹⁴, tale sequestro può essere concesso anche allo scopo di scongiurare il *periculum* che il bene venga alienato a terzi. Del resto, è ormai consolidata la massima secondo cui il sequestro giudiziario può essere concesso, non soltanto a presidio di un diritto reale, ma anche in ipotesi di azioni personali aventi per oggetto la restituzione della cosa da altri detenuta⁹⁵, in quanto il termine "possesso", usato dall'art. 670 c.p.c. unitamente a quello di proprietà, non va inteso in senso strettamente letterale, rientrando in esso anche la detenzione⁹⁶.

⁹¹ Cass., 12 febbraio 1982, n. 854; conf. Trib. Savona, 30 ottobre 2013.

⁹² Così Cass., 28 giugno 1969, n. 2342, in *Giust. Civ.*, 1969, I, 2020, con nota di ALVINO, *Qualche osservazione sui presupposti per la concessione del sequestro giudiziario*; conf., Trib. Bari, 6 settembre 2012.

⁹³ Sul punto v. CHIZZINI, *Separazione personale e scioglimento della comunione legale*, cit., il quale ammette in casi simili il sequestro giudiziario, aggiungendo che, laddove dovesse ritenersi erroneamente inammissibile tale misura cautelare, il rimedio configurabile sarebbe il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c., sulla scorta di quell'indirizzo che da tempo ritiene tutelabile in queste forme anche diritti di credito, allorché il *periculum in mora* non si correli alla perdita della garanzia (generica) del proprio credito, quindi alla infruttuosità della espropriazione.

⁹⁴ In questo senso v. GUARNIERI, *Il sequestro giudiziario e il sequestro liberatorio*, in TARZIA-SALETTI (a cura di), *Il processo cautelare*, cit., 76.

⁹⁵ SATTA-PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, 808 ss., ed ivi per ampi riferimenti giurisprudenziali.

⁹⁶ La giurisprudenza di legittimità ha considerevolmente dilatato i confini della tutela offerta dal sequestro giudiziario, ammettendola non solo per le azioni reali (così come sembrerebbe suggerire il tenore letterale dell'art. 670 c.p.c.) ma anche per quelle

In conclusione, può ritenersi ammissibile il sequestro giudiziario sull'abitazione familiare a tutela della prole minorenni o maggiorenne non autosufficiente, nel caso di atti pregiudizievoli posti in essere dal coniuge resistente diretti a liberarsi della casa coniugale, non ostandovi in tal senso la disciplina positiva dell'art. 670 c.p.c. e la successiva elaborazione dottrinale e giurisprudenziale.

Sotto il profilo del pericolo da infruttuosità, pertanto, il sequestro di cui all'art. 146, terzo comma c.c. e le ulteriori misure cautelari di stampo conservativo previste dal nostro ordinamento sembrano tutelare adeguatamente le esigenze di mantenimento del coniuge e della prole; non sembrerebbe, dunque, residuare ulteriore spazio per il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c.

Simile conclusione deve, tuttavia, fare i conti con l'ulteriore profilo (pericolo di tardività), cui si accennava in precedenza. Il sequestro in questione, infatti, pur rivestendo natura cautelare, non appare in grado di scongiurare il *periculum* da tardività, essendo deputato a "cristallizzare" la situazione in attesa della pronuncia di merito.

Costituisce ormai *communis opinio* il fatto che nel rapporto tra il provvedimento d'urgenza e gli altri provvedimenti tipici si debba tener

personali che comportino comunque una restituzione del bene (cfr. Cass., 16 novembre 1994, n. 9645; Id., 21 luglio 1994, n. 6813; Id., 28 aprile 1994, n. 4039; Id., 19 ottobre 1993, n. 10333), ribadendo altresì che il sequestro giudiziario è incompatibile soltanto con le azioni meramente dichiarative (cfr. Cass., 10 dicembre 1976, n. 4539; Id., 24 ottobre 1968, n. 3463). Nello specifico, la richiamata giurisprudenza ha affermato che, ai fini della concedibilità del sequestro giudiziario, si è in presenza di una controversia sulla proprietà o il possesso, non soltanto quando siano o saranno esperite le caratteristiche azioni di rivendica, di manutenzione o di reintegrazione, ma anche nel caso in cui sia stata proposta o debba proporsi un'azione contrattuale che, se accolta, importi condanna alla restituzione di un bene, come nelle ipotesi di azioni personali aventi ad oggetto la restituzione della cosa da altri detenuta. Ciò in quanto, il termine "possesso", usato dall'art. 670 c.p.c. unitamente a quello di proprietà, non va inteso in senso strettamente letterale, rientrando in esso anche la detenzione (cfr. altresì Cass., 10 ottobre 1984, n. 5066; Id., 15 ottobre 1986, n. 6038; Id., 7 luglio 1987, n. 5899, in *Giust. civ.* 1988, I, 1271; Id., 18 luglio 1987, n. 6324; Trib. Bari, 6 settembre 2012, in *Giur. Merito*, 2013, 817; Trib. Ariano Irpino 27 ottobre 2009, in www.dejure.giuffre.it).

V., tuttavia, Trib. Salerno, 8 maggio 2007, *ivi*, il quale, pur muovendo dai medesimi principi, ha concluso in questi termini: "Deve ritenersi non ammissibile, nelle more fra la proposizione del ricorso di separazione e l'udienza di comparizione davanti al Presidente del tribunale, il sequestro giudiziario della casa coniugale di proprietà esclusiva dell'altro coniuge, fondato sul timore dell'istante di rimanere senza l'abitazione familiare (a seguito di alienazione) di cui chiede l'assegnazione nel ricorso medesimo"; conf. Tribunale Napoli, 3 novembre 1995, in *Fam. e dir.* 1996, 259, con nota critica di CHIZZINI, cit.

conto, non soltanto del diritto oggetto di tutela, ma anche del “tipo di pregiudizio” che la misura tende a prevenire; di guisa che il ricorso al provvedimento atipico non viene escluso per effetto dell’esistenza di una misura tipica, che sia astrattamente idonea a tutelare il medesimo diritto, ma contro un diverso *periculum*⁹⁷. A conferma di quanto precede, viene comunemente ammessa la tutela d’urgenza in favore del lavoratore, il quale invochi il versamento delle retribuzioni ad esso spettanti, giacché, diversamente, il pregiudizio cui potrebbe incorrere non è quello dell’incapienza del proprio datore di lavoro e quindi della perdita della garanzia del proprio credito (*periculum* sotteso al sequestro conservativo), bensì quello di non poter disporre dei mezzi necessari per la propria sopravvivenza⁹⁸.

Similmente, può ritenersi che il coniuge possa invocare il provvedimento ex art. 700 c.p.c. al fine di ottenere la condanna del coniuge allontanatosi dall’abitazione familiare al versamento dell’assegno alimentare, allegando di non poter disporre delle somme sufficienti alla conduzione di un’esistenza dignitosa in attesa di una pronuncia di merito. In tal caso, infatti, l’unico rimedio potenzialmente idoneo ad impedire il pregiudizio che il perdurare della situazione antiggiuridica potrebbe provocare al creditore alimentare è rappresentato dal provvedimento atipico ex art. 700 c.p.c.

Né varrebbe opinare che il provvedimento d’urgenza non può aver ad oggetto diritti di credito, per loro natura ontologicamente privi del carattere della “irreparabilità”; in proposito, giova rammentare che è ormai indiscussa l’invocabilità di un provvedimento d’urgenza anche a tutela di diritti di credito, soprattutto ove indissolubilmente collegati a diritti di rango costituzionale, come nel caso del diritto al mantenimento. Non a caso, infatti, la graduale dilatazione dell’ambito applicativo del provvedimento ex art. 700 c.p.c. ha preso avvio proprio dall’avvertita esigenza di tutelare i crediti di natura alimentare⁹⁹.

⁹⁷ Per i riferimenti dottrinali si rinvia a quanto sinteticamente esposto al capitolo 1, § 2.

⁹⁸ Sul punto si rinvia a DITTRICH, *Il provvedimento d’urgenza*, cit., 259.

⁹⁹ Si rimanda ancora al capitolo 1, § 2, in part. alla nota 23.

Ebbene, sulla scorta delle considerazioni che precedono, in caso di allontanamento ingiustificato di un coniuge dall'abitazione familiare, parrebbe lecito il ricorso al provvedimento innominato onde ottenere celermente un provvedimento di condanna al versamento delle somme dovute a titolo di mantenimento dell'altro coniuge e della prole, deducendo il pericolo da ritardo nell'adempimento¹⁰⁰. Ove vengano dedotti entrambi i *pericula* (da infruttuosità e da ritardo), non vedrei ostacoli nell'ammettere il ricorso ad entrambi i mezzi di tutela (il sequestro ex art. 146, terzo comma c.c. ed il provvedimento d'urgenza).

4. Provvedimento ex art. 316 bis, secondo comma c.c.: finalità ed ambito di applicazione dell'istituto.

Le conclusioni cui si è testé pervenuti devono ora essere vagliate alla luce degli altri mezzi di tutela privilegiata dei crediti alimentari e, segnatamente, del decreto di condanna normato dal nuovo art. 316 bis c.c.; l'ammissibilità della tutela d'urgenza postula, infatti, che non vi siano altri rimedi idonei a rimuovere il medesimo pregiudizio paventato, stante il carattere residuale della tutela cautelare apprestata dall'art. 700 c.p.c.

A tal fine, occorre prendere le mosse dalla disciplina contenuta nell'art. 148 c.c.¹⁰¹ (ora art. 316 bis c.c.¹⁰²) e dal suo ambito di applicazione.

Come è noto, il citato art. 148 c.c. pone(va) a carico dei genitori e, in via sussidiaria, degli altri ascendenti, l'onere di provvedere al mantenimento dei figli in proporzione alle rispettive sostanze; in caso di

¹⁰⁰ In senso contrario, merita di essere segnalata una recente ordinanza del Tribunale di Milano (17 aprile 2013, in www.ilcaso.it), che ha lapidariamente escluso il ricorso al provvedimento d'urgenza in materia di diritto di famiglia.

¹⁰¹ Sullo speciale procedimento di cui all'art. 148, secondo comma c.c. (*ante riforma*) v. ACONE, *La tutela dei crediti di mantenimento*, cit., *passim*; CARPI, *Doveri coniugali patrimoniali e strumenti processuali nel nuovo diritto di famiglia*, cit., 221 ss.; PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*, cit., 300 ss.; PADALINO, *Strumenti di tutela del credito di mantenimento dei figli e del coniuge*, cit., 60 ss.; CASABURI, *Le misure patrimoniali "provvisorie" (sommarie e cautelari) nella separazione, nel divorzio, nella crisi "di fatto" della famiglia*, cit., 1094 ss.; DE SANTIS, *Profili attuali delle tutele speciali dei crediti di mantenimento*, cit., 61 ss.; IACOBONI, *I provvedimenti cautelari in materia di famiglia, di stato e di capacità delle persone*, cit., 1310 ss.; ORSENIGO, *Il terzo debitore nell'azione diretta del coniuge a tutela del mantenimento della prole (art. 148 c.c.)*, in *Dir.e Giur.*, 1982, 273 ss.

¹⁰² Articolo inserito dall'art. 40 del D.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, a decorrere dal trentesimo giorno successivo a quello della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale (G.U. n. 5 dell'8 gennaio 2014).

inadempimento, il presidente del tribunale, su istanza di chiunque vi abbia interesse, sentito l'obbligato inadempiente, può ordinare¹⁰³ con decreto il versamento diretto di una quota dei redditi dello stesso obbligato all'altro genitore o a chi sopporta le spese per il mantenimento, l'istruzione e l'educazione della prole. Il decreto costituisce titolo esecutivo¹⁰⁴ ed è opponibile dalle parti e dal terzo secondo le forme dell'opposizione a decreto ingiuntivo, richiamate *expressis verbis* sia pur con la prudenziale clausola "in quanto applicabili".

La finalità sottesa allo speciale procedimento di cui al (vecchio) art. 148 c.c. è quella di garantire, con la dovuta celerità, il mantenimento della prole, non invece degli altri familiari, i quali potranno avvalersi delle misure previste nell'ambito del procedimento di separazione dei coniugi. Scopo del procedimento speciale di cui all'art. 148 c.c. (ora art. 316 *bis*, secondo comma c.c.) è, dunque, quello di garantire, in tempi rapidi, la formazione di un titolo esecutivo al fine di assicurare ai figli il mantenimento da parte di chi vi è tenuto.

Se sulla legittimazione attiva (che spetta al coniuge ed agli ascendenti adempienti, nonché a chiunque sia obbligato al versamento degli alimenti) non sorgono peculiari dubbi, ben più complessa appare l'individuazione dei legittimati passivi¹⁰⁵. Invero, la norma era stata

¹⁰³ Sulla natura dell'ordine giudiziale di pagamento v. l'approfondita indagine di PARADISO, *op.cit.*, 354 ss. In giurisprudenza, si segnala una recente pronuncia del Tribunale di Torino (9 marzo 2012, in *Riv.Es.Forz.*, 2013, 450, con nota critica di SPACCAPELO, *Il decreto ex art. 148 c.c. costituisce titolo esecutivo ma non è atto iniziale del processo espropriativo* e in *Giur. It.*, 2013, 141), il quale, respingendo le tesi di carattere sostanziale, inquadra l'ordine di cui all'art. 148 c.c. in un ambito squisitamente processuale; secondo il giudice di merito, infatti, il provvedimento riveste un carattere "ibrido", concretando non solo gli estremi di un titolo esecutivo, ma altresì l'inizio di una sorta di esecuzione presso terzi.

¹⁰⁴ Il provvedimento pronunciato ai sensi dell'art. 148 c.c. nei confronti del solo obbligato inadempiente è un decreto ingiuntivo esecutivo *ex lege* che, in quanto tale, costituisce titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale, in applicazione dell'art. 655 c.p.c., mentre non è idoneo all'iscrizione di ipoteca giudiziale sui beni del terzo debitore. Così Corte Cost., 14 giugno 2002, n. 236, in *Corr. Giur.*, 2002, 1435, con nota adesiva di DANOVI, *Decreto ex art. 148 c.c. e ipoteca giudiziale: una tutela "soggettivamente" differenziata*.

¹⁰⁵ Sul tema v. SALVANESCHI, *In tema di legittimazione passiva nel procedimento ex art. 148 c.c.*, in *Riv.Dir.Proc.*, 1988, 830 ss., in nota a Trib. Milano, (decr.) 25 giugno 1987, la quale osserva che, nonostante questa norma sia abbastanza dettagliata nel regolare un procedimento sommario a garanzia degli obblighi di cui all'art. 147 c.c., da essa non si evince con immediata chiarezza contro chi sia rivolto l'ordine giudiziale di pagamento; rimane cioè irrisolto il dubbio se soggetto passivo del provvedimento giurisdizionale sia il terzo oppure lo stesso coniuge inadempiente o anche gli

inizialmente interpretata in senso restrittivo, ritenendosi legittimato passivo e quindi destinatario dell'ordine di pagamento soltanto il terzo (per es. datore di lavoro) debitore nei confronti del genitore inadempiente¹⁰⁶.

Simile interpretazione – fondata sul tenore letterale della norma - è stata successivamente abbandonata dalla giurisprudenza in favore di una tesi più estensiva, che annovera nello spettro dei destinatari passivi dell'ordine, non solo il terzo debitore dell'obbligato, ma anche lo stesso obbligato inadempiente. La Corte Costituzionale ha, infatti, ammesso la possibilità che il provvedimento speciale di cui all'art. 148, secondo comma c.c. venga emesso nei confronti del solo obbligato, sia esso il genitore o l'ascendente, affinché versi le somme destinate al mantenimento della prole; si instaura, in tal caso, un procedimento del tutto analogo a quello monitorio anche nella successiva fase di opposizione¹⁰⁷.

Diversamente, si profilerebbe una questione di illegittimità costituzionale della norma per evidente disparità di trattamento tra chi sia legittimato a rivolgersi, con il procedimento sommario di cui all'art. 148, secondo comma c.c., direttamente nei confronti del terzo obbligato e chi non

ascendenti legittimi o naturali obbligati in via sussidiaria. L'A., condividendo le conclusioni del provvedimento annotato, fornisce una lettura estensiva della norma, la quale non esclude la legittimazione passiva e la condanna del solo coniuge inadempiente. Sui soggetti del procedimento speciale di cui all'art. 148 c.c. v. altresì Trib. Potenza, (ord.), 1 febbraio 1991, in *Dir. Fam.*, 1991, 1017, con nota adesiva di DI BENEDETTO, *Il terzo debitore è litisconsorte necessario nel giudizio di opposizione al decreto ex art. 148 c.c.?*

¹⁰⁶ In tal senso v. Cass., 12 aprile 1979, n. 2153, in *Giust.Civ.*, 1979, 1164 e in *Foro It.*, 1980, I, 1104; conf. Trib. Torino, (decr.) 3 marzo 1976, in *Giur. Merito*, 1976, I, 277; Trib. Napoli, 4 febbraio 2000, in *Giur.Nap.*, 2000, 112; Id., 20 luglio 1999, in *Fam. Dir.*, 2000, 501; Trib. Firenze, (decr.) 31 ottobre 1983, in *Foro It.*, 1984, I, 2351, con nota critica, *in parte qua*, di ORSENIGO; Trib. Palermo, 28 luglio 1992, in *Dir. Fam.*, 1993, I, 1131; Trib. Lecce, 10 maggio 2002, in *Foro It.*, 2003, I, 302.

In dottrina, v. ACONE, *op.cit.*, 135 ss.; BUCOLO, *Aspetti processuali esecutivi del nuovo diritto di famiglia*, in *Giur.It.*, 1977, IV, 74.

¹⁰⁷ In questi termini, Corte Cost., 14 giugno 2002, n. 236, cit.; conf. Cass., 23 marzo 1995, n. 3402, in *Fam. Dir.*, 1995, 452, con nota adesiva di CATTANEO, *Il contributo dei nonni al mantenimento dei nipoti*; Trib. Milano, 30 giugno 2000, in *Fam. Dir.*, 2001, 534, con nota di FIORAVANTI, *Mantenimento dei figli: concorso dei genitori e obbligazioni degli ascendenti*; Id., 25 giugno 1987, cit.; Trib. Messina, 10 maggio 1991, in *Giust. Civ.*, 1992, I, 2899, con nota di VITALONE, *L'ambito di applicazione dell'art. 148 c.c.*; Trib. Trieste, 21 marzo 2005, in *Fam. Pers. Succ.*, 2005, I, 326; Trib. Taranto, 4 febbraio 2005, in *Foro It.*, 2005, I, 1599, con nota di FABBRIZZI; Trib. Ravenna, (decr.) 23 maggio 2007, in *Fam. Pers. Succ.*, 2007, 753; Trib. Minorenni Bari, 9 giugno 2010, in www.dejure.it.

abbia tale possibilità perché, per ipotesi, il genitore inadempiente sia lavoratore autonomo e non dipendente.

La questione è di vivo interesse ai fini della presente indagine, atteso che i sostenitori della tesi più restrittiva hanno prospettato, quale rimedio correttivo alla suaccennata disparità di trattamento, la possibilità per l'avente diritto di promuovere un'azione ordinaria di condanna nei confronti dell'inadempiente, con richiesta di provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. anticipatorio degli effetti dell'emananda sentenza¹⁰⁸.

Siffatta ricostruzione, tuttavia, contrasta con il principio di economia processuale, costringendo l'avente diritto ad esperire due procedimenti, l'uno contro il *debitor-debitoris* e l'altro (incidentale) contro il debitore principale. Di più, simile costruzione restrittiva stride con la *ratio* sottesa agli strumenti di tutela privilegiata del credito alimentare, finendo per garantire maggiormente il credito nei confronti del terzo piuttosto che nei confronti del debitore principale¹⁰⁹.

Appare, pertanto, più coerente con la finalità dell'istituto e maggiormente rispondente alle esigenze di tutela della prole la ricostruzione estensiva propugnata anche dalla Consulta, che ammette la pronuncia del decreto anche nei soli confronti dell'obbligato (genitore o ascendente); interpretazione, peraltro, che non pare essere contraddetta dal dato letterale¹¹⁰, posto che la norma consente il versamento diretto delle somme da parte del terzo, ma non esclude di per sé la condanna del solo obbligato, in assenza di un terzo *debitor-debitoris*. Esigenze di celerità e speditezza nel garantire il mantenimento della prole inducono,

¹⁰⁸ V. riferimenti alla nota 106.

¹⁰⁹ Analogamente MALAGU', *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, cit., 164; conf., SALVANESCHI, *In tema di legittimazione passiva*, cit., 854; SPACCAPELO, *Il decreto ex art. 148 c.c. costituisce titolo esecutivo ma non è atto iniziale del processo espropriativo*, cit.; ANNUNZIATA, *Il processo nel diritto di famiglia*, Padova, 2005, 57. In forma dubitativa v. PARADISO, *op.cit.*, 338, il quale, da un lato, osserva che l'art. 148 c.c. non contempla la possibilità di ottenere una condanna dell'obbligato all'adempimento, dall'altro, tuttavia, segnala l'incongruenza di ottenere una tutela sommaria verso il terzo, laddove nei confronti del diretto obbligato non sarebbe ottenibile se non un provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c., che richiede specifica dimostrazione del *periculum in mora*.

¹¹⁰ *Contra*, GRAZIOSI, *L'esecuzione forzata dei provvedimenti del giudice in materia di famiglia*, cit., nota 40, il quale rileva che parte della giurisprudenza "con interpretazione ardita, ma francamente incompatibile col dato normativo, tende ad ammettere l'utilizzazione del procedimento di cui all'art. 148 c.c. anche nei confronti del solo obbligato".

infatti, a preferire la tesi più ampia, che consente di rimuovere ogni ostacolo all'applicazione della norma, anche laddove non vi siano terzi debitori del genitore inadempiente.

Per completezza, occorre segnalare che la recente l. 219/2012, pur non contenendo alcuna previsione esplicita di abrogazione dei precedenti istituti di tutela del credito alimentare, ha introdotto una misura di carattere generale relativa al mantenimento della prole, senza distinzione alcuna tra figli nati nel e al di fuori del matrimonio; a prima lettura, si è, pertanto, profilato il dubbio di una tacita *vis abrogans* delle norme preesistenti¹¹¹, segnatamente dell'art. 148, secondo comma c.c., in favore del nuovo istituto, modellato sullo strumento di tutela privilegiata del credito di cui all'art. 8 l.div.

Senonché, il successivo d.lgs. 154/2013 ha riformulato l'art. 148 c.c., che si limita ora a porre a carico dei coniugi l'obbligo di cui all'art. 147 c.c., rinviando a tal fine alla previsione del nuovo art. 316 *bis* c.c., introdotto dal medesimo decreto legislativo.

La disposizione di nuovo conio riproduce, *mutatis mutandis*, il contenuto del vecchio art. 148, secondo comma c.c. ed il procedimento speciale ivi previsto; e ciò allo scopo di estendere espressamente anche ai figli nati fuori del matrimonio i mezzi di tutela privilegiata del credito alimentare (la questione verrà trattata più diffusamente nel capitolo 3, § 3).

4.1. Natura del decreto di cui all'art. 316 *bis*, secondo comma c.c.

Tra le questioni sollevate dalla disposizione in commento, particolare rilievo assume la natura giuridica del decreto di condanna ivi previsto.

All'uopo mette conto evidenziare che il procedimento di cui all'art. 316 *bis*, secondo comma c.c., ancorché diretto alla rapida formazione di un titolo esecutivo ed a fornire una celere protezione alle esigenze di mantenimento della prole, non riveste i caratteri della tutela cautelare, difettando i requisiti della strumentalità e della provvisorietà del provvedimento.

¹¹¹ Così DE SANTIS, *Profili delle tutele dei crediti di mantenimento*, cit., 58.

La dottrina più attenta¹¹² ha, infatti, rilevato che il provvedimento di cui trattasi non è riconducibile nell'alveo delle misure cautelari, privo essendo dei requisiti della strumentalità – il decreto, pur essendo impugnabile nelle forme dell'opposizione a decreto ingiuntivo, esaurisce in sé la richiesta di tutela e non è, pertanto, strumentale ad un successivo, eventuale giudizio di merito - e della temporaneità, essendo peraltro potenzialmente definitivo (sia pur con la clausola *rebus sic stantibus*) e idoneo al passaggio in giudicato, al pari del decreto ingiuntivo non opposto.

Il provvedimento in questione viene, pertanto, inquadrato nell'ambito delle misure sommarie non cautelari¹¹³, una sorta di provvedimento monitorio atipico con contraddittorio anticipato, dal quale si distingue per alcuni tratti peculiari, come l'efficacia di titolo esecutivo che è sempre presente, la necessità di sentire l'inadempiente e la possibilità di assumere sommarie informazioni (caratteristica che sembra evocare le forme dell'istruttoria cautelare di cui all'art. 669 *sexies* c.p.c., che tuttavia non è sufficiente a far acquisire natura cautelare al provvedimento *de quo*); conclusione, questa, sulla quale non sussistono divergenze di fondo in dottrina ed in giurisprudenza e dalla quale occorre muovere ai fini della successiva indagine.

¹¹² Cfr. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 597; IACOBONI, *op.cit.*, 1311; ANNUNZIATA, *op.cit.*, 60; CASABURI, *op.cit.*, 1095.

¹¹³ In tal senso v. gli Autori richiamati nella nota precedente, cui *adde*: ACONE, *op.cit.*, 71 ss., per il quale l'istituto sarebbe assimilabile al procedimento sommario di cui all'art. 28 l. 300/1970; CEA, *Due sequestri speciali e il reclamo cautelare*, cit., 2061; ID., *Crisi del matrimonio e tutela sommaria*, cit., 1183; PADALINO, *Strumenti di tutela del credito di mantenimento dei figli e del coniuge*, cit., 71; GRAZIOSI, *L'esecuzione forzata dei provvedimenti del giudice in materia di famiglia*, cit., il quale riconduce l'istituto nell'ambito dei provvedimenti a cognizione sommaria con prevalente funzione esecutiva. Cfr., tuttavia, DI IASI, *Procedimenti di separazione e divorzio* in FERRANDO-FORTINO-RUSCELLO (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, Milano, 2011, tomo II, 1909, per il quale trattasi di misura cautelare tipica a garanzia dei bisogni della famiglia; MARTINELLI, *Alcune questioni sull'ambito di applicazione del nuovo rito cautelare uniforme*, cit., 171, secondo cui il provvedimento di cui all'art. 148 c.c., al pari degli altri strumenti processuali introdotti dalla riforma del diritto di famiglia, avrebbe natura "latamente cautelare". V. altresì CARPI, *Doveri coniugali patrimoniali e strumenti processuali nel nuovo diritto di famiglia*, cit., 235, il quale propende, sia pur in forma dubitativa, per la natura volontaria del decreto *ex art.* 148 c.c.

In giurisprudenza, a favore della natura sommaria non cautelare v. Trib. Prato, 22 novembre 2011, in www.altalex.com; Trib. Lamezia Terme, 1 febbraio 2011, in www.dejure.it; *contra*, Trib. Napoli, (ord.) 29 dicembre 2000, in *Giur. It.*, 2001, 931.

Simile conclusione pare, infatti, appagante e coerente con la disciplina positiva, importando conseguentemente l'inapplicabilità del rito cautelare uniforme ed, in special modo, del reclamo cautelare ex art. 669 *terdecies* c.p.c. anche in virtù dell'espresso richiamo alle sole forme dell'opposizione a decreto ingiuntivo.

4.2. Ammissibilità del provvedimento d'urgenza a tutela del diritto al mantenimento del coniuge debole (e della prole).

Se la ricostruzione sopra prospettata della natura dell'istituto può reputarsi corretta, non può tuttavia ritenersi per ciò solo legittimo il ricorso alla tutela cautelare atipica in assenza di un'azione cautelare tipica. Come già diffusamente argomentato, infatti, l'attribuzione di un'ampia portata alla nozione di "sussidiarietà" rappresenta un limite all'applicazione del provvedimento d'urgenza ogniqualvolta esista già una misura tipica, ancorché sommaria non cautelare, idonea a rimuovere il *periculum* paventato.

La questione, di non poco rilievo, è stata affrontata da talune pronunce di merito, che hanno lapidariamente escluso il ricorso alla tutela cautelare atipica *ante causam*, sul presupposto che, nella fase antecedente all'instaurazione del giudizio di separazione, non sarebbe configurabile un vuoto di tutela d'urgenza essendo la stessa assicurata, per l'obbligo di mantenimento dei figli, dall'art. 148 c.c. (ora art. 316 *bis* c.c.), idoneo a neutralizzare il pericolo di tardività, nonché per gli obblighi di contribuzione e mantenimento del coniuge, dal sequestro di cui all'art. 146, terzo comma c.c.¹¹⁴.

Nel solco dell'indirizzo giurisprudenziale sopra richiamato, si è addirittura affermato che, all'interno del diritto di famiglia, non vi sarebbe spazio alcuno per il provvedimento d'urgenza, esistendo già diversi rimedi speciali, tipici e settoriali idonei a porre rimedio a ciascuna delle

¹¹⁴ Escludono *tout court* il ricorso alla tutela cautelare atipica *ante causam*: Trib. Andria, 7 novembre 2008, in *Fam. Dir.*, 2009, 267, con nota critica di VULLO, *Giudizi di separazione e divorzio e provvedimenti d'urgenza*; Trib. Reggio Calabria, 11 settembre 2012, in www.dejure.it; Trib. Trani, 7 novembre 2008, *ivi*; Trib. Roma, 27 gennaio 1989, in *Temi romana*, 1989, 448; v., tuttavia, a favore dell'ammissibilità dell'art. 700 c.p.c. prima della proposizione del ricorso per separazione coniugale, Trib. Bari, 14 ottobre 2007; Trib. Messina, 24 febbraio 2006.

possibili violazioni che uno dei partners dovesse porre in essere e difettando, pertanto, il requisito della residualità richiesto dall'art. 700 c.p.c. ai fini dell'ammissibilità dello strumento cautelare¹¹⁵.

Simile impostazione, tuttavia, non appare convincente.

A ben vedere, infatti, la disciplina positiva dell'art. 316 *bis*, secondo comma c.c., a differenza di quella contenuta nell'art. 146, terzo comma c.c., è posta a tutela esclusivamente della prole, chiaro essendo il riferimento agli obblighi di mantenimento a carico dei genitori nei confronti dei figli, con evidente esclusione della tutela in favore del coniuge più debole. Per converso, il sequestro di cui all'art. 146, terzo comma c.c. è previsto, non solo in favore della prole, ma in generale a tutela dei "bisogni della famiglia", in virtù dell'espresso rinvio agli obblighi previsti dagli artt. 143, terzo comma c.c. e 147 c.c.

Ora, non può passarsi sotto silenzio la grave discrasia contenuta nell'art. 316 *bis*, secondo comma c.c. nella parte in cui non estende analoga tutela sommaria al coniuge "debole", similmente a quanto previsto in favore della prole. Laddove l'inadempimento agli obblighi di mantenimento investa il coniuge "debole", non sussiste alcun rimedio tipico, cautelare o non, idoneo a neutralizzare il *periculum* di tardività; non il sequestro di cui all'art. 146, terzo comma c.c. che, come si è visto, tutela esclusivamente il pericolo di infruttuosità del provvedimento principale; non il decreto di cui all'art. 316 *bis*, secondo comma c.c., posto a tutela esclusivamente delle esigenze di mantenimento della prole. In tal caso, non resta dunque che ricorrere alla tutela cautelare atipica, diversamente verificandosi un inammissibile vuoto di tutela urgente¹¹⁶.

In proposito, giova osservare che, ove l'ordinamento affermi l'esistenza di un diritto e di un corrispondente obbligo, tale situazione soggettiva deve essere "giustiziabile", ovvero tutelabile in via di azione giudiziaria;

¹¹⁵ Così Trib. Milano, 17 aprile 2013, in *www.ilcaso.it*

¹¹⁶ Del medesimo avviso v. CEA, *Crisi del matrimonio e tutela sommaria*, cit., 1183; ID., *Due sequestri speciali e il reclamo cautelare*, cit., 2062; cfr. altresì DI IASI, *op.cit.*, 1910, per il quale le misure tipiche di cui agli artt. 146 e 148 c.c. sono finalizzate a tutelare diritti di carattere patrimoniale, mentre per le posizioni soggettive dei coniugi e dei figli, di carattere non patrimoniale, il ricorso alla tutela cautelare innominata non può essere del tutto escluso.

simile principio, enunciato dalla giurisprudenza di merito con riferimento al diritto dei figli minori (o maggiorenni non autosufficienti senza loro colpa) ad essere mantenuti da entrambi i genitori¹¹⁷, ben si attaglia anche al diritto del coniuge economicamente debole ad essere mantenuto dall'altro coniuge.

Invero, il nostro sistema codicistico pone a carico dei coniugi un obbligo di assistenza morale e materiale, imponendo altresì ad entrambi di contribuire, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo, ai bisogni della famiglia. Da ciò consegue che, ove uno dei coniugi venga meno a tale obbligo, l'altro coniuge potrà agire nei suoi confronti al fine di reagire a tale inadempimento ed ottenere quanto dovuto.

Né varrebbe in proposito opinare che il diritto di un coniuge a ricevere quanto è necessario al suo mantenimento sorga soltanto per effetto della proposizione della domanda di separazione¹¹⁸; non è dato comprendere il motivo per il quale nell'ambito del procedimento di separazione o divorzio, al coniuge debole può essere riconosciuto un assegno a titolo di contributo al suo mantenimento, mentre analoga tutela non potrebbe essere offerta prima della proposizione della correlativa domanda, quando cioè la crisi coniugale è già sorta pur non essendo ancora sfociata in un procedimento di separazione coniugale.

E' pur vero che non vi sono norme che prevedano espressamente che un coniuge, in costanza di matrimonio e senza che sia intervenuta separazione legale, possa ottenere *ope iudicis* la corresponsione di un assegno di mantenimento in suo favore, a carico dell'altro coniuge inadempiente; purtuttavia, simile conclusione appare imposta dal nostro sistema, diversamente verificandosi un grave *vulnus* ai diritti del coniuge economicamente più debole.

Non trascurabile appare, in tal senso, il disposto dell'art. 570, secondo comma c.p., il quale depone in favore della tesi qui patrocinata, laddove

¹¹⁷ V. Trib. Napoli, (ord.) 23 maggio 2000, riportata integralmente in BASSOLI, *I procedimenti cautelari ex art. 700 in materia di famiglia*, in BUFFONE (a cura di), *Art. 700 c.p.c. e la procedura d'urgenza*, cit.

¹¹⁸ In questo senso v. Trib. Reggio Calabria, 11 settembre 2012, cit.; Trib. Mantova, 14 marzo 2008.

punisce il coniuge che abbia fatto mancare i mezzi di sussistenza all'altro coniuge non legalmente separato per sua colpa. Ora, se il coniuge è tenuto a fornire i mezzi di sussistenza all'altro coniuge, a prescindere dalla pendenza di un procedimento di separazione (diversamente incorrendo nel reato previsto e punito dall'art. 570, secondo comma c.p.), analogamente deve ritenersi che il coniuge reputato "debole" possa fruire di un assegno di mantenimento, anche al di fuori del procedimento di separazione coniugale.

Del resto, la stessa giurisprudenza formatasi in materia di crediti alimentari – crediti funzionali al soddisfacimento di esigenze primarie, di rango costituzionale – ha ammesso sin da subito la ricorribilità al provvedimento d'urgenza al fine di evitare un pregiudizio non altrimenti riparabile.

In conclusione, pare lecito dedurre che nel sistema attuale il coniuge sia facoltizzato a ricorrere al provvedimento d'urgenza *ante causam*, prima cioè dell'eventuale instaurazione del procedimento di separazione coniugale, prospettandosi quel vuoto di tutela che legittima e, al contempo, rende doveroso il ricorso alla tutela cautelare innominata.

Non pare, tuttavia, che questa ipotesi esaurisca il campo di applicazione dell'art. 700 c.p.c. in relazione alle esigenze di mantenimento sottese all'art. 316 *bis* c.c.

Non va trascurato, anzitutto, l'indirizzo dottrinale e giurisprudenziale sopra richiamato, che consente l'esperimento del procedimento speciale *ex art. 316 bis*, secondo comma c.c. soltanto nei confronti di terzi debitori e non già del solo obbligato inadempiente; ove si aderisca a siffatta interpretazione restrittiva, è indiscusso che il coniuge adempiente (o altro soggetto colegittimato a norma del citato articolo) possa promuovere un ordinario giudizio di cognizione, nel corso del quale, non essendo prevista altra tutela interinale, ottenere la misura cautelare atipica a tutela delle esigenze di mantenimento della prole.

Più in generale, tra il procedimento speciale in questione ed il giudizio ordinario sussiste un rapporto di alternatività, di guisa che la preferenza per il rito ordinario, mentre preclude il ricorso al procedimento di cui

all'art. 316 *bis*, secondo comma c.c., non è di ostacolo all'ammissione di un provvedimento ex art. 700 c.p.c. *ante causam* o in corso di causa¹¹⁹. La scelta per il rito ordinario può essere dettata, per ipotesi, dalla necessità di far valere, unitamente alla domanda diretta alla corresponsione di un assegno di mantenimento in favore della prole, altre pretese (per es. richieste di natura risarcitoria) che mal si conciliano con il procedimento speciale di cui all'art. 316 *bis*, secondo comma c.c. Nell'accennata ipotesi, l'unico strumento concretamente utilizzabile per ottenere un provvedimento urgente è rappresentato dal ricorso ex art. 700 c.p.c.

Vi è, infine, un'altra ipotesi in cui pare ammissibile lo strumento residuale della tutela cautelare atipica.

Dalla ricostruzione della disciplina di cui all'art. 316 *bis* c.p.c., emerge, infatti, con estrema chiarezza, che il decreto può essere emesso soltanto previa convocazione dell'obbligato ("*sentito l'inadempiente*"); la previa instaurazione del contraddittorio distingue tale provvedimento dal decreto ingiuntivo, essendo "*un procedimento sommario in cui il contraddittorio deve essere attuato anticipatamente, sia pure in forme compatibili con la struttura del procedimento e con la funzione che è destinato a svolgere*"¹²⁰. Trattasi, dunque, non di un vero e proprio contraddittorio, ma di un "embrione di contraddittorio", come è stato definito in dottrina¹²¹, per l'assenza di forme e di regole precostituite per la convocazione del soggetto inadempiente; di un contraddittorio rudimentale, essendo previsto l'obbligo di sentire solo l'inadempiente¹²². La convocazione dell'obbligato si rende necessaria anche in considerazione del fatto che, a differenza del provvedimento monitorio e di altri strumenti a tutela del credito di mantenimento (ad esempio, le fattispecie di cui agli artt. 156 c.c. e 8 l.div.), il decreto di cui all'art. 316 *bis* c.c. non si fonda su un preventivo accertamento del credito

¹¹⁹ Giunge a tali conclusioni anche ANNUNZIATA, *op.cit.*, 62.

¹²⁰ In questi termini ACONE, *op.cit.*, 213.

¹²¹ Così DE SANTIS, *Profili delle tutele dei crediti di mantenimento*, cit., nota 29.

¹²² Il rilievo è di CARPI, *Doveri coniugali patrimoniali e strumenti processuali nel nuovo diritto di famiglia*, cit., 225, il quale aggiunge che palesi motivi di opportunità pratica, nella dimensione garantistica dell'art. 24 cost., suggeriscono di estendere il contraddittorio a colui che nel ricorso sia indicato come terzo debitore.

alimentare, credito che verrà quantificato proprio nel corso del procedimento speciale ivi contemplato.

Muovendo da tale premessa – dall’assenza cioè di un provvedimento monitorio emesso *inaudita altera parte* – non può ritenersi precluso il ricorso alla tutela cautelare innominata, anche in favore delle esigenze di mantenimento della prole. Invero, ove sussistano particolari ragioni di urgenza che non consentano la previa convocazione del soggetto inadempiente, non può essere revocata in dubbio l’ammissibilità del provvedimento ex art. 700 c.p.c. onde scongiurare il rischio che, nelle more, le esigenze di mantenimento della prole restino irrimediabilmente pregiudicate¹²³.

5. L’assegno alimentare provvisorio di cui all’art. 446 c.c.

Un breve cenno merita, infine, la disciplina contenuta nell’art. 446 c.c. dettata in materia di determinazione dell’assegno alimentare a carico di chi vi è tenuto *ex lege*. La disposizione normativa poc’anzi citata prevede, infatti, che nel giudizio diretto alla determinazione del modo e della misura degli alimenti, il Presidente del tribunale, sentita l’altra parte, possa ordinare un assegno provvisorio, ponendolo a carico anche di un solo obbligato, salvo il regresso verso gli altri.

L’istituto in esame differisce dagli altri provvedimenti oggetto della presente indagine, giacché, da un lato, l’assegno provvisorio ivi previsto ha un ambito di applicazione più vasto, essendo invocabile, non soltanto da parte del coniuge “debole” o della prole, ma da un’ampia schiera di soggetti obbligati a somministrare gli alimenti a norma degli artt. 433 ss. c.c.; dall’altro, ha una portata applicativa più ridotta, atteso che il diritto alla prestazione degli alimenti presuppone uno stato di totale assenza di mezzi di sostentamento, a differenza del diritto al mantenimento che consiste nella prestazione di tutto quanto risulti necessario alla

¹²³ Conclude in tal senso anche CEA, *Crisi del matrimonio e tutela sommaria*, cit., nota 13; IACOBONI, *op.loc.cit.*

conservazione del tenore di vita corrispondente alla posizione economico-sociale dei coniugi in costanza di matrimonio¹²⁴.

Il diritto agli alimenti costituisce, infatti, un *minus* rispetto al diritto al mantenimento, posto che gli obblighi di contribuzione o mantenimento in ambito endofamiliare hanno un contenuto molto più ampio, includendo, non soltanto quanto necessario per la sopravvivenza dell'alimentando, ma anche tutto ciò che serve al benessere dell'avente diritto¹²⁵.

Stante la laconicità della disposizione normativa di riferimento, dottrina e giurisprudenza si sono interrogate sulla natura del provvedimento presidenziale ivi previsto e sul conseguente rito che regola questa fase destinata a sfociare nell'ordine di prestazione degli alimenti, giungendo ad affermare che il provvedimento riveste natura tipicamente cautelare¹²⁶; donde l'applicazione delle norme sul procedimento

¹²⁴ Sulla distinzione tra diritto al mantenimento ed agli alimenti la letteratura è assai vasta; si rinvia, per approfondimenti, alle trattazioni di DOGLIOTTI, *Gli alimenti*, in *Trattato Bessone*, 1999, IV, 3, 55; TRABUCCHI, *Alimenti, App. di agg. Al Noviss. Dig.*, 1980, 236.

In giurisprudenza, tra le numerose pronunce, si vedano: Cass., 8 maggio 2013, n. 10718; Id., 19 giugno 1996, n. 5677; Id., 8 maggio 1980, n. 3033.

¹²⁵ In proposito, v. PAROLA, *Sub art. 446*, in ZACCARIA, *Commentario breve al diritto della famiglia*, Padova, 2011, 1171.

¹²⁶ A favore della natura cautelare del provvedimento ex art. 446 c.c. si sono espressi, in dottrina, ZINGALES, *Tutela ex art. 446 cod.civ. in materia di alimenti e modello procedimentale applicabile*, in *www.judicium.it*; CONSOLO, in CONSOLO – LUISO – SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 1991, 548; PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 601 e 631; CASABURI, *op.cit.*, 1098; MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 39; MERLIN, *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, cit., 429, la quale osserva che, proprio per la laconicità della formula, l'ordinanza si lascia più facilmente collegare ad una esigenza di "provvisoria amministrazione del rapporto litigioso", che non di mera anticipazione della tutela a fonte di particolari requisiti di fondatezza della domanda di merito; TARZIA, *La tutela cautelare*, in *Il processo cautelare*, a cura di TARZIA-SALETTI, cit., XXIX; PAROLA, *op.cit.*, 1190; IACOBONI, *op.cit.*, 1333; DINI – MAMMONE, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 102; FIORUCCI, *Provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., 42; negano la natura cautelare: VERDE, in VERDE – DI NANNI, *Codice di procedura civile. Legge 26 novembre 1990, n. 353*, Torino, 1991, 243 (si segnala, tuttavia, che nella successiva edizione del 1993 non viene più menzionato il provvedimento ex art. 446 c.c.); MANDRIOLI, *Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori o interinali*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1964, 551, spec. 562 e ID., *I provvedimenti presidenziali nel giudizio di separazione dei coniugi*, Milano, 1953, 17, nota 39, il quale annovera l'assegno alimentare provvisorio di cui all'art. 446 c.c. tra i provvedimenti di natura anticipatoria o, laddove si volesse compiere una classificazione fondata solo su criteri funzionali, tra i provvedimenti con funzione anticipatoria e, soltanto in via secondaria o mediata, funzione strumentale-cautelare; dubbi sulla natura cautelare dell'assegno alimentare sono stati avanzati altresì da TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 176; per SALA, *Alimenti*, in *Trattato diretto da BONILINI – CATTANEO*, Torino, 2007, II, 625, si tratterebbe di una procedura incidentale di natura contenziosa; conf. PROVERA, *Commentario del codice civile, Sub art. 446*, Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1972, 155.

cautelare uniforme per tutti quei profili non contemplati dall'art. 446 c.c., alla stregua del rinvio operato dall'art. 669 *quaterdecies* c.p.c.

La riconducibilità del provvedimento *ex art.* 446 c.c. nel novero delle misure cautelari è dettata – secondo il diffuso orientamento dottrinale e giurisprudenziale – da ragioni di ordine funzionale e strutturale; sotto il primo profilo, infatti, la funzione della norma sarebbe quella di impedire che la permanenza di uno stato di bisogno provochi all'istante un pregiudizio irreparabile; sotto il profilo strutturale, si è osservato che il provvedimento è provvisorio, in quanto inidoneo a disciplinare in modo definitivo il rapporto controverso e destinato a venire meno con la definizione del giudizio di merito, ed altresì strumentale al processo a cognizione piena, i cui effetti mira ad assicurare, mediante la tecnica dell'anticipazione.

Sulla scorta di siffatte considerazioni, la giurisprudenza tende generalmente ad escludere l'ammissibilità di un provvedimento d'urgenza *ex art.* 700 c.p.c., sia *ante causam* sia in corso di causa, sul presupposto che esiste già una misura cautelare tipica - il provvedimento di cui all'art. 446 c.c. – idoneo ad assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale in corso di causa e che, prima dell'instaurazione del giudizio di merito, sarebbe possibile, in virtù dell'applicazione delle norme sul rito cautelare uniforme, ottenere analoga tutela giurisdizionale, senza dover ricorrere al provvedimento residuale di cui all'art. 700 c.p.c.¹²⁷.

Propende per la natura cautelare anche la giurisprudenza maggioritaria; v. Trib. Trani, 9 gennaio 2012, in *www.ww.dejure.it*; Trib. Lamezia Terme, 1 febbraio 2011, *ivi*; Trib. Catania, 22 marzo 2005, in *Foro It.*, 2005, I, 2588, con nota di FABBRIZZI; Trib. Pistoia, sez. dist. di Pescia, 21 febbraio 2000, in *www.tribunale.org*; Trib. Firenze, 7 novembre 1994, in *Foro It.*, 1995, I, 1360; *contra*, tuttavia, Cass., 16 marzo 1977, n. 1040, in *Foro It.*, 1977, I, 1725; Trib. Venezia, 28 luglio 2004, in *Giur. merito*, 2005, 250, con nota adesiva di Busetto, *L'assegno provvisorio ex art. 446 c.c. non può essere chiesto prima del giudizio di merito*; Trib. Milano, 3 aprile 2013, in *Fam. Dir.*, 2013, 1017, con nota critica di BARONCINI, *Su alcune interrelazioni tra il provvedimento interinale ex art. 446 c.c. e la tutela cautelare*, secondo cui la natura del provvedimento *ex art.* 446 c.c. deve essere intesa come funzionale a tutelare le esigenze dell'alimentando "in corso di causa", non avendo carattere cautelare in senso proprio.

¹²⁷ Escludono *tout court* il ricorso alla tutela cautelare atipica, in presenza di uno specifico provvedimento cautelare quale quello di cui all'art. 446 c.c.: Trib. Catania, 22 marzo 2005, *cit.*; Trib. Lamezia Terme, 1 febbraio 2011, *cit.*; Trib. Pistoia, sez. Pescia, 21 febbraio 2000, *cit.*; esclude il ricorso al provvedimento d'urgenza *ante causam*, ma sul presupposto che il provvedimento presidenziale di cui all'art. 446 c.c. concreta una

Tale soluzione sembra coerente con l'attribuita natura cautelare al provvedimento *de quo*; tuttavia, la premessa da cui muove – la natura tipicamente cautelare dell'assegno alimentare - non appare pienamente condivisibile.

Ora, non ci si nasconde che l'assegno alimentare provvisorio assolve ad una funzione latamente cautelare, essendo diretto a tutelare le esigenze alimentari dell'avente diritto; e tuttavia, non pare che il provvedimento presidenziale di cui all'art. 446 c.c. possa inquadrarsi appieno nell'ambito delle misure cautelari in senso stretto.

Non si intende qui disconoscere la provvisorietà e strumentalità del provvedimento in esame rispetto al giudizio di determinazione degli alimenti, né tantomeno può ritenersi, come da taluno è stato prospettato¹²⁸, che l'attribuzione della competenza al Presidente del

misura tipica e speciale, che impedisce il ricorso all'art. 700 c.p.c. e che l'ordinanza del presidente del tribunale con la quale, in assenza di un giudizio ordinario diretto alla determinazione dell'assegno alimentare definitivo, sarebbe giuridicamente inesistente in quanto emessa in carenza di potere in capo all'organo giurisdizionale, Trib. Milano, 3 aprile 2013, cit.

Per contro, ammettono la tutela cautelare atipica *ante causam*: Trib. Messina, 30 giugno 2010, in *Fam. Pers. Succ.*, 2010, 864; Pret. Ceglie Messapico, 31 maggio 1989, in *Giust. Civ.*, 1989, I, 2753; Pret. Milano, 12 dicembre 1984, in *Giur.It.*, 1986, I, 2, 344; Pret. Roma, 5 aprile 1974, in *Giust. Civ.*, 1974, I, 1180.

In dottrina, per un'ampia ricognizione del problema, v. BARONCINI, *op.cit.*, 1017, la quale, muovendo dalla considerazione che l'applicazione della disciplina cautelare uniforme a misure estravaganti trova un limite nella cd. incompatibilità *iuris*, ossia nell'esistenza di riserve di specialità che trovano la propria ragione d'essere in precisi intenti di politica legislativa (così, TOMMASEO, *Variazioni sulla clausola di compatibilità (note in margine all'art. 669 quaterdecies c.p.c.)*, in *Riv.dir.proc.*, 1993, 704 ss.), afferma che, seppure l'art. 446 c.c. costituisca una misura di natura cautelare, la salvaguardia del principio di specialità si impone come limite di compatibilità all'applicazione del rito cautelare uniforme e, in particolare, all'ammissibilità di un ricorso *ante causam*. L'A. conclude, dunque, in favore dell'ammissibilità, nella fase processuale antecedente l'instaurazione del giudizio ordinario di alimenti, del provvedimento ex art. 700 c.p.c., che va a fungere, così, da norma di chiusura del sistema di tutela cautelare in ambito alimentare.

Favorevoli, per contro, ad una tutela cautelare *ante causam* in virtù dell'applicazione diretta delle norme sul rito cautelare uniforme: ZINGALES, *Tutela ex art. 446 cod.civ.*, cit.; PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 656; CECHELLA, in VACCARELLA-CAPPONI-CECHELLA, *Il processo civile dopo le riforme*, Torino, 1992, 351; FRUS, *Le condizioni di applicabilità del nuovo procedimento cautelare uniforme*, cit., 283.

¹²⁸ Cfr. Busetto, *op.cit.*, 251, il quale, aderendo all'annotata pronuncia del Tribunale di Venezia, che esclude la natura cautelare del provvedimento ex art. 446 c.c., osserva come, in merito al potere di modifica del provvedimento emesso dal Presidente, sia logico non concedere la possibilità al giudice istruttore della causa di merito di modificare il provvedimento del presidente. Per una critica a tale ricostruzione, si veda ZINGALES, *Tutela ex art. 446 cod.civ.*, cit., per il quale l'attribuzione di detto potere in capo al giudice istruttore non costituisce una inaccettabile disarmonia sistematica, ove si consideri che, in materia di separazione

tribunale (in luogo del giudice istruttore) sia di ostacolo al riconoscimento della natura cautelare del provvedimento. Purtroppo, non sembra – a sommosso parere di chi scrive – che il provvedimento presidenziale di cui all'art. 446 c.c. possa considerarsi quale effettiva estrinsecazione della potestà cautelare, in assenza di una situazione di *periculum* richiesta dalla norma per la sua pronuncia.

Invero, non sembra rinvenibile nella norma l'esistenza di un autonomo *periculum in mora*, diverso da quello sotteso in generale all'assegno alimentare definitivo, ossia dallo stato di bisogno e dalla impossibilità di provvedere al proprio mantenimento di cui all'art. 438 c.c. Il provvedimento presidenziale di cui all'art. 446 c.c. sembra più sussumibile nel *genus* delle misure anticipatorie di condanna¹²⁹, che non ascrivibile alle misure *stricto sensu* cautelari, posto che l'assegno alimentare provvisorio partecipa della stessa funzione del provvedimento definitivo, che non è quella di assicurare la futura attuazione del diritto alimentare, bensì di fornire immediata soddisfazione al diritto medesimo.

Come è stato correttamente osservato, la tutela cautelare non si caratterizza per una sua funzione esclusiva, poiché la medesima funzione di evitare che la durata del processo torni a danno dell'attore che ha ragione è assolta anche da taluni istituti di diritto sostanziale o da rimedi di carattere processuale, tra i quali i provvedimenti sommari non cautelari; le due tecniche procedimentali – quella cioè della tutela sommaria cautelare e non cautelare – sono “particolarmente contigue”, in quanto destinate ad assolvere alla stessa funzione di neutralizzare i danni derivanti all'attore che ha ragione dalla durata del processo a

dei coniugi, l'art. 709, comma 4 c.p.c. ammette addirittura la possibilità che il giudice istruttore revochi o modifichi i provvedimenti presidenziali adottati ai sensi dell'art. 708, comma 3 c.p.c.

¹²⁹ Sulla nozione di tutela anticipatoria, si rinvia agli autorevoli contributi di MANDRIOLI, *Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori o interinali*, cit., 551 ss.; CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino, 1997, *passim*; QUERZOLA, *Tutela cautelare e dintorni: contributo alla nozione di “provvedimento anticipatorio”*, in *Riv.Trim.Dir. e Proc. Civ.*, 2006, 787; FRISINA, *La tutela anticipatoria: profili funzionali e strutturali*, in *Riv.Dir.Proc.*, 1986, 364 ss.; SASSANI-TISCINI, voce *Provvedimenti anticipatori (diritto processuale civile)*, in *Enc. Dir.*, agg. Milano, 2002, V, 872 ss.

cognizione piena e di garantire quindi l'effettività della tutela giurisdizionale¹³⁰.

In particolare, pur nell'evidente difficoltà di ricostruire in modo omogeneo ed autonomo la categoria dei provvedimenti anticipatori non cautelari, si è osservato che l'elemento distintivo fondamentale risiede nel fatto che, mentre il provvedimento cautelare anticipatorio ha sempre la finalità di assicurare gli effetti della decisione di merito, quello anticipatorio non cautelare brilla di luce propria, perché i suoi effetti non sono finalizzati alla realizzazione pratica degli effetti del provvedimento finale, ma determinano di per sé stessi il soddisfacimento, sia pur provvisorio, delle pretese della parte¹³¹.

Ebbene, muovendo da tale premessa e dalla constatazione che, comunque, sul piano funzionale, i profili della tutela cautelare sono assai vaghi e confusi, non sembra che il provvedimento di cui all'art. 446 c.c. possa essere ricostruito alla stregua di una misura cautelare tipica, essendo sganciato dalla necessità di accertare in concreto la sussistenza del requisito del *periculum*.

A dispetto delle misure cautelari in senso stretto, l'istituto in esame rileva di per sé e non in funzione esclusiva della futura attuazione del provvedimento definitivo; il Presidente del tribunale non sarà, pertanto, condizionato dall'esistenza del *periculum* nella pronuncia del provvedimento di cui all'art. 446 c.c., ma semplicemente dall'esigenza di anticipare gli effetti che il provvedimento definitivo è destinato a produrre.

Di qui l'inapplicabilità delle norme sul rito cautelare uniforme e, per ciò che qui rileva, della tutela cautelare *ante causam*, come prevista dall'art. 669 *ter* c.p.c., che ne individua il giudice competente; con l'ulteriore corollario che l'assegno provvisorio di cui all'art. 446 c.c., il quale postula

¹³⁰ Le osservazioni sono di PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 595 ss. L'illustre Autore descrive il fenomeno dei rapporti tra tutela sommaria non cautelare e tutela sommaria cautelare come due cerchi parzialmente coincidenti laddove le due parti non coincidenti rappresentano il settore della tutela sommaria non cautelare rispondente a mere esigenze di economia dei giudizi ed il settore della tutela cautelare c.d. conservativa; mentre la parte coincidente rappresenta il settore della tutela sommaria non cautelare rispondente ad esigenze di effettività della tutela giurisdizionale e della tutela cautelare totalmente anticipatoria.

¹³¹ V. CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., 128.

la pendenza di un giudizio di determinazione degli alimenti, potrà essere richiesto, prima dell'instaurazione del relativo giudizio, soltanto attraverso il ricorso alla tutela cautelare innominata. E' di palmare evidenza, infatti, che la ricostruzione della natura dell'istituto in chiave anticipatoria non cautelare apre la via alla tutela cautelare atipica *ante causam* (ove ne ricorrano i presupposti), realizzandosi quella *lacuna legis* che consente l'utilizzo del rimedio di cui all'art. 700 c.p.c.

6. Brevi cenni alle nuove procedure in materia di separazione e divorzio introdotte dal d.l. 132/2014 (conv. in l. 162/2014). Limiti all'ammissibilità della tutela cautelare atipica.

L'indagine sin qui condotta non può concludersi senza un breve accenno ai nuovi strumenti – quello della negoziazione assistita e dell'accordo raggiunto innanzi all'ufficiale dello stato civile - introdotti dal d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modifiche nella l. 10 novembre 2014, n. 162¹³². Tali istituti, inseriti all'interno delle “*misure urgenti di degiurisdizionalizzazione*”¹³³ e degli “*interventi per la definizione dell'arretrato*”, consentono, per la prima volta nel nostro ordinamento, di addivenire alla separazione personale dei coniugi,

¹³² Le nuove disposizioni si applicano a decorrere dal trentesimo giorno successivo all'entrata in vigore della legge di conversione del decreto, ovvero a partire dall'11 dicembre 2014.

¹³³ Per un primo commento al d.l. n. 132/2014 ed alla legge di conversione n. 162/2014 si vedano i contributi di DANОВI, *Il d.l. n. 132/2014: le novità in tema di separazione e divorzio*, in *Fam.Dir.*, 2014, 949, il quale osserva come il termine “degiurisdizionalizzazione” sia, non soltanto linguisticamente ostico, ma soprattutto deludente dal punto di vista della sostanza “*in quanto tristemente disvelante un messaggio di sostanziale fallimento del sistema – giustizia*”; ID., *I nuovi modelli di separazione e divorzio: una intricata pluralità di protagonisti*, *ibid.*, 1141; CONSOLO, *Un d.l. processuale in bianco e nerofumo sullo equivoco della “degiurisdizionalizzazione”*, in *Corr.Giur.*, 2014, 1173; GRADI, *Inefficienza della giustizia civile e “fuga dal processo”*, in *www.judicium.it*; BORGHESI, *La delocalizzazione del contenzioso civile: sulla giustizia sventola bandiera bianca?*, *ivi*; BRIGUGLIO, *L'ottimistico decreto-legge sulla “degiurisdizionalizzazione” ed il trasferimento in arbitrato delle cause civili*, in *Riv. Arbitrato*, 2014, 633. Sul d.d.l. 4376 del 25.5.2011, denominato “*Disciplina della procedura partecipativa di negoziazione assistita da un avvocato*”, che, sulla scia dell'esperienza francese, ha condotto all'introduzione del nuovo istituto anche nel nostro ordinamento, v. BUGETTI, *Nuovi modelli di composizione della crisi coniugale tra collaborative law e tutela della libertà negoziale*, in *Nuova Giur.Civ.*, 2013, 269; PISELLI, *Negoziazione assistita. Un nuovo intoppo o un'opportunità?*, in *www.ilcaso.it*; BUFFONE, *Processo civile: tutte le novità (d.l. 132/2014, conv. con mod., in l. 162/2014)*, in *Il civilista*, 2014.

oppure al divorzio o alla modifica delle condizioni di entrambi, senza il necessario intervento giudiziale.

Simili strumenti – che, come di consueto, sono ispirati ad un intento deflattivo del contenzioso giudiziario - si collocano nel solco di quella tendenza, da ultimo avallata anche dalla giurisprudenza di legittimità¹³⁴, volta ad attribuire a ciascun coniuge un vero e proprio diritto alla separazione e ad acquistare poi, con il divorzio, la libertà di stato¹³⁵; un diritto che, in talune ipotesi codificate dalla recente legge, può ora essere esercitato anche attraverso gli strumenti dell'autonomia negoziale¹³⁶, senza il filtro dell'autorità giurisdizionale.

Gli artt. 6 e 12 del nuovo impianto normativo offrono, infatti, ai coniugi due nuove strade – che vanno ad aggiungersi al canale tradizionale del procedimento innanzi al Tribunale competente - per giungere alla separazione, al divorzio o alla modifica delle relative condizioni: quella della negoziazione assistita, con la necessaria presenza di un avvocato per parte, e quella dell'accordo raggiunto dai coniugi personalmente (con facoltà di farsi assistere da un avvocato) innanzi all'ufficiale dello stato civile, possibilità quest'ultima riservata tuttavia soltanto ai coniugi senza figli minori o economicamente non autosufficienti o incapaci oppure portatori di handicap grave.

¹³⁴ Ci si riferisce a Cass., 14 febbraio 2007, n. 3356, e Id., 9 ottobre 2007, n. 21099, entrambe in *Fam.Dir.*, 2008, 28, con nota di LA TORRE, *Perdita dell'affectio coniugalis e diritto alla separazione*; v. altresì, da ultimo, Cass., 21 gennaio 2014, n. 1164, in *Fam.Dir.*, 2015, 38, con nota di TOMMASEO, *La separazione giudiziale: basta volerla per ottenerla*, nella quale si sottolinea che, ai fini della separazione, non è necessaria la sussistenza di una situazione di conflitto riconducibile alla volontà di entrambi i coniugi, ben potendo la frattura dipendere dalla condizione di disaffezione e distacco di una delle parti, tale da rendere intollerabile la convivenza, pur desiderando l'altro coniuge continuarla. L'atteggiamento di disaffezione e distacco unilaterale può essere caratterizzato semplicemente dalla presentazione stessa del ricorso e dal successivo comportamento processuale in riferimento alle risultanze (negative) del tentativo di conciliazione; conf. Cass., 16 febbraio 2012, n. 2274, in *Dir.Fam.*, 2012, 691.

¹³⁵ In questi termini v. TOMMASEO, *La separazione giudiziale*, cit., 38.

¹³⁶ Cfr. BUGETTI, *op.cit.*, 269, la quale pone in evidenza la tendenza di operatori ed interpreti, negli ultimi anni, a favorire lo spostamento del baricentro della gestione della crisi familiare dalle aule giudiziarie all'autonomia privata, anche attraverso strumenti quali la mediazione familiare o il *collaborative divorce*; per BORGHESI, *op.cit.*, 19, il legislatore ha superato il tabù dell'assoluta intangibilità dei diritti indisponibili, ricollegando l'effetto dello scioglimento del matrimonio ad un semplice accordo delle parti, sia pur autorizzato dal p.m.

La prima opzione (negoziazione assistita), pur applicandosi indistintamente a tutte le coppie coniugate, si atteggia diversamente a seconda che vi siano o meno figli minori, oppure maggiorenni incapaci o portatori di handicap gravi ai sensi dell'art. 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104 ovvero economicamente non autosufficienti. Nel primo caso, l'accordo raggiunto dai coniugi attraverso la negoziazione assistita dovrà essere trasmesso al procuratore della repubblica, il quale potrà autorizzarlo, se l'accordo è rispondente all'interesse dei figli oppure trasmetterlo a sua volta al presidente del tribunale affinché fissi "*entro i successivi trenta giorni, la comparizione delle parti*" (art. 6, 2° comma l. 162/2014). In tale ultima ipotesi, si apre un procedimento innanzi al tribunale competente¹³⁷, su impulso del solo p.m. e senza alcuna domanda di parte¹³⁸.

Per converso, in assenza di figli minori o comunque bisognevoli di protezione, l'accordo raggiunto dai coniugi dovrà essere "*trasmesso al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale competente*", al quale tuttavia è demandato un controllo sulla mera regolarità formale¹³⁹; in caso di diniego del nulla osta per riscontrate irregolarità formali, si chiuderà la procedura di negoziazione assistita¹⁴⁰.

L'accordo raggiunto a seguito della negoziazione assistita dovrà essere trascritto negli atti dello stato civile e produrrà i medesimi effetti dei provvedimenti giudiziali che definiscono i procedimenti di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni della separazione e del divorzio. La totale equiparazione tra l'accordo raggiunto ed i provvedimenti giudiziali si estende anche all'efficacia esecutiva, nonché all'idoneità ai

¹³⁷ Non è chiaro se vi sia una trasformazione del rito in consensuale o congiunto o se, all'opposto, il presidente del tribunale si sostituisca al p.m. nel rilascio del nulla osta; sul punto v. DANOVI, *I nuovi modelli di separazione e divorzio*, cit., 1143.

¹³⁸ Così BORGHESI, *op.cit.*, 18; conf. GRADI, *op.cit.*, 108.

¹³⁹ Puntuali critiche alla previsione di un filtro da parte del p.m., soprattutto per le ipotesi in cui i rapporti riguardino esclusivamente i coniugi, sono state sollevate da DANOVI, *I nuovi modelli di separazione e divorzio*, cit., 1141 ss., il quale non manca di rilevare come il controllo del p.m. sia una sorta di *exequatur*, un suggello solo formale, di cui si fatica a comprendere il reale significato. L'introduzione di un controllo da parte del Procuratore della Repubblica – osserva l'A. – contrasta con la stessa idea di fondo della negoziazione assistita, per la quale la soluzione della controversia deve essere responsabilmente affidata ai difensori, garanti degli interessi delle parti.

¹⁴⁰ In tal senso v. BORGHESI, *op.cit.*, 19.

fini dell'iscrizione di ipoteca giudiziale¹⁴¹; tuttavia, ove l'accordo includa patti di trasferimento immobiliare, la relativa sottoscrizione dovrà essere autenticata da un notaio o altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato oppure l'accordo medesimo dovrà essere stipulato per atto pubblico.

La seconda opzione alternativa al processo ordinario (accordo raggiunto dinanzi all'ufficiale dello stato civile) è riservata alle sole coppie di coniugi prive di figli minori o economicamente non autosufficienti o incapaci o portatori di handicap grave (art. 12); a differenza del precedente schema procedimentale, qui la presenza del difensore è meramente facoltativa e sono vietati “*i patti di trasferimento patrimoniale*”¹⁴². Nei soli casi di separazione o divorzio (con esclusione, dunque, della modifica delle condizioni), l'ufficiale dello stato civile, dopo aver ricevuto la dichiarazione dei coniugi, dovrà invitarli a comparire di fronte a sé per la conferma dell'accordo; la mancata comparizione è assimilata alla mancata conferma dell'accordo e quindi importa la rinuncia al procedimento.

Dopo questa rapida “carrellata” dei nuovi modelli legislativi introdotti dalla recentissima legge – cui può essere dedicato solo un fugace cenno, non essendo questa strettamente correlata all'oggetto della presente indagine – occorre domandarsi se, all'interno di siffatti procedimenti sia ammissibile ed in quale misura il ricorso alla tutela cautelare d'urgenza.

In linea di principio, ove le esigenze cautelari sorgano prima del raggiungimento di un accordo sulle condizioni della separazione o del divorzio (o sulla modifica delle relative condizioni), non v'è dubbio che si

¹⁴¹ In proposito, v. DANOVI, *Il d.l. n. 132/2014*, cit., 952, il quale aggiunge che l'accordo deve altresì considerarsi idoneo, in caso di inadempimento dell'obligato, a formulare eventuali richieste delle garanzie patrimoniali di cui agli artt. 156 c.c. e 8 l.div., nonché a fondare l'esecuzione diretta contro il terzo sempre ai sensi della norma da ultimo richiamata.

¹⁴² Simile inciso ha sollevato non pochi dubbi interpretativi; si è osservato, infatti, che, interpretato in senso letterale, parrebbe vietare qualunque previsione di natura economica (ivi inclusi assegni di mantenimento o divorzile); tuttavia, se così fosse, con tale procedimento i coniugi potrebbero soltanto chiedere la separazione o il divorzio, senza ulteriori condizioni. Pare, invece, preferibile accogliere un'interpretazione più elastica, che vieti soltanto gli atti di trasferimento immobiliare, consentendo la previsione di obbligazioni di natura economica quali l'assegno di mantenimento o divorzile; diversamente, non si spiegherebbe perché tale procedimento sia previsto anche per la modifica delle condizioni della separazione o del divorzio. V. *amplius* DANOVI, *Il d.l. n. 132/2014*, cit., 954.

possa ricorrere alla tutela d'urgenza, non ostandovi in tal senso la pendenza di trattative tra i rispettivi difensori o tra i coniugi personalmente; la stessa legge di riforma, infatti, benché in talune ipotesi (non è il caso della separazione o del divorzio) configuri la negoziazione assistita quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale¹⁴³, non preclude la concessione dei provvedimenti cautelari, i quali, per intuitive ragioni di urgenza, non possono attendere l'esperimento della procedura di negoziazione assistita¹⁴⁴. A maggior ragione, pertanto, pare legittimo il ricorso alla tutela cautelare d'urgenza nell'ambito familiare – ove la procedura di negoziazione assistita rappresenta un modello sostitutivo rispetto al procedimento ordinario, e non già una condizione di procedibilità della domanda - sempreché ovviamente sussistano i presupposti del *periculum* irreparabile ed imminente.

Se tali conclusioni non sembra possano suscitare soverchi dubbi, più complessa è la questione dell'ammissibilità della tutela d'urgenza nel caso in cui le esigenze cautelari sopraggiungano *dopo* il raggiungimento di un accordo a seguito di convenzione di negoziazione assistita oppure dopo la sottoscrizione dell'accordo innanzi all'ufficiale dello stato civile.

La questione può essere indagata muovendo dai risultati cui è pervenuta la dottrina più attenta nell'ambito dei giudizi di separazione consensuale e di divorzio a domanda congiunta¹⁴⁵, laddove si è escluso il ricorso al provvedimento d'urgenza in considerazione dell'assenza di conflittualità che connota simili procedimenti. In particolare, si è osservato che, nel procedimento di separazione consensuale, inquadrabile nell'ambito delle procedure camerali di carattere non contenzioso ovvero di natura tipicamente volontaria, non è possibile

¹⁴³ Si tratta dei casi in cui si intenda: esercitare in giudizio un'azione in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti, oppure proporre in giudizio una domanda di pagamento di una somma non eccedente € 50.000,00, ad eccezione delle controversie già assoggettate alla c.d. mediazione obbligatoria.

¹⁴⁴ Così come in pendenza della mediazione civile (art. 5, d.lgs. 28/2010) o prima della sua introduzione è sempre consentito il libero accesso alla tutela cautelare. Sul punto v. PANZAROLA, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 832.

¹⁴⁵ Ci si riferisce, in particolare, a VULLO, *Provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c. e processi di separazione e di divorzio*, cit., 502 ss.

giovarsi della tutela cautelare atipica, non essendovi un contrasto vertente su diritti¹⁴⁶.

Mutuando le conclusioni cui è pervenuta la dottrina in tale materia, può legittimamente affermarsi che, una volta raggiunto l'accordo tra i coniugi – accordo che può essere formalizzato indifferentemente in un giudizio di separazione consensuale o di divorzio congiunto oppure in una procedura di negoziazione assistita o, ancora, in un procedimento innanzi all'ufficiale di stato civile – non vi sono margini di ammissibilità del ricorso d'urgenza, proprio in ragione del fatto che simili procedimenti sono fondati tutti egualmente sull'accordo tra le parti.

Tuttavia, se in siffatte ipotesi l'esclusione della tutela cautelare d'urgenza appare scontata per l'assenza di un conflitto tra le parti, a conclusioni diverse potrebbe giungersi in caso di revoca del consenso da parte di un coniuge nel corso della procedura. Ancorché non sia questa la sede per analizzare compiutamente il tema della revoca del consenso – tema ampiamente sviscerato da dottrina e giurisprudenza

¹⁴⁶ In questo senso v. VULLO, *op.ult.loc.cit.*; negano altresì la tutela cautelare atipica nei procedimenti in camera di consiglio: ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., 249; MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 45; MICHELI, voce *Camera di consiglio (diritto processuale civile)*, in *Enc.dir.*, V, Milano, 1959, 981 ss., in part. 992, secondo cui è da escludere che possano, rispetto ai procedimenti camerale, invocarsi misure cautelari tipiche, previste per il processo contenzioso, o addirittura quelle innominate dell'art. 700 c.p.c.; CIVININI, *I procedimenti in camera di consiglio*, in *Giurisprudenza sistematica di Diritto processuale civile*, diretta da PROTO PISANI, Torino, 1994, II, 214, secondo cui il ricorso alla tutela d'urgenza è senz'altro escluso con riferimento a procedimenti unilaterali e bi- e plurilaterali nei quali si attua la mera gestione di interessi, non emergendo un diritto che possa essere fatto valere in via ordinaria; l'ammissibilità del ricorso alla tutela urgente deve ritenersi esclusa – secondo l'Autrice – anche con riferimento ai procedimenti camerale in cui sono dedotti diritti soggettivi, difettando in tale ipotesi la strumentalità rispetto al processo a cognizione piena; per PROTO PISANI, voce *Provvedimenti d'urgenza*, cit., 9, il ricorso all'art. 700 c.p.c. sembra da escludersi nelle ipotesi di procedimenti unilaterali e bilaterali relativi ad interessi, mentre in quelli bilaterali relativi a diritti gli unici elementi che potrebbero indurre ad escludere l'ammissibilità dei provvedimenti d'urgenza sono dati dall'estrema semplicità della disciplina del procedimento di primo grado e dalla possibilità “se vi sono ragioni di urgenza” di “disporre che il decreto abbia efficacia immediata”; cfr. tuttavia, PANZAROLA, *op.ult.cit.*, 834, il quale rileva correttamente che i procedimenti camerale sono utilizzati, non solo per la cura di interessi, ma anche per la decisione su diritti e quindi non è possibile coltivare un atteggiamento di pregiudiziale chiusura nei confronti del ricorso alla tutela cautelare innominata. In giurisprudenza, v. Trib. Modena, 3 aprile 2013, in *www.dejure.it*, che esclude la compatibilità del ricorso d'urgenza ex art.700 c.p.c. rispetto ai procedimenti in camera di consiglio; Trib. Nola, 3 febbraio 2009, in *Giur.Merito*, 2010, 2120, con nota di POLICELLA, *La videosorveglianza nei condomini*, per l'affermazione secondo cui la procedura camerale di carattere non contenzioso, non attenendo alla risoluzione di questione di diritti, preclude un'azione giudiziaria di tipo contenzioso (nel caso di specie, un ricorso ex art. 700 c.p.c.).

nell'ambito dei procedimenti di separazione consensuale¹⁴⁷ e di divorzio su domanda congiunta¹⁴⁸ - giova osservare che se entrambi i coniugi

¹⁴⁷ La questione della revocabilità unilaterale del consenso nell'ambito della separazione personale dei coniugi ha dato luogo ad ampie ed accese discussioni dottrinali, nonché a contrastanti pronunce giurisprudenziali. La dottrina prevalente tende ad ammettere la revoca unilaterale del consenso intervenuta prima o durante l'udienza presidenziale (cioè nello spazio temporale tra la sottoscrizione del ricorso e la data dell'udienza), ma a negarla dopo l'udienza presidenziale, nelle more dell'omologazione. In tal senso si vedano, tra gli altri, CARNELUTTI, *Separazione per accordo tra i coniugi*, in *Riv.Dir.Proc.Civ.*, 153, in nota a Cass., 3 marzo 1936; SCARDULLA, *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio*, Milano, 1996, 89; BRECCIA, *Separazione personale dei coniugi*, in *Dig., disc.priv.sez.civ.*, XVIII, Torino, 2000, 351 ss., spec. 374; MANDRIOLI-CARRATTA, *Diritto processuale civile*, Torino, 2014, 124; SALA, *La rilevanza del consenso dei coniugi nella separazione consensuale e nella separazione di fatto*, in *Riv.Trim.Dir.Proc.Civ.*, 1996, 1031 ss., in part. 1034; D'ANTONIO, *Irrevocabilità del consenso dei coniugi alla separazione*, in *Riv.Dir.Civ.*, 1959, II, 459; MEZZANOTTE, *Separazione consensuale dei coniugi: il problema della revocabilità unilaterale del consenso prima della omologazione*, in *Giur.Merito*, 2007, 81 ss.; sull'argomento v. altresì BUGETTI, *Le rinunce ai diritti contenute nell'accordo di separazione*, in *Riv.Trim.Dir.Proc.Civ.*, 2012, 957 ss.; in senso opposto, e cioè a favore della revocabilità del consenso nelle more dell'omologazione v. AZZOLINA, *La separazione personale dei coniugi*, cit., 212; CALIENDO, *Sulla revocabilità unilaterale del consenso alla separazione consensuale*, in *Fam.Dir.*, 1996, 335, ed ivi per ulteriori riferimenti bibliografici.

La giurisprudenza è divisa sul punto; propendono per l'irrevocabilità del consenso nelle more dell'omologazione: Trib. Messina, 4 ottobre 2005, in *www.dejure.it*; App. Napoli, 29 gennaio 1996, in *Fam.Dir.*, 1996, 335, con nota critica di CALIENDO, *Sulla revocabilità unilaterale del consenso alla separazione consensuale*, cit.; Trib. Bari, 22 gennaio 1994, in *Foro It.*, 1994, I, 2913; Trib. Bari, 3 marzo 1993, in *Foro It.*, 1993, I, 1274; Trib. Monza, 19 novembre 1992, in *Corr.Giur.*, 1993, 205, con nota parzialmente critica di CALIENDO, *Inefficacia della revoca unilaterale del consenso alla separazione*; App. Roma, 3 luglio 1986, in *Foro It.*, 1986, I, 3133; per contro, ammettono la revoca del consenso anche dopo l'udienza presidenziale: Cass., 24 agosto 1990, n. 8712, in *Corr.Giur.*, 1990, 1009; App. Reggio Calabria, 2 marzo 2006, in *Giur.Merito*, 2007, 80; Trib. Torino, 6 novembre 2000, in *Gius*, 2002, 97; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 3 ottobre 1995, in *Fam.Dir.*, 1996; App. Bari, 30 agosto 1993, in *Foro It.*, 1994, I, 589; Trib. Milano, 11 luglio 1991, in *Dir.Fam.*, 1991, 1056; Trib. Napoli, 13 marzo 1989, in *Dir.Fam.*, 1988, 135; App. Venezia, 11 giugno 1983, in *Giur.Merito*, 1984, I, 11; Trib. Milano, 10 novembre 1982, in *Dir.Fam.*, 1982, 1358, con nota di NAPPI, *Sulla revocabilità del consenso dei coniugi nel procedimento di separazione consensuale*; App. Palermo, 26 marzo 1976, in *Dir.Fam.*, 1976, 1158; App. Milano, 13 novembre 1973, in *Giur.It.*, 1974, I, 2, 695; App. Palermo, 26 marzo 1976, in *Dir.Fam.*, 1976, 1158; Trib. Lecce, 15 giugno 1948, in *Foro It.*, 1949, I, 655; Trib. Napoli, 6 febbraio 1947, in *Foro It.*, 1948, I, 60, con osservazioni di FERRI; Cass., 3 marzo 1936, cit.

¹⁴⁸ Più complicato è il tema della revoca del consenso in materia di divorzio congiunto, ove sono state prospettate soluzioni variamente articolate; v. SALETTI-VANZ, *Procedimento e sentenza di divorzio*, in *Il diritto di famiglia*. Trattato diretto da Bonilini-Cattaneo, *Famiglia e matrimonio*, Torino, 2007, 743, secondo cui la revoca del consenso comporta l'improcedibilità del ricorso; conf. SALA, *La rilevanza del consenso dei coniugi*, cit., 1094; per contro, secondo BASILICO, *Qualche osservazione in tema di divorzio su domanda congiunta*, in *Riv.Dir.Civ.*, 1991, II, 259, la revoca sarebbe preclusa; per MANDRIOLI-CARRATTA, *op.cit.*, 145, sulla domanda di divorzio congiunto il tribunale deve *giudicare*, esattamente come nel procedimento contenzioso, il che implica la possibilità di ripensamenti, da parte dell'uno o dell'altro coniuge, con conseguente possibilità di applicare le regole in tema di *emendatio* (consentita) e di *mutatio* (non consentita) *libelli*; v. altresì FINOCCHIARO, *Pretesa irretrattabilità del consenso prestata dai coniugi alla domanda congiunta di divorzio*, in

revocano il proprio consenso, *nulla quaestio*; in tal caso, infatti, si chiuderà il procedimento e ciascun coniuge, in caso di sopravvenute esigenze cautelari, potrà ricorrere al tribunale in via d'urgenza. Ma *quid* in caso di revoca unilaterale del consenso?

E' lecito domandarsi sino a quale momento sia consentita la revoca, ovvero se sia ammissibile sino alla sottoscrizione dell'accordo oppure sino al momento in cui non sarà concluso l'*iter* procedurale previsto dalla recente riforma; la risoluzione della questione è, infatti, inscindibilmente connessa al momento perfezionativo dell'accordo raggiunto tra i coniugi.

Esaminiamo partitamente le due nuove forme procedurali introdotte dalla novella del 2014. Con riferimento alla convenzione di negoziazione assistita, il dato di partenza, *ex positivo iure*, è rappresentato dall'art. 6, commi 2 e 3 del d.l. 132/2014, il quale, da un lato, prevede che l'accordo raggiunto dai coniugi "è trasmesso al procuratore della Repubblica

Giust.Civ., 1999, 819, il quale rileva che, in caso di revoca del consenso all'udienza collegiale, il tribunale deve disporre la rimessione degli atti al presidente del Tribunale perché, previo esperimento del tentativo di conciliazione, nomini un giudice istruttore, o alternativamente, specie nell'ipotesi in cui tale tentativo sia stato già espletato senza esito dal collegio nell'udienza in camera di consiglio, nomini un giudice istruttore, per la trattazione della causa secondo il rito "ordinario" delle normali cause di divorzio; conf. SCARDULLA, *op.cit.*, 825; *contra*, CIPRIANI, *La nuova disciplina processuale*, in CIPRIANI-QUADRI, *La nuova legge sul divorzio, II, Presupposti – Profili personali e processuali*, Napoli, 1988, 237 ss., spec. 330 ss., il quale ritiene che, se entrambi i coniugi sono legittimati a chiedere il divorzio, la rinuncia dell'uno non incide sul diritto dell'altro di coltivare il processo e ottenere la sentenza di accoglimento; quel che rileva, per l'A., è l'accordo esistente all'inizio del processo e non la sua permanenza per tutto il corso del giudizio.

Nel panorama giurisprudenziale, per vero assai scarno in materia di revoca del consenso nel divorzio congiunto, si veda Cass., 8 luglio 1998, n. 6664, in *Giust.Civ.*, 1999, 819, con nota critica di FINOCCHIARO, *Pretesa irretrattabilità del consenso prestata dai coniugi alla domanda congiunta di divorzio*, cit., per la quale la domanda "congiunta" di divorzio significa iniziativa processuale comune e paritetica, e non equivale alla "somma" di due distinte domande di divorzio, né alla "adesione" di una parte alla domanda presentata dall'altra. Ciò comporta l'inammissibilità di una rinuncia unilaterale, poiché alla domanda congiunta possono rinunciare congiuntamente soltanto entrambe le parti. Solamente nell'ipotesi – prosegue la Corte - che la proposizione della domanda congiunta sia stata frutto di errore, violenza o dolo a danno di una delle parti, questa avrebbe la facoltà di chiedere l'annullamento del proprio consenso, invalidamente prestato, mentre non può essere ritenuta ammissibile una revocabilità "ad nutum", frutto di un immotivato "pentimento"; cfr. App. Bari, 10 ottobre 1996, in *Foro It.*, 1997, I, 3000, che dichiara improseguibile la domanda congiunta di divorzio in caso di revoca del consenso da parte di un coniuge; Trib. Napoli, 19 gennaio 1989, in *Dir.Fam.*, 1989, 669, che dichiara inammissibile la domanda di divorzio; conf. Trib. Napoli, 15 marzo 1988, in *Giur.Merito*, 1988, 980, con nota critica di FINOCCHIARO, *Prime applicazioni (e disapplicazioni) della nuova legge sul divorzio (6 marzo 1987 n. 74)* e in *Giur.It.*, 1989, I, 2, 54, con nota critica di CIPRIANI, *Ostracismo per il procedimento camerale di divorzio?*

presso il tribunale competente” che, ove non ravvisi irregolarità, comunica il nullaosta agli avvocati o, in presenza di figli minori o bisognosi di protezione, lo autorizza in quanto rispondente agli interessi dei figli; dall’altro, precisa che *“l’accordo raggiunto a seguito della convenzione produce gli effetti dei provvedimenti giudiziali”*.

Il dettato normativo non offre elementi certi per individuare il momento in cui si perfezioni l’accordo (e quindi non sia più ammissibile la revoca del consenso), posto che, se può apparire *“in qualche modo dirompente consentire la produzione di effetti sullo status al semplice accordo concluso per il tramite dell’avvocato e avanti a questo sottoscritto”*¹⁴⁹, non è men vero che l’art. 3 l.div., come modificato dal d.l. 132/2014, ricollega ora la decorrenza del triennio ai fini della proposizione della domanda di divorzio proprio alla *“data certificata nell’accordo di separazione raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita da un avvocato”*; e tuttavia, gli effetti della stipulazione dell’accordo sono condizionati all’esito positivo della procedura diretta al rilascio del nullaosta o dell’autorizzazione da parte del p.m.

A ben vedere, sotto questo profilo la situazione non è sensibilmente mutata rispetto al passato, atteso che l’avvocato della parte deve ora svolgere le funzioni del presidente del tribunale (mi si passi la similitudine), dovendo lo stesso dare atto nell’accordo di aver tentato la conciliazione tra i coniugi, di aver informato le parti della possibilità di esperire la mediazione familiare, nonché dell’importanza per il minore di trascorrere tempi adeguati con ciascuno dei genitori. Mi sentirei, quindi, di accostare, ai fini che qui rilevano, la stipulazione della convenzione di negoziazione assistita davanti all’avvocato alla sottoscrizione delle condizioni di separazione innanzi al presidente del tribunale.

Se così è, deve allora concludersi che è da questo momento – e non già dal momento successivo della ricezione del nullaosta o dell’autorizzazione da parte del p.m. – che può ritenersi perfezionato

¹⁴⁹ Così, DANOVI, *Il d.l. n. 132/2014*, cit., 952, il quale aggiunge altresì che, per quanto riguarda i rapporti tra separazione e divorzio, si finirebbe per “ancorare” a un dato temporale privo di idonee garanzie di certezza lo stesso termine per poter in seguito instaurare il procedimento di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio.

l'accordo di separazione o divorzio; attingendo alle conclusioni cui è pervenuta la dottrina prevalente in materia di separazione consensuale, può dunque affermarsi che, dopo la sottoscrizione della convenzione di negoziazione assistita ai fini della soluzione consensuale di separazione personale, cessazione degli effetti civili o scioglimento del matrimonio, non è più ammessa la revoca del consenso e quindi deve escludersi il ricorso alla tutela cautelare d'urgenza.

I termini del problema, invece, sono diversi in caso di stipulazione, innanzi al sindaco, quale ufficiale dello stato civile, di un accordo di separazione personale o di divorzio congiunto; a tutta prima, infatti, si potrebbe pensare che si possano utilizzare anche qui le conclusioni cui è giunta la dottrina in merito alla revoca del consenso nel procedimento di separazione consensuale. Senonché, in questo caso l'art. 12 del d.l. 132/2014 disciplina un particolare *iter* da seguire, che prevede dapprima la comunicazione all'ufficiale dello stato civile, da parte di ciascun coniuge "personalmente", dell'accordo raggiunto in merito alla separazione consensuale o al divorzio e, in un secondo momento, la convocazione dei coniugi innanzi al sindaco per la conferma dell'accordo, con la precisazione che "*la mancata comparizione equivale a mancata conferma dell'accordo*".

Stando alla previsione normativa, per vero alquanto confusa sul punto¹⁵⁰, sembra che l'accordo produca effetti soltanto a seguito dell'avvenuta conferma da parte dei coniugi, convocati dall'ufficiale dello stato civile decorso il termine dilatorio di trenta giorni; è a questo momento, dunque, che dovrebbe ricondursi il perfezionamento dell'accordo che, se non confermato, sarebbe privo di effetti.

Se la ricostruzione poc'anzi svolta è corretta, ne deriva che, sino al momento della conferma dell'accordo, ciascun coniuge sarà libero di revocare il proprio consenso, rinunciando in tal modo alla procedura innanzi all'ufficiale dello stato civile; dopo la conferma dell'accordo

¹⁵⁰ Critica la confusione della norma nella individuazione del preciso percorso da seguire DANOVI, *I nuovi modelli di separazione e divorzio*, cit., 1151, il quale sottolinea altresì che permangono dubbi circa la tipologia di controllo che l'ufficiale dello stato civile è tenuto ad effettuare circa la sussistenza dei presupposti per la modifica dello *status*.

innanzi al sindaco, sarà precluso il ricorso alla tutela cautelare innominata, essendosi perfezionato l'accordo tra i coniugi sulla separazione consensuale o il divorzio congiunto.

7. Considerazioni conclusive.

E' giunto il momento di tirare le fila del discorso e rispondere al quesito formulato all'inizio del capitolo. Se le considerazioni sopra svolte sono corrette, si può concludere la prima parte della presente indagine affermando che, anteriormente alla proposizione della domanda di separazione coniugale, è ammissibile il ricorso alla tutela cautelare atipica, sia pur nei limiti sopra indicati, non essendo i diversi mezzi di tutela privilegiata del credito alimentare idonei ad evitare entrambi i *pericula* paventati.

Per vero, ove il creditore alimentare tema che il coniuge allontanatosi dalla casa coniugale possa disperdere il patrimonio familiare, potrà ricorrere al sequestro di cui all'art. 146, terzo comma c.c., onde scongiurare il rischio di rendere vana l'esecuzione forzata che potrà essere esperita nel tempo; ma tale misura conservativa non lo porrà al riparo dai danni che potrebbero derivargli dal dover attendere i tempi del processo ordinario. Per converso, il decreto di cui all'art. 316 *bis*, secondo comma c.c., sebbene idoneo a fornire una celere tutela alle esigenze di mantenimento della prole, non consente di neutralizzare tutti i possibili *pericula* che si possano verificare in concreto e soprattutto non fornisce una tutela *inaudita altera parte* per i casi di particolare urgenza. Sullo sfondo, vi è l'assegno provvisorio di cui all'art. 446 c.c., il quale, oltre ad avere una dimensione applicativa assai ridotta, non è idoneo a fornire una tutela *ante causam*, postulando in ogni caso la pendenza di un giudizio di merito diretto a determinare modo e misura della prestazione alimentare.

Dunque, sebbene il legislatore, consapevole della rilevanza e delicatezza degli interessi in gioco, abbia previsto una vasta gamma di strumenti di tutela privilegiata del credito di mantenimento, residuano talune esigenze cautelari che non possono ricevere tutela giudiziaria se non attraverso lo strumento atipico del provvedimento d'urgenza.

Resta un ultimo problema da affrontare: ammessa, sia pur in misura ridotta, la tutela cautelare atipica prima dell'instaurazione del procedimento di separazione coniugale, occorre accennare all'ulteriore questione del coordinamento tra l'eventuale misura cautelare concessa ai sensi dell'art. 700 c.p.c. ed il successivo, eventuale giudizio di separazione; in particolare, il problema che si pone è quello di coordinare la misura cautelare atipica con la successiva pronuncia dei provvedimenti presidenziali ex art. 708 c.p.c.

La questione pare, tuttavia, agevolmente superabile nel senso che il provvedimento d'urgenza verrà assorbito dall'ordinanza presidenziale, la quale ha solitamente un contenuto più ampio che abbraccia, non solo la tutela del diritto al mantenimento in favore della prole e del coniuge, ma anche altri profili di carattere patrimoniale e non. La misura cautelare atipica dovrà, pertanto, cedere il passo di fronte ai provvedimenti presidenziali, i quali sostituiranno *in toto* e *sin dalla* loro pronuncia il provvedimento d'urgenza emesso *ante causam*¹⁵¹ (sulla natura giuridica dei provvedimenti presidenziali ci si soffermerà oltre).

Similmente, si è affermato in dottrina che le misure sommarie, cautelari e non, pronunciate *ante causam* (vale a dire, i diversi strumenti di tutela del credito alimentare sopra esaminati) perdono efficacia con la pronuncia dei provvedimenti presidenziali emessi nel giudizio di separazione¹⁵². A suffragio di quanto sopra, si è rinvenuto un utile riscontro sistematico nella legge 154/2001, la quale ha risolto positivamente l'accennata questione prevedendo che, in caso di adozione di ordini di protezione contro gli abusi familiari, tali misure

¹⁵¹ Secondo DI IASI, *op.cit.*, 1910, tale soluzione sembra obbligata; conf., con riferimento al provvedimento d'urgenza concesso *ante causam* o prima dell'udienza di comparizione dei coniugi per il tentativo di conciliazione, v. VULLO, *Giudizi di separazione e divorzio e provvedimenti d'urgenza*, cit.

¹⁵² CEA, *Crisi del matrimonio e tutela sommaria*, cit., 1184, osserva che, in costanza di convivenza coniugale, vengono in discussione i diritti e gli obblighi nascenti dal matrimonio; quando tale *status* muta, passando a quello di separato o di divorziato, muta la relativa disciplina sostanziale, con la conseguenza che gli eventuali provvedimenti presi a tutela dei diritti nascenti dal matrimonio devono necessariamente cedere il passo alle omologhe misure prese a tutela dei diritti derivanti dalla separazione o divorzio. L'unica peculiarità è data dal momento temporale in cui si verifica tale mutamento di disciplina che viene anticipato ad un momento precedente il passaggio in giudicato della decisione, quello, cioè, in cui il presidente pronuncia i provvedimenti nell'interesse della prole e dei coniugi.

perdano efficacia con la pronuncia, nei giudizi di separazione e divorzio, dei provvedimenti presidenziali nell'interesse dei coniugi e della prole (art. 8, secondo comma, l. 154/2001)¹⁵³.

Analogamente, può ritenersi che le misure sommarie, cautelari e non, cessino di produrre effetti con la pronuncia dei provvedimenti presidenziali ex art. 708 c.p.c., i quali si sovrapporranno, sostituendolo, al regolamento provvisorio adottato *prima* dell'instaurazione del procedimento di separazione coniugale.

¹⁵³ Sul punto v. ancora CEA, *op.ult.cit.*, 1185.

CAPITOLO 3

TUTELA CAUTELARE ATIPICA

E FAMIGLIA DI FATTO

1. Premessa. 2. Applicabilità dell'art. 700 c.p.c. alle unioni di fatto a cautela della finalità sottesa all'art. 146, terzo comma c.c. 3. Nuovo art. 316 *bis* c.c. e provvedimento d'urgenza. 4. Riparto della competenza tra giudice ordinario e tribunale per i minorenni. 5. Rito camerale e garanzie costituzionali. 6. Provvedimenti provvisori ed urgenti e rito camerale. 7. Osservazioni conclusive.

1. Premessa.

Allo stato attuale della nostra legislazione, le unioni non legate da vincolo di coniugio sono tuttora prive di riconoscimento normativo e, pertanto, soggiacciono alle norme sostanziali e processuali generali, senza poter fruire di un trattamento *ad hoc*. Nessun riconoscimento giuridico, infatti, è stato dato sinora alle unioni di fatto¹⁵⁴ in quanto tali, se non limitatamente a qualche sporadico intervento normativo o giurisprudenziale volto a tutelare la coppia di fatto quale “formazione sociale” (art. 2 Costituzione), fonte di doveri morali e sociali per ciascun convivente¹⁵⁵.

I rapporti personali e patrimoniali tra gli ex conviventi (a titolo di esempio, gli acquisti comuni oppure i contratti sottoscritti da entrambi) restano, pertanto, regolati dalle norme generali, senza possibilità alcuna di invocare la disciplina dettata a tutela della famiglia fondata sul matrimonio¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Tra i numerosi contributi sulla famiglia di fatto, si vedano DOGLIOTTI, voce “*Famiglia di fatto*”, in *Digesto Civ.*, VIII, Torino, 1992, 188 ss; ROPPO, voce “*Famiglia di fatto*”, in *Enc. Giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989 e postilla di aggiornamento di ROPPO-BENEDETTI; ALPA, *La famiglia di fatto: profili attuali*, in *Giur. It.*, 1989, IV, 401; BERNARDINI, *La convivenza fuori del matrimonio: tra contratto e relazione sentimentale*, Padova, 1992; D'ANGELI, *La tutela delle convivenze senza matrimonio*, Torino, 2001; BALESTRA, *La famiglia di fatto*, Padova, 2004.

¹⁵⁵ Sulla tutelabilità della famiglia di fatto in quanto formazione sociale a norma dell'art. 2 Cost., v. Cass., 19 giugno 2009, n. 14343, in *Il civilista* 2010, 11, 60; v. altresì la recente sentenza della Corte, 20 giugno 2013, n. 15481, che ha riconosciuto rilevanza alla violazione dei diritti fondamentali della persona anche all'interno di una unione di fatto, che abbia caratteristiche di serietà e stabilità, avuto riguardo alla irrinunciabilità del nucleo essenziale di tali diritti, riconosciuti, ai sensi dell'art. 2 Cost., in tutte le formazioni sociali in cui si svolge la personalità dell'individuo.

¹⁵⁶ La Consulta (Corte Cost., 13 maggio 1998, n. 166, in *Fam. e Dir.*, 1998, 205, con nota parzialmente adesiva di CARBONE, *La Consulta non riconosce la famiglia di fatto, ma tutela il diritto dei figli all'abitazione*; in *Giur. It.*, 1998, 1783, con nota di

Non si pone, quindi, in linea di principio, alcun problema di riconoscimento di un eventuale assegno di mantenimento in favore dell'ex convivente¹⁵⁷ o di violazione di doveri personali tra due persone non coniugate, non derivando dall'unione di fatto diritti tutelabili *ex se*¹⁵⁸.

COSSU, *Direttive costituzionali e famiglia di fatto: tutela della filiazione naturale e garanzia delle libertà individuali*), chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 155, quarto comma c.c. e del combinato disposto degli artt. 151, primo comma e 155 c.c. nella parte in cui non prevedono che la separazione giudiziale ed i provvedimenti riguardanti i figli e l'assegnazione della casa familiare possano essere richiesti al giudice dal convivente *more uxorio* con il procedimento disciplinato dagli artt. 706, 707, 708 e 709 c.p.c., ha affermato che la convivenza *more uxorio* rappresenta l'espressione di una scelta di libertà dalle regole che il legislatore ha sancito in dipendenza dal matrimonio; da ciò deriva che l'estensione automatica di queste regole alla famiglia di fatto potrebbe costituire una violazione dei principi di libera determinazione delle parti.

La giurisprudenza, inizialmente poco incline ad attribuire rilevanza alla convivenza *more uxorio*, ha, tuttavia, successivamente riconosciuto un diritto all'abitazione della casa ove si è svolta la vita in comune. In proposito, si veda Cass., 26 maggio 2004, n. 10102, in *Giust. Civ.*, 2005, I, 725, con nota parzialmente adesiva di GIACOBBE, *Responsabilità per la procreazione ed effetti del riconoscimento del figlio naturale*, la quale ha riconosciuto la legittimità del provvedimento con il quale era stato attribuito il diritto di (continuare ad) abitare nella casa familiare al convivente cui erano stati affidati i figli minorenni o convivente con figli maggiorenni ma non economicamente autosufficienti; conf. Cass., 15 settembre 2011, n. 18863, in *Fam.Dir.*, 2012, 579, con nota di VESTO, *Affidamento condiviso e assegnazione della casa familiare in caso di rottura della convivenza more uxorio*; cfr. altresì Trib. Perugia, 22 settembre 1997, in *Foro It.*, 1997, I, 3686, che ha attribuito una sia pur limitata tutela possessoria al convivente *more uxorio* contro l'altro convivente che l'abbia estromesso dall'abitazione comune. In argomento v. FERRANDO, *Crisi della convivenza more uxorio e abitazione familiare*, in *Fam. Dir.*, 1998, 255, in nota a Trib. Messina, 10 settembre 1997.

Sul lungo cammino che ha condotto, da un iniziale disfavore per la convivenza *more uxorio* ad un, sia pur ridotto, riconoscimento del fenomeno, si veda MONTEVERDE, *La famiglia non fondata sul matrimonio – La convivenza more uxorio*, in *Il diritto di famiglia*. Trattato diretto da Bonilini-Cattaneo, *Famiglia e matrimonio*, Torino, 2007, 927 ss.

¹⁵⁷ La convivenza *more uxorio* può, tuttavia, assumere rilevanza ai fini della determinazione dell'assegno di mantenimento nella separazione o dell'assegno di divorzio, legittimando un'eventuale limitazione di tale assegno, dovendosi tener conto, rispettivamente, *a parte creditoris* delle elargizioni ed entrate continue e sicure da parte del convivente *more uxorio* e, *a parte debitoris*, degli impegni economici e degli esborsi a favore del convivente *more uxorio*. In argomento, v. MONTEVERDE, *op.ult.cit.*, 936 ss.

¹⁵⁸ Così, LUPOI, *Il procedimento della crisi tra genitori non coniugati avanti al tribunale ordinario*, in *Riv.Trim.Dir.e Proc. Civ.*, 2013, 1289; conf. SERVETTI-BUFFONE, *Garanzia dei provvedimenti patrimoniali in materia di alimenti e mantenimento della prole nell'art. 3 della legge 219/2012*, in *Dir. Fam.*, 2013, 1520, i quali osservano che un provvedimento di mantenimento o alimenti, in favore del *partner*, è configurabile solo in caso di matrimonio, in quanto la rottura della mera convivenza non fa nascere, in favore dell'amante insoddisfatto, alcun diritto al sostegno economico, né altre pretese di carattere risarcitorio; v. altresì MORELLO DI GIOVANNI, *Famiglia di fatto e dovere di contribuzione*, in *Fam. Dir.*, 2000, 501, in nota a Trib. Napoli, 8 luglio 1999, secondo cui l'obbligo di contribuzione fra conviventi *more uxorio* costituisce un'obbligazione naturale, dunque, mentre il diritto al mantenimento della prole nata da unione libera viene tutelato, non così avviene per l'ex convivente quando l'unione cessa.

Diverso è, tuttavia, lo scenario in presenza di figli minori o maggiorenni non economicamente autosufficienti. La rottura di un'unione di fatto assume, infatti, rilevanza giuridica laddove vi sia la necessità di tutelare i figli nati al di fuori del matrimonio, oggi equiparati *in toto* alla prole nata da una coppia di coniugi¹⁵⁹. Le recenti riforme in materia (l. 8 febbraio 2006, n. 54, l. 10 dicembre 2012, n. 219 e, da ultimo, d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154) hanno, infatti, gradualmente parificato, almeno sotto il profilo sostanziale, la filiazione naturale e la filiazione legittima, introducendo, all'interno del nuovo capo II del titolo IX, gli artt. 337 *bis* e *ss.* c.c., che regolano l'esercizio della responsabilità genitoriale a seguito di separazione, scioglimento o cessazione degli effetti civili, annullamento o nullità del matrimonio, nonché all'esito di procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio.

Proprio nell'ambito di tali ultimi procedimenti può, dunque, rendersi necessario l'intervento del giudice, al fine di determinare la collocazione della prole, l'attribuzione della responsabilità genitoriale, l'assegnazione dell'abitazione familiare o l'imposizione di un assegno di mantenimento in favore dei figli, similmente a quanto previsto in tema di crisi coniugale. In questo contesto si inserisce la problematica oggetto della presente indagine, ben potendo profilarsi la necessità di ricorrere all'Autorità Giudiziaria al fine di ottenere un provvedimento d'urgenza a tutela della prole. In questa sede, infatti, ancor più che in sede di crisi coniugale, può sorgere la necessità di tutelare i figli minorenni o economicamente non sufficienti, stante la mancata previsione normativa di taluni istituti previsti a garanzia di obbligazioni alimentari in favore della famiglia fondata sul matrimonio.

Il pensiero corre, in particolare, al sequestro contemplato dall'art. 146, terzo comma c.c., previsto come appannaggio dei soli figli nati in costanza di matrimonio, mentre, come si è visto, la disciplina originariamente prevista dal vecchio art. 148 c.c. (ed ora contenuta nel

In giurisprudenza, v. Cass., 2 gennaio 2012, n. 9.

¹⁵⁹ Sulla lenta evoluzione, culminata ora nella sostanziale equiparazione tra filiazione naturale e filiazione legittima v. SESTA, *I disegni di legge in materia di filiazione: dalla diseguaglianza alla unicità dello status*, in *Fam. Dir.*, 1996, 259.

novellato art. 316 *bis* c.c.) è stata ora estesa *ex lege* a tutti i rapporti di filiazione, a prescindere dalla sussistenza di un vincolo di coniugio.

Dopo aver affrontato *ex professo* il tema dell'eventuale applicabilità dell'art. 700 c.p.c. alle famiglie di fatto a cautela della finalità sottesa agli artt. 146, terzo comma e 316 *bis* c.c., il passo successivo sarà rappresentato dall'esame dei problemi applicativi legati a tale opzione interpretativa. Ci si riferisce, in particolare, al nuovo riparto di competenze tra il tribunale ordinario ed il tribunale per i minorenni come modificato per effetto delle recenti leggi, questione della quale si darà conto brevemente nel paragrafo 4 e che ha evidenti ricadute sul tema oggetto della nostra indagine, giacché, in caso di ammissibilità del provvedimento innominato, sarà necessario verificare l'organo deputato all'adozione di simile provvedimento.

L'ultima parte del presente capitolo sarà, infine, dedicata al rito applicabile ai procedimenti aventi ad oggetto l'affidamento ed il mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio in forza del novellato art. 38 disp. att. c.c. ed alla mancata previsione di misure urgenti analoghe ai "*provvedimenti provvisori e urgenti*" nell'interesse della prole adottabili nel procedimento di separazione e divorzio; questione che ha già dato adito a dubbi di incostituzionalità della normativa per evidente disparità di trattamento tra i figli nati nel e fuori dal matrimonio.

2. Applicabilità dell'art. 700 c.p.c. alle unioni di fatto a cautela della finalità sottesa all'art. 146, terzo comma c.c.

Il sequestro di cui all'art. 146, terzo comma c.c., al pari di altri mezzi di tutela privilegiata del credito alimentare, è previsto, almeno nella sua formulazione letterale, in favore delle sole famiglie fondate sul matrimonio; dal tenore della norma si evince, infatti, che simile rimedio non è invocabile a tutela di figli nati da una coppia di fatto, chiaro essendo il riferimento ai "coniugi" ed ai doveri nascenti dal matrimonio.

Ciò determina, tuttavia, un'evidente disparità di trattamento tra figli nati in costanza di matrimonio e figli nati al di fuori, una disparità da tempo

avvertita in dottrina¹⁶⁰ ed ormai non più tollerabile in considerazione della recente equiparazione integrale tra figli “naturali” e “legittimi”. Invero, con le recenti riforme legislative (attuata con la l. n. 219/2012 ed il D.lgs. n. 154/2013) si è compiuto l’ultimo passaggio verso l’attribuzione a tutti i figli del medesimo *status* giuridico, realizzandosi in tal modo la piena parificazione, sotto il profilo sostanziale, tra i diversi stati di filiazione¹⁶¹. Nel sistema delineato dal legislatore del 1975 il modello di famiglia-istituzione, al quale il codice civile del 1942 era rimasto ancorato, è stato superato da quello di famiglia-comunità, i cui interessi si identificano con quelli dei suoi componenti; questo disegno della “nuova famiglia” è stato, da ultimo, completato e arricchito proprio dalla l. 219/2012 e dal d.lgs. 154/2013, che hanno ulteriormente amplificato il “valore” del singolo membro nella comunità familiare¹⁶².

Si pone, pertanto, in questa sede il problema di verificare l’applicabilità degli strumenti di garanzia del credito alimentare e, segnatamente, della misura cautelare di cui all’art. 146, terzo comma c.c. anche a tutela dei figli “nati fuori dal matrimonio”; la recente parificazione dello *status filiationis* impone, infatti, che anche i figli nati fuori dal matrimonio non subiscano danni irreparabili a causa dell’inadempimento delle obbligazioni alimentari.

¹⁶⁰ GRAZIOSI, *L’esecuzione forzata dei provvedimenti del giudice in materia di famiglia*, cit., il quale mette in evidenza come tutti gli strumenti di tutela privilegiata del credito, sia quelli vigenti in costanza di matrimonio, sia quelli operanti in regime di separazione o divorzio, siano di appannaggio esclusivo dei figli “legittimi”, con ciò determinando una situazione di evidente discriminazione nei confronti dei figli “naturali” e di tendenziale contrasto con gli artt. 29 e 3 Cost.

¹⁶¹ Per un primo commento sui profili sostanziali del recente D.lgs. 154/2013 e sulla unificazione dello *status* di filiazione, v. SALANITRO, *La riforma della disciplina della filiazione dopo l’esercizio della delega (I parte)*, in *Corr. Giur.*, 2014, 540; CLARIZIA, *Innovazioni e problemi aperti all’indomani del decreto legislativo attuativo della riforma della filiazione*, in *Riv.Dir.Civ.*, 2014, 597; SCHLESINGER, *Il D.Lgs. n.154 del 2013 completa la riforma della filiazione*, in *Fam. Dir.*, 2014, 443; CARBONE, *Il d.lgs. n. 154/2013 sulla revisione delle disposizioni vigenti in tema di filiazione*, in *Fam. Dir.*, 2014, 447; DOGLIOTTI, *La nuova filiazione fuori del matrimonio: molte luci e qualche ombra*, in *Fam. Dir.*, 2014, 480; RESCIGNO, *La filiazione “riformata”: l’unicità dello status*, in *Giur. It.*, 2014, 5.

In particolare, sui profili processuali della recente riforma, v. TOMMASEO, *I profili processuali della riforma della filiazione*, in *Fam. Dir.*, 2014, 526; DANOVÌ, *Il d.lgs. n. 154/2013 e l’attuazione della delega sul versante processuale: l’ascolto del minore e il diritto dei nonni alla relazione affettiva*, in *Fam. Dir.*, 2014, 535.

¹⁶² In questi termini v. la recente pronuncia del Trib. Milano, 23 luglio 2014, in www.ilcaso.it

La questione, che – a quanto ci consta – non è stata oggetto di pronunciamenti specifici, è stata affrontata dalla Consulta con riferimento ad istituti affini, dando origine a talune pronunce di incostituzionalità¹⁶³ per contrarietà ai principi di uguaglianza e ragionevolezza.

Tuttavia, proprio in tali occasioni, la Corte non ha mancato di ribadire che il ricorso all’analogia presuppone la similarità delle situazioni, la quale, oltre a non essere presente tra il rapporto di coniugio e quello di mera convivenza, non è voluta neppure dalle stesse parti, le quali, nel preferire un rapporto di fatto, hanno dimostrato di non voler assumere i diritti ed i doveri nascenti dal matrimonio. Di qui l’impossibilità di applicare in via analogica le norme relative ai diritti e doveri derivanti dal matrimonio, traducendosi il ricorso all’analogia in una inammissibile violazione della libertà di scelta tra matrimonio e forme di convivenza.

L’argomentazione della Corte, sebbene opinabile nel risultato cui perviene, muove da una corretta premessa, ovvero dalla libera determinazione delle parti, che possono scegliere di assumere i diritti e doveri connessi al vincolo coniugale oppure intraprendere una mera convivenza, la quale soggiace ad una disciplina assai differente rispetto a quella regolante il rapporto di coniugio; la diversità delle due situazioni impedisce una “*reductio ad unitatem*”, in assenza di una specifica previsione normativa o di una pronuncia di incostituzionalità del giudice delle leggi.

D’altro canto, proprio il recente D.lgs. 154/2013 ha profondamente innovato la materia, riscrivendo il capo I del titolo IX (rubricato ora “*Della responsabilità genitoriale e dei diritti e doveri del figlio*”, e non più “*Della potestà dei genitori*”) e novellando il vecchio art. 148 c.c., il cui contenuto è stato per lo più trasfuso nel nuovo art. 316 *bis* c.c. Di contro, il legislatore non ha modificato il testo dell’art. 146 c.c., che continua a far parte del capo relativo ai diritti e doveri che nascono dal matrimonio. Tale circostanza sembra deporre a favore della tesi della inapplicabilità della disciplina contenuta nell’art. 146 c.c. alle famiglie di fatto; con la

¹⁶³ Ci si riferisce, in particolare, a Corte Cost., 13 maggio 1998, n. 166, cit.

conseguenza che il sequestro ivi previsto non può trovare diretta applicazione in ipotesi di allontanamento di un convivente dall'abitazione familiare, difettando il presupposto del vincolo coniugale. Il contesto in cui la norma è inserita non lascia, infatti, molti dubbi sul fatto che i *conditores* volessero riferirsi al solo caso dei coniugi e non anche alle coppie di fatto.

Ora, se si conviene con simile conclusione, è giocoforza ritenere che la finalità sottesa all'art. 146 c.c. può essere garantita soltanto facendo capo all'art. 700 c.p.c.¹⁶⁴, il quale può colmare il vuoto normativo poc'anzi evocato e porre rimedio a quella inaccettabile disparità di trattamento tra figli nati *nel* e *fuori* dal matrimonio. Soltanto attraverso il ricorso al provvedimento innominato, infatti, è possibile dare immediata ed efficace soddisfazione alle esigenze di mantenimento della prole nata fuori dal matrimonio in caso di allontanamento di un genitore dalla casa familiare.

Certo, simile conclusione presta il fianco a diverse obiezioni; in particolare, è lecito domandarsi se sia ammissibile ottenere con una misura cautelare atipica gli effetti che non sarebbe possibile conseguire in via ordinaria, in assenza dei relativi presupposti normativi (l'esistenza, cioè, del vincolo di coniugio). Altro nodo, non meno spinoso, dischiuso dall'interpretazione qui prescelta è quello relativo al fatto che, per salvare la costituzionalità della norma, si dilata l'ambito di applicazione di un trattamento di favore, che il legislatore pare non aver voluto estendere anche ai rapporti di mera convivenza. Tuttavia, a parere di chi scrive, imprescindibili esigenze di effettività della tutela giurisdizionale rendono ammissibile nella specie il ricorso alla tutela cautelare atipica. Diversamente, infatti, si creerebbe un'insanabile discrasia con la stessa finalità delle recenti leggi, quella cioè di parificare, a tutti gli effetti, i figli

¹⁶⁴ Del medesimo avviso, IACOBONI, *op.cit.*, 1305; cfr. altresì VULLO, *Giudizi di separazione e divorzio e provvedimenti d'urgenza*, in *Fam. Dir.*, 2009, 267, in nota a Trib. Andria, 7 novembre 2008, secondo cui le misure previste agli artt. 146 e 148 c.c. sono in grado di evitare il pericolo di tardività solo in caso di violazione dei diritti patrimoniali dei coniugi e/o della prole; questo significa che non esistono altri strumenti tipici idonei a scongiurare il medesimo pericolo che possa sorgere, *ante causam*, per effetto della violazione delle altre svariate situazioni soggettive correlate al rapporto di coniugio o a quello tra genitori e figli.

nati in costanza e fuori dal matrimonio, determinando perciò un'evidente violazione del principio di ragionevolezza ed uguaglianza.

Ne deriva, quindi, che il provvedimento d'urgenza è ammissibile a tutela di figli nati fuori dal matrimonio in misura anche maggiore rispetto alle ipotesi in cui, come si è visto, è azionabile a tutela di figli di genitori coniugati, dovendo ovviare sia al pericolo della futura infruttuosità della decisione di merito, sia al pericolo di tardività della pronuncia definitiva.

E' pur vero che proprio la recente normativa ha introdotto un istituto, di nuovo conio - il sequestro di cui all'art. 3, comma 2 l. 219/2012 - invocabile a tutela delle esigenze di mantenimento della prole; tuttavia, è diffuso il convincimento secondo cui il sequestro testé richiamato, modellato sulla falsariga dell'analogo provvedimento previsto dall'art. 8, 7° comma l. div.¹⁶⁵, non rivesta natura cautelare e sia, pertanto, sottratto alle regole del processo cautelare uniforme; di guisa che non potrebbe essere concesso *ante causam*, pur in presenza di una situazione di urgenza, quale può configurarsi in seguito all'allontanamento improvviso di un genitore dall'abitazione familiare.

Si è accennato, infatti, all'elemento temporale quale criterio di ammissibilità della misura cautelare atipica; ove il provvedimento tipico possa essere emesso solo previa instaurazione del contraddittorio e quindi in pendenza della causa, si ritiene ammissibile il ricorso al provvedimento d'urgenza al fine di ottenere, anche *inaudita altera parte*, una tutela immediata ed efficace.

D'altro canto, come è stato correttamente evidenziato, la presenza del vincolo matrimoniale tra i genitori non può condizionare il tipo e la qualità dei diritti che scaturiscono dallo *status* di figlio, posto che il matrimonio è una libera scelta dei genitori a cui i figli sono del tutto estranei; simile scelta non può, pertanto, importare conseguenze per loro pregiudizievoli¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Per ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, si rinvia a SALVIONI, *Commento all'art. 8 L. 1° dicembre 1970, n. 898*, in *Commentario breve al diritto di famiglia*, Padova, 2011, 1674 ss., spec. 1690.

¹⁶⁶ Esattamente in questi termini GRAZIOSI, *Una buona novella di fine legislatura: tutti i "figli" hanno eguali diritti, dinanzi al tribunale ordinario*, in *Fam. Dir.*, 2013, 263.

In conclusione, sebbene la recente l. 219/2012 abbia posto in primo piano i diritti dei figli, allentando la centralità del vincolo coniugale¹⁶⁷, residuano tuttora talune ipotesi nelle quali pare opportuno ammettere il ricorso alla tutela cautelare innominata al fine di rendere effettivo il diritto al mantenimento dei figli “naturali” che, diversamente, sarebbe svuotato di contenuto.

3. Nuovo art. 316 bis c.c. e provvedimento d’urgenza.

Ammesso, sia pur in misura limitata, il provvedimento d’urgenza anche a tutela della prole nata al di fuori del matrimonio, prima di passare ad esaminare l’annosa questione della competenza *in subiecta materia*, giova soffermarsi brevemente sull’ulteriore mezzo di tutela privilegiata del credito alimentare, già analizzato con riferimento alle famiglie fondate sul matrimonio.

Come è noto, l’art. 148 c.c., stando alla formulazione letterale originaria, era previsto a tutela della sola filiazione “legittima”, vuoi in ragione dell’espresso riferimento ai “coniugi”, vuoi in virtù della collocazione della norma tra quelle che regolano i diritti e doveri nascenti dal matrimonio. Di qui l’apparente esclusione della filiazione “naturale” dall’ambito di applicazione dell’istituto, con conseguente possibilità di invocare, in tale ipotesi, esclusivamente un diritto agli alimenti.

Senza voler qui ripercorrere tutte le tappe di un’evoluzione che ha condotto all’applicazione sempre più estesa della norma in esame, è d’uopo rilevare che la tesi restrittiva è stata respinta dalla Suprema Corte¹⁶⁸ in favore di una interpretazione “costituzionalmente orientata”

¹⁶⁷ Per MONTARULI, *Profili sostanziali e processuali relativi alla legge 10 dicembre 2012, n. 219*, in *www.judicium.it*, la *ratio* sottesa a tale intervento normativo è, per l’appunto, quella di depotenziare, nell’ambito dei rapporti familiari, la centralità del vincolo coniugale e mettere in primo piano i diritti dei figli.

¹⁶⁸ Cass., 23 marzo 1995, n. 3402, in *Fam. Dir.*, 1995, 452, con nota adesiva di CATTANEO, *Il contributo dei nonni al mantenimento dei nipoti*; conf. Trib. min. Catania, 23 maggio 2008, in *Foro It.*, 2008, I, 3111, con osservazioni di CASABURI; Trib. Trieste, 21 marzo 2005, in *Fam. pers. succ.*, 2005, 325; Trib. Foggia, 9 agosto 2002, in *Foro It.*, 2004, I, 303, con nota di DE MARZO; Trib. Roma, 13 dicembre 1993, in *Dir. Fam.*, 1994, 1059; Trib. Messina, 10 maggio 1991, in *Giust. Civ.*, 1992, I, 2899; Trib. Firenze, 31 ottobre 1983, in *Foro It.*, 1984, I, 2351, con nota adesiva, *in parte qua*, di ORSENIGO. V. altresì Corte Cost., 11 giugno 2003, n. 202, in *Giur. It.*, 2003, 2193 (e in *Fam. Dir.*, 2003, 421, con nota di SALVATI, *Nuove prospettive per il trattamento fiscale dei provvedimenti ex art. 148 c.c.*), la quale ha dichiarato

diretta ad evitare la lesione dei parametri costituzionali della ragionevolezza e dell'uguaglianza tra figli "legittimi" e "naturali", e ciò, non soltanto in virtù di una lettura logico-sistematica della norma, ma anche in considerazione del disposto dell'art. 261 c.c. che estende(va)¹⁶⁹ al genitore che ha effettuato il riconoscimento tutti i diritti e doveri che egli ha nei confronti dei figli.

Per vero, nella prassi, il procedimento di cui all'art. 148 c.c. (ora art. 316 *bis* c.c.) è stato sinora utilizzato, per lo più, proprio a tutela dei figli nati fuori dal matrimonio, giacché un'eventuale controversia tra coniugi sul diritto al mantenimento (del coniuge o della prole) sfocia solitamente in un giudizio di separazione personale.

In ogni caso, la recente modifica dell'art. 148 c.c. e la trasfusione del suo contenuto all'interno dell'art. 316 *bis* c.c. ha risolto *de plano* la questione dell'applicabilità dell'istituto anche a favore dei figli nati fuori dal matrimonio e, ai fini che qui interessano, ha eliminato la possibilità di avvalersi della tutela cautelare atipica allo scopo di porre rimedio ad una evidente disparità di trattamento tra i figli nati nel e al di fuori del matrimonio.

Aver acquisito questo dato, tuttavia, non è decisivo ai fini di un'integrale esclusione della tutela d'urgenza *ex art.* 700 c.p.c. a cautela della finalità

costituzionalmente illegittimo l'art. 8, lett. B) della Tariffa, parte prima, allegata al D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, nella parte in cui non esenta dall'imposta di registro i provvedimenti emessi in applicazione dell'art. 148 c.c. nell'ambito dei rapporti fra genitori e figli, in quanto "l'omissione del beneficio fiscale per via della mancanza del rapporto di coniugio fra i genitori è irragionevole e si risolve in un trattamento deteriore dei figli naturali rispetto ai figli legittimi".

In dottrina, sostenevano l'applicabilità della norma ai soli figli "legittimi": TRABUCCHI, *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di CARRARO-OPPO-TRABUCCHI, I, 1, Padova, 1977, 278; FINOCCHIARO, *Del matrimonio, sub. Art. 148*, in *Commentario al codice civile Scialoja*, a cura di GALGANO, Bologna-Roma, 1993, 327. In senso contrario, tuttavia, v. la dottrina maggioritaria: DOGLIOTTI, *Sul riconoscimento del figlio naturale: poteri del genitore, interesse del minore, ruolo del giudice minorile*, in *Foro It.*, 1980, I, 823, in nota a Trib. Minori Genova, 25 gennaio 1979; FINOCCHIARO A.-M., *Diritto di famiglia*, I, Milano, 1984, 404 ss.; PEREGO, *Il problema della successione tra fratelli naturali*, in *Riv.Dir.Civ.*, 1978, II, 284 ss.; BIANCA, *Diritto civile*, Milano, 1980, 211, e, più di recente, GRAZIOSI, *L'esecuzione forzata dei provvedimenti del giudice in materia di famiglia*, cit.; SPACCAPELO, *Principio di tipicità dei titoli esecutivi ed efficacia dei provvedimenti nell'interesse dei figli naturali*, in *Fam. Dir.*, 2009, 621, in nota a Trib. Min.Venezia, (decr.) 16 luglio 2008 e Trib. Min. Roma, (ord.) 20 gennaio 2009; ANNUNZIATA, *Il processo nel diritto di famiglia*, cit., 57; OBERTO, *I rimedi all'inadempimento degli obblighi di mantenimento nell'ambito della crisi della famiglia*, cit.

¹⁶⁹ L'art. 261 c.c. è stato abrogato dall'art. 106, comma 1 lett. a) del d.lgs. 154/2013, a decorrere dal 7 febbraio 2014.

sottesa al nuovo art. 316 *bis* c.c. Invero, nella specie sussistono le medesime ragioni - sulle quali non si indugerà oltre - per le quali si è ritenuto di dover ammettere, sia pur in misura limitata, il ricorso alla tutela cautelare innominata in favore dei figli nati *nel* matrimonio; segnatamente, la natura non cautelare del provvedimento di cui all'art. 316 *bis* c.c. e la consequenziale inapplicabilità del rito cautelare uniforme importa un vuoto di tutela nella fase precedente all'instaurazione del procedimento in esame, che apre inevitabilmente la strada alla tutela cautelare atipica *ante causam* anche in favore della prole nata *al di fuori* del matrimonio.

Per contro, decisamente più problematica risulta essere la questione dell'ammissibilità della tutela d'urgenza in favore del convivente *more uxorio*, tenuto conto delle difficoltà, cui si è accennato in premessa, di attribuire rilevanza giuridica alle convivenze di fatto, nonostante le timide aperture in tal senso mostrate dalla giurisprudenza¹⁷⁰. La questione, che meriterebbe una trattazione di più ampio respiro, involge delicate scelte di politica legislativa che non è possibile affrontare in questa sede e riflette altresì l'evoluzione del comune sentire, che ha portato da un iniziale atteggiamento di totale chiusura ad una graduale apertura nei confronti delle coppie di fatto.

Taluni autori hanno affermato che il dovere di contribuzione sarebbe applicabile anche ai conviventi, in quanto espressione di un principio generale, valevole anche nei rapporti familiari non fondati sul matrimonio¹⁷¹; altri sostengono, per contro, che talune disposizioni dettate in materia di famiglia fondata sul matrimonio sarebbero applicabili per analogia alla famiglia di fatto, con esclusione tuttavia dell'obbligo di contribuzione di cui all'art. 143 c.c.¹⁷²; altri ancora, infine,

¹⁷⁰ Ci si riferisce, ad esempio, al diritto riconosciuto al convivente *more uxorio* di ottenere un risarcimento danni per effetto della morte del partner, per aver confidato sulla stabilità della convivenza ed aver quindi subito un danno ingiusto (Cass., 28 marzo 1994, n. 2988, in *Giust. Civ.*, I, 1849) oppure al riconoscimento di una limitata tutela possessoria e cautelare tra i conviventi *more uxorio*. In proposito si veda MONTEVERDE, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, cit., 935 ss.

¹⁷¹ V. ALAGNA, *La famiglia di fatto al bivio: rilevanza di singole fattispecie o riconoscimento generalizzato del fenomeno?*, in *Giust. Civ.*, 1982, II, 4.

¹⁷² Cfr. LIUZZO, *Alcuni aspetti civilistici della convivenza more uxorio alla luce dei più recenti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali*, in *Dir. Fam.*, 1991, 786 ss. in part. 805.

hanno escluso *in apicibus* il ricorso sia all'analogia *legis*, essendo le due fattispecie caratterizzate da insanabile diversità, sia all'analogia *iuris*, per l'assenza di norme che disciplinino la convivenza *more uxorio*¹⁷³.

Ora, un dato certo sembra essere quello della libera scelta dei conviventi, i quali hanno deliberatamente optato per una convivenza scevra da quei rigidi formalismi tipici del matrimonio ed hanno, pertanto, scelto di sottrarsi ad un riconoscimento legislativo del rapporto di coppia; con l'ineludibile conseguenza che l'imposizione degli obblighi connessi al rapporto coniugale suonerebbe come un'indebita ingerenza nella libera scelta dei conviventi¹⁷⁴. Quale corretto contraltare, non appare lecito estendere ad essi quella tutela apprestata dal legislatore in favore dei coniugi e quindi attribuire ai meri conviventi quei diritti che sono riservati alle coppie unite in matrimonio.

A fronte di tale dato, non appaiono convincenti i tentativi di ricondurre il dovere di contribuzione tra i coniugi sotto l'egida dei principi di ordine pubblico, oppure di estendere in via analogica anche ai conviventi le norme poste a tutela della famiglia fondata sul matrimonio. Gli sforzi di arricchire di nuove regole la disciplina relativa ai rapporti tra i meri conviventi si pongono, infatti, in contrasto con la regola che assegna al legislatore la creazione del diritto e non appaiono neppure necessitati da una lettura costituzionalmente orientata della normativa in materia, posto che non è configurabile una sostanziale identità tra relazione di fatto e famiglia fondata sul matrimonio.

Se, infatti, è innegabile che la scelta dei genitori non possa produrre effetti pregiudizievoli in capo ai figli (che subiscono la decisione dei genitori, senza averne preso parte), diverso è lo scenario con riferimento agli stessi conviventi, i quali hanno liberamente scelto di sottrarsi alla regolamentazione normativa prevista per le famiglie fondate sul matrimonio. Ecco allora che appare preferibile aderire all'opinione tradizionale, che nega tuttora ai conviventi *more uxorio* la possibilità di invocare gli istituti posti a tutela della famiglia fondata sul matrimonio,

¹⁷³ In tal senso v. MONTEVERDE, *op.cit.*, 944.

¹⁷⁴ In questo senso, si veda ancora Corte Cost., 13 maggio 1998, n. 166, cit.

proprio in ragione della libera scelta delle parti di non soggiacere al vincolo matrimoniale.

Se, dunque, in linea di principio, il provvedimento d'urgenza potrebbe ritenersi ammissibile anche in favore del convivente *more uxorio*, non sussistendo altra misura – cautelare o non – idonea a fornire tutela all'invocata esigenza di mantenimento, di contro simile tutela, nel persistente difetto di un intervento normativo *ad hoc*, non appare fondata nel merito, non esistendo, “*allo stato della legislazione, alcun diritto al mantenimento del convivente nei confronti dell'altro*”¹⁷⁵.

In definitiva, i brevi rilievi sin qui svolti consentono di ritenere che, in relazione alle finalità sottese al provvedimento *ex art. 316 bis c.c.*, vi sia un margine di applicazione, sia pur ridotto, del provvedimento d'urgenza in favore della prole nata al di fuori del matrimonio, mentre è da escludere, allo stato dell'arte, una simmetrica tutela in favore del convivente *more uxorio*.

4. Riparto della competenza tra giudice ordinario e tribunale per i minorenni.

Sciolto il nodo sull'ammissibilità del provvedimento d'urgenza a tutela delle famiglie di fatto, occorre ora domandarsi quale sia l'organo giudiziario deputato all'emanazione di tale misura cautelare (tribunale ordinario oppure tribunale per i minorenni) e, più in generale, ad emettere provvedimenti in materia di affidamento e mantenimento della prole.

Il tema della ripartizione delle competenze tra giudice ordinario e tribunale per i minorenni è sin troppo noto per essere compiutamente riportato in questa sede¹⁷⁶; la questione è stata oggetto di ampio e

¹⁷⁵ L'affermazione è di CASABURI, *Le misure patrimoniali “provvisorie”*, cit., 1093.

¹⁷⁶ In argomento, si vedano, tra gli altri, i contributi di DANOVI, *Il riparto delle competenze tra giudice minorile e giudice ordinario: il Tribunale unico della famiglia*, in *Dir. Fam.*, 2011, 257; ID., *I provvedimenti a tutela dei figli naturali dopo la legge 8 febbraio 2006, n. 54*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2006, 1007; ID., *Competenza del giudice minorile per i figli naturali e sistema delle garanzie costituzionali*, in *Fam. Dir.*, 2008, 597; VULLO, *Ripartizione di competenza tra Tribunale minorile e Tribunale ordinario*, in *Fam. Dir.*, 1996, 357; ID., *Sui limiti della competenza del Tribunale dei minorenni in caso di separazione della coppia di fatto*, in *Fam. Dir.*, 2009, 992; MERLIN, *La Suprema Corte pone la parola fine al dibattito sulla “competenza” in tema di procedimenti di “separazione” della coppia di fatto ed affido dei figli naturali*, in *Riv.*

vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale, alimentato da interventi normativi non sempre connotati da chiarezza espositiva e coerenza sistematica¹⁷⁷.

Invero, se, come accennato *supra*, sul piano sostanziale può dirsi ormai conclusa quella rivoluzione epocale che, sulla scia delle fonti internazionali¹⁷⁸, ha finalmente posto in primo piano i diritti dei figli, a prescindere dalla sussistenza di un vincolo di coniugio tra i genitori, sul versante processuale simile equiparazione è ben lungi dall'essere realizzata.

La presenza di una duplicità di organi preposti ad accordare tutela alle famiglie in crisi continua, infatti, a sollevare delicati interrogativi sulla conformità del sistema ai dettami costituzionali per contrasto con i canoni di uguaglianza e ragionevolezza¹⁷⁹.

Prima di addentrarci nell'esame delle nuove norme in tema di riparto di competenza, pare opportuno un fugace cenno alla disciplina previgente

Dir. Proc., 2008, 535; DE MARZO, *Regole processuali e controversie nella famiglia: le criticità del sistema e l'effettività della tutela giurisdizionale*, in *Foro It.*, 2010, V, 306; MARINO, *Provvedimenti riguardanti i figli naturali e competenza del tribunale minorile*, in *Fam. Dir.*, 2007, 889; SALVANESCHI, *Ancora un giudice diverso per i figli naturali*, in *Corr. Giur.*, 2007, 951; ID., *Alcuni profili processuali della legge sull'affido condiviso*, in *Riv.Dir.Proc.*, 2006, 1287; SPACCAPELO, *Sulla competenza a pronunciare i provvedimenti di revisione delle condizioni di affidamento dei figli minori*, in *Fam. Dir.*, 2010, 719, in nota a Trib.min. Brescia, (ord.) 9 febbraio 2010; POLISENO, *La competenza del Tribunale ordinario sulla revisione delle condizioni di separazione relative all'affidamento del minore in grave pregiudizio*, in *Giusto Proc. Civ.*, 2012, 1125.

¹⁷⁷ SERVETTI-BUFFONE, *op.cit.*, 1520, stigmatizzano la nuova l. 219/2012, la quale ha immesso, nel (già presente) coacervo di disposizioni processuali e sostanziali, disposizioni di nuovo conio che, in parte, stridono con il tessuto connettivo presente ed in parte non si coordinano affatto con lo stesso, generando nuovi problemi e, quindi, nuove incertezze tra gli interpreti.

¹⁷⁸ Ci si riferisce, in special modo, alla Convenzione sui diritti del fanciullo di New York del 1989 e di Strasburgo del 1996 (ratificate in Italia rispettivamente nel 1991 e nel 2003), nonché alle *Linee guida sulla giustizia a misura del minore* adottate dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa il 17 novembre 2010, richiamate anche dalla Commissione UE nel suo *Programma per i diritti dei minori*. Sul tema, si rinvia a TOMMASEO, *Per una giustizia "a misura del minore": la Cassazione ancora sull'ascolto del minore*, in *Fam. Dir.*, 2012, 39.

¹⁷⁹ Sul punto, occorre dar conto della recente ordinanza del Tribunale per i minorenni di Bologna (5 maggio 2014, in *www.judicium*, con nota critica di FREZZA, *Qualche dubbio sull'ammissibilità e sulla fondatezza della questione di costituzionalità dell'art. 38, comma 1, disp. att. c.c.*), la quale ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 38, comma 1 disp. att. c.c., nella parte in cui prevede che "sono altresì di competenza del Tribunale per i minorenni, i provvedimenti contemplati dagli articoli 251 e 317 *bis* c.c." limitatamente all'inciso in cui include l'art. 317 *bis* c.c., per violazione degli artt. 76, 77, 3 e 111 Cost.

ed al contrasto di opinioni trasversale a dottrina e giurisprudenza, cui la stessa aveva dato luogo.

Il sistema delineato dal codice del 1942 prevedeva un rigido riparto delle competenze: i provvedimenti in materia di affidamento venivano demandati al tribunale per i minorenni, mentre le questioni di natura squisitamente economica erano devolute al tribunale ordinario. Questo sistema diarchico, sebbene oggetto di censure di incostituzionalità, era riuscito a superare il vaglio della Consulta, risolvendosi tale sdoppiamento di competenze in un problema di politica legislativa e non ponendosi in contrasto con i principi costituzionali¹⁸⁰.

Con l'introduzione della l. n. 54/2006 (c.d. legge sull'affido condiviso) e l'estensione delle regole ivi contenute anche "ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati" (art. 4), si erano creati due opposti orientamenti dottrinali in ordine all'individuazione dell'autorità giudiziaria competente: l'uno più "progressista", che, muovendo dall'implicita abrogazione dell'art. 317 *bis* c.c., riteneva che tutti i procedimenti relativi ai figli nati al di fuori del matrimonio fossero ormai devoluti al tribunale ordinario¹⁸¹; l'altro che, di contro, reputava ancora in vigore la competenza del tribunale per i minorenni, estesa anche alle questioni di carattere economico¹⁸².

In questo scenario così complesso e variegato, è intervenuta la Suprema Corte, la quale, sollecitata con regolamento di competenza

¹⁸⁰ Corte Cost., 30 luglio 1980, n. 135, in *Dir. Fam.*, 1981, 5; in *Foro it.* 1980, I,2961 (nota); v. altresì Corte Cost., 5 febbraio 1996, n. 23; Id. 30 dicembre 1997, n. 451, in *Fam. Dir.*, 1998, 114, con nota di TOMMASEO, *Mantenimento e affidamento dei figli naturali: "ragionevole" il riparto di competenze fra tribunale ordinario e minorile?*

¹⁸¹ In questo senso si era espressa la dottrina maggioritaria: v. GRAZIOSI, *Profili processuali della l. n. 54 del 2006 sull'affidamento condiviso dei figli*, in *Dir. Fam.*, 2006; SALVANESCHI, *Alcuni profili processuali della legge sull'affido condiviso*, in *Riv.Dir.Proc.*, 2006, 1282; ID., *I procedimenti di separazione e divorzio*, in *Fam.Dir.*, 2006, 356; LUPOI, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, in *Riv. Trim.Dir. e Proc. Civ.*, 2006, 1066.

¹⁸² In tal senso v. TOMMASEO, *La disciplina processuale della separazione e del divorzio dopo le riforme del 2005 (e del 2006)*, in *Fam. Dir.*, 2006, 7. Cfr. altresì DANOVI, *La famiglia non fondata sul matrimonio – Profili processuali*, in *Il diritto di famiglia*. Trattato diretto da Bonilini-Cattaneo, *Famiglia e matrimonio*, Torino, 2007, 1084 ss., spec. 1091, secondo cui l'art. 317 *bis* c.c. non deve ritenersi abrogato ma unicamente in parte "innovato" nei suoi contenuti.

scaturito da due pronunce contrastanti del Tribunale di Milano¹⁸³, con una nota ordinanza che ha scontentato entrambi gli schieramenti, si è espressa, da un lato, confermando la vigenza dell'art. 317 *bis* c.c. (non abrogato per effetto dell'entrata in vigore della nuova normativa) e, dall'altro, estendendo la competenza del giudice minorile alle domande aventi ad oggetto provvedimenti di carattere economico, se proposte contestualmente a domande relative all'affidamento della prole¹⁸⁴.

Le successive censure di illegittimità costituzionale nei confronti dell'art. 4 l. 54/2006¹⁸⁵ sono state tutte respinte dalla Consulta¹⁸⁶, per inammissibilità o per manifesta infondatezza a causa dell'insindacabilità delle scelte di politica legislativa.

La recente l. 219/2012, pur non avendo recepito le istanze provenienti dalla dottrina di revisione integrale della materia e di istituzione di un Tribunale *ad hoc* per la famiglia (o Sezione Specializzata)¹⁸⁷, ha

¹⁸³ Cfr. Trib. Milano, 15 maggio 2006, in *Dir. e Giustizia*, 2006, 43, e successiva ordinanza dello stesso Tribunale, 21 luglio 2006, con cui è stato sollevato il regolamento di competenza d'ufficio.

¹⁸⁴ Cass., 3 aprile 2007, n. 8362 (ord.), in *Riv. Dir. Proc.*, 2008, 529, con nota critica di MERLIN, *La Suprema Corte pone la parola fine al dibattito sulla "competenza" in tema di procedimenti di "separazione" della coppia di fatto ed affido dei figli naturali.*; in *Fam. Dir.*, 2007, 446, con nota adesiva di TOMMASEO, *Filiazione naturale ed esercizio della potestà: la Cassazione conferma (ed amplia) la competenza del Tribunale minorile* e 889, con nota di MARINO, *Provvedimenti riguardanti i figli naturali e competenza del tribunale minorile*; in *Corr. Giur.*, 2007, con nota parzialmente critica di SALVANESCHI, *Ancora un giudice diverso per i figli naturali* e nota adesiva di BALESTRA, *Sul Tribunale competente in ordine all'affidamento e al mantenimento dei figli naturali: una condivisibile presa di posizione della Cassazione*; in *Guida al Diritto*, 2007, 28, con nota critica di FINOCCHIARO, *Quell'occasione perduta dalla Cassazione per superare anacronistiche ripartizioni*; in *Dir. Fam.*, 2007, 1168, con nota critica di GRAZIOSI, *Ancora rallentamenti sulla via della piena equiparazione tra figli legittimi e figli naturali: la Cassazione mantiene inalterata la competenza del Tribunale per i minorenni* e di LOMBARDO, *Effetti ed implicazioni della l. n. 54 del 2006 secondo Cass. ordin. 3 aprile 2007 n. 8362*.

Il principio di diritto enunciato dalla Corte è stato poi ribadito, tra le altre, da Cass., 7 maggio 2009, n. 10569, in *Fam. Dir.*, 2009, 992, con nota adesiva di VULLO, *Sui limiti della competenza del tribunale dei minorenni in caso di separazione della coppia di fatto*; Trib. Min. Ancona, 3 ottobre 2008, in *Dir. Fam.*, 2009, 265.

¹⁸⁵ V. Trib. Siena, (ord.) 11 gennaio 2008, in *Fam. Dir.*, 2008, 597, con nota di DANOVI, *Competenza del giudice minorile per i figli naturali e sistema delle garanzie costituzionali*; Trib. Roma, (ord.) 21 gennaio 2009.

¹⁸⁶ Corte Cost., (ord.) 18 febbraio 2009, n. 47, in *Giur. Cost.* 2009, 1, 359; Id., 5 marzo 2010, n. 82, in *Giusto Proc. Civ.*, 2010, 523, con nota di CAVUOTO, *Sull'efficacia dei provvedimenti camerali a tutela dei figli naturali*; Id., 6 novembre 2009, n. 286, in *Fam. Dir.*, 2010, 221, con nota di TOMMASEO, *Giustizia minorile: ancora un'elusiva pronuncia della consulta sulla disciplina della competenza in materia di filiazione naturale*.

¹⁸⁷ In tal senso, v. TOMMASEO, *Il Tribunale della famiglia: verso un nuovo giudice per la famiglia e per i minori*, in *Fam. Dir.*, 2009, 413; DANOVI, *Il riparto delle competenze*

comunque inciso profondamente sui profili processuali dei giudizi minorili, riducendo le competenze del Tribunale per i minorenni in favore del Tribunale ordinario.

Il novellato art. 38 disp. att. c.c., infatti, ha riscritto il catalogo dei procedimenti devoluti alla competenza del Tribunale ordinario, estesa ora anche ai procedimenti in materia di affidamento e mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio, riservando al Tribunale per i minorenni una competenza solo *de residuo*¹⁸⁸.

La *ratio* di simile soluzione legislativa risiede nel fatto che, venuta meno l'anacronistica distinzione tra figli legittimi e naturali e realizzato il principio di perfetta uguaglianza di tutti i figli, anche i procedimenti relativi al mantenimento ed affidamento dei minori dovevano essere attribuiti alla competenza del medesimo organo giudiziario, segnatamente, il Tribunale ordinario, verosimilmente più preparato ad accogliere procedimenti di tal fatta, poiché da sempre investito delle decisioni in materia di separazione e divorzio. E' stata, altresì, superata l'illegittima disparità di trattamento tra figli nati nel e fuori dal matrimonio derivante dal fatto che il tribunale per i minorenni è solitamente più

tra giudice minorile e giudice ordinario: il Tribunale unico della famiglia, cit.; POLISENO, *Il nuovo riparto di competenza per le controversie in tema di filiazione e il rito applicabile*, in *Giusto Proc. Civ.*, 2013, 543 ss., in part. 559; SPACCAPELO, *Sulla competenza a pronunciare i provvedimenti di revisione*, cit.

¹⁸⁸ Sul nuovo riparto di competenze a seguito della L. 219/2012 v. TOMMASEO, *La nuova legge sulla filiazione: i profili processuali*, in *Fam. Dir.*, 2013, 251; ID., *I provvedimenti di potestà e la nuova legge sulla filiazione*, in *Riv. Dir.Proc.*, 2013, 558; FINOCCHIARO, *Ridotte le competenze del tribunale per i minorenni*, in *Guida al Diritto*, 2013, 86; DANOVI, *Nobili intenti e tecniche approssimative nei nuovi procedimenti per i figli (non più) "naturali"*, in *Corr. Giur.*, 2013, 537; ID., *I procedimenti di potestà dopo la riforma, tra tribunale ordinario e giudice minorile*, in *Fam. Dir.*, 2013, 619; ID., *Gli illeciti endofamiliari: verso un cambiamento della disciplina processuale?*, in *Dir. Fam.*, 2014, 293; LUPOI, *La riforma della filiazione. Aspetti processuali*, in AA.VV., *La nuova disciplina della filiazione*, Maggioli Ed., 2014, 211 ss.; ID., *Il procedimento della crisi tra genitori non coniugati avanti al Tribunale ordinario*, in *Riv.Trim.Dir. e Proc.Civ.*, 2013, 1289; SCARSELLI, *La recente riforma in materia di filiazione: gli aspetti processuali*, in *Giusto Proc.Civ.*, 2013, 667; GRAZIOSI, *Una buona novella di fine legislatura*, cit.; MONTARULI, *Profili sostanziali e processuali relativi alla legge 10 dicembre 2012, n. 219*, cit.; ID., *Il nuovo riparto di competenze tra giudice ordinario e giudice minorile*, in *Dir. Fam.*, 2013, 1035; MORANI, *L'equiparazione dei figli naturali ai figli legittimi: prime riflessioni sulla legge 10 dicembre 2012 n. 219 (pubblic. sulla Gazz. Uff. del 17 settembre 2012 ed entrata in vigore il 1° gennaio 2013)*, in *Dir. Fam.*, 2013, 746; POLISENO, *Il nuovo riparto di competenza per le controversie*, cit., 543 ss.; RUSSO, *La competenza nei procedimenti di potestà dopo la novella dell'art. 38 disp.att.c.c.: il principio di concentrazione delle tutele e i rapporti tra giudice specializzato e giudice ordinario*, in *Fam. Dir.*, 2014, 60, in nota a Trib. Minori Brescia, 1 agosto 2013.

lontano dal minore, avendo giurisdizione distrettuale, a differenza del tribunale ordinario che, essendo dislocato nel circondario e quindi in ambito più ristretto, è sovente più prossimo alle parti e dunque al minore. Sotto tale profilo, la riforma è stata perciò accolta con favore da coloro che da tempo attendevano il superamento della dicotomia giudiziaria sopra evidenziata e l'attribuzione della *potestas iudicandi* ad un solo organo.

5. Rito camerale e garanzie costituzionali.

Se con la concentrazione in capo al tribunale ordinario delle controversie in tema di affidamento e mantenimento dei figli nati all'interno e fuori del matrimonio, si è finalmente uniformata la competenza in materia, il legislatore non ha, tuttavia, compiuto quell'ulteriore passo avanti, introducendo un medesimo rito applicabile ad entrambe le fattispecie.

Il novellato art. 38 disp. att. c.c. si limita, infatti, a richiamare le forme camerale, con ciò lasciando immutata la situazione preesistente che già sottoponeva le azioni in materia di affidamento e mantenimento della prole al procedimento in camera di consiglio; per contro, i giudizi in materia di affidamento e mantenimento dei figli nati in costanza di matrimonio restano regolati dalle norme sulla separazione (artt. 706 ss. c.p.c.) e sul divorzio (art. 4 l. div.).

Per una totale equiparazione dei figli, sarebbe stato auspicabile introdurre un modello procedimentale organico ed omogeneo applicabile in entrambi i casi; di qui le critiche sollevate dai primi commentatori, che hanno da subito avvertito la sensazione di un percorso “*in itinere e incompiuto*”¹⁸⁹.

La scelta di mantenere in vita il rito camerale, sia pur nella lettura offertane dalla Suprema Corte diretta ad evitare la lesione di parametri costituzionali¹⁹⁰, è subito apparsa criticabile¹⁹¹, vuoi per il differente

¹⁸⁹ Il riferimento è a DANOVI, *La nuova disciplina dei procedimenti per il riconoscimento dei figli nati fuori del matrimonio*, in *Riv.Dir.Proc.*, 2014, 125. Conf., tra gli altri, MONTARULLI, *op.cit.*; POLISENO, *Il nuovo riparto di competenza*, cit., 547.

¹⁹⁰ Si rammenta che la Corte Costituzionale (30 gennaio 2002, n. 1, in *Foro It.*, 2002, I, 3302, con nota critica di PROTO PISANI, *Battute d'arresto nel dibattito sulla riforma*

trattamento riservato ai figli nati nel e fuori dal matrimonio, vuoi per le forme procedurali, connotate da una eccessiva discrezionalità in capo al giudice e dall'assenza o quantomeno estrema laconicità di regole precostituite.

Il nuovo grimaldello normativo si limita, invero, a chiarire che è obbligatorio l'intervento del Pubblico Ministero e che i provvedimenti emessi sono "*immediatamente esecutivi, salvo che il giudice disponga diversamente*"; trattasi, all'evidenza, di una previsione normativa apprezzabile¹⁹², che tuttavia non va esente da censure¹⁹³ e, soprattutto,

del processo minorile e in *Fam. Dir.*, 2002, 229, con nota adesiva di TOMMASEO, *Giudizi camerale "de potestate" e giusto processo* e nota critica di ODINO-PASCETTI, *La Corte costituzionale non risponde: un'occasione perduta, sarà Strasburgo a dire l'ultima parola?*) ha affermato la legittimità delle forme camerale in materia di controversie familiari e minorili, mentre la Corte di Cassazione (21 marzo 2011, n. 6319, in *Foro It.*, 2011, I, 2765, con nota di DE MARZO) ha sottolineato la necessità di dotare il rito camerale dei correttivi minimi diretti a garantire il principio costituzionale del giusto processo.

¹⁹¹ In tal senso v. DANOVI, *Nobili intenti e tecniche approssimative*, cit.; MUGLIA, *La mancanza di un "rito adeguato" per i figli naturali è una lacuna che snatura la ratio della nuova legge*, in *Guida al Diritto*, 2013, 6; GRAZIOSI, *Una buona novella di fine legislatura*, cit.

In generale, sull'inadeguatezza delle forme camerale alla tutela dei diritti soggettivi, v., tra gli altri, MANDRIOLI, *C.d. "procedimenti camerale su diritti" e ricorso straordinario per cassazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1988, 921 ss.; PROTO PISANI, *Usi ed abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c. (Appunti sulla tutela giurisdizionale dei diritti e sulla gestione degli interessi devoluta al giudice)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1990, 393 ss.; CERINO CANOVA, *Per la chiarezza delle idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria*, in *Studi di diritto processuale civile*, Padova, 1992, 46 ss.; FAZZALARI, *Procedimento camerale e tutela dei diritti*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1988, 909 ss.; MONTESANO, *"Dovuto processo" su diritti incisi da provvedimenti camerale*, *ivi*, 1989, 915 ss.; ID., *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di "terza via"*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 929 ss.; BIANCHI, *Il giudizio di modificazione delle condizioni di separazione dei coniugi di cui all'art. 710 c.p.c.*, Napoli, 2012, 216 ss.; LANFRANCHI, *Giusto processo: I – Processo civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2001, 1 ss.; ID., *La roccia non incrinata*, Torino, 2011, 141 ss.; CARRATTA, *Provvedimenti camerale-sommari, "decisorietà" e ricorso per cassazione: fra nuove riforme e vecchi problemi*, in *Fam. Dir.*, 2007, 131, in nota a Cass., S.U., 16 ottobre 2006, n. 22216; ID., *Modifica delle condizioni del divorzio e interpretazione "costituzionalmente plausibile" dell'art. 9 l.div.*, *ivi*, 2001, 393, in nota a Cass., 25 ottobre 2000, n. 14022. *Contra*, tuttavia, DENTI, *La giurisdizione volontaria rivisitata*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1987, 325. In argomento v. altresì RESSANI, *Ricorso straordinario per cassazione e provvedimento di decadenza dalla potestà genitoriale ex art. 330 c.c.*, *ivi*, 2013, 586, in nota a Cass., 13 settembre 2012, n. 15341.

¹⁹² Cfr. TOMMASEO, *I profili processuali della riforma della filiazione*, cit.; POLISENO, *Il nuovo riparto di competenza per le controversie in tema di filiazione e il rito applicabile*, in *Giusto Proc. Civ.*, 2013, 566.

Prima della riforma, la giurisprudenza aveva già riconosciuto in talune occasioni l'esecutività dei decreti in materia familiare; v. Trib. Catania, 25 maggio 2010, in *Giur. It.*, 2011, 1131, con nota adesiva di BIANCHI, *In tema di esecutività immediata del decreto che modifica le condizioni di separazione dei coniugi*; App. Milano, 16 marzo 2004, in *Fam. Dir.*, 2005, 521, con nota di NARDELLI, *Sospensione dell'efficacia dei decreti di revisione delle condizioni della separazione (e del divorzio)*; Cass., 20 marzo

non può valere a superare quei dubbi di incostituzionalità che già si sono affacciati in dottrina¹⁹⁴.

Senza voler entrare nel merito dell'annosa disputa circa l'adeguatezza del rito camerale alle garanzie costituzionali, in specie nei procedimenti aventi ad oggetto l'accertamento di diritti soggettivi, giova qui osservare che il procedimento ordinario pare maggiormente permeato da garanzie di difesa e di parità delle armi tra le parti, nonostante i correttivi introdotti dalla giurisprudenza di legittimità tesi ad ammantare anche il procedimento camerale da quel minimo di garanzie costituzionali, soprattutto in tema di rispetto del principio del contraddittorio¹⁹⁵.

E' pur vero che il rito ordinario di cognizione può apparire, all'opposto, assai "farraginoso"¹⁹⁶, a causa dei complessi meccanismi procedurali previsti dal nostro codice di rito; tuttavia, come si è osservato in dottrina, le regole processuali non rappresentano "vacui orpelli formali, ma

2012, n. 4376, in *Dir.Fam.*, 2012, 1543, con nota di CASTELLI, *Efficacia esecutiva immediata per i provvedimenti di modifica delle condizioni della separazione* e in *Dir. Giust.*, 2012, 329, con nota di PALEARI, *La guerra dei Roses...sull'immediata esecutività del provvedimento di modifica*; Trib. Bologna, 29 giugno 2012, in *Fam. Pers. Succ.*, 2012, 634, con nota di COSTANZO, *Il decreto del tribunale per i minorenni che provvede sul mantenimento dei figli naturali è titolo per iscrivere ipoteca*; v. tuttavia, Cass., 27 aprile 2011, n. 9373, *ivi*, 2011, 877, con nota contraria di TOMMASEO, *Sull'efficacia di titolo esecutivo dei decreti che rivedono le condizioni della separazione* e in *Riv. Dir. Proc.*, 2012, 241, con nota critica di GOZZI, *La Corte di cassazione esclude la provvisoria esecutività dei provvedimenti di modifica delle condizioni della separazione e del divorzio*; Cfr. altresì Corte Cost., 20 novembre 2009, n. 310, in *Fam. Dir.*, 2010, 449, con nota di LAI, *La Corte Costituzionale (non) si pronuncia sull'efficacia di titolo esecutivo delle statuizioni sul mantenimento adottate dal giudice minorile*, che ha dichiarato l'inammissibilità della questione, essendo possibile una lettura costituzionalmente orientata della norma censurata. Da ultimo, v. Cass., S.U., 26 aprile 2013, n. 10064, in *Giur.It.*, 2014, I, 74, con nota adesiva di BIANCHI, *L'esecutività del provvedimento che modifica le condizioni di divorzio*, la quale, risolvendo il contrasto interpretativo sull'immediata esecutività del provvedimento emesso in sede di revisione delle condizioni di affidamento e mantenimento dei figli a norma dell'art. 9 L. 898/1970, ha statuito che il decreto è immediatamente esecutivo in virtù di una regola generale, desumibile dall'art. 4 della stessa legge.

¹⁹³ Le censure si sono appuntate sulla possibilità che il giudice "disponga diversamente"; simile potere discrezionale appare irragionevole ed in contrasto con la regola che attribuisce tale potere al giudice dell'impugnazione ed in presenza di "gravi e fondati motivi". Per tali rilievi v. TOMMASEO, *I profili processuali della riforma della filiazione*, cit.

¹⁹⁴ Per una serrata critica alle norme processuali della nuova legge sulla filiazione e, segnatamente, per i dubbi di incostituzionalità v. GRAZIOSI, *Una buona novella di fine legislatura*, cit.

¹⁹⁵ V., ad esempio, Cass., 25 gennaio 2007, n. 1656, in *Foro It.*, 2007, 3, I, 750.

¹⁹⁶ Così SCARSELLI, *La recente riforma in materia di filiazione*, cit., 680, per il quale la scelta di optare per il rito camerale può ritenersi giustificabile e financo preferibile.

*costituiscono indispensabili strumenti per la certezza dei diritti, la protezione delle garanzie dell'azione e della difesa*¹⁹⁷.

Non può trascurarsi, infatti, che la scarna disciplina del rito camerale non prevede alcun termine minimo di comparizione, né l'applicazione del principio della domanda o della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato; di più, il rito camerale è retto dal principio inquisitorio ed è scevro da rigide scansioni preclusive o decadenze dalla proposizione di domande, eccezioni o istanze istruttorie.

Ma, a tacer d'altro, il rinvio alle forme camerali appare criticabile sotto il profilo della manifesta disparità di trattamento tra figli nati da genitori coniugati e figli nati al di fuori del matrimonio; quasi una reminiscenza dell'anacronistico sistema che attribuiva alla filiazione "legittima" ingiustificati privilegi per il solo fatto di essere fondata sul matrimonio.

A tutto voler concedere, infatti, il sistema così concepito appare irragionevole e discriminatorio, non solo per il rinvio alle forme camerali a tutela di diritti fondamentali della persona, ma specialmente perché prevede riti assai diversificati per fattispecie che dovrebbero essere ormai del tutto (o quasi) sovrapponibili. Invero, non v'è chi non veda come i figli nati in costanza di matrimonio possano tuttora fruire dell'ampia ed articolata tutela garantita dalle norme sulla separazione e sul divorzio, non foss'altro per l'espressa previsione dei provvedimenti provvisori ed urgenti adottabili all'udienza presidenziale – questione che verrà affrontata ampiamente nel successivo paragrafo – mentre ai figli nati al di fuori del matrimonio è riservata la laconica disciplina del procedimento camerale, quasi interamente rimessa alla discrezionalità dell'organo giudicante.

All'uopo, non può sottacersi che il legislatore del 2005-2006, in controtendenza rispetto alla generale "cameralizzazione" dei diritti ed alle esigenze di celerità e speditezza dei giudizi, ha scelto, non solo di mantenere in vita il rito ordinario nei procedimenti di separazione e

¹⁹⁷ In questi termini, v. DANOVI, *Il riparto delle competenze tra giudice minorile e giudice ordinario*, cit., 257 ss.

divorzio, ma financo di irrobustirne la fase introduttiva¹⁹⁸, proprio in ragione della delicatezza degli interessi in gioco e della maggiore esigenza di tutela delle parti. Di talché, appare ancor più irragionevole la scelta operata nell'ambito dei giudizi relativi all'affidamento ed al mantenimento dei minori nati al di fuori del matrimonio, rispetto ai quali si è optato per il modello, meno garantista, dei procedimenti camerale; di qui l'accennata questione di incostituzionalità già prospettata da qualche autore nei confronti del novellato art. 38, secondo comma disp.att.c.c. per violazione degli artt. 24 e 111 Cost.

Certo, anche in relazione ai procedimenti di separazione e divorzio l'ordinamento, per esigenze di celerità e snellezza, ha scelto in talune ipotesi di ricorrere alle forme camerale (nel giudizio d'appello); e tuttavia, simile scelta è razionale e giustificata dall'espletamento di un procedimento di primo grado nelle forme ordinarie, un procedimento al quale viene addirittura anteposta una fase presidenziale, assistita da tutti i crismi costituzionali (diritto di difesa, principio del contraddittorio) e all'esito della quale vengono adottati provvedimenti "provvisori ed urgenti" reclamabili avanti la Corte d'Appello e modificabili/revocabili nella successiva fase innanzi al giudice istruttore. La necessità di una disciplina omogenea tra figli nati in costanza ed al di fuori del matrimonio

¹⁹⁸ E' a tutti nota la questione che si era posta prima della riforma del 2005 circa la natura della fase presidenziale nei procedimenti di separazione e divorzio ed il termine per la costituzione del convenuto; questione che era stata variamente risolta in dottrina e che aveva dato luogo a prassi giurisprudenziali contrastanti (in special modo, il c.d. rito ambrosiano, poiché invalso soprattutto presso il Tribunale di Milano). Il riformatore del 2005 ha poi respinto l'orientamento del Tribunale milanese, introducendo un "doppio deposito" (ricorso introduttivo e memoria integrativa, per il coniuge ricorrente, memoria difensiva e comparsa di risposta, per il convenuto) e rafforzando di fatto la tutela delle parti, anche attraverso l'esplicita previsione dell'assistenza del difensore in occasione dell'udienza presidenziale.

Sugli opposti orientamenti formati prima della novella del 2005, v. SERVETTI, *Osservazioni d'ordine processuale in tema di divorzio e separazione personale*, in *Fam. Dir.*, 1994, 211; SALVANESCHI, *La novella del codice di rito e la fase introduttiva dei procedimenti di separazione e di divorzio*, in *Corr. Giur.*, 1995, 748; ID., *Decadenze e preclusioni nei procedimenti di separazione e divorzio*, in *Fam. Dir.*, 2000, 338, in nota a Cass., 7 febbraio 2000, n. 1332; MANDRIOLI, *Il "rito ambrosiano" nei giudizi di separazione e di divorzio*, in *Fam. Dir.*, 1994, 215; VULLO, *Costituzione del convenuto e preclusioni nel procedimento di divorzio*, *ivi*, 1995, 140. Sulla natura "unitaria" del procedimento di separazione giudiziale a seguito della riforma, v. da ultimo DANOVI, *E' ancora ammissibile il reclamo avverso l'ordinanza presidenziale nella fase avanti al giudice istruttore?*, in *Fam. Dir.*, 2014, 257, in nota a App. Torino, 10 dicembre 2013; v. altresì VULLO, *Brevi note sulla natura "integralmente" contenziosa del processo di separazione giudiziale*, in *Fam. Dir.*, 2013, 207, ed *ivi* per ampi riferimenti bibliografici sui diversi orientamenti dottrinali.

avrebbe, pertanto, dovuto condurre, sul piano processuale, ad un allontanamento dall'alveo della procedura camerale in favore di un avvicinamento al procedimento di separazione coniugale.

6. Provvedimenti provvisori ed urgenti e rito camerale.

La lunga dissertazione che precede pone le basi per la successiva trattazione e consente di svolgere qualche breve riflessione circa l'ammissibilità del provvedimento d'urgenza all'interno dei procedimenti camerale aventi ad oggetto l'affidamento ed il mantenimento dei minori nati fuori dal matrimonio. Il problema è tutt'altro che teorico, posto che il rito camerale, aldilà delle aporie cui si è fatto cenno *supra*, non prevede, a differenza dei procedimenti di separazione e divorzio, l'adozione *in limine litis* di provvedimenti provvisori ed urgenti nell'interesse della prole¹⁹⁹.

Come è stato ben evidenziato dai primi commentatori²⁰⁰, simile lacuna aggraverà ulteriormente la disparità di trattamento tra figli nati da genitori coniugati e figli nati al di fuori del matrimonio, i quali ultimi non potranno beneficiare di strumenti *ad hoc* diretti a prevenire il grave pregiudizio che può considerarsi *in re ipsa* in ipotesi di crisi familiare. Invero, la finalità sottesa all'ordinanza presidenziale nei procedimenti di separazione e divorzio è proprio quella di tutelare celermente gli interessi dei coniugi e, in special modo, della prole, vittima incolpevole del venir meno dell'*affectio maritalis* e quindi della dissoluzione del nucleo familiare.

¹⁹⁹ Va, peraltro, osservato che nel testo approvato in prima lettura alla Camera (ddl 2805) e trasmesso al Senato il 4 luglio 2011, vi era l'introduzione di un capo interamente nuovo all'interno del codice di rito, dedicato ad un procedimento *ad hoc* destinato a regolare i procedimenti di affidamento dei figli di genitori non coniugati, con espressa previsione di provvedimenti temporanei ed urgenti. Sull'iter legislativo della riforma, v. POLISENO, *op.ult.cit.*, 561 ss.

²⁰⁰ Cfr. GRAZIOSI, *Una buona novella di fine legislatura*, cit.; LUPOLI, *Il procedimento della crisi tra genitori non coniugati*, cit.; DANОВI, *Il riparto delle competenze tra giudice minorile e giudice ordinario*, cit.; ID., *Nobili intenti e tecniche approssimative*, cit.; MUGLIA, *op.cit.*, 8; SCARSELLI, *op.cit.*, 682;

Invero, ancor prima della riforma del 2012 si era suggerito di scandire il giudizio civile minorile per l'affidamento dei figli naturali alla stregua del giudizio di separazione, prevedendo, al termine della prima fase da svolgersi ad istruttoria sommaria, la pronuncia di provvedimenti temporanei ed urgenti. V. in tal senso SPINA, *Al Tribunale dei minori il primo "round" sulla competenza*, in *Fam. e min.*, 2007, 5, 23 ss.; MARINO, *Provvedimenti riguardanti i figli naturali e competenza del tribunale minorile*, cit.

Pare inutile soffermarsi sull'importanza rivestita dai provvedimenti presidenziali, soprattutto nell'ambito del procedimento di separazione – quando ancora non vi è alcun pregresso provvedimento regolante i rapporti personali e patrimoniali con la prole – ch  questa traspare chiaramente dalla disciplina ad essi riservata. E' di tutta evidenza, infatti, che tali provvedimenti hanno ad oggetto la tutela di bisogni essenziali, suscettibili per loro natura di subire un pregiudizio irreparabile nelle more del giudizio; di guisa che non appare procrastinabile la tutela di simili diritti sino all'esito del procedimento ordinario.

Orbene, analoghe esigenze di tutela si rinvencono nei procedimenti relativi all'affidamento ed al mantenimento della prole nata fuori dal matrimonio e, pertanto, rendono, non solo opportuna, ma neanche doverosa l'integrazione della scarsa disciplina camerale nella parte in cui non contempla siffatti provvedimenti, pena l'illegittimit  costituzionale dell'art. 38, secondo comma disp. att. c.c. per violazione dell'art. 3 Cost., sotto il profilo della (ennesima) disparit  di trattamento tra figli nati nel e fuori dal matrimonio.

Se, tuttavia, sulla necessit  di colmare tale lacuna convergono pressoch  tutti gli autori, non vi   uniformit  di vedute in dottrina circa lo strumento al quale ricorrere per risolvere la *vexata quaestio*. Le strade percorribili sembrano essere sostanzialmente due: 1) applicare analogicamente il disposto dell'art. 710, terzo comma c.p.c.²⁰¹ o dell'art. 336, terzo comma c.c.²⁰², dettati rispettivamente in materia di modifica

²⁰¹ E' la soluzione adottata da DE MARZIO, *Novit  legislative in tema di affidamento e di mantenimento: profili processuali*, in *Foro It.*, 2013, V, 12; conf. SCARSELLI, *op.loc.cit.*; CEA, *Profili processuali della legge n. 219/2012*, in *Giusto Proc.Civ.*, 2013, 220.

²⁰² Ritiene applicabile indistintamente una o l'altra norma LUPOI, *op.ult.cit.*; ID., *La riforma della filiazione*, cit., 232,, il quale conclude nel senso che tali disposizioni possono essere applicate per analogia o comunque interpretate come l'espressione di una regola implicita nell'ambito di un procedimento relativo alla prole minorenni. L'A. non esclude neppure il ricorso all'art. 700 c.p.c. per non lasciare prive di tutela urgente situazioni meritevoli di interventi immediati, pur segnalando il forte contrasto esistente sull'utilizzo di tale rimedio in ambito familiare; conf. MONTARULI, *Profili sostanziali e processuali relativi alla legge 10 dicembre 2012, n. 219*, cit., la quale ritiene altres  applicabile, ma solo se ne ricorrano i presupposti – come la necessit  di dirimere controversie sulle modalit  di affidamento dei minori – l'art. 709 *ter* c.p.c.

In giurisprudenza, v. Trib. Modena, 3 aprile 2013, in www.wwww.dejure.it, il quale esclude la possibilit  di far ricorso all'art. 700 c.p.c. sulla base del principio di residualit , in quanto ritiene applicabile l'art. 336, terzo comma c.c. oppure, in via

delle condizioni della separazione e di pronuncia di misure limitative o ablativo della responsabilità genitoriale; 2) ammettere il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c.²⁰³, non esistendo rimedi tipici atti a regolare, in modo tempestivo ed efficace, le modalità di affidamento e mantenimento della prole. Tra i due corni del dilemma, quest'ultima soluzione appare preferibile per le ragioni che ci si accinge ad esporre. Cominciando dai provvedimenti provvisori ex art. 710, terzo comma c.p.c., prima di affrontare la questione sopra evocata dell'eventuale estensione analogica della norma al procedimento di affidamento e mantenimento della prole "naturale", sia consentita una breve digressione sulla disposizione testé richiamata. Assai frastagliato, infatti, è il panorama dottrinale e giurisprudenziale in materia di interpretazione della norma in esame e, in special modo, della natura dei provvedimenti provvisori che il tribunale può adottare "*ove il procedimento non possa essere immediatamente definito*".

A chi attribuisce *de plano* natura cautelare ai provvedimenti di cui all'art. 710, terzo comma c.p.c., con conseguente applicazione di talune norme del rito cautelare uniforme²⁰⁴, si contrappone chi riconduce i provvedimenti *de quibus* nell'alveo delle misure sommarie non cautelari, a carattere anticipatorio²⁰⁵. Coloro che negano la natura cautelare fanno

analogica, l'art. 710, terzo comma c.p.c., norma tipica cautelare, speciale rispetto alla figura residuale del provvedimento innominato.

²⁰³ In questo senso v. soprattutto GRAZIOSI, *Una buona novella di fine legislatura*, cit.; conf. DANOVI, *Nobili intenti e tecniche approssimative*, cit.; DAMIANI, *Filiazione e processo all'indomani della L. 219/2012*, in *Riv.Dir.Civ.*, 2014, I, 73 ss; cfr. altresì POLISENO, *Il nuovo riparto di competenza*, cit., 566, per la quale si può ipotizzare un'interpretazione estensiva dell'art. 336, terzo comma c.c. o, in alternativa, l'applicazione dell'art. 710, terzo comma c.p.c., mentre è da ritenersi pienamente ammissibile il provvedimento d'urgenza *ante causam* ex art. 700 c.p.c. volto ad anticipare gli effetti del provvedimento finale del procedimento camerale in procinto di essere instaurato.

²⁰⁴ MERLIN, voce "*Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*", cit., 430; CIVININI, *I procedimenti in camera di consiglio*, cit., 570; ID., *Provvedimenti cautelari e rapporti patrimoniali tra coniugi in crisi*, cit., 381; BIANCHI, *Il giudizio di modificazione delle condizioni di separazione dei coniugi di cui all'art. 710 c.p.c.*, cit., 289; cfr. altresì MARTINELLI, *Alcune questioni sull'ambito di applicazione del nuovo rito cautelare uniforme*, cit., 175-177, per il quale i provvedimenti di cui all'art. 710, ult. comma c.p.c. sarebbero impugnabili con il reclamo camerale, ad eccezione dei provvedimenti sulla prole.

²⁰⁵ In tal senso v. VULLO, *Sull'inammissibilità del reclamo cautelare contro i provvedimenti provvisori assunti nel giudizio di modificazione delle condizioni di separazione ai sensi dell'art. 710, ult. comma c.p.c.*, in *Riv.Trim.Dir. e Proc.Civ.*, 1998, 301 ss.; MANDRIOLI-CARRATTA, *Diritto processuale civile*, III, cit.; PUNZI, *La*

leva sull'assenza del *periculum in mora* quale presupposto per la loro adozione, giacché l'unico requisito richiesto *expressis verbis* dall'art. 710, ultimo comma c.p.c. è la non immediata definibilità del giudizio, per lo più ricollegata ad esigenze di carattere istruttorio²⁰⁶.

Si osserva, infatti, che l'introduzione nell'ambito di un procedimento camerale di un'istruttoria tipica del processo ordinario di cognizione (il giudice, invero, non si limita ad "*assumere informazioni*" a norma dell'art. 738, ultimo comma c.p.c., bensì "*provvede alla eventuale ammissione di mezzi istruttori*", alla stregua dell'art. 710, secondo comma c.p.c.), porta ad una notevole alterazione dei tratti caratteristici del primo, con sensibile perdita di rapidità dello stesso²⁰⁷; di qui l'avvertita esigenza di prevedere la pronuncia di provvedimenti provvisori laddove il procedimento non possa essere immediatamente definito.

In effetti, il tenore letterale della norma non sembra supportare la menzionata ricostruzione dell'istituto in chiave cautelare, proprio per l'assenza del *periculum* quale requisito per la pronuncia dei provvedimenti provvisori ivi contemplati; non viene, infatti, richiamata l'urgenza di provvedere, che connota la tutela cautelare, mentre la non immediata definibilità sembra alludere alla necessità di assumere quei mezzi istruttori indicati nel secondo comma. Né può ritenersi che il trascorrere del tempo sia di per sé fonte di pregiudizio e che quindi

modifica dei provvedimenti relativi alla separazione dei coniugi (a proposito della L. 29 luglio 1988 n. 331), in *Riv. Dir. Proc.*, 1989, 639 ss., in part. 652; CAPPONI, *Il novellato art. 710 del codice di procedura civile*, in *Foro It.*, 1988, V, 513 ss., spec. 517; PAGANO, *Modifica dell'art. 710 c.p.c.*, in *Nuove leggi civ.comm.*, 1989, 367 ss., spec. 372; CARRATA, *La riforma dell'art. 710 c.p.c.*, in *Dir.Fam.*, 1990, 207 ss., spec. 217.

Per una diversa prospettiva ante riforma del 2005, v. altresì CARRATA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., 214, il quale, facendo leva sull'ultrattività dei provvedimenti provvisori, escludeva la possibilità di ricondurli all'interno delle misure urgenti e cautelari a contenuto anticipatorio e propendeva per una ricostruzione di essi come provvedimenti volontari emessi a seguito di un sub-procedimento collegato con un provvedimento volontario o contenzioso principale.

²⁰⁶ V., in particolare, CAPPONI, *Il novellato art. 710*, cit., 517.

²⁰⁷ Così PAGANO, *op.ult.cit.*, 372. Osserva CASTELLI, *Efficacia esecutiva immediata per i provvedimenti di modifica delle condizioni della separazione*, cit., che il secondo comma della disposizione in esame prevede l'eventualità dell'ammissione di mezzi istruttori, ciò che senz'altro evoca la disciplina al riguardo dettata dal legislatore per il processo ordinario di cognizione e non, invece, un'istruzione sommaria e deformalizzata, qual è quella sottesa dall'art. 738, 3° comma, c.p.c.

qualsiasi provvedimento anticipatorio emesso nel corso del giudizio rivesta una funzione latamente cautelare²⁰⁸.

Se così fosse, la stessa nozione di “provvedimento cautelare” perderebbe completamente di autonomia e rilevanza; da un lato, infatti, non è più richiesta la sussistenza del requisito della strumentalità in senso strutturale per la pronuncia delle misure cautelari, essendo stato allentato il vincolo strumentale con il giudizio di merito²⁰⁹ e, dall'altro, si va diffondendo l'orientamento che il *periculum in mora* non sia più requisito indispensabile per l'adozione delle misure, potendo ritenersi talvolta “*in re ipsa*” in quanto predeterminato a monte dal legislatore. In tal guisa, tuttavia, la nozione di provvedimento cautelare appare vieppiù sfumata e fuggevole, tanto da indurre a dubitare della stessa sopravvivenza di tale categoria.

Mi pare, pertanto, più convincente l'opinione di chi inquadra i provvedimenti provvisori di cui all'art. 710, terzo comma c.p.c. nello spettro delle misure anticipatorie, proprio in virtù dell'assenza del requisito del *periculum in mora*, presupposto tuttora indefettibile per la pronuncia delle misure cautelari.

Ciò premesso, vale osservare *in primis* che la previsione normativa di cui all'art. 710 c.p.c. non si attaglia perfettamente alla fattispecie in esame, avendo ad oggetto la modifica dei provvedimenti inerenti (i coniugi e) la prole, a dispetto del caso che ci occupa in cui non vi è ancora un provvedimento da modificare; il procedimento camerale in

²⁰⁸ Per VULLO, *Sull'inammissibilità del reclamo cautelare*, cit., 313, si avrebbe in tal modo una totale atrofizzazione del giudizio sul *periculum*. In senso contrario, v. BIANCHI, *op.ult.cit.*, 284 ss., il quale, muovendo dai rilievi svolti da VERDE, secondo cui il pericolo nel ritardo è andato negli ultimi anni trasformandosi da “requisito specifico” di ciascun provvedimento, da provare in concreto, in “requisito generico” che il legislatore spesso dà per presunto, osserva che, innanzi a misure interinali anticipatorie poste a tutela di situazioni sostanziali aventi funzione e/o contenuto non patrimoniale, il pericolo nel ritardo può ritenersi *in re ipsa*, o, in altre parole, prevalutato dallo stesso legislatore.

²⁰⁹ Negava rilevanza alla strumentalità in senso strutturale già prima della riforma del 2005, con riferimento ai provvedimenti di cui all'art. 336, terzo comma c.c., MERLIN, *Reclamo cautelare e provvedimenti urgenti nell'interesse dei figli ex art. 336 comma 3 c.c.*, in *Fam. Dir.*, 1997, 549.

Sull'attenuazione del vincolo di strumentalità, si rinvia a SALETTI, *Le misure cautelari a strumentalità attenuata*, cit., 293 ss.; l'A. coglie il collegamento che permane tra il provvedimento cautelare e quello di merito nell'art. 669 *novies*, terzo comma c.p.c., dal quale si ricava la perdita di efficacia del primo al momento dell'emanazione del secondo.

esame, infatti, è diretto a regolamentare, per la prima volta, le modalità di affidamento ed il contributo al mantenimento della prole nata fuori dal matrimonio, di talché l'applicazione diretta della norma in esame appare un'eccessiva forzatura ermeneutica. E' bensì vero che occorre superare eventuali carenze normative attraverso i criteri dell'analogia *legis* e dell'analogia *iuris*, al fine di adeguare le astratte previsioni di legge alla particolare condizione soggettiva del minore; tuttavia, il ricorso allo strumento dell'analogia incontra, in tal caso, limiti che non paiono superabili neppure evocando l'interesse preminente della prole (che potrà essere comunque tutelato attraverso il ricorso ad altri strumenti normativi, come si dirà *infra*).

Il ricorso all'analogia postula, infatti, l'esistenza di "una *eadem ratio* ovvero un principio che rappresenti il *quid commune* o termine medio fra due termini, quello già regolato e quello da regolare"²¹⁰. Nel caso di specie, l'unico elemento in comune tra i due procedimenti – quello di modifica delle condizioni della separazione ex art. 710 c.p.c. e quello teso a regolare le modalità di affidamento e mantenimento della prole nata fuori dal matrimonio - si coglie nel rinvio alle forme camerale, mentre diversi sono i presupposti e le finalità ad essi sottesi; nel primo caso, infatti, il giudizio è diretto a modificare le condizioni contenute in una sentenza di separazione giudiziale passata in giudicato²¹¹ o in un decreto di omologa della separazione consensuale, nell'altro caso, invece, non vi è alcun provvedimento preesistente, in quanto tali condizioni devono essere formulate per la prima volta.

²¹⁰ In questi esatti termini v. CAIANI, voce "Analogia (teoria generale)", in *Enc. Dir.*, II, Milano, 1958, 348 ss., in part. 367.

²¹¹ L'orientamento dottrinale prevalente esclude che il giudizio di revisione di cui all'art. 710 c.p.c. possa essere esperito nei confronti dei provvedimenti presidenziali interinali e ritiene, per contro, che la modifica possa essere richiesta solo dopo il passaggio in giudicato della sentenza di separazione; v. MANDRIOLI-CARRATTA, *Diritto processuale civile*, III, cit., 118; TOMMASEO, in AA.VV., *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da CIAN-OPPO-TRABUCCHI, VI, 1, Padova, 1993, 582; del medesimo avviso anche la giurisprudenza maggioritaria: Cass., SS.UU., 27 luglio 1993, n. 8389, in *Foro It.*, 1994, I, 724, con nota di CIPRIANI, *Vecchie e nuove vittime del formalismo processuale*; Cass., 22 aprile 2002, n. 5861, in *Fam. Dir.*, 2002, 413 e 480, con nota parzialmente adesiva di VULLO, *Passaggio in giudicato formale della sentenza di separazione dei coniugi e proponibilità della domanda di revisione ex art. 710 c.p.c.*

Ove si consideri che è discussa persino l'applicabilità della disposizione in esame al caso parallelo del giudizio di revisione delle condizioni di divorzio disciplinato dall'art. 9 L. 898/1970 – ove non sono previste analoghe misure anticipatorie - pare ancor più problematica l'estensione analogica dell'art. 710, terzo comma c.p.c. al procedimento qui indagato²¹². La stessa Corte Costituzionale, nella più volte richiamata sentenza n. 166/1998, pur avendo ribadito che il principio di responsabilità genitoriale postula che sia data tempestiva ed efficace soddisfazione alle esigenze di mantenimento del figlio, a prescindere dalla qualificazione di *status*, ha tuttavia negato l'applicabilità analogica delle norme sul processo di separazione.

Milita in tal senso anche il fatto che l'art. 710 c.p.c., nel disciplinare il procedimento di modifica delle condizioni della separazione in maniera "*del tutto eccentrica*"²¹³ rispetto alle forme camerali di cui agli artt. 737 ss. c.p.c., rappresenta una norma speciale, che, in quanto tale, pare difficilmente estensibile in via analogica a fattispecie assai diverse, quale quella relativa ai procedimenti aventi ad oggetto l'affidamento o il mantenimento della prole nata fuori dal matrimonio.

Ma, a tutto voler concedere, ove si volesse comunque ritenere estensibile analogicamente il disposto dell'art. 710, terzo comma c.p.c. anche alla fattispecie oggetto della presente indagine, simile previsione non sarebbe di per sé sufficiente a tutelare appieno le esigenze di mantenimento in favore della prole. L'esclusione della natura cautelare e l'inquadramento dei provvedimenti provvisori ex art. 710, terzo comma c.p.c. nel ventaglio delle misure sommarie anticipatorie – tesi che qui si predilige, non foss'altro per il tenore letterale della norma e per l'affinità con i provvedimenti presidenziali di cui all'art. 708 c.p.c. (sui quali v.

²¹² Per BIANCHI, *op.ult.cit.*, 288, nota 69, ove non siano previste misure anticipatorie tipiche, come avviene nel caso parallelo dell'art. 9 l.div. in tema di modifica delle statuizioni contenute nella sentenza di divorzio, sarà consentito l'accesso al provvedimento d'urgenza con la relativa necessità di dimostrare nel caso concreto il pericolo "imminente e irreparabile".

In giurisprudenza, a favore dell'estensibilità analogica della disciplina dei provvedimenti provvisori di cui all'art. 710, terzo comma c.p.c. (e della conseguente inammissibilità del provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c.) al giudizio di revisione delle condizioni di divorzio, v. Trib. Modena, 2 maggio 2013, in www.dejure.it; Trib. Udine, 9 novembre 2006, *ivi*.

²¹³ L'espressione è di CASTELLI, *op.ult.cit.*,

infra cap. 4) – induce, infatti, a dare ingresso alla tutela cautelare atipica *ante causam*, al fine di anticipare gli effetti del provvedimento che verrà emanato all’esito dell’instaurando procedimento camerale²¹⁴.

Né varrebbe opinare che ai provvedimenti provvisori di cui all’art. 710 c.p.c., benché privi della natura cautelare, sarebbero applicabili per analogia gli artt. 669 *bis* ss. c.p.c.²¹⁵ e, segnatamente, l’art. 669 *ter* c.p.c. che prevede la competenza cautelare *ante causam* e l’art. 669 *sexies*, secondo comma c.p.c. che consente la pronuncia dei provvedimenti *inaudita altera parte*. In proposito, vale osservare che autorevole dottrina, al cospetto di provvedimenti anticipatori-interinali in senso proprio, esclude a priori il ricorso allo strumento ermeneutico dell’analogia al fine di un’applicazione indiretta degli artt. 669 *bis* ss. c.p.c., motivando simile esclusione con l’assenza di similitudine tra le due fattispecie, le quali hanno quale unico *quid commune* la sommarietà della cognizione²¹⁶.

D’altro canto, anche coloro che inquadrano i provvedimenti di cui all’art. 710, terzo comma c.p.c. nella tutela cautelare sono poi costretti a negare l’applicazione dell’art. 669 *ter* c.p.c. e, conseguentemente, ad ammettere l’accesso al provvedimento d’urgenza *ante causam*²¹⁷.

²¹⁴ Del medesimo avviso v. CAPPONI, *Usi e abusi della procedura camerale*, cit., 517 ss.; VULLO, *Sull’inammissibilità del reclamo cautelare*, cit., 314. *Contra*, CARRATA, *La riforma dell’art. 710 c.p.c.*, cit., 217; CIVININI, *I procedimenti in camera di consiglio*, cit., 214 ss.

²¹⁵ Controversa, in particolare, è l’applicabilità dell’art. 669 *terdecies* c.p.c. ai provvedimenti provvisori di cui all’art. 710 c.p.c. Ammettono l’impugnabilità di tali provvedimenti con il reclamo cautelare CIVININI, *op.ult.cit.*, 212; BIANCHI, *Il giudizio di modificazione*, cit., 290; conf. in giurisprudenza App. Roma, 14 settembre 1994, in *Giur.Merito*, 1996, I, 65. In senso contrario si è espressa, tuttavia, la dottrina maggioritaria: CAPPONI, *op.ult.cit.*, 519; VULLO, *op.ult.cit.*, 316; CARPI-GRAZIOSI, *Procedimenti in tema di famiglia*, in *Dig. It., sez. civ.*, 4^a ed., XIV, Torino, rist. 1997, 523 ss., spec.546; TOMMASEO, in AA.VV., *Commentario al diritto italiano della famiglia*, cit., 586.

²¹⁶ In questi termini, v. VULLO, *op.ult.cit.*, 316.

²¹⁷ In tal senso v. BIANCHI, *op.ult.cit.*, 292, il quale aggiunge tuttavia che l’accesso al provvedimento d’urgenza potrebbe incontrare un duplice ordine di difficoltà, in ragione della stessa lettera dell’art. 700: essa fa riferimento infatti alla necessità di dare tutela ad un “diritto” da farsi valere “in via ordinaria”. Quanto al primo profilo, l’A. osserva che per le determinazioni relative ai minori, di rango assolutamente preminente, devono ritenersi ammissibili forme di tutela anticipatoria; quanto al secondo profilo, si tratta di intendere il giudizio previsto dall’art. 710 come equivalente alla “via ordinaria”.

Prima della riforma dell’art. 710 c.p.c., parte della giurisprudenza aveva ammesso la tutela cautelare atipica sia in pendenza del procedimento *ex art.* 710 c.p.c. sia *ante causam*; in tal senso v. Trib. Napoli, 10 dicembre 1981, in *Giur. Merito*, 1983, 360, con nota di MANERA, *Il minore come soggetto di diritti, ossia rilevanza della sua volontà*

Presupposto dei provvedimenti provvisori è, infatti, la non immediata definibilità del procedimento a causa della necessità di assumere mezzi istruttori, condizione questa che il tribunale valuterà dopo aver “*sentite le parti*” (art. 710, secondo comma c.p.c.); donde l’esclusione dei provvedimenti provvisori prima dell’inizio del giudizio di merito e l’apertura al provvedimento ex art. 700 c.p.c. *ante causam*, in un’ottica di effettiva tutela giurisdizionale delle parti. Non si dimentichi, infatti, che la tutela delle esigenze di mantenimento risponde ad uno stato di bisogno della prole e, pertanto, è effettiva soltanto se giunge con la dovuta urgenza.

Più problematica appare la questione dell’estensibilità dei provvedimenti di cui all’art. 336, terzo comma c.c. al giudizio di affidamento e mantenimento della prole nata fuori dal matrimonio. La norma appena menzionata, regolante il procedimento per la pronuncia di misure limitative o ablative della responsabilità genitoriale, dopo aver richiamato espressamente le forme camerale, ha cura di specificare che il tribunale, “*in caso di urgente necessità*”, può adottare, anche d’ufficio, “*provvedimenti temporanei nell’interesse del figlio*”.

Sulla natura di siffatti provvedimenti la dottrina è divisa. Taluni autori, facendo perno sull’urgente necessità di provvedere e sulla provvisorietà del provvedimento, qualificano il decreto camerale alla stregua di una misura cautelare, salvo precisare che la “provvisorietà” va intesa qui come inidoneità a dettare una disciplina definitiva del rapporto e conseguente destinazione del provvedimento temporaneo ad essere assorbito dal successivo procedimento emesso in via principale, più che come inidoneità al giudicato, che caratterizza, nel contesto camerale, gli stessi provvedimenti definitivi²¹⁸; di qui l’applicazione del rito cautelare

nell’affidamento ad uno dei genitori; Pret. Roma, 6 giugno 1986, in *Foro It.*, 1986, I, 3180; Pret. Bologna, 28 luglio 1979, in *Dir. eccl.*, 1981, II, 653.

²¹⁸ Così MERLIN, *Reclamo cautelare e provvedimenti urgenti nell’interesse dei figli ex art. 336 comma 3 c.c.*, cit., *passim*. Per l’A. può parlarsi di “provvedimento cautelare” in tutti (e soli) i casi in cui il provvedimento sia sorretto dalla funzione di assicurare, rispetto ai pregiudizi cui sono esposti, i diritti soggettivi o i rapporti giuridici civili nelle more del tempo occorrente per il dispiegarsi della loro tutela ordinaria; muovendo da tale ampia nozione, l’A. vi ricomprende i decreti temporanei ed urgenti ex art. 336, comma 3 c.c. Giunge a conclusioni analoghe CIVININI, *I procedimenti in camera di consiglio*, cit., 205; conf. FRASSINETTI, *Sul reclamo contro i provvedimenti urgenti nei giudizi de potestate*, in *Fam.Dir.*, 2009, 1131.

uniforme e l'assoggettabilità del decreto al reclamo cautelare *ex art. 669 terdecies c.p.c.*

Per converso, altra parte della dottrina, muovendo dal presupposto che la provvisorietà non è caratteristica esclusiva delle misure cautelari, ritiene che i provvedimenti *de quibus* abbiano natura anticipatoria e che sia inapplicabile *ex art. 669 quaterdecies c.p.c.* la disciplina uniforme dettata per i procedimenti cautelari²¹⁹. A sostegno di tale conclusione si invocano plurimi indici positivi: in primo luogo, si osserva che il tribunale può agire anche d'ufficio, il che contrasta con i principi in materia cautelare che richiedono l'istanza di parte; in secondo luogo, il provvedimento *de quo* non è volto a fornire gli strumenti per assicurare la realizzabilità delle decisioni del tribunale, ma ne anticipa in tutto o in parte gli effetti; infine, il procedimento si sviluppa nell'ambito della giurisdizione volontaria e non contenziosa.

Sebbene l'istituto non sia di facile inquadramento sistematico, questione che meriterebbe una trattazione di più ampio respiro, la tesi che attribuisce al provvedimento in esame natura anticipatoria sembra maggiormente persuasiva. Certo non si intende negare la sua astratta vocazione cautelare e la sussistenza di alcuni elementi tipici di tale categoria, stante l'esplicito richiamo all'urgenza e alla provvisorietà del provvedimento; e tuttavia, le obiezioni mosse dai sostenitori della tesi contraria appaiono difficilmente superabili e valgono ad escludere la natura *stricto sensu* cautelare dei provvedimenti di cui all'art. 336, terzo comma c.c.

Il vasto potere officioso²²⁰, giustificato dal rilievo pubblicistico degli interessi coinvolti, e la circostanza che si tratta di misure destinate ad essere assorbite dal provvedimento principale, di cui anticipano gli effetti, sembrano deporre in favore della natura anticipatoria, e non strettamente cautelare dei provvedimenti provvisori ed urgenti *ex art.*

²¹⁹ In questo senso v. CARPI-GRAZIOSI, *Procedimenti in tema di famiglia*, cit., 533; COSTANTINO, *Commento all'art. 669 quaterdecies*, in *Provvedimenti urgenti per il processo civile (L. 26 novembre 1990, n. 353)*, in *Commentario* a cura di CIPRIANI e TARZIA, Padova, 1992, 417.

²²⁰ Sotto tale profilo v. SESTA – GRAZIOSI, *La composizione dei conflitti familiari nell'esperienza italiana*, in *Riv.Trim.Dir.e Proc.Civ.*, 2005, 575 ss, spec. 602, i quali parlano di "abnormità" del procedimento.

336 c.c. Tale constatazione, come si vedrà, incide non poco sul problema che qui interessa.

Tornando alla questione dell'estensibilità del provvedimento in esame al giudizio di affidamento e mantenimento della prole nata fuori dal matrimonio, non ci si nasconde che, *prima facie*, la tesi negativa pare scontrarsi con l'ampia previsione normativa dell'art. 336, terzo comma c.c. e con la collocazione della norma nel medesimo capo relativo ai diritti e doveri dei figli; cionondimeno, proprio l'*incipit* della norma delimita il suo ambito applicativo, riservando il procedimento ivi delineato ai "*provvedimenti indicati negli articoli precedenti*", ovvero alle misure ablativo o limitative della responsabilità genitoriale, con esclusione quindi dei procedimenti aventi ad oggetto la regolamentazione delle modalità di affidamento ed il mantenimento della prole nata fuori dal matrimonio.

Depone in tal senso la diversità ontologica esistente tra i provvedimenti c.d. *de potestate* (artt. 330 ss. c.c.), da un lato, e quelli relativi all'esercizio della responsabilità genitoriale o al concorso nel mantenimento della prole (artt. 316 e 316 *bis* c.c.), dall'altro²²¹; diversità oggi confermata dalla bipartizione della competenza contenuta nel novellato art. 38 disp.att.c.c., il quale riserva al tribunale per i minorenni le domande in materia di provvedimenti ablativi o modificativi della potestà, mentre devolve al tribunale ordinario la competenza in materia di affidamento e mantenimento dei minori.

Ma anche volendo aderire alla tesi dell'estensibilità della norma ai giudizi diretti al mantenimento e all'affidamento della prole, residua comunque una "zona franca", ovvero un vuoto normativo in cui non pare applicabile il provvedimento sopra evocato.

La constatata natura anticipatoria – e non strettamente cautelare – dei provvedimenti temporanei di cui al citato art. 336 c.c. induce, infatti, sia pur con le necessarie cautele dettate dalla complessità della questione e dall'incerta interpretazione della norma, ad escludere l'applicabilità del

²²¹ In senso contrario, v. DE MARZO, *Novità legislative*, cit., 15; in giurisprudenza v. Trib. Modena, 3 aprile 2013, cit., per il quale non vi sarebbe motivo per escludere l'art. 317 *bis* c.c. (ora artt. 316 e 316 *bis* c.c.) dall'operatività dell'art. 336 c.c., allorquando questo fa riferimento ai procedimenti "indicati negli articoli precedenti".

rito cautelare uniforme e, per ciò che qui rileva, dell'art. 669 *ter* c.p.c. sulla tutela cautelare *ante causam*. Per vero, anche coloro che inquadrano l'istituto in chiave strettamente cautelare, finiscono per escludere l'applicazione del testé citato art. 669 *ter* c.p.c. ai provvedimenti temporanei ed urgenti, "essendo quella che prevede la competenza collegiale norma speciale"²²².

In tale ipotesi, non resta, dunque, che ammettere il ricorso all'art. 700 c.p.c., non sussistendo adeguati strumenti atti a garantire ai figli nati da genitori non coniugati quelle misure provvisorie ed urgenti, la cui funzione viene assolta, nei procedimenti di separazione e divorzio, dall'ordinanza *ex art.* 708, terzo comma c.p.c.

Del resto, anche le pronunce di merito che tendono a negare in radice l'ammissibilità dello strumento cautelare atipico in materia familiare, non escludono la possibilità di pronunciare, nelle controversie tra genitori da trattarsi in camera di consiglio, "provvedimenti interinali nell'interesse della prole", i quali, ancorché non espressamente qualificati come "provvedimenti d'urgenza", assolvono in definitiva alla medesima finalità²²³.

Sembra, pertanto, di poter concludere pianamente nel senso dell'applicabilità dell'art. 700 c.p.c. ai procedimenti volti a regolamentare le modalità di affidamento ed il contributo al mantenimento della prole nata fuori dal matrimonio, al fine di poter colmare quel vuoto di tutela

²²² In questi esatti termini v. CIVININI, *op.ult.cit.*, 211 e 551.

²²³ Ci si riferisce a Trib. Milano, (decr.) 25 giugno 2013, in *www.ilcaso.it*, nel quale si rinviene l'affermazione secondo cui "nel rito camerale *ex artt.* 737 c.p.c., 38 disp. att. c.c., è certamente ammissibile una statuizione interinale, poiché il procedimento non la nega espressamente e poiché è prevalente l'interesse del minore ad una immediata regolamentazione dei suoi rapporti con i genitori, al fine di evitare che la situazione di «incertezza di diritti e doveri dei genitori non coniugati» determini una gestione confusa e irrazionale degli interessi della prole"; v. altresì C. App. Milano, 1 ottobre 2014, in *www.ilcaso.it* e, da ultimo, Trib. Milano, (decr.) 14 gennaio 2015, *ivi*, che, sulla scia delle precedenti pronunce dello stesso Tribunale, ammette l'assunzione di provvedimenti provvisori nel procedimento *ex art.* 316 comma IV c.c., in materia di figli nati fuori dal matrimonio, sottolineando che "l'ammissibilità dei provvedimenti provvisori, nel rito *ex art.* 38 disp.att.c.c. e 737 c.p.c. discende da una interpretazione costituzionalmente orientata e more comunitario del combinato disposto delle due norme. Il potere di disporre misure interlocutorie, nella fattispecie, rientra nell'ambito della tutela cautelare *latu sensu* intesa: sono state, infatti, le stesse Sezioni Unite (Cass. Civ., Sez. Un., sentenza 26 aprile 2013, n. 10064) a chiarire (seppure nel rito della separazione/divorzio) che i provvedimenti *cd. provvisori* hanno natura cautelare".

che, nei giudizi di separazione e divorzio, è neutralizzato dalla pronuncia dell'ordinanza presidenziale.

7. Osservazioni conclusive.

I rilievi che precedono consentono di svolgere qualche breve considerazione conclusiva in merito alla tutela della famiglia di fatto e, segnatamente, della prole nata fuori dal matrimonio.

La totale parificazione dei figli “legittimi” e (non più) “naturali” è un'esigenza avvertita ormai da tempo da tutti gli operatori del diritto e rappresenta l'obiettivo dichiaratamente perseguito dal legislatore con gli ultimi interventi normativi. Simile obiettivo, tuttavia, è stato sovente realizzato attraverso una stratificazione del tessuto normativo, ovvero tramite una serie di interventi diacronici, frazionati nel tempo e spesso privi di coordinamento tra loro; con l'ineludibile corollario che, in passato, si è reso talvolta necessario, attraverso ardite operazioni esegetiche, l'intervento della Corte Costituzionale al fine di estendere anche ai figli nati fuori dal matrimonio disposizioni dettate nell'ambito dei procedimenti di separazione e divorzio.

Occorre dare atto dei notevoli sforzi di adeguamento della legislazione ai principi costituzionali²²⁴ e dei grossi passi avanti compiuti in questa materia dal nostro “bistrattato” legislatore; tuttavia, proprio sotto il profilo processuale, come si è visto, stenta ancora a decollare quell'uniformità di tutela della filiazione che il legislatore si era prefissato, posto che i *conditores*, anziché adottare uno schema procedurale unico, hanno preferito mantenere un impianto normativo tuttora bipartito, a seconda che si tratti di figli nati nel o fuori dal matrimonio, con conseguente atomizzazione di competenze e forme processuali.

In questo contesto si innesta la tutela cautelare d'urgenza, la quale, così come in altri settori del diritto, può assolvere ad una funzione di adeguamento della legislazione all'emersione delle nuove istanze di tutela; e ciò proprio in virtù di quella duttilità dell'istituto che ha consentito, soprattutto in passato, di ampliare la tutela giurisdizionale al

²²⁴ Così anche CARPI-GRAZIOSI, *Procedimenti in tema di famiglia*, cit., 552.

cospetto di diritti costituzionalmente garantiti e, per ciò che qui rileva, di estendere alla filiazione “naturale” strumenti di tutela previsti in favore della sola filiazione “legittima”. La grande vocazione di apertura ed espansione di cui è espressione il provvedimento d’urgenza può consentire, infatti, di porre rimedio a quelle situazioni di disparità, cui si è fatto cenno in precedenza, che tuttora permangono nel nostro *corpus iuris*, nonostante i reiterati interventi legislativi che si sono avvicendati negli ultimi anni.

Le considerazioni poc’anzi svolte dovrebbero, perciò, indurre ad una maggiore applicazione dello strumento d’urgenza in materia familiare, a dispetto della resistenza che spesso incontra nelle aule giudiziarie; proprio in materia di diritto di famiglia, infatti, si va largamente diffondendo l’orientamento secondo cui il provvedimento innominato non sarebbe ammissibile, in considerazione dei noti limiti derivanti dalla funzione residuale e sussidiaria di tale strumento cautelare. Per contro, a parere di chi scrive, proprio la materia familiare, connotata da un marcato carattere pubblicistico e da una continua ed incessante evoluzione, rappresenta il terreno fertile per l’applicabilità della tutela cautelare d’urgenza.

CAPITOLO 4

TUTELA CAUTELARE ATIPICA

E GIUDIZI DI SEPARAZIONE E DIVORZIO

1. Premessa. 2. Tutela d'urgenza e natura costitutiva della sentenza di separazione o divorzio. 3. Provvedimento d'urgenza e tutela dei diritti "in via ordinaria". 4. Natura dei provvedimenti presidenziali: cenni sui diversi orientamenti dottrinali sotto la vigenza del codice di rito del 1865. 4.1. Panorama dottrinale e giurisprudenziale sotto la vigenza del nuovo codice. 4.2. La legge 353/1990 e l'introduzione del rito cautelare uniforme: riflessi sulla natura dell'ordinanza presidenziale. 4.3. Le riforme del 2005-2006 e le conseguenti ricadute sul tema oggetto della presente indagine. 4.4. Lo stato attuale del dibattito e le questioni ancora aperte. 4.5. Conclusioni in margine alla natura dei provvedimenti "temporanei e urgenti" 5. Provvedimenti "temporanei ed urgenti" e rito cautelare uniforme. 6. Provvedimenti presidenziali e tutela d'urgenza. 6.1. Ammissibilità del provvedimento d'urgenza: a) prima dell'udienza presidenziale. 6.2. b) in caso di omessa pronuncia dei provvedimenti presidenziali. 6.3. c) dopo la pubblicazione della sentenza di separazione (o divorzio). 7. Considerazioni conclusive.

1. Premessa.

Il problema dell'ammissibilità del provvedimento d'urgenza durante il giudizio di separazione (o divorzio), pur essendo stato affrontato già nei primi studi *in subiecta materia*, ha acquistato crescente interesse per effetto delle varie riforme che si sono succedute negli anni ed occupa ora una posizione di preminenza tra le questioni del diritto di famiglia.

La problematica è tuttora assai complessa, poiché sul punto si scontrano due opposte esigenze, entrambe meritevoli di tutela: da un lato, quella di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale in qualsiasi momento in cui essa venga invocata, soprattutto in ipotesi di crediti alimentari, la cui mancata tempestiva soddisfazione può dar vita ad un pregiudizio imminente ed irreparabile, afferendo a bisogni primari della vita²²⁵; dall'altro, l'esigenza di rispettare il principio di residualità o sussidiarietà che caratterizza la disciplina codicistica del provvedimento atipico.

Di qui le opposte tesi che si contendono il campo: quella che ammette il provvedimento ex art. 700 c.p.c. nei processi *de quibus* in nome del

²²⁵ Così FRASSINETTI, *Domanda autonoma di assegno divorzile: forme ordinarie e tutela cautelare ex art. 700 c.p.c.*, in *Fam. Dir.*, 2000, 392 ss., spec. 396, in nota a Trib. Napoli, 8 febbraio 1999 (ord.).

principio di effettività della tutela giurisdizionale e del diritto d'azione, e quella che lo nega, in considerazione del fatto che ogni esigenza di tutela sarebbe assolta dai provvedimenti presidenziali. Deve convenirsi, infatti, che, per un verso, occorre scongiurare tutti i possibili *pericula* da tardività e da infruttuosità anche dopo che la crisi familiare si sia esteriorizzata attraverso la proposizione del ricorso per separazione o divorzio; per altro verso, la previsione dei “provvedimenti temporanei ed urgenti” adottabili all’udienza presidenziale del giudizio di separazione (o di divorzio²²⁶) rende quantomeno dubbia l’ammissibilità del provvedimento d’urgenza per difetto del requisito di residualità della tutela cautelare atipica.

Ai fini della nostra indagine, non par vano indagare le ragioni addotte a sostegno di ciascuna tesi, onde poter pervenire ad una soluzione che cerchi di contemperare le opposte esigenze poc’anzi evocate. Prima di indugiare sulla natura dei provvedimenti presidenziali – vero *punctum dolens* della questione qui affrontata – occorre analizzare le diverse obiezioni che vengono solitamente mosse contro l’ammissibilità del provvedimento d’urgenza nei procedimenti di separazione e divorzio.

2. Tutela d’urgenza e natura costitutiva della sentenza di separazione o divorzio.

La prima obiezione che può essere sollevata contro l’ammissibilità del provvedimento atipico nei giudizi di separazione o divorzio è quella relativa alla natura costitutiva della sentenza resa all’esito di siffatti procedimenti. Come noto, infatti, la sentenza che accoglie la domanda di separazione o divorzio viene comunemente ascritta alla tutela costitutiva necessaria, sebbene, accanto all’effetto costitutivo tipico, vi

²²⁶ Giova premettere che le osservazioni che si svolgeranno in tema di ordinanza presidenziale emessa nel giudizio di separazione valgono parimenti per il simmetrico provvedimento adottato nel giudizio di divorzio, stante l’evidente analogia sussistente tra i due provvedimenti. Sul punto, si rinvia alle puntuali riflessioni di DANOVÌ, *Reclamo, revoca e modifica dei provvedimenti sommari nella separazione e nel divorzio*, in *Giusto Proc.*, 2008, 203 ss., in part. 207, nota 8.

siano ulteriori statuizioni accessorie, che rivestono natura di condanna (o di giurisdizione volontaria)²²⁷.

Il problema affonda le proprie radici nella questione, di portata più generale, dell'ammissibilità e dei limiti dell'anticipazione cautelare di sentenze costitutive, questione tuttora ampiamente discussa e variamente risolta in dottrina ed in giurisprudenza. Ben consapevole dell'impossibilità di esaurire in questa sede una tematica che richiederebbe una trattazione di più ampio respiro, pare qui sufficiente ripercorrere per sommi capi lo stato del dibattito, al solo fine di superare l'obiezione di cui sopra e poter proseguire nella nostra indagine.

Secondo il classico insegnamento chiovendiano, l'azione costitutiva tende alla costituzione, modificazione o estinzione di un diritto e si fonda sull'esistenza del c.d. "diritto potestativo", ovvero sul potere di ottenere la creazione *ex novo*, oppure la modificazione o l'annullamento dello stato giuridico preesistente²²⁸; in altri termini, le sentenze costitutive producono uno stato giuridico nuovo (per es. costituiscono una servitù) oppure producono l'estinzione di uno stato giuridico esistente (come nel caso della separazione personale)²²⁹.

La difficoltà di anticipare attraverso un provvedimento d'urgenza gli effetti delle sentenze costitutive risiede nel fatto che il provvedimento ex art. 700 c.p.c. può essere invocato solo a tutela di un diritto già esistente, di cui si chiede l'accertamento in via giudiziale, con esclusione dunque di quei diritti che possano sorgere soltanto in conseguenza della pronuncia di una sentenza costitutiva. Il che equivale a dire che il provvedimento d'urgenza non può essere applicato a situazioni in cui il diritto da tutelare non sia ancora venuto a giuridica esistenza, poiché

²²⁷ Sulla natura della sentenza di divorzio si veda la monografia di GRAZIOSI, *La sentenza di divorzio*, Milano, 1997, 100 ss., il quale ne pone in evidenza la struttura complessa, caratterizzata da un effetto costitutivo tipico (la pronuncia di divorzio) e da autonomi effetti, di condanna, per quanto concerne i capi sul mantenimento dell'altro coniuge, e volontari, per ciò che riguarda il mantenimento e l'affidamento della prole; cfr. altresì SALETTI-VANZ, *Procedimento e sentenza di divorzio*, cit., 744 ss.

²²⁸ V. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, 179 ss.

Sulle azioni costitutive in generale si rinvia alle classiche trattazioni di FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970, *passim*; PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela cd. costitutiva*, in *Riv.Dir.Proc.*, 1991, 61; FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, Torino, 1999, *passim*; DENTI, *La giustizia civile (Lezioni introduttive)*, Bologna, 2004, 130.

²²⁹ CHIOVENDA, *op.ult.cit.*, 187-188.

non è ipotizzabile un pregiudizio imminente ed irreparabile che minacci un diritto non ancora esistente.

Una parte, per vero minoritaria, della dottrina²³⁰ e della giurisprudenza²³¹ nega, quindi, l'ammissibilità della tutela cautelare atipica relativamente ad azioni costitutive, proprio facendo leva sull'impossibilità di anticipare in via d'urgenza gli effetti di un diritto che sarà esistente soltanto in seguito alla pronuncia costitutiva. In altri termini, le sentenze costitutive non sarebbero suscettibili di tutela urgente, poiché si anticiperebbe la costituzione del rapporto giuridico che dovrebbe essere probabilmente introdotto con la sentenza costitutiva, mentre il disposto dell'art. 700 c.p.c. presuppone l'attualità del diritto cautelando.

Per contro, la dottrina maggioritaria²³², supportata altresì da una consistente parte della giurisprudenza²³³, è ormai incline ad ammettere

²³⁰ Il principale sostenitore della tesi negativa era SATTA (*Limiti di applicazione del provvedimento di urgenza*, cit., 132; *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 1, cit., 270), il quale osservava che, così come il diritto di obbligazione non può mai essere pregiudicato dalle more del giudizio, allo stesso modo per i diritti c.d. potestativi è impossibile concepire un pregiudizio; più di recente, v. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale*, I, cit., 295 ss., per il quale la non anticipabilità cautelare della modificazione sostanziale di cui all'art. 2908 c.c. non esclude, tuttavia, che si possa far ricorso all'art. 700 c.p.c. "per ottenere *utilità più circoscritte di quelle proprie del giudicato costitutivo e della sua stabilità*".

²³¹ In giurisprudenza la questione è stata affrontata soprattutto con riferimento alla costituzione di servitù; tra le pronunce che hanno negato l'anticipazione in via d'urgenza degli effetti delle sentenze costitutive, si vedano: Trib. Latina, 30 marzo 2010, in *Giur. merito*, 2011, 714; Trib. Messina 26 maggio 2005, in *www.dejure*; Trib. Salerno, 1 dicembre 2004, in *www.dejure*; Trib. Torino, 2 aprile 2004, in *Giur. Merito*, 2004, 1952; Trib. Torino, 12 luglio 2003, in *Giur. It.*, 2004, 538 ss.; Trib. Rovereto, 7 agosto 2002, in *Giur. It.*, 2003, 1395, con nota parzialmente adesiva di BACCAGLINI, *Concettuali chiusure ad ogni provvedimento d'urgenza, a tutela dei c.d. diritti potestativi ad esercizio giudiziale*; Trib. Torino - sez. Ciriè, 20 maggio 2002, in *Giur. merito*, 2002, I, 1246; Trib. Fermo, 9 luglio 1993, in *Rep. Foro It.*, 1994, voce *Provvedimenti d'urgenza*, n. 28; Pret. Matera, 27 maggio 1992, in *Foro It.*, 1992, I, 3423; Pret. Melito Porto Salvo, 18 gennaio 1989, in *Nuova Giur. Comm.*, 1989, 692, con nota di GIUSSANI; Trib. Mistretta, 29 marzo 1978, in *Rep. Foro It.*, 1979, voce *Provvedimenti d'urgenza*, n. 17; Pret. Roma, 17 giugno 1967, in *Giust. Civ.*, 1967, I, 1370; Pret. Cecina, 22 aprile 1961, in *Giust. Civ.*, 1961, I, 1513; Pret. Torino, 19 giugno 1956, in *Giur. It.*, 1956, I, 2, 738; specificamente con riguardo al procedimento di separazione, v. Trib. Milano, 5 novembre 1952, in *Foro It.*, 1953, I, 133.

²³² Cfr. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, III ed., IV, cit., 259, per il quale, stando alla lettera della legge, ulteriori limiti all'applicabilità della norma non potrebbero derivare dalla diversità degli effetti della sentenza, per modo che nessuna distinzione dovrebbe istituirsi a seconda che si tratti di sentenza di condanna, di accertamento ovvero costitutiva; CERINO CANOVA, *I provvedimenti d'urgenza nelle controversie di lavoro in, Studi di diritto processuale civile*, Padova, 1992, 592 ss. e spec. 615 ss.; MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza*, Napoli, 1955, 59 ss. e 66 ss.; ID., *Problemi attuali e riforme opportune dei provvedimenti cautelari, e in specie d'urgenza, nel processo civile italiano*, in *Riv.Dir.Proc.*, 1985, 217 ss., spec. 226; TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 254 ss.; ID., voce *Provvedimenti*

l'anticipazione, in via cautelare urgente, degli effetti della sentenza costitutiva, muovendo dall'assunto che “dagli effetti propri delle varie

d'urgenza, cit., 871; ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 151; PROTO PISANI, voce *Provvedimenti d'urgenza*, cit., 15; DINI-MAMMONE, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 301 ss.; VULLO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 1327; CONTE, *Tutela del diritto alla restituzione dell'azienda tra sequestro giudiziario e provvedimento d'urgenza*, in *Giur.It.*, 2004, 1, in nota a Trib. Milano, 29 gennaio 2003; ID., *La nozione di irreparabilità nella tutela d'urgenza*, cit., 219; DITTRICH, *Il provvedimento d'urgenza*, cit., 286; PANZAROLA, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 864 ss.; FIORUCCI, *Provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., 159; v., in chiave dubitativa, MERLIN, *Variazioni sui rapporti tra misura cautelare, sentenza (di accertamento mero, di condanna o costitutiva) e giudicato favorevole al beneficiario della cautela: un punto trascurato anche nella L. 353/1990*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 945 ss. e spec. 962 ss., in nota a Trib. Milano, 24 giugno 1991, n. 5128, Pret. Milano, 12 novembre 1991 e Trib. Milano, 31 gennaio 1992.

²³³ A favore dell'ammissibilità della tutela cautelare d'urgenza relativamente ad azioni costitutive si sono espresse, tra le altre, Cass., S.U., 27 ottobre 1976, n. 3899, in *Mass.Giust.Civ.*, 1976, 1608; Cass., 18 febbraio 1956, n. 475, in *Giust. Civ.*, 1956, I, 1072; Trib. Mantova, 4 novembre 2014, in www.ilcaso.it; Trib. Civitavecchia, 5 settembre 2008, in www.dejure.it; Trib. Genova, 27 aprile 2007, in www.altalex.com, con nota di IASIELLO, *Azioni a carattere costitutivo e tutela cautelare ex art. 700 c.p.c.*; Trib. Torre Annunziata, 21 ottobre 2003, in *Dir. Giur.*, 2005, 112, con nota di CALDERINI, *La revoca per giusta causa dell'amministratore unico di società di persone*; Trib. Venezia, 14 luglio 2003, in *Fam.Dir.*, 2004, 55, con nota adesiva di VULLO, *Provvedimenti d'urgenza, potestà parentale e legittimità del vincolo di esclusiva tra un giocatore e l'associazione sportiva per cui è tesserato*; Trib. Ancona, 28 settembre 2002, in *Il merito*, 2003, 31, con nota di CACCIAMANI, *Inadempimento di preliminare e tutela cautelare ex art. 700 c.p.c.*; Pret. Salerno –Eboli, 25 febbraio 1998, in *Arch. Civ.*, 1998, 1095; Trib. Firenze, 10 dicembre 1996, in *Foro It.*, 1997, I, 578; Trib. Roma, 6 luglio 1995, in *Foro It.*, 1996, I, 708, con nota di MACARIO, *Determinazione giudiziale del corrispettivo nei contratti di durata e tutela cautelare atipica*; Trib. Prato 26 aprile 1995 in *Società* 1995, 1349; Trib. Milano, 30 marzo 1994, in *Foro It.*, 1994, I, 1572 e in *Nuova Giur. Comm.*, 1995, I, 1572, con nota di ALFANO, *Assicurazione sulla vita e violazione della libertà di associazione politica*; Pret. Salerno, 29 maggio 1993, in *Dir. e Giur.*, 1995, 253, con nota di SCARPA, *Provvedimenti d'urgenza e credito cambiario*; Pret. Verona, 26 agosto 1990, in *Giur.It.*, 1991, I, 2, 910, con nota di ASTONE; Pret. Foggia, 23 marzo 1981, in *Foro It.*, 1982, I, 1189, con nota di JANNARELLI, *Accordi interprofessionali e ruolo delle associazioni dei produttori nel governo dell'economia: il settore bieticolo*; Pret. Roma, 3 aprile 1979, in *Giur. It.*, 1980, I, 2, 495, con nota di TOMMASEO, *Reviviscenza del rapporto locatizio di immobile urbano: sequestro giudiziario o provvedimento d'urgenza?*; Pret. Roma, 31 maggio 1972, in *Giust.Civ.*, 1972, I, 1337; Trib. Alba, 9 settembre 1957, in *Foro Pad.*, 1957, I, 1270, con nota di SPERANZA, *Un'interessante applicazione dell'art. 700 c.p.c.*;

Il rapporto tra provvedimento d'urgenza e sentenze costitutive è stato diffusamente affrontato anche in relazione alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro; tra le pronunce che hanno ammesso la reintegrazione con provvedimento ex art. 700 c.p.c., v. Cass., 20 gennaio 1997, n. 551, in *Mass.giur.lav.*, 1997, 272, con nota di DE MARINIS, *La reintegrazione nel posto di lavoro quale misura cautelare*; Pret. Roma 23 settembre 1997, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 1998, 499, con nota di GALLO, *Nuovo procedimento cautelare uniforme: rapporto tra ordinanza e decisione sul reclamo*; Trib. Catanzaro 1 luglio 1996, in *Not. giur. lav.*, 1996, 571; Pret. Latina 15 dicembre 1995, *ivi*, 1996, 272; Trib. Roma 30 giugno 1995, in *Gius.*, 1995, 3877; per ulteriori riferimenti bibliografici e giurisprudenziali si rinvia a DINI-MAMMONE, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 301 ss.

categorie di sentenze non discendono limiti d'applicabilità dell'art. 700 c.p.c."²³⁴.

Invero, la questione non è di agevole soluzione, posto che, come è stato esattamente rilevato, è *communis opinio* ritenere che le sentenze costitutive producano i loro effetti a partire dal passaggio in giudicato, di talché pare lecito domandarsi se sia ammissibile anticipare con ordinanza effetti che neppure la sentenza di merito potrebbe produrre immediatamente²³⁵.

Ora, simile considerazione, certamente suggestiva, merita alcune doverose precisazioni. Anzitutto, laddove l'effetto costitutivo sia cumulato ad un capo condannatorio, non vi dovrebbero essere ostacoli nell'anticipare in via d'urgenza le relative statuizioni di condanna²³⁶; peraltro, nella maggior parte dei casi, la richiesta di tutela urgente ha ad oggetto proprio la pronuncia di condanna e gli obblighi consequenziali, non già l'effetto costitutivo vero e proprio, che si produrrà con il passaggio in giudicato della sentenza di merito²³⁷. In altri termini, se non

²³⁴ Così ANDRIOLI, *op.ult.cit.*, 261.

²³⁵ Cfr. PANZAROLA, *op.cit.*, 869; osserva CONSOLO, *op.ult.loc.cit.*, che neppure la sentenza di primo grado o di appello, finché non passata in giudicato, risulta ancora produttiva di effetti. E' pertanto impensabile un provvedimento d'urgenza che anticipi gli effetti di una sentenza di divorzio o di annullamento del matrimonio; del pari è inammissibile un provvedimento d'urgenza che anticipi gli effetti della sentenza che disponga la cancellazione di una trascrizione od iscrizione immobiliare.

²³⁶ In tal senso si vedano le chiare osservazioni di PROTO PISANI, voce *Provvedimenti d'urgenza*, cit., 15.

²³⁷ La possibilità di anticipare in via d'urgenza la soddisfazione degli obblighi consequenziali ad una sentenza costitutiva involge l'ulteriore questione della provvisoria esecutorietà dei capi condannatori accessori ad una sentenza costitutiva. Sul punto, con una tendenza altalenante, la Suprema Corte (Cass., 3 settembre 2007, n. 18512, in *Giur. It.*, 2008, 947, con nota adesiva di CONTE, *Sentenze costitutive e provvisoria esecuzione dei capi condannatori: un condivisibile passo avanti della suprema Corte (con una digressione su alcuni problemi aperti)*; in *Riv.Dir.Proc.*, 2008, 1095, con nota adesiva di MARELLI, *L'esecutività della sentenza costitutiva è limitata ai soli capi di condanna accessori?*; in *Corr. Giur.*, 2008, 350, con nota critica di GUIZZI, *Inadempimento a preliminare di compravendita ed effetti della sentenza di accoglimento della domanda ex art. 2932 c.c. non ancora coperta dal giudicato: un equilibrio difficile*) aveva dapprima negato fondamento alla tesi tradizionale secondo cui le sentenze costitutive producono effetti solo con il passaggio in giudicato ed aveva perciò ritenuto immediatamente esecutiva una sentenza di primo grado, limitatamente al capo di condanna del promissario acquirente ex art. 2932 c.c. al pagamento del prezzo di acquisto; successivamente, le Sezioni Unite (Cass., S.U., 22 febbraio 2010, n. 4059, in *Riv.Dir.Proc.*, 2011, 171, con nota critica di MARELLI, *Un passo indietro nella direzione della tutela giurisdizionale effettiva: la condanna accessoria ad una pronuncia costitutiva non è provvisoriamente esecutiva*; sulla scia di tale sentenza, v., da ultimo, Trib. Como, 22 maggio 2013, in *Giur.It.*, 2014, 330, con nota critica di TRINCHI, *Azione di risoluzione del contratto di compravendita e*

si dubita che l'effetto costitutivo si verifichi soltanto con la sentenza, nondimeno può ritenersi suscettibile di anticipazione in via d'urgenza l'effetto conseguente (a titolo di esempio, il passaggio al fondo intercluso nella servitù di passaggio, la consegna della *res* nella domanda di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c. *et similia*).

A ben vedere, ciò che rileva ai fini della presente indagine, è l'eventuale ammissibilità di un provvedimento d'urgenza che anticipi, non già la pronuncia costitutiva di separazione o divorzio, bensì quella più limitata, inerente per lo più il mantenimento del coniuge debole e della prole; pronuncia che, avente natura di condanna, può essere agevolmente anticipata nel corso del procedimento di separazione e divorzio.

Il problema può investire, tuttavia, le statuizioni sull'assegnazione della casa coniugale o sull'affidamento della prole - aventi sì natura costitutiva - rispetto alle quali è lecito domandarsi se i relativi effetti siano anticipabili in via d'urgenza. Come osservato da un insigne studioso, *“non pare che il carattere costitutivo di situazioni sostanziali, attribuito dalla sentenza nei casi previsti dalla legge (art. 2908 c.c.), ne vieti l'assicurazione provvisoria: direi anzi che ne giustifica con maggiore intensità l'applicazione, perché proprio il sorgere di situazioni sostanziali dalla sentenza pone in maggiore evidenza il pregiudizio che l'attore il quale si ipotizza vittorioso, soffre in dipendenza della durata del processo, né alcuna distinzione è lecito istituire a seconda che gli effetti della sentenza costitutiva prendan data da questa (o dal suo passaggio in giudicato), dalla domanda giudiziale o, persino, dal verificarsi del fatto costitutivo, perché, essendo, in ogni caso, la fattispecie, produttiva dell'effetto, integrata con la pronuncia della sentenza o con il passaggio in giudicato di questa, il provvedimento ne anticipa de facto il concreto verificarsi degli effetti, variamente puntualizzati de jure”*²³⁸.

provvisoria esecutività del capo condannatorio alla restituzione degli acconti ricevuti), sovvertendo il proprio innovativo precedente, sempre in relazione ad una domanda di esecuzione in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c., hanno affermato che l'effetto traslativo della proprietà si produce solo con il passaggio in giudicato della sentenza, con impossibilità di scindere i capi costitutivi principali dai capi condannatori consequenziali e dipendenti.

²³⁸ ANDRIOLI, *op.ult.cit.*, 260.

Ebbene, sulla scorta dei rilievi di cui sopra, non pare possa dubitarsi dell'anticipabilità in via d'urgenza anche delle statuizioni sull'assegnazione dell'abitazione coniugale o sull'affidamento dei figli minorenni, giacché proprio in queste ipotesi il diritto di un coniuge o della prole potrebbe risentire un maggior pregiudizio, non altrimenti evitabile, durante il tempo necessario per la celebrazione del giudizio di separazione (o divorzio). Ciò che verrà anticipato, non è l'effetto giuridico della modifica dello *status* coniugale (che si produrrà solo con la sentenza di separazione o divorzio), bensì l'effetto pratico più circoscritto, che si risolverà nell'autorizzazione dei coniugi a vivere separatamente (nel caso della separazione, essendo i coniugi normalmente già separati in caso di divorzio) e nella regolamentazione provvisoria dei rapporti tra i coniugi e tra questi e la prole²³⁹.

D'altro canto, a fugare ogni dubbio in proposito, soccorre la circostanza per cui l'anticipazione della tutela costitutiva è espressamente ammessa *ex lege* con la pronuncia dei provvedimenti presidenziali in sede di separazione o divorzio²⁴⁰; di talché non par lecito dubitare della loro anticipabilità con provvedimento d'urgenza, trattandosi delle medesime statuizioni accessorie che saranno parimenti oggetto dell'ordinanza presidenziale, prima, e di quella del giudice istruttore, poi. In presenza di un indice normativo inequivoco (la previsione dei provvedimenti temporanei ed urgenti, attraverso i quali vengono anticipati taluni effetti della futura sentenza di separazione o divorzio), nessuna valenza ostativa sembra potersi attribuire alla tesi che nega l'anticipazione, in sede cautelare urgente, degli effetti di sentenze costitutive.

3. Provvedimento d'urgenza e tutela dei diritti "in via ordinaria".

Un'altra obiezione che viene solitamente mossa contro l'ammissibilità della tutela d'urgenza nei giudizi di separazione e divorzio discende

²³⁹ A favore dell'anticipabilità in via d'urgenza degli effetti delle sentenze di separazione o divorzio, v. soprattutto VULLO, *Procedimenti in materia di famiglia e di stato delle persone*, cit., 228 ss.; *Provvedimenti d'urgenza ex art. 700 cod. proc. civ.*, cit., 483 ss.; ID., *Sull'ammissibilità dei provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c. nel processo di separazione giudiziale dei coniugi*, in *Fam.Dir.*, 2005, in nota a Trib. Napoli, 24 marzo 2005; conf. CEA, *Crisi del matrimonio e tutela sommaria*, cit., 1179.

²⁴⁰ Così anche CEA, *op.loc.ult.cit.*

dalla lettera dell'art. 700 c.p.c., a norma del quale la tutela atipica può essere azionata da chi abbia fondato motivo di temere un pregiudizio nel tempo occorrente per far valere il proprio diritto "in via ordinaria". Da simile inciso potrebbe inferirsi l'inammissibilità della tutela cautelare atipica nella materia che ci occupa, essendo i procedimenti di separazione e divorzio annoverabili tra i processi "speciali" e non ordinari.

Tuttavia, anche simile obiezione non coglie nel segno. Come è ormai riconosciuto pressoché unanimemente in dottrina, l'espressione "in via ordinaria" deve essere intesa in senso equivalente a "giudizio a cognizione piena ed esauriente", sottolineandosi così che "*a prescindere dalle forme procedurali, è la cognizione piena ed esauriente a consentire al giudice di emettere la decisione di merito, per sua natura tesa a incidere, con efficacia di giudicato, sui rapporti sostanziali, gli effetti della quale possono essere assicurati in via di cautela atipica*"²⁴¹.

Ebbene, ove si rifletta sulla natura del procedimento di separazione e divorzio e sugli effetti della sentenza resa all'esito di tali processi, non pare lecito dubitare dell'ammissibilità della tutela cautelare atipica anche in procedimenti di tal fatta²⁴², i quali, dopo una prima fase sommaria, si svolgono nelle forme della cognizione piena e terminano con una sentenza soggetta ai normali mezzi di impugnazione e idonea all'autorità del giudicato; senza dar conto del fatto, peraltro, che il

²⁴¹ L'espressione è di ARIETA, *I Provvedimenti d'urgenza*, cit., 91; conf., tra gli altri, PROTO PISANI, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., 7; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., 249; LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, cit., 279; per CERINO CANOVA, *op.loc.cit.*, tale presupposto non è rispettato quando il provvedimento d'urgenza viene riferito a procedimento sommari, processi esecutivi, altri procedimenti cautelari, processi davanti a giudici speciali ovvero a giudici amministrativi. Per ulteriori riferimenti, v. cap. 1.3.

²⁴² In tal senso v. VULLO, *Procedimenti in materia di famiglia e di stato delle persone*, cit., 226 ss.; *Provvedimenti d'urgenza ex art. 700 cod. proc. civ.*, cit., 480 ss.; CEA, *op.ult.cit.*, 1178; *contra*, tuttavia, ARIETA, *op.loc.ult.cit.*, per il quale deve escludersi ogni possibilità di ricorso alla cautela atipica, proprio in considerazione della messa a disposizione e della necessaria utilizzazione di procedimento sommari tipici, finalizzati a dare tutela urgente a determinate situazioni giuridiche sostanziali; CARRATTA, *Provvedimenti presidenziali "nell'interesse dei coniugi e della prole" ex art. 708 c.p.c. e tutela d'urgenza*, in *Fam.Dir.*, 1999, 376.

Nel senso più restrittivo, in giurisprudenza v. la remota pronuncia Pret. Milano, 14 settembre 1955, in *Giur.It.*, 1956, I, 2, 138, con nota critica di CELORIA, *Se i provvedimenti d'urgenza ex art. 700 codice di proc. civile siano applicabili prima e durante i procedimenti in materia di famiglia*.

procedimento di separazione o divorzio rappresenta il “processo ordinario” in siffatta materia, e non già un procedimento speciale alternativo rispetto alla forma ordinaria.

Ciò che assume rilievo, pertanto, ai fini della presente indagine non è la previsione in astratto di forme diverse dal processo ordinario di cognizione, bensì la valutazione in concreto del tipo di tutela offerta dal procedimento speciale; il che ci porta ad affrontare il terzo (e maggiore) ostacolo potenzialmente in grado di escludere la tutela d’urgenza nei processi di separazione o divorzio, ovvero l’esistenza di strumenti tipici - i provvedimenti “temporanei ed urgenti” nell’interesse dei coniugi e della prole – idonei a soddisfare ogni esigenza di cautela.

4. Natura dei provvedimenti presidenziali: cenni sui diversi orientamenti dottrinali sotto la vigenza del codice di rito del 1865.

Preliminare alla nostra indagine è l’esame della natura dei provvedimenti presidenziali, questione che ha costituito motivo di studio e di vivace dibattito già sotto l’impero del codice di procedura civile del 1865 e che non può tuttora dirsi superata, vivo permanendo al riguardo il dissenso in dottrina ed in giurisprudenza.

Prima di intraprendere un discorso che non si preannuncia agevole, giova premettere che ci si limiterà a prendere in esame soltanto alcune delle ricostruzioni propugnate dai diversi Autori che si sono occupati della *vexata quaestio*, trascurando quelle opinioni che non hanno avuto largo seguito in dottrina²⁴³.

L’art. 808, terzo comma, del codice del 1865 recitava: “*Se la conciliazione non riesca o la parte citata non comparisca, il presidente rimette con decreto le parti avanti il tribunale, e dà i provvedimenti*

²⁴³ Ci si riferisce, in particolare, a quegli studiosi, anche autorevoli, che hanno assegnato all’ordinanza *de qua* natura di accertamento con funzione esecutiva (v. AZZOLINA, *La separazione personale dei coniugi*, Torino, 1948, 231 e, più di recente, MOROZZO DELLA ROCCA, voce *Separazione personale (dir.priv.)*, in *Enc.Dir.*, XLI, Milano, 1989, 1389) o di provvedimento ordinatorio (v. GUARINO, *Limiti di efficacia dei provvedimenti presidenziali*, in *Riv.dir. e giur.*, 1950, 75). Per un’ampia disamina di tali opinioni si rinvia a CIPRIANI, *I provvedimenti presidenziali “nell’interesse dei coniugi e della prole”*, Napoli, 1970, 378 ss.; MANDRIOLI, *I provvedimenti presidenziali nel giudizio di separazione dei coniugi*, Milano, 1953, 5 ss.

temporanei che ravvisi urgenti nell'interesse dei coniugi e della prole, salvo quanto è stabilito all'articolo precedente".

Alcuni commentatori del codice previgente, tra i quali il principale esponente era Mortara, avevano inquadrato i provvedimenti presidenziali "nell'interesse dei coniugi e della prole" nella volontaria giurisdizione, ponendo l'accento sulla forma con cui essi venivano dati (con decreto, anziché con ordinanza), sui poteri meramente conciliativi del presidente e sul rilievo che gli atti di giurisdizione volontaria mirano alla tutela degli *interessi*, al di fuori di ogni incidenza sui *diritti*²⁴⁴.

Per contro, una parte minoritaria (ma altrettanto autorevole) della dottrina più risalente attribuiva natura contenziosa ai provvedimenti presidenziali; il principale fautore dell'anzidetta tesi era Chiovenda²⁴⁵, fermo sostenitore dell'unicità del procedimento di separazione e della sua ascrivibilità alla giurisdizione contenziosa, in quanto fondato "*sulla domanda con cui una parte fa valer contro l'altra il diritto di chiedere la separazione personale*". L'Autore riteneva, infatti, troppo fragile l'argomentazione da cui Mortara prendeva le mosse ai fini dell'attribuzione della natura volontaria al procedimento, ossia la forma di decreto con cui venivano dati i relativi provvedimenti.

Sempre sotto la vigenza del vecchio codice, Calamandrei annoverava l'ordinanza presidenziale nell'alveo dei provvedimenti cautelari anticipatori dei provvedimenti decisori. "*Il provvedimento cautelare – osservava l'Autore – non può aspirare a diventare esso stesso definitivo, ma è in ogni caso preordinato alla emanazione di un provvedimento principale, al sopraggiungere del quale gli effetti provvisori della misura cautelare sono destinati a cadere senz'altro, perché, quand'anche la decisione principale sostanzialmente riproduca e faccia sue le disposizioni del provvedimento cautelare, essa funziona sempre come decisione ex novo del rapporto controverso, e non come convalida del*

²⁴⁴ Il principale sostenitore della natura volontaria dei provvedimenti presidenziali era MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, V, IV ed., Milano, 1923, 699 e ss.; v. altresì CIPRIANI, *op.ult.cit.*, 380, ed ivi per ampi ragguagli bibliografici.

²⁴⁵ CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, rist. 1965, 1250.

*provvedimento cautelare*²⁴⁶. Analogamente, Carnelutti discorreva di poteri “cautelari o provvisionali” concessi al presidente²⁴⁷.

4.1. Panorama dottrinale e giurisprudenziale sotto la vigenza del nuovo codice.

Con l'entrata in vigore del nuovo codice del 1940 e con l'introduzione dell'art. 708, la tesi della natura volontaria dei provvedimenti presidenziali, sotto l'influenza dell'insegnamento chiovendiano, è stata gradualmente abbandonata, in favore della natura contenziosa dei provvedimenti medesimi. Non sono mancati, tuttavia, autori che hanno continuato ad escludere la natura contenziosa dei provvedimenti *de quibus*; in particolare, Fazzalari considerava tale provvedimento di natura volontaria, in quanto “*non presuppone la lesione del diritto*” e “*il magistrato non accerta né delibera la ragione e il torto, ma constata, come presupposto della sua condotta, il perdurare del contrasto fra i coniugi; contrasto che, peraltro, riguarda la possibilità di condividere letto e mensa, ma può non coinvolgere il punto (per esempio, il quantum degli alimenti, o l'assegnazione dei figli) su cui cade il provvedimento presidenziale*”²⁴⁸.

Similmente, Cipriani²⁴⁹, che si è occupato a lungo e diffusamente dei provvedimenti presidenziali, era strenuo sostenitore della natura volontaria del procedimento di separazione coniugale e dei provvedimenti ivi assunti. Scriveva, infatti, l'Autore: “[i provvedimenti presidenziali] *non risolvono neppure in minima parte il contrasto intorno al diritto di chiedere la separazione per colpa fatto valere dal ricorrente, perché, essendo inibito al presidente «ogni previo accertamento della colpa», prescindono totalmente dalla fondatezza della domanda di separazione per colpa*”, con la conseguenza che si deve riconoscere loro “*una assoluta autonomia funzionale rispetto al meritum causae e al*

²⁴⁶ CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., 185 e ss.

²⁴⁷ CARNELUTTI, *Riflessioni intorno al processo per determinazione del regime della prole dei coniugi separati*, in *Riv.Dir.Proc.*, 1927, I, 306.

²⁴⁸ FAZZALARI, *Voce Giurisdizione volontaria (diritto processuale civile)*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, 330 ss., in part. 374.

²⁴⁹ V. *amplius* CIPRIANI, *I provvedimenti presidenziali*, cit., 463 ss.

*processo di separazione per colpa*²⁵⁰. Esclusa dunque la strumentalità dei provvedimenti presidenziali rispetto al merito della causa, è giocoforza negare altresì la natura cautelare dei provvedimenti medesimi, ai quali deve essere, per contro, riconosciuta natura volontaria.

All'opposto, un altro illustre studioso, al quale si deve la prima opera monografica in materia, riteneva insostenibile la tesi della natura volontaria, non foss'altro perché le parti vengono a trovarsi l'una di fronte all'altra in un attuale conflitto di interessi; Mandrioli concepiva, infatti, i provvedimenti presidenziali come *“immediata ed autonoma (per ciò non strumentale) anticipazione dell'esercizio del potere di provvedere su determinati effetti della domanda di separazione”*²⁵¹, il cui tratto veramente caratteristico consiste *“nell'azione combinata esercitata [...] dalla contemporanea presenza di due elementi che a prima vista appaiono discordanti: vale a dire, da un lato la giurisdizionalità, dall'altro la discrezionalità”*²⁵². Il provvedimento presidenziale – osservava l'Autore – ha in sé *“una certa qual completezza funzionale; esso non è emanato in vista delle decisioni future e neppure nell'attesa di un provvedimento favorevole o comunque nello stesso suo senso, ma in vista delle esigenze attuali della famiglia, indipendentemente da quello che sarà per essere il giudizio definitivo”*²⁵³; Mandrioli concludeva, dunque, annoverando i provvedimenti presidenziali nella categoria di quei provvedimenti *“attraverso i quali si compie un'anticipazione dell'esercizio del potere di provvedere sulla domanda principale”*²⁵⁴, con la precisazione che i *provvedimenti - anticipazione* debbono essere contrapposti ai provvedimenti cautelari, piuttosto che costituirne una sottospecie.

Simile conclusione era, tuttavia, oggetto di critiche da parte di Calvosa²⁵⁵, il quale dubitava fortemente dell'utilità della costruzione di

²⁵⁰ Così CIPRIANI, *op.ult.cit.*, 466.

²⁵¹ MANDRIOLI, *I provvedimenti presidenziali*, cit., 49.

²⁵² MANDRIOLI, *op.ult.cit.*, 51.

²⁵³ MANDRIOLI, *op.ult.cit.*, 19.

²⁵⁴ MANDRIOLI, *op.ult.cit.*, 20.

²⁵⁵ CALVOSA, *Sui provvedimenti presidenziali ex art. 708 cod. proc. civ.*, in *Riv.Dir.Proc.*, 1967, 19 ss.

un'ulteriore categoria di provvedimenti, qualificati interinali, e riteneva che i provvedimenti presidenziali fossero riconducibili alla categoria generale delle misure cautelari, tendenti a regolare preventivamente e provvisoriamente, in vista di una situazione di urgenza, il rapporto, indipendentemente dalla decisione emananda con il provvedimento definitivo di merito. Concludeva, infatti, tale autore affermando che i provvedimenti interinali altro non erano se non *“una specie del genere provvedimenti cautelari, caratterizzata da alcune deviazioni strutturali, conseguenti alla specialità del rapporto sul quale il provvedimento incide”*²⁵⁶. Similmente, Liebman riconosceva ai provvedimenti presidenziali funzione affine, ma non identica, a quella cautelare, trattandosi di provvedimenti che mirano a dettare una *“soluzione provvisoria, valevole fino a che sopraggiunga la decisione della causa”*²⁵⁷.

Un altro studioso che, nei primi anni di vigenza del nuovo codice di rito, negò rilievo alla costruzione della categoria dei provvedimenti interinali fu Andrioli²⁵⁸; l'illustre Maestro criticava aspramente sia quella corrente che attribuiva natura di giurisdizione volontaria, sia quella che li qualificava come misure interinali, categoria questa che, *“lungi dal rispondere ad esigenze di logica giuridica, vuole rappresentare il tentativo di risolvere sul piano sistematico il problema dei rapporti tra provvedimenti presidenziali e provvedimenti decisori”*²⁵⁹. L'Autore, implicitamente riconoscendo natura cautelare ai provvedimenti presidenziali, dava atto tuttavia dell'impossibilità di ricondurre ad unità la categoria delle misure cautelari, non potendo diversamente spiegare l'efficacia ultrattiva e l'esecutività dell'ordinanza presidenziale.

Vi era, infine, chi²⁶⁰ attribuiva natura mista ai provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole, ossia di provvedimenti cautelari fino al momento dell'eventuale estinzione del processo di separazione,

²⁵⁶ Così CALVOSA, *op.ult.cit.*, 45.

²⁵⁷ LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano, 1980, 196.

²⁵⁸ ANDRIOLI, *Commento all'art. 708 c.p.c.*, in *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1964, 315 e ss.

²⁵⁹ ANDRIOLI, *op.ult.cit.*, 321.

²⁶⁰ TRAVI, *Processo di separazione personale ed ultra-attività dei provvedimenti interinali*, in *Giur. it.*, 1953, IV, 36.

e, in un momento successivo a detta estinzione, di provvedimenti di cognizione soggetti a particolare facilità di riforma, stante la loro sostituibilità anche sulla base di una semplice nuova valutazione delle circostanze originarie.

La tesi della natura volontaria veniva in seguito riproposta nell'ambito del divorzio, nonostante fosse naufragata la motivazione principale su cui si reggeva (la forma del decreto, in luogo dell'ordinanza)²⁶¹. Per avvalorare la tesi in parola veniva invocata la natura squisitamente volontaria dell'autorizzazione a vivere separatamente e del provvedimento con cui si dispone l'affidamento della prole. Nondimeno, la determinazione del mantenimento o degli alimenti sarebbe effettuata senza sanzionare alcun comportamento antiggiuridico, mentre l'assegnazione della casa familiare, non presupponendo il diritto di alcuno dei coniugi ad ottenerla, avrebbe natura schiettamente volontaria.

Si replicava, tuttavia, che l'ordinanza presidenziale esaurisce la sua funzione nell'ambito di un processo giurisdizionale – salvo quanto disposto dall'art.189, secondo comma disp.att.c.p.c. – rimanendo condizionata dalle vicende del processo medesimo. Gli è che i provvedimenti temporanei ed urgenti non possono essere isolati dal resto del procedimento per essere assoggettati ad una qualificazione (e quindi ad una disciplina) diversa rispetto alla generale struttura contenziosa del processo²⁶².

Né varrebbe obiettare che tra l'inizio e la prosecuzione del processo contenzioso vi sarebbe una sottofase di giurisdizione volontaria, che si aprirebbe *dopo* la proposizione del ricorso e si concluderebbe *prima*

²⁶¹ In tal senso v. CIPRIANI, *La nuova disciplina processuale*, cit., 281; dopo la riforma del 1990, v. in tal senso BARBIERA, *Il divorzio dopo la seconda riforma*, Bologna, 1988, 78; ZIINO, *Nuovo procedimento cautelare e provvedimenti presidenziali nell'interesse dei coniugi e della prole*, in *Dir.Fam.*, 1994, 2, 1271, in nota a Trib. Catania, 21 luglio 1993, per il quale la configurazione dell'ordinanza *de qua* come provvedimento giurisdizionale contenzioso sarebbe contraddetta dal rilievo che l'ordinanza non è diretta ad anticipare una possibile condanna di uno soltanto dei coniugi, bensì mira a contemperare gli interessi di entrambi i coniugi e della prole, nonché dal fatto che può essere emanata anche in mancanza di una espressa richiesta di parte ed è priva dell'idoneità al giudicato; DAMIANI, *Sopravvivenza dei provvedimenti presidenziali alla sentenza di divorzio?*, in *Fam.Dir.*, 1996, 554, in nota a Trib. Napoli, 14 giugno 1996.

²⁶² Per questi rilievi v. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., IV, 313.

della nomina del giudice istruttore²⁶³. Invero, i provvedimenti di cui trattasi vengono pronunciati dopo la comparizione personale delle parti in un procedimento, sia esso di separazione o di divorzio, che, sebbene costellato da elementi di specialità, è pur sempre fondato sulla domanda con cui una parte fa valer contro l'altra un proprio diritto, al pari di ogni processo ordinario.

Il procedimento di separazione o divorzio è, infatti, strumentale all'attuazione del diritto potestativo alla modificazione dello *status* dei coniugi, rispettivamente in quello di separati o divorziati, oltre che delle altre situazioni soggettive attive derivanti dal rapporto matrimoniale²⁶⁴.

Ebbene, se i provvedimenti *de quibus* si inseriscono in un procedimento che è, sin dall'inizio, cioè dal deposito del ricorso, un processo contenzioso²⁶⁵, è giocoforza escluderne la natura volontaria ed ammetterne invece il carattere giurisdizionale.

²⁶³ V. CIPRIANI, *I provvedimenti presidenziali*, cit., 474.

²⁶⁴ Così VULLO, *Brevi note sulla natura "integralmente" contenziosa del processo di separazione giudiziale*, cit., 207 ss.; conf., SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in *Fam. Dir.*, 2006, 356 ss.; con riferimento al giudizio di divorzio, v. TOMMASEO, in BONILINI-TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio*, III ed., Milano, 2010, 316 ss.; ID., *La disciplina processuale della separazione e del divorzio dopo le riforme del 2005 (e del 2006)*, in *Fam.Dir.*, 2006, 5, il quale sottolinea che il ricorso è veicolo della domanda di separazione e di divorzio e non soltanto mero atto preparatorio dell'udienza presidenziale.

²⁶⁵ Per vero, tale conclusione non viene condivisa da tutti gli Autori. La dottrina maggioritaria ritiene che il giudizio di separazione o divorzio abbia natura contenziosa e costituisca un'ipotesi di azione costitutiva necessaria; v. in tal senso, oltre agli Autori citati alla nota precedente, MANDRIOLI-CARRATTA, *Diritto processuale civile*, cit., 82; DOGLIOTTI, *La separazione giudiziale*, in *Il diritto di famiglia*, diretto da BONILINI-CATTANEO, I, 2, Torino, 2007, 513 ss., in part. 560; TOMMASEO, *Note introduttive agli articoli 706-711 [cod.proc.civ.]*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di CIAN-OPPO-TRABUCCHI, VI, 1, Padova, 1993, 567; MOROZZO DELLA ROCCA, voce "*Separazione personale (dir.priv.)*", in *Enc.Dir.*, XLI, Milano, 1989, 1376 ss., spec. 1382; conf., in giurisprudenza, Cass., 25 luglio 2002, n. 10914, in *Fam.Dir.*, 2002, 594, con nota parzialmente critica di FRASSINETTI, *Ancora sulla fase introduttiva del procedimento di divorzio*; Cass., 8 settembre 1992, n. 10291 (in motivazione), in *Foro It.*, 1993, I, 116 ss.; Cass., S.U., 18 agosto 1990, n. 8427, in *Dir.Fam.*, 1991, 513 ss.; Id., 24 giugno 1989, n. 3095.

Per contro, una parte della dottrina, anche autorevole, soprattutto in passato ascriveva il procedimento di separazione o divorzio alla volontaria giurisdizione: v. SATTA, *Commentario*, cit., 303 ss.; CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, V ed., III, Roma, 1956, 180 ss., 191 ss.; ID., *Intervento in causa di separazione personale*, in *Riv.Dir.Proc.*, 1941, II, 229 ss., spec. 231; FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, VIII ed., Padova, 1996, 543 ss.; CIPRIANI, *La nuova disciplina processuale*, cit., 239; PUNZI, *I soggetti e gli atti del processo di divorzio*, cit., 650 ss. Vi sono Autori che riconoscono carattere contenzioso alla sola fase che si svolge innanzi al giudice istruttore, mentre attribuiscono natura amministrativa oppure volontaria alla fase presidenziale: v., nel primo senso, GRAZIOSI, *Osservazioni sulla riforma dei processi di separazione e di divorzio*, in *Riv.Trim.Dir.e Proc.Civ.*, 2005,

Dal canto suo, la giurisprudenza di legittimità, salvo qualche isolata pronuncia²⁶⁶, pareva sostenere la natura cautelare dei provvedimenti presidenziali²⁶⁷, in quanto tesi specialmente ad assicurare il necessario sostentamento al beneficiario fino alla pronuncia definitiva.

4.2. La legge 353/1990 e l'introduzione del rito cautelare uniforme: riflessi sulla natura dell'ordinanza presidenziale.

Con l'entrata in vigore della l. 26 novembre 1990, n. 353 e l'introduzione del rito cautelare uniforme²⁶⁸, il dibattito sulla natura dei provvedimenti presidenziali ha ricevuto nuova linfa, alimentato soprattutto dalla necessità di prevedere uno strumento di controllo avverso l'ordinanza presidenziale emessa in sede di separazione e divorzio. Gli autori inclini ad attribuire natura cautelare ai provvedimenti presidenziali, infatti, si interrogavano circa la proponibilità del reclamo cautelare di cui al nuovo art. 669 *terdecies* c.p.c. avverso l'ordinanza *de qua*, nonché in generale sulla compatibilità delle norme sul rito cautelare uniforme con il regime dei provvedimenti presidenziali.

La studiosa²⁶⁹ che si è occupata principalmente della prospettata questione, pur muovendo dalla natura cautelare dell'ordinanza presidenziale soprattutto in ragione dell'identità di funzione, ne ha messo in luce le profonde differenze strutturali rispetto alla disciplina delle misure cautelari, riscontrabili, in particolare, “*nella possibile ufficiosità della pronuncia, nella caratteristica ultrattività che consente ai*

1113 ss., spec. 1116; nel secondo senso v. LUPOLI, *La riforma dei procedimenti della crisi matrimoniale: profili sistematici e fase introduttiva*, *ivi*, 2006, 955 ss., in part. 961.

²⁶⁶ V. Cass., 8 luglio 1983, n. 4612, in *Giur. It.*, 1983, I,1, 1795, la quale attribuiva al provvedimento presidenziale “*natura di provvedimento giurisdizionale contenzioso di accertamento a cognizione sommaria e con funzione esecutiva*”.

²⁶⁷ In questo senso v. Cass., 1 dicembre 1966, n. 2823, in *Foro it.*, 1967, I, 273; Cass., 28 aprile 1977, n. 1607, *ivi*, 1977, I, 1907, con nota di CAFERRA; Cass., 30 dicembre 1981, n. 6774, *Rep. Foro It.*, 1981; Cass., 10 maggio 1984, n. 2864, *ivi*, 1984; Cass., 14 febbraio 1986, n. 878, *ivi*, 1986.

²⁶⁸ Sull'introduzione del nuovo rito cautelare uniforme, si rinvia a SALETTI, *Appunti sulla nuova disciplina delle misure cautelari*, in *Riv.Dir.Proc.*, 1991, 355; sull'ambito di applicazione del processo cautelare v. altresì TOMMASEO, *Variazioni sulla clausola di compatibilità (note in margine all'art. 669 quaterdecies c.p.c.)*, in *Riv.Dir.Proc.*, 1993, 695 ss.

²⁶⁹ V. SALVANESCHI, *Provvedimenti presidenziali nell'interesse dei coniugi e della prole e procedimento cautelare uniforme*, in *Riv.Dir.Proc.*, 1994, 1063; ID., *Natura cautelare dei provvedimenti presidenziali e decorrenza della revoca dell'assegno di mantenimento*, in *Fam. Dir.*, 1994, 531 ss., in nota a Cass., 12 aprile 1994, n. 3415.

*provvedimenti presidenziali, ai sensi dell'art. 189, disp. att., c.p.c., di sopravvivere all'estinzione del processo, nonché nel fine di perseguire non l'interesse dell'una o dell'altra parte del procedimento, ma quello di entrambe, o quello superiore del nucleo familiare, comprensivo dei figli che sono soggetti terzi rispetto al procedimento di separazione ed a quello di divorzio*²⁷⁰. L'autrice, dopo aver compiuto un'analitica indagine circa la compatibilità delle singole norme del processo cautelare con la disciplina in materia di provvedimenti presidenziali, concludeva quindi in favore di una *"limitatissima applicazione della nuova disciplina"* all'ordinanza presidenziale, negando l'estensibilità sia del regime di modificabilità e revocabilità di cui all'art. 669 *decies* c.p.c., sia del reclamo cautelare, *"trovando i provvedimenti presidenziali una piena regolamentazione positiva nell'art. 4 l. div., di per sé idonea ad apprestare sufficienti garanzie"*²⁷¹; simile conclusione – proseguiva

²⁷⁰ SALVANESCHI, *Provvedimenti presidenziali*, cit., 1068.

²⁷¹ SALVANESCHI, *op.ult.cit.*, 1081; cfr. altresì CONSOLO – LUISO – SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 1991, 547, i quali escludevano parimenti la reclamabilità dell'ordinanza ex art. 708 c.p.c.; CARPI-GRAZIOSI, *Procedimenti in tema di famiglia*, cit., 540; OLIVIERI, *I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile (legge 26 novembre 1990, n. 353)*, in *Riv.Dir.Proc.*, 1991, 688, spec. 731, il quale escludeva dalla disciplina enunciata dagli artt. 669 *bis* e ss. l'ordinanza presidenziale prevista dall'art. 708 c.p.c. - anche laddove se ne affermasse la natura cautelare - soggiacendo questa ad un regime del tutto peculiare in punto revocabilità e modificabilità.

Taluni autori giungevano ad escludere l'applicazione del rito cautelare uniforme, muovendo dalla natura non cautelare dell'ordinanza presidenziale; in tal senso, v. SALETTI, *L'ambito di applicazione della disciplina cautelare uniforme*, in AA. VV., *Il processo cautelare*, a cura di Tarzia, II ed., 2004, Padova, 546, escludeva la natura cautelare dei provvedimenti presidenziali in quanto *"sono pronunciati in ogni caso - e non solo quando vi sia una situazione di periculum in mora, elemento che il presidente del tribunale, nel pronunciare l'ordinanza, non è chiamato a verificare - e trovano la loro ragion d'essere nell'esigenza di anticipare la regolamentazione definitiva dei rapporti personali e patrimoniali della famiglia, in vista della diversa situazione di fatto che si è determinata per effetto della proposizione della domanda giudiziale di separazione"*.

TOMMASEO, *Commento all'art. 4, l. 898/1970*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, cit., 285; ID., *Commento all'art. 4, l. 898/1970*, in *Il codice civile. Commentario. Lo scioglimento del matrimonio*, Milano, 1997, 305, escludeva l'appartenenza dell'ordinanza presidenziale alla giurisdizione cautelare, per assenza del requisito della strumentalità, requisito essenziale ad ogni forma di tutela giurisdizionale. Cfr. altresì CIVININI, *Provvedimenti cautelari e rapporti patrimoniali tra coniugi in crisi*, in *Fam.Dir.*, 1995, 371, la quale negava l'appartenenza dell'ordinanza presidenziale alla categoria dei procedimenti cautelari e classificava, per contro, siffatto provvedimento tra quelli sommari-semplificati-esecutivi, categoria enucleata da PROTO PISANI in *Usi, abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c.*, in *Riv.Dir.Civ.*, 1990, I, 402 ss., spec. 435; più di recente, simile tesi è stata riproposta da PROTO, *Fase presidenziale nel giudizio di separazione giudiziale: la questione sulla*

l'autrice – non è tuttavia idonea “a snaturare i provvedimenti in esame che, pur disciplinati in modo autonomo in ragione della loro specialità, mantengono intatte le caratteristiche che ne hanno consentito la qualificazione come cautelari”²⁷².

Parimenti, la giurisprudenza, soprattutto di merito²⁷³, tendenzialmente escludeva la reclamabilità dell'ordinanza presidenziale, vuoi per l'assenza della natura cautelare della medesima, vuoi per le profonde differenze intercorrenti tra le misure cautelari ed il regime dell'ordinanza presidenziale.

Il rinnovato strumento del reclamo, come risultante per effetto delle note sentenze della Consulta²⁷⁴, ha riaperto la questione della reclamabilità delle ordinanze presidenziali pronunciate in sede di separazione o divorzio ed ha indotto taluni autori – persino colui che ne aveva da sempre sostenuto la natura volontaria²⁷⁵ - a rivedere la propria opinione

competenza territoriale ed i poteri presidenziali, in nota a Trib. Vibo Valentia, 2 marzo 2010, in *Giur. Merito*, 2010, 1537 ss., in part. 1542.

²⁷² SALVANESCHI, *op.ult.cit.*, 1084.

²⁷³ V. Trib. Catania, 21 luglio 1993, in *Dir. Fam.*, 1994, 1271 e Trib. Roma, 27 gennaio 1994, in *Foro it.*, 1994, I, 1216, le quali escludevano la natura cautelare dei provvedimenti temporanei e urgenti emessi dal presidente o dal giudice istruttore nel corso del giudizio di separazione dei coniugi e, conseguentemente, la reclamabilità dei medesimi; conf. Trib. Pisa, 13 aprile 1995, in *Gius.*, 1995, 1856; Trib. Napoli, 14 novembre 1995, in *Fam.Dir.*, 1996, 464, con nota parzialmente critica di PATTUMELLI, *Modifica dell'ordinanza ex art. 708 c.p.c. e potere del g.i. di disporre indagini di polizia tributaria*; Trib. Trani, 26 novembre 1997 e Trib. Pavia, 9 gennaio 1997, in *Foro It.*, 1998, I, 232.

Per contro, qualificavano espressamente come cautelari i provvedimenti ex art. 708 c.p.c.: Cass., 12 aprile 1994, n. 3415, in *Fam.Dir.*, 1994, 531, con nota di SALVANESCHI, *cit.*; Id., 18 settembre 1991, n. 9728, in *Rep.Foro It.*, 1991, voce *Separazione di coniugi*, n. 74; in altra pronuncia la Suprema Corte attribuiva natura solo *lato sensu* cautelare al provvedimento in parola “*la funzione tipica del quale è segnata dalla finalità di apprestare in favore del beneficiario un mezzo di effettiva attuazione della volontà della legge*” (Cass., 5 giugno 1990, n. 5384, in *Giur. it.* 1991, II,476).

²⁷⁴ Cfr. Corte Cost., 23 giugno 1994, n. 253, in *Giust.Civ.*, 1995, I, 659, con nota di MAMMONE; Id., 26 maggio 1995, n. 197, in *Foro it.* 1996, I, 51, con nota di GRASSO, *Procedimento cautelare uniforme e regolamento di competenza*.

²⁷⁵ Il riferimento è a CIPRIANI, *L'impugnazione dei provvedimenti “nell’interesse dei coniugi e della prole” e il lento ritorno al garantismo*, in *Corr. giur.*, 1998, 211 ss., il quale, criticando l'atteggiamento della giurisprudenza che si ostinava a negare la reclamabilità dei provvedimenti presidenziali, osservava che “*Trent'anni fa, la negazione della natura cautelare, se non era fine a se stessa, mirava essenzialmente a sottolineare la potenziale autonomia funzionale dei provvedimenti ex art. 708 e l'esistenza del tertium genus di separazione; oggi quella negazione ha tutta l'aria d'essere un pretesto per escludere la garanzia dell'impugnazione*”.

ed a propendere per la tesi affermativa²⁷⁶. A favore della reclamabilità dei provvedimenti presidenziali si è espressa anche quella parte della dottrina²⁷⁷ che, svalutando l'elemento strutturale delle misure cautelari, ha posto l'accento sull'elemento funzionale e sulla provvisorietà dell'ordinanza; secondo questa corrente di pensiero, la presenza di una manifestazione genuina di tutela cautelare non può essere negata “ogniqualevolta si sia al cospetto di un provvedimento che, oltre che essere provvisorio, sia chiaramente sorretto dalla funzione di assicurare, rispetto ai pregiudizi cui sono esposti, diritti soggettivi o i rapporti giuridici nelle more del tempo occorrente per il dispiegarsi della loro tutela giurisdizionale ordinaria”²⁷⁸. Di qui la natura cautelare dei provvedimenti emessi incidentalmente all'interno di giudizi di natura *lato sensu* costitutiva, quali i provvedimenti presidenziali nei giudizi di separazione e divorzio ed in generale i provvedimenti “temporanei” emanabili all'interno di giudizi in materia familiare.

²⁷⁶ Concludeva in favore della reclamabilità dell'ordinanza presidenziale: CECHELLA, *Il processo cautelare - Commentario*, Torino, 1997, 243; cfr. altresì CONSOLO, *Il nuovo processo cautelare - Problemi e casi*, Torino, 1998, 130, il quale si dichiarava incline ad una soluzione più possibilista in ordine alla applicabilità del nuovo rito uniforme ai provvedimenti presidenziali, non ostandovi la previsione di non caducazione del provvedimento nel caso di estinzione del giudizio che mira alla decisione di merito (art. 189 disp.att.c.p.c.); BALENA, *Provvedimenti sommari esecutivi e garanzie costituzionali*, in *Foro It.*, 1998, I, 1541 ss., spec. 1555, il quale riteneva assurdo che la diversità strutturale tra i provvedimenti presidenziali e quelli propriamente cautelari determinasse, “nonostante un'evidente affinità funzionale, un difetto di tutela (o comunque una tutela meno piena) in danno proprio del soggetto che subisce il provvedimento potenzialmente più stabile ed incisivo”.

Di particolare interesse è la tesi di MARTINELLI, *Alcune questioni sull'ambito di applicazione del nuovo rito cautelare uniforme*, cit., 175 ss., il quale, pur muovendo dall'assunto che questi provvedimenti non abbiano natura cautelare nel senso rigoroso proposto dalla dottrina processualistica, riteneva che questo non fosse sufficiente ad escludere l'applicabilità di quelle norme che, nel rito cautelare uniforme, regolano aspetti funzionali del procedimento, cioè, come precisato dalla Consulta nella citata sentenza 253/1994, “contraddittorio, obbligo di motivazione e posizione delle parti nell'esercizio dei rispettivi diritti”. L'A. concludeva parlando della “cautelarietà” come ghigliottina e della “compatibilità” come setaccio, giungendo ad affermare la reclamabilità dei provvedimenti presidenziali, con esclusione tuttavia di quelli sulla prole in quanto espressione di uno *status, officium, munus*.

Altri Autori ritenevano applicabili gli artt. 669 *bis* ss. c.p.c. anche ai provvedimenti presidenziali, sulla scorta della loro natura cautelare; v. in tal senso ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile e il progetto del Senato sul giudice di pace*, Padova, 1991, 270; MONTESANO, *Nuovi rimedi per le famiglie in crisi*, in *Riv.Dir.Proc.*, 1977, 1 ss.

²⁷⁷ Ci si riferisce, in particolare, a MERLIN, voce *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, cit., 428 ss., nonché a TARZIA, *Introduzione* in TARZIA-SALETTI (a cura di), *Il processo cautelare*, cit., spec. XXVIII ss.

²⁷⁸ MERLIN, *op.ult.cit.*, 428-429.

Di contro, altri autori continuavano a negare la natura cautelare dei provvedimenti presidenziali, riconducendoli nell'alveo delle misure interinali o anticipatorie, soprattutto facendo perno sulla differenza strutturale esistente tra le misure cautelari ed i provvedimenti *de quibus* e sull'assenza di un vero e proprio *periculum*. La pronuncia di simili provvedimenti, infatti, non è subordinata alla presenza del *periculum in mora*, inteso nella sua corretta accezione, bensì "*all'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 mostrato, con il ricorso al giudice, di volerne fare derivare delle conseguenze*"²⁷⁹. Altri negava la natura cautelare, ricostruendo il regime dei provvedimenti presidenziali in termini volontari, più precisamente "*provvedimenti volontari interinali a contenuto (eventualmente) anticipatorio, da tenere nettamente distinti dai provvedimenti anticipatori in senso proprio*"²⁸⁰.

Merita, infine, di essere segnalato il pensiero di Monteleone, il quale, attribuendo natura sommaria-anticipatoria ai provvedimenti in esame ed in virtù del principio della prevalenza della sostanza sulla forma, giungeva ad ammettere il controllo sui medesimi attraverso l'appello al

²⁷⁹ Il principale sostenitore della citata tesi è SALETTI, *Procedimento e sentenza di divorzio*, in *Il diritto di famiglia*, Trattato diretto da Bonilini e Cattaneo, I, *Famiglia e matrimonio*, Torino, 1997, 478; conf. VALITUTTI, *Le ordinanze provvisoriamente esecutive*, Padova, 1999, 356 e ss.; nega altresì l'applicazione diretta o analogica degli artt. 669-bis ss. c.p.c. per assenza della valutazione del *periculum in mora*, COSTANTINO, *Commento all'art. 669 quaterdecies*, cit., 420; ID., *Quattro interventi sulla riforma della giustizia civile*, in *Riv.Dir.Proc.*, 1993, 431 ss., spec. 455, ove osserva che i provvedimenti presidenziali sono, per espressa previsione normativa, modificabili e revocabili e tale previsione può essere considerata idonea a soddisfare le esigenze di tutela delle parti, anche nel nuovo sistema processuale.

Degna di rilievo è altresì l'opinione di PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., , il quale, facendo leva sull'art. 189 disp.att. c.p.c., qualifica i provvedimenti presidenziali come "provvedimenti sommari a contenuto anticipatorio" e li avvicina ai provvedimenti sommari-semplificati-esecutivi; conf. DI BENEDETTO, *I procedimenti di separazione e di divorzio*, Milano, 2000, 127. Cfr. altresì DANOVI, *All'esame della Consulta la questione dell'iscrivibilità di ipoteca giudiziale in forza di ordinanza ex art. 708 c.p.c.*, in *Corr. Giur.*, 2001, 339, il quale attribuisce natura anticipatoria (senza distinguere tra misure cautelari e non) all'ordinanza presidenziale. L'A. affronta il tema in relazione all'eventuale iscrizione di ipoteca giudiziale in forza di ordinanza presidenziale, in virtù della sua funzione anticipatoria della tutela del credito di mantenimento.

²⁸⁰ Così CARRATTA, *Provvedimenti presidenziali "nell'interesse dei coniugi e della prole" ex art. 708 c.p.c. e tutela d'urgenza*, cit., 376.

giudice superiore, mentre per l'Autore il loro carattere non definitivo avrebbe impedito la ricorribilità in Cassazione ex art. 111 Cost.²⁸¹.

La giurisprudenza, fatto salvo qualche provvedimento di segno contrario²⁸², anche dopo le pronunce della Consulta, continuava a difendere strenuamente l'irreclamabilità dei provvedimenti temporanei ed urgenti emessi in sede di separazione e divorzio²⁸³, facendo leva proprio sulla natura non cautelare dei provvedimenti, che escludeva la possibilità di un riesame ai sensi dell'art. 669 *terdecies* c.p.c.

4.3. Le riforme del 2005-2006 e le conseguenti ricadute sul tema oggetto della presente indagine.

Alle soglie dell'entrata in vigore delle due riforme (l. 14 maggio 2005, n. 80 e l. 8 febbraio 2006, n. 54), che hanno significativamente inciso sulla materia che ci occupa, la dottrina era tendenzialmente spaccata in due grossi filoni: quello che attribuiva natura cautelare ai provvedimenti

²⁸¹ MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, III ed., Padova, 2004, 1251, nota 7.

²⁸² La prima pronuncia ad ammettere espressamente la reclamabilità dei provvedimenti è Trib. Genova, 16 marzo 2001, in *Foro it.*, 2001, I, 2356, con nota adesiva di CIPRIANI. Nello stesso senso si è espresso in seguito soltanto il medesimo Tribunale di Genova (Trib. Genova, 10 gennaio 2004, in *Foro it.*, 2004, I, 931 e in *Fam.Dir.*, 2004, 612, con nota adesiva di FIGONE, *Ordinanze ex art. 708 c.p.c. e regime cautelare uniforme*; Trib. Genova, 16 febbraio 2004, *ibidem*, 904, con nota di CIPRIANI; Trib. Genova, 10 maggio 2004, in *Foro it.*, 2004, I, 2534, con note di CIPRIANI, *Sulla reclamabilità dei provvedimenti presidenziali ex art. 708 c.p.c.*, e di PROTO PISANI, *Su alcuni problemi attuali del processo familiare*), il quale ha ammesso la reclamabilità ai sensi dell'art. 669 *terdecies* c.p.c., con riguardo sia al procedimento di separazione sia a quello di divorzio, dei provvedimenti emessi dal giudice istruttore relativi ai coniugi, pur escludendone la natura cautelare e riconducendo gli stessi alla categoria dei "provvedimenti anticipatori o interinali". La Suprema Corte ha affermato la natura cautelare dell'ordinanza presidenziale ex art. 708 c.p.c. sotto altri profili, senza tuttavia affrontare il tema dell'eventuale reclamabilità dell'ordinanza. V. Cass., 5 ottobre 1999, n. 11029, in *Giust.Civ.*, 1999, 2928.

²⁸³ Trib. Roma, 27 gennaio 1994, in *Foro It.*, 1994, I, 1216; Trib. Catania, 21 luglio 1993, in *Fam.Dir.*, 1994, con commento favorevole di SALVANESCHI; Trib. Arezzo, 11 giugno 1997, in *Foro It.*, 1998, I, 1, 2285, con nota critica di CIPRIANI; Trib. Napoli, 1° ottobre 1998, in *Gius.*, 1999, 557; Trib. Foggia, 30 luglio 2001, in *Foro it.*, 2002, I, 263, con nota critica di CEA, *I provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole e il reclamo cautelare*; Trib. Genova, 7 marzo 2002, in *Fam. Dir.*, 2002, 631, con nota adesiva di BET, *Sull'ammissibilità del reclamo ex art. 669 terdecies c.p.c. avverso i provvedimenti per i figli nel procedimento di separazione giudiziale*; Trib. Verona, 20 febbraio 2003, in *Foro it.*, 2003, I, 3156, con nota critica di CIPRIANI, *Ancora sull'impugnabilità dei provvedimenti «nell'interesse dei coniugi e della prole»*; Trib. Brindisi, 12 agosto 2003, in *Foro it.*, 2004, I, 624, con nota critica di CEA, *Il problema del controllo dei provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole tra omissioni e formalismi*; Trib. Bari, 23 dicembre 2004, in *Foro It.*, 2005, I, 1244; Trib. Rovereto, 18 febbraio 2005, in *Foro It.*, 2005, I, 1591, con nota di richiami di CEA.

presidenziali e quello che, per converso, ne negava la natura cautelare e li riconduceva alla categoria dei provvedimenti interinali o anticipatori. Con la riforma del 2005 il legislatore ha profondamente modificato la disciplina processuale della fase introduttiva dei procedimenti di separazione e di divorzio²⁸⁴, novellando gli articoli 706 – 709 c.p.c. (nonché l'art. 4 l.div.) e, per quanto qui rileva, abrogando l'inciso che ancorava al verificarsi di “*mutamenti nelle circostanze*” la possibilità per il giudice istruttore di modificare e revocare l'ordinanza del presidente. Simile modifica normativa, avendo dilatato il potere di revoca e modifica del giudice istruttore (non più subordinato al sopravvenire di nuove circostanze), ha fornito un argomento contrario alla tesi della reclamabilità dei provvedimenti presidenziali ai sensi dell'art. 669 *terdecies* c.p.c. e quindi alla natura cautelare dei medesimi.

Per contro, la modifica più significativa – da molti attesa e condivisa - apportata al regime delle misure cautelari e, segnatamente, l'attenuazione del regime di strumentalità, è stata dai più interpretata come un indice normativo a favore della natura cautelare dei provvedimenti temporanei e urgenti pronunciati nei giudizi di separazione e divorzio; con l'allentamento del vincolo di strumentalità e con la maggiore stabilità della misura cautelare, dovuta all'ultrattività in caso di estinzione del giudizio di merito, è venuto meno, infatti, l'argomento principe della tesi che negava la natura cautelare di siffatti provvedimenti²⁸⁵.

²⁸⁴ Sul nuovo procedimento di separazione e divorzio a seguito della L. 80/2005, v. CIPRIANI, *Processi di separazione e di divorzio*, in *Foro It.*, 2005, V, 140.

²⁸⁵ Cfr. CIPRIANI, *op.ult.cit.*, 143, secondo cui i motivi per i quali si poteva escludere la natura cautelare erano in realtà uno solo: l'idoneità a sopravvivere all'estinzione; oggi, 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*”; conf. TOMMASEO, *Garanzia del reclamo e ordinanze interinali istruttorie nei giudizi di separazione e divorzio*, in *Fam.Dir.*, 2008, 373, il quale osserva che, prima della riforma del 2005, “*questa conclusione trovava ostacolo nelle regole sull'ultrattività delle ordinanze interinali del presidente o dell'istruttore all'estinzione del processo, un'ultrattività che si poneva in contrasto frontale con la disciplina dei provvedimenti cautelari [...] Questo argomento, davvero insuperabile, è venuto meno con la recente riforma del procedimento cautelare uniforme che ha consentito ai provvedimenti cautelari*

Le intervenute modifiche hanno, pertanto, ravvivato il dibattito sulla natura dei provvedimenti emessi in sede di separazione o divorzio e, soprattutto, sulla sindacabilità dell'ordinanza presidenziale, ormai invocata da più parti, al fine di garantire un doppio grado di giudizio anche in una materia, quale quella familiare, così intrinsecamente delicata.

Il legislatore del 2006, raccogliendo le istanze provenienti da gran parte della dottrina²⁸⁶, ha introdotto la possibilità di reclamare l'ordinanza presidenziale innanzi alla Corte d'Appello entro il termine di dieci giorni dalla notifica dell'ordinanza medesima²⁸⁷. Il novellato art. 708, ultimo comma c.p.c., pur avendo risolto *de plano* la questione del controllo dell'ordinanza presidenziale, ha tuttavia sollevato ulteriori interrogativi in merito all'eventuale reclamabilità dei provvedimenti assunti dal giudice istruttore e del coordinamento tra lo strumento del reclamo ed il regime di revoca e modifica dell'ordinanza; interrogativi che, come meglio si vedrà, sono tuttora aperti e che neppure l'intervento della Corte Costituzionale è riuscito a dirimere.

4.4. Lo stato attuale del dibattito e le questioni ancora aperte.

Ricostruito così brevemente il panorama dei diversi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, allo stato attuale non può dirsi sopita la diatriba sulla natura dei provvedimenti presidenziali. Due le tesi che si contendono tuttora il campo: quella che attribuisce all'ordinanza

anticipatori di essere ultrattivi all'eventuale mancata instaurazione o all'estinzione del giudizio di merito. In questa nuova cornice, diventa agevole non soltanto attribuire funzione cautelare ai provvedimenti interinali della separazione e del divorzio, ma anche possibile assoggettarli alla disciplina del procedimento cautelare uniforme sia pure con i limiti imposti dalla clausola di compatibilità voluta dall'art. 669 quaterdecies c.p.c."

²⁸⁶ V., per tutti, CIPRIANI, *L'impugnazione dei provvedimenti "nell'interesse dei coniugi e della prole"*, cit., 21 ss.

²⁸⁷ La giurisprudenza che per prima si è occupata del termine per la proposizione del reclamo ha ritenuto che la notificazione sia presupposto indispensabile per la relativa decorrenza; v. App. Milano, 30 marzo 2007, in *Giur. merito*, 2007, 1187, con nota di DANOVI, *Concorrenza e alternatività tra reclamo e revoca dell'ordinanza presidenziale* e in *Fam.Pers.Succ.*, 2007, 503, con nota di TOMMASEO, *Separazione giudiziale e inammissibilità del reclamo contro l'ordinanza presidenziale oggetto d'istanza di revoca*.

presidenziale natura cautelare²⁸⁸ e quella che, per contro, annovera l'ordinanza tra le misure di carattere anticipatorio-interinale²⁸⁹.

La giurisprudenza, pur non negando che il provvedimento presidenziale rivesta una funzione “*lato sensu cautelare*”, tende a riconoscere al medesimo “*carattere interinale e provvisorio, essendo modificabile e revocabile dal giudice istruttore ed essendo destinato ad essere trasfuso nella sentenza che decide il processo, impugnabile per ogni profilo di merito e di legittimità*”²⁹⁰. Il principio, enunciato dalla Suprema Corte al

²⁸⁸ SALVANESCHI, *Alcuni profili processuali della legge sull'affido condiviso*, cit., 1289;

IACOBONI, *I provvedimenti cautelari in materia di famiglia, di stato e di capacità delle persone*, cit., 1268 ss.; VULLO, *Procedimenti in materia di famiglia e stato delle persone*, in *Commentario del Codice di Procedura Civile – artt. 706-720 bis*, a cura di Chiarloni, Tomo I, Bologna, 2011, 145; ID., *Provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c. e processi di separazione e di divorzio*, in *Riv.Trim.Dir. e Proc.Civ.*, 2008, 475; BIANCHI, *Il giudizio di modificazione delle condizioni di separazione*, cit., 136, nota 95; ID., *Sulla natura, la durata e gli effetti nel tempo del provvedimento presidenziale ex art. 708 c.p.c.*, in *Fam.Dir.*, 2007, 603; ID., *I provvedimenti presidenziali ex art. 708 c.p.c. tra reclamo, revoca e modifica*, in *Giusto Proc.*, 2009, 195 ss.; CEA, *Il difficile rapporto tra reclamo e revoca dei provvedimenti nell'interesse della prole e dei coniugi*, in *Foro It.*, 2009, I, 1216, in nota a App. Firenze, 10 luglio 2008 TOMMASEO, *Garanzia del reclamo e ordinanze interinali istruttorie nei giudizi di separazione e divorzio*, cit.; ID., *Provvedimenti presidenziali e motivi di reclamo alla corte d'appello*, in *Fam.Dir.*, 2007, 617; parla di una funzione *lato sensu cautelare* dei provvedimenti temporanei ed urgenti LUISO, *I provvedimenti sommari nei processi di separazione e divorzio*, in *Giusto Proc.*, 2011, 25 ss., in part. 36.

Ha sostenuto sino all'ultimo la natura “mista” dei provvedimenti presidenziali, in quanto contenenti sia provvedimenti di volontaria giurisdizione, sia provvedimenti schiettamente cautelari, CIPRIANI, *La nuova disciplina dei provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole*, in *Giusto Proc.*, 2008, 191.

²⁸⁹ Escludono tuttora la natura cautelare dell'ordinanza ex art. 708 c.p.c.: CARRATTA, *Procedimento cautelare uniforme*, in *I procedimenti cautelari*, diretto da CARRATTA, Bologna, 2013, 106 ss.; LUPOI, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, cit., 1086; SALETTI, *L'ambito di applicazione della disciplina cautelare uniforme*, cit., 655; FASCIANO, *Sul regime di stabilità dei provvedimenti interinali resi dal giudice istruttore nei procedimenti di separazione e di divorzio*, in *Giur.It.*, 2013, 7, 1635, in nota a Trib. Reggio Emilia, 6 settembre 2012; del medesimo avviso, sembrerebbe altresì ARCERI, *La Corte Costituzionale sui discussi limiti al reclamo contro i provvedimenti interinali nei giudizi di separazione e di divorzio*, in *Fam.Dir.*, 2011, 553; GATTO, *Regime di stabilità dei provvedimenti interinali nei procedimenti di separazione, divorzio e minorili ex art. 317 bis c.c.*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2011, 832; ZINGALES, *Riflessioni sulla reclamabilità delle ordinanze ex art. 709, comma 4, c.p.c. del giudice istruttore*, in *Dir.Fam.*, 2011, 1797.

²⁹⁰ In questi esatti termini, Cass., 22 giugno 2012, n. 10485, in *www.dejure.it*; Id., 8 febbraio 2012, n.1786, *ivi*; Id., 30 dicembre 2011, n. 30494, *ivi*; Id., 26 gennaio 2011, n. 1841, in *Dir.Fam.*, 2011, 1201; Id., 26 settembre 2011, n. 19587, in *Guida al diritto* 2011, 45, 56; Id., 14 luglio 2011, n. 15548, in ; Id., 6 novembre 2008, n. 26631.

Nella giurisprudenza di merito, negano tuttora la natura cautelare delle ordinanze presidenziali (o dei provvedimenti assunti dal giudice istruttore) in materia di separazione e divorzio, Trib. Milano, 13 giugno 2013, Id., 21 maggio 2013 e Id., 25 gennaio 2011, in *ilcaso.it*; Trib. Reggio Emilia, 6 novembre 2006, in *Foro It.*, 2007, I, 973 e in *Fam.Dir.*, 2007, 281, con nota parzialmente critica di ARCERI, *Sulla reclamabilità dei provvedimenti interinali nella separazione e nel divorzio*.

fine di dichiarare l'inammissibilità del ricorso straordinario in Cassazione - non essendo il provvedimento presidenziale qualificabile come sentenza, cioè come provvedimento (decisorio incidente su diritti ed) idoneo a divenire definitivo - è indice dell'orientamento della Corte di non volersi schierare in favore della tesi dottrinale che riconosce natura propriamente cautelare all'ordinanza *de qua*.

Tuttora irrisolto è, altresì, l'interrogativo circa l'eventuale estensibilità del reclamo di cui all'art. 708, ultimo comma c.p.c. anche alle ordinanze del giudice istruttore. La previsione normativa è, infatti, foriera di diverse questioni interpretative, prontamente evidenziate in dottrina²⁹¹ e variamente risolte in giurisprudenza, nell'ambito della quale si sono registrate diverse soluzioni ermeneutiche.

Tre sono le strade concretamente percorribili: ritenere il reclamo inammissibile *tout court*; ammettere il reclamo cautelare ex art. 669 *terdecies* c.p.c.; estendere la previsione normativa di cui all'art. 708, ultimo comma c.p.c. anche ai provvedimenti emessi dal giudice istruttore²⁹². Ed invero, le soluzioni poc'anzi richiamate sono state tutte parimenti sostenute con vigore sia in dottrina²⁹³ sia in giurisprudenza²⁹⁴.

²⁹¹ Per una disamina delle diverse questioni interpretative sollevate dalla legge sull'affidamento condiviso, v. LUPOI, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, cit., 1084 ss.; DANOVÌ, *Separazione e divorzio: i rapporti tra il "nuovo" reclamo avverso l'ordinanza presidenziale e la revoca/modifica da parte dell'istruttore*, in *Fam.Pers.Succ.*, 2007, 221, in nota a Trib. Modena, 5 ottobre 2006; DE ANGELIS, *Affido condiviso: le norme processuali e la natura dei provvedimenti "nell'interesse dei coniugi e della prole"*, in *Giur.It.*, 2006, 651; SALETTI-VANZ, *Procedimento e sentenza di divorzio*, cit., 73; CARNEVALE, *La fase presidenziale*, in *I processi di separazione e di divorzio*, a cura di GRAZIOSI, Torino, 2008, 63 ss.

²⁹² Le tre diverse opzioni interpretative sono state inizialmente accolte da tre pronunce di merito: Trib. Genova, 2 maggio 2006 (che ha ritenuto inammissibile il reclamo al collegio ex art. 669 *terdecies* c.p.c. avverso i provvedimenti emanati dal giudice istruttore), Trib. Foggia, 2 maggio 2006 (che, escludendo la natura cautelare dei provvedimenti, ne ha negato la reclamabilità) e Trib. Trani, 28 aprile 2006 (che ha ritenuto proponibile il reclamo al collegio ex art. 669 *terdecies* c.p.c., dichiarandolo tuttavia nella specie inammissibile per carenza di interesse), tutte pubblicate in *Foro It.*, 2006, I, 2213, con nota di CEA, *La nuova torre di Babele: la legge sull'affidamento condiviso e il reclamo contro i provvedimenti del giudice istruttore*.

²⁹³ La dottrina maggioritaria ammette la possibilità di un rimedio impugnatorio avverso il provvedimento assunto dal giudice istruttore, dividendosi tuttavia sullo strumento da utilizzare in concreto. Coloro che attribuiscono natura cautelare al provvedimento *de quo* ne affermano la reclamabilità ai sensi dell'art. 669 *terdecies* c.p.c.: v. PROTO PISANI, *In tema di reclamabilità e revocabilità dei provvedimenti presidenziali*, in *Foro It.*, 2010, I, 2199; TOMMASEO, *Riflessioni sulle impugnazioni e sui reclami nel diritto di famiglia e delle persone (in particolare, nella disciplina della separazione di cui alla legge n. 54 del 2006)*, in *Fam. Dir.*, 2008, 97; ID., *Ancora incertezze sui gravami contro le ordinanze che modificano i provvedimenti presidenziali nei giudizi di*

separazione (e divorzio), *ivi*, 2011, 1007; ID., *Garanzia del reclamo e ordinanze interinali istruttorie*, cit.; CECHELLA, *Reclamo, revoca e modifica dei provvedimenti provvisori e urgenti nei processi di separazione e divorzio*, in *Giusto Proc.*, 2008, 229 ss., in part. 241; LUIISO, *I provvedimenti sommari nei processi di separazione e divorzio*, cit., 38; GAZZONI, *Il mugnaio di Federico II (Aiuti familiari e reclamabilità delle ordinanze date nel giudizio di separazione)*, in *Dir.Fam.*, 2006, 1202; ID., *Mandare da Erode a Pilato: ancora sulla reclamabilità delle ordinanze del giudice istruttore date nel giudizio di separazione*, *ivi*, 2007, 216; ANNUNZIATA, *Il problema del controllo dei provvedimenti del giudice istruttore*, in *Il processo nel diritto di famiglia*, Padova, 2005, 94; ZACCARIA, *Commento all'art. 708 c.p.c.*, in *Commentario breve al diritto della famiglia*, Padova, 2011, 2559; CEA, *Il difficile rapporto tra reclamo e revoca*, cit., 1221; IACOBONI, *op.cit.*, 1284; BIANCHI, *I provvedimenti presidenziali ex art. 708 c.p.c.*, cit., 216.

Per contro, parte della dottrina, per ragioni di simmetria tra l'ordinanza presidenziale e quella assunta dal giudice istruttore, ravvisa nel reclamo di cui all'art. 708, comma 4 c.p.c. lo strumento idoneo ad assicurare una forma di controllo avverso l'ordinanza del giudice istruttore; v. in tal senso DANOVI, *Reclamo, revoca e modifica dei provvedimenti sommari nella separazione e nel divorzio*, in *Giusto Proc.*, 2008, 203 ss., spec. 225; ID., *Le misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento (art. 709-ter c.p.c.)*, in *Riv.Dir.Proc.*, 2008, 603 ss., spec. 620; SALVANESCHI, *Alcuni profili processuali della legge sull'affido condiviso*, cit., 1290; SALETTI, *L'ambito di applicazione della disciplina cautelare uniforme*, cit., 656; MANDRIOLI-CARRATTA, *op.cit.*, 103-104; FASCIANO, *op.cit.*, 1637; ZINGALES, *Riflessioni sulla reclamabilità delle ordinanze ex art. 709, comma 4, c.p.c. del giudice istruttore*, in *Dir.Fam.*, 2011, 1797.

Esclude che i provvedimenti del giudice istruttore, in tutto assimilabili a quelli del presidente, siano sottratti ad ogni impugnazione e ritiene che il giudice investito del reclamo, ove si ritenga incompetente, debba indicare il giudice ritenuto competente ed assegnare un termine perentorio per la riassunzione del giudizio ex art. 50 c.p.c., LOSAPPIO, *Impugnazione dei provvedimenti del giudice istruttore nell'interesse dei coniugi e della prole e translatio iudicii*, in *Giusto Proc.*, 2008, 245.

Nega qualunque forma di controllo avverso l'ordinanza del giudice istruttore, contro la quale sarebbe ammessa solo la richiesta di modifica o revoca da parte del medesimo giudice istruttore, ARCERI, *Sulla reclamabilità dei provvedimenti interinali*, cit.; conf. GATTO, *op.ult.cit.*

²⁹⁴ In giurisprudenza l'orientamento prevalente nega l'ammissibilità di qualsiasi forma di controllo avverso i provvedimenti assunti dal giudice istruttore a modifica dei provvedimenti presidenziali; in tal senso v. Trib. Messina, 24 aprile 2012, in *www.dejure.it*; Trib. Cosenza, 9 maggio 2011, in *Fam.Dir.*, 2011, 1007; Trib. Varese, 27 gennaio 2011, in *ilcaso.it*; Trib. Napoli, 13 ottobre 2009, in *Fam.Dir.*, 2010, 579; Trib. Brindisi, 20 maggio 2009, in *www.dejure.it*; Trib. Bari, 23 settembre 2008, in *giurisprudenzabarese.it*; Trib. Foggia, 4 marzo 2008, in *Foro It.*, 2008, I, 3334; Trib. Lucera, 31 gennaio 2007, in *Giur. Merito*, 2008, 685, con nota critica di NARDELLI, *Delle separazioni, del reclamo e dei film in bianco e nero, ovvero quando la prevedibilità della decisione dipende dalla residenza*; Trib. Venezia, 17 ottobre 2007, in *www.dejure.it*; Trib. Pisa, 14 febbraio 2007, in *Dir.Fam.*, 2007, 1228; Trib. Monza, 18 gennaio 2007; Trib. Brindisi, 4 ottobre 2006, in *www.dejure.it*; Trib. Foggia, 2 maggio 2006, in *Foro It.*, 2006, I, 2213; App. Milano, 6 luglio 2006.

Ammettono, in linea di principio, la possibilità di sottoporre a controllo l'ordinanza del giudice istruttore con le forme del reclamo cautelare ex art. 669 *terdecies* c.p.c., App. Bari, 29 agosto 2007, in *Foro It.*, 2008, I, 3334; App. Napoli, 5 marzo 2007, *ivi*, 2007, I, 1916; Trib. Genova, 6 febbraio 2007, *ibid.*, I, 946; App. Napoli, 2 febbraio 2007, in *Giur. Merito*, 2008, 683, con nota di NARDELLI, cit.; App. Genova, 10 novembre 2006, in *Foro It.*, 2007, I, 590; Trib. Trani, 28 aprile 2006, cit.

Per contro, escludono il reclamo cautelare al collegio, ma ammettono il reclamo alla Corte d'Appello, Trib. Arezzo, 3 febbraio 2009, in *www.dejure.it*; Trib. Messina, 11 novembre 2006, in *affidamentocondiviso.it*; Trib. Reggio Emilia, 6 novembre 2006, in *Foro It.*, 2007, I, 973; Trib. Roma, 7 luglio 2006, in *Dir.Fam.*, 2007, 210, con nota

In particolare, i giudici di merito hanno sinora negato qualunque forma di controllo, facendo leva sul brocardo *“lex, ubi voluit, dixit”*, oppure hanno dato vita ad una sorta di “scaricabarile”, come è stato dai più definito²⁹⁵, ammettendo, in linea di principio, la proponibilità del reclamo, ma declinando di fatto la propria competenza in favore di quella della Corte d’appello o viceversa.

La questione è approdata alla Corte Costituzionale²⁹⁶, che ne ha tuttavia dichiarato l’inammissibilità, sul presupposto che da parte del giudice *a quo* non fossero stati esplorati tutti gli orientamenti che si erano formati nella giurisprudenza di merito e che *“la soluzione richiesta dai rimettenti non appare (allo specifico fine evocato di eliminare i pretesi vizi di illegittimità dell’asserita mancanza di rimedi impugnatori avverso le pronunce provvisorie del giudice istruttore nei giudizi de quibus) come l’unica costituzionalmente obbligata, tanto più in un contesto, quale quello della conformazione degli istituti processuali, in cui il legislatore gode di ampia discrezionalità”*. Sulla scia della pronuncia della Consulta, la Suprema Corte²⁹⁷ ha recentemente dichiarato l’inammissibilità di un regolamento di competenza proposto d’ufficio dalla Corte d’Appello di Genova²⁹⁸, sul presupposto che la limitazione del reclamo ai

critica di GAZZONI, *Mandare da Erode a Pilato*, cit.; Trib. Genova, 2 maggio 2006, in *Foro It.*, 2006, I, 2213, con nota di CEA.

²⁹⁵ Si veda GAZZONI, *Il mugnaio di Federico II*, cit., 1211; CIPRIANI, *Translatio iudicii e poteri del giudice ad quem (a proposito del reclamo avverso i provvedimenti del g.i. nell’interesse dei coniugi e della prole)*, in *Giusto Proc.*, 2008, 1213, spec. 1215.

²⁹⁶ Corte Cost., 11 novembre 2010, n. 322, in *Foro It.*, 2011, 6, I, 1642, con nota di CEA, *Il problema del reclamo contro i provvedimenti del giudice istruttore nel giudizio di separazione e il “non possumus” della Corte Costituzionale*; in *Fam.Dir.*, 2011, 553, con nota critica di ARCERI, *La Corte Costituzionale sui discussi limiti al reclamo contro i provvedimenti interinali nei giudizi di separazione e di divorzio*.

²⁹⁷ Cass., 4 luglio 2014, n. 15416, in *www.dejure.it*.

²⁹⁸ La Corte d’appello genovese aveva proposto regolamento di competenza d’ufficio in ordine all’individuazione del giudice competente per il reclamo avverso il provvedimento del giudice istruttore di modifica dei provvedimenti presidenziali assunti in un procedimento di separazione personale. Il Tribunale in composizione collegiale, inizialmente investito del reclamo, aveva declinato la propria competenza, ritenendo applicabile in via analogica l’art. 708, ultimo comma c.p.c. e la conseguente competenza della Corte d’Appello; per contro, ad avviso della Corte d’appello, il mezzo per richiedere il riesame del provvedimento di modifica delle statuizioni presidenziali andava individuato nel reclamo cautelare ex art. 669 *terdecies* c.p.c., proponibile al Tribunale in composizione collegiale. Di qui la proposizione del regolamento di competenza d’ufficio. La Corte di Cassazione, esaminando preliminarmente la questione della reclamabilità dei provvedimenti modificativi delle statuizioni presidenziali, aderiva alla soluzione negativa e quindi dichiarava l’inammissibilità del regolamento proposto.

provvedimenti presidenziali rientra nell'ambito del legittimo esercizio della discrezionalità legislativa e non determina alcun *vulnus* all'effettività della tutela nelle fasi successive.

Né la Consulta, né il Supremo Collegio hanno, quindi, risolto lo spinoso problema della reclamabilità dei provvedimenti assunti dal giudice istruttore; tantomeno hanno posto fine all'annosa discussione circa la natura dei provvedimenti presidenziali, limitandosi a constatare che l'assenza di un rimedio impugnatorio avverso l'ordinanza del giudice istruttore rientra comunque nell'ambito del legittimo esercizio della discrezionalità legislativa.

Nondimeno, tuttora controversa è la questione dell'ampiezza dei poteri di revoca e modifica concessi al giudice istruttore e del coordinamento tra lo strumento del reclamo e quello della revoca/modifica. A seguito dell'entrata in vigore della legge sull'affidamento condiviso e della correlativa introduzione del reclamo camerale, infatti, taluni autori²⁹⁹ e parte della giurisprudenza³⁰⁰ hanno sostenuto che dovesse tornare a

²⁹⁹ GAZZONI, *Mandare da Erode a Pilato*, cit., 222; CECHELLA, *Reclamo, revoca e modifica dei provvedimenti*, cit., 241; D'IPPOLITO, *Separazione personale dei coniugi: modificabilità, da parte del giudice istruttore, dei provvedimenti presidenziali adottati ad esito dell'udienza ex art. 708 c.p.c.*, in *Giur. Merito*, 2007, 713; per LUISO, *op.ult.cit.*, 35, non è sostenibile l'illimitata riesaminabilità dei provvedimenti presidenziali da parte del giudice istruttore; mentre CEA, *La nuova torre di Babele*, cit., 2214, muovendo dalla natura cautelare dei provvedimenti presidenziali, ne ammette la revoca/modifica nei limiti di cui all'art. 669 *decies* c.p.c.

Ritengono, per contro, che il potere di revoca/modifica non sia subordinato al sopravvenire di nuove circostanze, SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, cit., 368; TOMMASEO, *Garanzia del reclamo e ordinanze interinali*, cit., 375; ARCERI, *Sulla reclamabilità dei provvedimenti interinali*, cit., 290; GATTO, *Regime di stabilità dei provvedimenti interinali*, cit. 833; MANDRIOLI-CARRATTA, *op.cit.*, 102; FASCIANO, *op.cit.*, 1639; DANOVÌ, *Reclamo, revoca e modifica*, cit., 227, il quale giunge alla conclusione che il raccordo tra gli strumenti di controllo avverso l'ordinanza presidenziale sia impostato nei seguenti termini: qualora il reclamo non sia stato esperito, può essere richiesta la revoca/modifica al giudice istruttore, a prescindere dal sopravvenire di nuove circostanze; qualora il reclamo sia stato invece esperito, la revoca/modifica non è consentita, essendo la sede del reclamo idonea a far valere qualunque circostanza; nell'ipotesi in cui il reclamo sia stato deciso dalla Corte d'Appello, la successiva modifica/revoca sarà consentita solo previa allegazione di nuovi elementi di fatto o di diritto.

³⁰⁰ Affermano che il potere di revoca/modifica dei provvedimenti presidenziali da parte del giudice istruttore sarebbe condizionato al sopravvenire di nuove circostanze, Trib. Reggio Emilia, 6 settembre 2012, in *Giur.It.*, 2013, 1635; Trib. Roma, 13 luglio 2011, in *Giur.Merito*, 2012, 880; Trib. Busto Arsizio, 17 novembre 2010, *ivi*, 2011, 714; Trib. Pisa, 3 marzo 2010, in *Foro It.*, 2010, I, 2199; Trib. Pistoia, 7 gennaio 2010, *ibid.*; Trib. Pisa, 14 febbraio 2007, in *Dir.Fam.*, 2007, 1228; Trib. La Spezia, 25 novembre 2006, in *affidamentocondiviso.it*; Trib. Velletri, 29 settembre 2006, *ivi*, 2007, 707, con nota di D'IPPOLITO, cit.; Trib. Trani 28 aprile 2006, in *Foro It.*, 2006, I, 2213, con nota di

vivere l'inciso che condizionava il potere di revoca-modifica al sopravvenire di nuove circostanze³⁰¹.

Questo essendo il complesso quadro normativo e i diversi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, assai arduo è il compito dell'interprete che si trovi a confrontarsi con le norme di riferimento in una articolata materia come quella del processo familiare.

4.5. Conclusioni in margine alla natura dei provvedimenti “temporanei e urgenti”.

Tempo è venuto di prendere posizione in merito alla dibattuta questione della natura dei provvedimenti presidenziali, pur nella consapevolezza che entrambe le tesi propuginate in dottrina - quella che li riconduce nell'alveo della tutela cautelare e quella che li inquadra tra i provvedimenti interinali-anticipatori, di carattere non cautelare – appaiono parimenti sostenibili, giacché gli argomenti che militano in favore dell'una o dell'altra tesi sono tutti meritevoli di pregio.

La difficoltà di ascrivere i provvedimenti presidenziali ad una piuttosto che all'altra categoria discende dal fatto che non esistono criteri sicuri per ammettere o negare la natura cautelare di un determinato provvedimento, stante l'incertezza che continua a regnare intorno alla stessa nozione di misura “cautelare”; una nozione che, come è stato rettamente osservato, è postulata dal legislatore ma “è *ben lungi dall'essere definitivamente stabilita e pacificamente recepita*”³⁰².

Tuttavia, nonostante le segnalate difficoltà di inquadramento sistematico, la tesi che ascrive i provvedimenti “temporanei ed urgenti” al *genus* delle misure cautelari non persuade.

CEA, *La nuova torre di Babele*, cit.; *contra*, v. Trib. Arezzo, 3 febbraio 2009, in *www.dejure.it*; App. Firenze, 12 settembre 2007, *ivi*; Trib. Modena, 5 ottobre 2006, in *Giur.Merito*, 2007, 1949.

³⁰¹ Invero, già in precedenza taluno riteneva estensibile l'art. 4, comma 8, l. div. – che prevedeva il potere di libera modifica e revoca dei provvedimenti presidenziali da parte del giudice istruttore - anche alla separazione. Sul regime previgente e su tali problematiche si rinvia a DANOVÌ, *Principio della domanda e ultrapetizione nei giudizi di separazione*, in *Riv.Dir.Proc.*, 1998, 755 ss.

³⁰² Così TOMMASEO, *Variazioni sulla clausola di compatibilità*, cit., 712; simile conclusione è resa ancor più attuale dalle riforme legislative degli anni 2005-2009, che hanno profondamente modificato la disciplina cautelare uniforme.

Queste, in sintesi, le argomentazioni su cui fanno leva dottrina e giurisprudenza per affermare la sussumibilità dei provvedimenti presidenziali nell'ambito della tutela cautelare:

- a) siffatti provvedimenti svolgono la funzione di porre al riparo i coniugi ed i figli “*dai pregiudizi che possono loro derivare dal conflitto coniugale*”³⁰³; gli interessi in gioco, che hanno una palese dimensione pubblicistica, hanno indotto il legislatore a compiere *a priori* un'astratta valutazione dell'esistenza di quel *periculum in mora* che è condizione d'accesso alle forme ordinarie della tutela cautelare³⁰⁴;
- b) la possibilità di un'adozione d'ufficio dei provvedimenti ex art. 708 c.p.c. non è elemento di discriminazione, sia perché ciò è vero per quelli relativi ai figli, ma non per quanto riguarda i rapporti tra coniugi, sia perché, in linea di principio, anche provvedimenti cautelari possono, se del caso, essere adottati d'ufficio, come nell'ipotesi di cui all'art. 146, comma 3, l.f. (ora abrogato)³⁰⁵;
- c) è venuto meno il principale elemento di differenziazione tra provvedimenti “temporanei ed urgenti” e provvedimenti cautelari, giacché anche questi ultimi fruiscono ora di un regime di

³⁰³ Così TOMMASEO, *Garanzia del reclamo e ordinanze interinali*, cit., 376.

³⁰⁴ V. ancora TOMMASEO, *op.ult.cit.*, 377; cfr. altresì IACOBONI, *op.cit.*, 1260, per il quale la struttura sommaria del procedimento, per quanto semplificata, è pienamente consentanea alla funzione cautelare, che si esplica nella presa d'atto del *fumus*, consistente nell'esistenza della crisi coniugale. La peculiarità del procedimento – prosegue l'A. – sta nel fatto che, diversamente dalle tipologie ordinarie della tutela cautelare, la ricognizione del *fumus* attinge materia a un presupposto tipizzato dalla stessa norma; a sua volta tipizzato sarebbe l'ulteriore requisito del *periculum*, che risiede non tanto nel rischio di infruttuosità della tutela di merito, quanto nel rischio derivante dalla tardività di tale tutela.

³⁰⁵ In questi termini, v. GAZZONI, *Il mugnaio di Federico II*, cit., 1213. Per TOMMASEO, *Garanzia del reclamo e ordinanze interinali*, cit., 376, “*Gli interessi in gioco che, per la loro rilevanza, hanno una palese dimensione pubblicistica, hanno indotto il legislatore a deviare dalle regole che disciplinano la tutela cautelare e di consentire alle parti l'accesso alla tutela interinale sul presupposto della sua oggettiva necessità, in base cioè a un'astratta valutazione compiuta a priori dell'esistenza di quel periculum in mora che è condizione d'accesso alle forme ordinarie della tutela cautelare. La crisi dei rapporti coniugali è quindi di per se stessa condizione necessaria e sufficiente per dare al giudice il potere officioso di pronunciare quei “provvedimenti temporanei e urgenti” nell'interesse dei coniugi e dei figli che adempiono a una funzione palesemente cautelare*”.

ultrattività e di una strumentalità “attenuata” rispetto al giudizio di merito³⁰⁶.

Ora, l’ordinanza presidenziale (al pari di quella assunta dal giudice istruttore) ha certamente carattere sommario, provvisorio ed anticipatorio, di guisa che l’accostamento alle misure cautelari può apparire spontaneo. Tuttavia, le argomentazioni poc’anzi sintetizzate, seppur pregevoli, non appaiono dirimenti. Esaminiamo nel dettaglio le singole ragioni addotte a sostegno della natura cautelare dei provvedimenti presidenziali.

L’ordinanza ex art. 708 c.p.c., al pari delle misure cautelari, si fonderebbe su una cognizione sommaria, imperniata sul *fumus boni iuris* e sul *periculum in mora*, entrambi tipizzati dal legislatore. In particolare, i provvedimenti presidenziali, come ogni altra manifestazione della tutela cautelare, sarebbero diretti a regolare la vita dei coniugi e della prole, affinché gli stessi non subiscano un pregiudizio ai propri diritti durante il corso del processo³⁰⁷.

L’argomentazione non pare a perfetta tenuta. A ben vedere, infatti, i provvedimenti presidenziali possono essere pronunciati anche in assenza del *periculum*, sul semplice presupposto della pendenza di un processo di separazione o divorzio attestante l’esistenza di una crisi della famiglia³⁰⁸. Il Presidente, infatti, non è chiamato a verificare la sussistenza di un *periculum*, ma è tenuto in ogni caso a pronunciare i “provvedimenti temporanei ed urgenti”, fornendo una regolamentazione provvisoria ai rapporti (patrimoniali e personali) tra i coniugi e tra questi ed i figli, conseguente alla nuova situazione di fatto derivante dalla crisi familiare.

La pronuncia dei provvedimenti presidenziali non sottende sempre una situazione di urgenza (la decisione sull’affidamento della prole, per

³⁰⁶ Osserva GAZZONI, *op.ult.cit.*, 1214, che l’attribuzione alle parti della mera facoltà di iniziare il processo ordinario incide sul nesso di strumentalità (attenuandolo) soprattutto sul piano funzionale, svincolando il provvedimento cautelare dal principale; non diversamente, le parti possono fare acquiescenza ai provvedimenti presidenziali, sorretti, sul piano della vincolatività, dall’art. 189 disp.att.c.p.c.

³⁰⁷ Cfr. VULLO, *Provvedimenti d’urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., 491-492.

³⁰⁸ In questo senso v. SALETTI-VANZ, *op.cit.*, 73; SALETTI, *L’ambito di applicazione della disciplina cautelare uniforme*, cit., 655; conf. FASCIANO, *op.cit.*, 1638; VALITUTTI, *op.cit.*, 357; COSTANTINO, *Commento all’art. 669 quaterdecies*, cit., 420.

esempio, può essere il frutto di una attenta valutazione conseguente ad un'attività istruttoria, come l'esperimento di una consulenza tecnica d'ufficio o l'intervento dei Servizi Sociali competenti), ma mira a regolare, in ogni caso e cioè anche in assenza di esigenze strettamente cautelari, l'assetto della famiglia sino alla pronuncia definitiva, anticipando lo statuto della separazione (o del divorzio) e le relative statuizioni accessorie.

La *ratio* dell'ordinanza presidenziale non è quella di scongiurare il rischio di infruttuosità pratica della decisione finale o di tardività della tutela, intrinsecamente connessa alla dissoluzione del nucleo familiare; si tratta, invero, di un atto dovuto, emesso in un delicato settore connotato da marcati aspetti pubblicistici e diretto "*ad adeguare la disciplina all'evolversi dei bisogni dei soggetti destinatari dell'intervento giurisdizionale*"³⁰⁹. L'ordinanza prescinde, dunque, dalla sussistenza del *periculum in mora* e dall'esigenza di preservare il risultato finale dell'azione³¹⁰ e tende, per contro, a comporre il conflitto familiare attraverso misure tipicizzate nel contenuto e nei presupposti.

Ebbene, se è vero che la concessione di una misura cautelare non può prescindere dalla sussistenza del *periculum* "*che della tutela cautelare è indefettibile presupposto*"³¹¹, non può che concludersi nel senso della collocabilità dell'ordinanza presidenziale al di fuori dell'ambito cautelare. A conclusioni non dissimili si perviene considerando il principio di ufficiosità che regge le statuizioni presidenziali. Non può, infatti, sottacersi che l'adozione *ex officio* dell'ordinanza presidenziale rappresenta una palese deviazione rispetto alla struttura delle misure cautelari, le quali, come noto, lungi dal poter essere emesse d'ufficio, sono contraddistinte dalla necessità della domanda di parte.

La domanda introduttiva della separazione può anche non contenere alcuna menzione alla richiesta di provvedimenti temporanei ed urgenti, e ciò anche in virtù del fatto che il *thema decidendum* verrà

³⁰⁹ In questi termini v. GATTO, *Regime di stabilità dei provvedimenti interinali*, cit.

³¹⁰ Così ARCERI, *La Corte Costituzionale sui discussi limiti al reclamo contro i provvedimenti interinali*, cit.

³¹¹ Sono parole di COREA, *Autonomia funzionale della tutela cautelare anticipatoria*, in *Riv.Dir.Proc.*, 2006, 1251 ss.

compiutamente delineato solo in un momento successivo, nel termine cioè che il presidente assegnerà, a norma dell'art. 709 c.p.c., al ricorrente ed al convenuto per il deposito rispettivamente della memoria integrativa e della comparsa di risposta; per converso, i provvedimenti cautelari sono sempre informati al principio della domanda, che irradia l'intero sistema processuale civile e che caratterizza altresì il passaggio al successivo (ed eventuale, nel caso di provvedimenti cautelari anticipatori) giudizio di merito³¹².

L'argomento mi pare così dirimente da non poter essere superato richiamando *sic et simpliciter* l'unico caso – a quanto mi consta - in cui è (*rectius*: era) consentita la pronuncia di provvedimenti cautelari d'ufficio, il quale dimostra semmai che, laddove il legislatore ha inteso attribuire poteri ufficiosi *stricto sensu* cautelari in materie connotate da forti elementi pubblicistici, lo ha fatto espressamente. Peraltro, l'ipotesi di cui all'art. 146, comma 3 l.f., che prevedeva la possibilità per il giudice delegato di disporre le “opportune misure cautelari” - previsione che aveva sollevato non pochi problemi di compatibilità con il rito cautelare uniforme³¹³ - è stata soppressa ad opera del d.lgs. 5/2006, di talché il richiamo a simile fattispecie appare ormai pleonastico.

Di poi, va rilevato che la disciplina normativa prevede, non solo l'adozione d'ufficio dell'ordinanza presidenziale, ma financo poteri istruttori e sostanziali in capo al Presidente del Tribunale ed al giudice istruttore, sconosciuti al giudice cautelare; il che conduce a ritenere che, nel persistente silenzio serbato dal legislatore, vi siano plurimi elementi che ostano alla cautelarietà dei provvedimenti in esame.

E' bensì vero che la legge n. 80/2005, nell'allentare il vincolo di strumentalità con il giudizio di merito e nel generalizzare l'ultrattività delle misure cautelari anticipatorie, sembra aver rimosso il principale ostacolo che si frapponeva al riconoscimento della natura cautelare

³¹² In questo si coglie un'ulteriore differenza rispetto ai provvedimenti cautelari, in quanto, nella separazione, il passaggio dalla fase presidenziale al giudizio ordinario innanzi al giudice istruttore è automatico ed avviene senza soluzione di continuità, mentre il passaggio dalla fase cautelare all'eventuale giudizio di merito scaturisce sempre da un impulso di parte. V., in tal senso, PROTO, *op.cit.*, 1551.

³¹³ Sui problemi che aveva sollevato il vecchio art. 146, terzo comma l.f. si rinvia a SALETTI, *L'ambito di applicazione della disciplina cautelare uniforme*, 2^a ediz., cit., 548 ss.

dell'ordinanza presidenziale; e tuttavia, non può trascurarsi che tale tratto distintivo appartiene solo alle misure cautelari "anticipatorie" e non già a quelle di carattere conservativo (rispetto alle quali la disciplina è rimasta immutata) e, in ogni caso, permangono tuttora profonde differenze che non consentono una piena equiparazione tra i provvedimenti in esame.

Si consideri, infatti, che all'assenza del requisito del *periculum* e all'immanente officiosità della pronuncia, si aggiunge la carenza di strumentalità dell'ordinanza presidenziale rispetto al giudizio di separazione o divorzio, a dispetto dei provvedimenti cautelari, nei quali il nesso di strumentalità, sebbene talvolta attenuato, è tuttora presente³¹⁴. L'ordinanza presidenziale non si pone in rapporto di strumentalità in senso stretto con la pronuncia definitiva, in quanto non mira tanto a preservare l'effetto tipico della sentenza di separazione o divorzio (la modifica dello *status* di coniuge), quanto a regolamentare provvisoriamente l'impianto familiare, anticipando potenzialmente (ma non necessariamente) le statuizioni che saranno oggetto della pronuncia definitiva³¹⁵. Il difetto di strumentalità, come è stato correttamente

³¹⁴ Osserva COREA, *op.loc.ult.cit.*, che il nesso di strumentalità si può ancora cogliere, soprattutto, ove lo si consideri quale indispensabile parametro per la valutazione dell'ammissibilità e per la determinazione del contenuto della misura cautelare, alla luce dei possibili effetti della sentenza di merito. Il rapporto di strumentalità non si riduce all'onere dell'instaurazione del giudizio di merito, ma si manifesta anche nel procedimento di formazione del convincimento del giudice dal punto di vista della qualità della cognizione che egli è chiamato a svolgere, dovendosi operare una valutazione prognostica non solo sulla verosimiglianza del diritto affermato (in rapporto all'azione enunciata: *fumus boni iuris*) ma anche sul tipo di provvedimento che all'esito del giudizio di merito potrà essere pronunciato e sui suoi effetti.

³¹⁵ Cfr. CARRATTA, *Procedimento cautelare uniforme*, cit., 109, il quale osserva: "*ci pare si possa concludere che, a proposito delle ordinanze dell'art. 708, 3° co., c.p.c., [...] sia preferibile parlare (non di provvedimenti cautelari o genericamente di provvedimenti interinali, ma) di provvedimenti volontari interinali a contenuto (eventualmente) anticipatorio, da tenere nettamente distinti dai provvedimenti anticipatori in senso proprio. Nel caso dell'art. 708, 3° co., c.p.c., e dell'art. 4, 8° co., l.div., infatti, ci troviamo in presenza di misure emesse dal presidente del tribunale a seguito di un sub-procedimento collegato con un procedimento contenzioso principale (il giudizio di separazione o di divorzio); misure distinte da quest'ultimo e tuttavia incidenti sulla medesima situazione giuridica sostanziale, le quali producono effetti provvisori di salvaguardia degli interessi coinvolti (dei coniugi e della prole) durante il periodo necessario per la pronuncia della sentenza di separazione o di divorzio e possono – ma solo eventualmente ed occasionalmente – rivelarsi anticipatori del contenuto di quest'ultima.*"

rilevato³¹⁶, si rinviene nella necessarietà dei provvedimenti temporanei ed urgenti, ovverosia nell'obbligo della loro adozione all'esito infruttuoso del tentativo di conciliazione, a prescindere ed indipendentemente dalle richieste delle parti.

I provvedimenti presidenziali devono essere emessi, non già in funzione della situazione che verrà a determinarsi al momento della sentenza, bensì in relazione alle esigenze attuali dei coniugi e della prole, esigenze, anzi, che possono avere carattere meramente interinale e non sussistere più al momento della sentenza definitiva; tipico esempio è quello del sopraggiungere in corso di causa della maggiore età del figlio o del raggiungimento della sua indipendenza economica.

Un ulteriore elemento di disomogeneità tra i provvedimenti in oggetto è rappresentato dal regime di stabilità; a differenza delle misure cautelari anticipatorie, idonee a regolamentare in modo permanente la situazione sino a quando non saranno oggetto di un eventuale giudizio di merito, salvo che nel frattempo non si sia consolidata definitivamente la situazione sostanziale per effetto di usucapione o prescrizione del diritto (ipotesi, questa, non configurabile con riferimento ai provvedimenti presidenziali³¹⁷), l'ordinanza presidenziale, a norma dell'art. 189 disp.att.c.p.c., in caso di estinzione del giudizio, conserva la sua efficacia sino a quando non venga "riposta" la causa di separazione personale dei coniugi.

Del pari, differente è il regime di revocabilità e modificabilità cui soggiace l'ordinanza presidenziale, la quale può sempre essere revocata o modificata a prescindere dalla sopravvenienza di nuove circostanze o dall'allegazione di fatti anteriori conosciuti successivamente al provvedimento; l'ampio potere del giudice istruttore di modificare o revocare, con iniziativa anche officiosa, l'ordinanza presidenziale (salvi i limiti derivanti dalla precedente proposizione del

³¹⁶ PROTO, *Fase presidenziale nel giudizio di separazione*, cit., 1542, nota 12); l'A. nega la natura cautelare dei provvedimenti presidenziali e li inquadra nella categoria, enucleata da PROTO PISANI, dei provvedimenti sommari-semplificati-esecutivi

³¹⁷ Cfr. SALETTI, *Il processo cautelare, oggi*, cit., spec. nota 39).

reclamo³¹⁸) non trova riscontro in ambito cautelare e induce, ancora una volta, a negare la riconducibilità del provvedimento allo schema cautelare.

Va, infine, aggiunto che la scelta del legislatore di non introdurre il reclamo cautelare avverso l'ordinanza presidenziale – nonostante fosse stato da più parti invocato – ma di prevedere uno strumento impugnatorio speciale, fortemente affine a quello camerale³¹⁹, avvalorava ulteriormente la tesi qui propugnata; come è stato rilevato da più parti³²⁰, infatti, l'aver optato per una forma di controllo del tutto eccezionale, estranea alla tutela cautelare, induce a ritenere che il legislatore abbia implicitamente preso posizione a favore della natura non cautelare dell'ordinanza in parola.

Né può ritenersi semplicemente che l'ordinanza svolga una funzione *lato sensu* cautelare, posto che, come è stato esattamente rilevato, o si riesce a ricavare la funzione e la struttura cautelare dei provvedimenti dalla disciplina che il legislatore ha riservato loro, oppure, se ciò non sia possibile, “è difficile sorvolare sulle puntuali indicazioni legislative semplicemente adducendo una – peraltro presunta – funzione lato

³¹⁸ In proposito si rinvia alle conclusioni cui perviene DANOVI, *Reclamo, revoca e modifica dei provvedimenti sommari*, cit., 227-228.

³¹⁹ La dottrina maggioritaria ritiene che il reclamo di cui all'art. 708, ultimo comma c.p.c. sia collocabile nel quadro della tutela camerale; in tal senso, v. SALETTI, *Il processo cautelare, oggi*, cit.; ID., *L'ambito di applicazione della disciplina cautelare uniforme*, cit., 656; SALETTI-VANZ, *op.cit.*, 731; ZINGALES, *Riflessioni sulla reclamabilità delle ordinanze ex art. 709, comma 4, c.p.c.*, cit.; LUPOI, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, cit., 1086.

Non mancano, tuttavia, autori che ascrivono il reclamo di cui al citato art. 708 c.p.c. al modello del reclamo cautelare; in proposito v. VULLO, *Procedimenti in materia di famiglia e di stato delle persone*, cit., I, 166 ss., cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

Per DANOVI, *Reclamo, revoca e modifica dei provvedimenti sommari*, cit., 215, il rimedio prescelto dal legislatore costituisce una nuova figura, specifica e autonoma forma di controllo per i provvedimenti resi nella separazione e nel divorzio. Le peculiari caratteristiche dell'ordinanza presidenziale – precisa l'A. – e la sua natura *sui generis*, unite al fatto che la nuova disciplina non ricalca quella dell'art. 669-terdecies c.p.c., inducono a negare una sua assimilazione al reclamo cautelare; né appare del tutto corretta la sussunzione nell'ambito del reclamo camerale di cui all'art. 739 c.p.c., rappresentando quest'ultimo un segmento di un procedimento unico, chiamato a incidere su un provvedimento che, in sua assenza, è idoneo a definire il procedimento.

³²⁰ Per tali rilievi v. ZINGALES, *op.loc.ult.cit.*; LUPOI, *op.loc.ult.cit.*; CARRATTA, *Procedimento cautelare uniforme*, cit., 106; GATTO, *op.ult.cit.*

In giurisprudenza, v. Trib. Milano, 13 giugno 2013, in *ilcaso.it*; Trib. Reggio Emilia, 6 settembre 2012, cit.; Id., 6 novembre 2006, cit.

sensu *cautelare*³²¹. Sebbene il principio costituzionale del giusto processo e dell'effettività della tutela imponga un'nozione più elastica del termine *cautelare*³²², ancor oggi appare preferibile ritenere che sia le caratteristiche funzionali, sia quelle strutturali debbano essere entrambe contemporaneamente presenti affinché, nella vasta gamma di misure sommarie o provvisorie, un provvedimento possa essere effettivamente ascritto alla tutela cautelare.

5. Provvedimenti “temporanei ed urgenti” e rito cautelare uniforme.

Chiarito come i provvedimenti presidenziali non possano essere ricondotti al paradigma cautelare, si può ora trarre una prima considerazione: se si vuole individuare il regime processuale applicabile, si deve cercare al di fuori della disciplina cautelare generale³²³. Come noto, infatti, il problema dell'estensibilità del rito cautelare uniforme a provvedimenti collocati nel codice di rito³²⁴ investe un duplice profilo: quello del riconoscimento della natura “cautelare” e, risolta

³²¹ In questi esatti termini, v. CARRATTA, *op.ult.cit.*, 107.

³²² Così anche GAZZONI, *Il mugnaio di Federico II*, cit., 1215, il quale, tuttavia, giunge ad attribuire natura cautelare ai provvedimenti presidenziali.

³²³ Escludono espressamente l'applicazione, diretta o analogica, della disciplina cautelare generale alle ordinanze presidenziali ZINGALES, *op.ult.cit.*; CARRATTA, *op.ult.cit.*, 99; OLIVIERI, *I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile*, cit., 731; CIVININI, *Provvedimenti cautelari e rapporti patrimoniali tra coniugi in crisi*, cit., 377, la quale tuttavia ammette un'applicazione analogica degli artt. 669 *novies* e 669 *duodecies* c.p.c.; *contra*, TOMMASEO, *Garanzia del reclamo e ordinanze interinali*, cit., 377; CIPRIANI, *Processi di separazione e divorzio*, cit., 143; ANNUNZIATA, *Il processo nel diritto di famiglia*, cit., 101 ss.; IACOBONI, *op.cit.*, 1262 ss., per il quale deve escludersi senz'altro un'applicazione in blocco delle disposizioni del procedimento cautelare uniforme, mentre potrebbe ipotizzarsi un'applicazione di singole norme del rito uniforme. L'A. finisce per ammettere una limitata estensione analogica degli artt. 669 *novies* e 669 *duodecies* c.p.c., oltre all'applicazione del reclamo cautelare avverso le ordinanze del giudice istruttore.

³²⁴ Si ritiene ormai superata la questione dell'applicabilità del rito cautelare uniforme anche a provvedimenti collocati nel codice di procedura civile; la lettera dell'art. 669 *quaterdecies* c.p.c. aveva, infatti, legittimato dubbi sull'estensibilità delle norme anche a provvedimenti cautelari previsti nel codice di rito, stante il richiamo alle sole misure contenute nel codice civile o in leggi speciali. E' ormai pacifico che il regime cautelare uniforme possa trovare applicazione anche con riferimento a misure cautelari contemplate nel codice di rito. In argomento v. SALVANESCHI, *Provvedimenti presidenziali nell'interesse dei coniugi e della prole*, cit., 1064, la quale osserva che nessuna ragione giustificativa avrebbe una esclusione basata sulla sola localizzazione di una misura cautelare nell'uno o nell'altro codice o in singole leggi speciali. Cfr. altresì SALETTI, *Appunti sulla nuova disciplina delle misure cautelari*, cit., 357-358, per il quale sarebbe “paradossale che un regime, destinato a valere in generale per le misure cautelari, finisca per non operare con riguardo ad alcune di esse, contenute proprio nel codice di rito”. In senso contrario, v. tuttavia OLIVIERI, *op.loc.ult.cit.*

affermativamente la prima questione, quello della compatibilità tra le singole disposizioni e la disciplina della misura cautelare speciale³²⁵.

Ora, al cospetto di un provvedimento al quale si è ritenuto di attribuire natura non cautelare, non sembrano legittimi quei tentativi di applicazione, diretta o analogica, di singole norme del rito cautelare uniforme, i quali postulano l'esistenza di un provvedimento qualificabile come "cautelare". La disciplina positiva approntata dal legislatore in materia di separazione e divorzio appare già completa e idonea di per sé a regolare compiutamente i profili processuali dell'ordinanza presidenziale, di guisa che deve escludersi un'astratta vocazione della medesima ad essere integrata dalle norme del rito cautelare uniforme.

Allo stesso modo, non mi pare si possa pervenire a risultati diversi aderendo all'orientamento secondo cui l'attribuzione ad un provvedimento di natura diversa da quella cautelare non esclude, di per sé, l'applicazione analogica di alcune norme del rito uniforme³²⁶; e ciò per l'assorbente ragione che, rispetto ai giudizi di separazione e divorzio, le singole norme del processo cautelare non superano il filtro di compatibilità previsto dall'art. 669 *quaterdecies* c.p.c.

E' pur vero, infatti, che il rito cautelare uniforme ha introdotto quel "livello minimo di garanzia", valevole per tutti i procedimenti, cautelari in senso stretto ma anche sommari³²⁷, che consente di colmare eventuali lacune riscontrabili in procedimenti cautelari in senso tecnico o che comunque assolvano ad una funzione cautelare; la clausola di compatibilità di cui all'art. 669 *quaterdecies* c.p.c. funge, tuttavia, da filtro e, nel caso che ci occupa, impedisce l'applicazione analogica delle singole norme del

³²⁵ V. per tutti, MERLIN, *Reclamo cautelare e provvedimenti urgenti*, cit., 551, con riferimento al provvedimento ex art. 336 c.c.

³²⁶ Cfr. TOMMASEO, *Variazioni sulla clausola di compatibilità*, cit., 712; cfr. altresì SALVANESCHI, *op.ult.cit.*, 1065-1066; COSTANTINO, *Commento all'art. 669 quaterdecies*, cit., 404-405, il quale rileva che gli artt. 669 *bis* – 669 *terdecies* c.p.c. contengono i principi generali dell'ordinamento ai quali occorre riferimento per colmare eventuali lacune. Conclude dunque l'A.: "Non può, quindi, escludersi a priori la necessità di far riferimento a queste disposizioni anche per colmare eventuali lacune della disciplina di procedimenti sommari non cautelari".

³²⁷ V. MARTINELLI, *Alcune questioni sull'ambito di applicazione*, cit., 171-177, per il quale ai provvedimenti presidenziali potrebbero applicarsi – se compatibili – le norme del procedimento cautelare uniforme che regolano gli aspetti funzionali del procedimento: contraddittorio, obbligo di motivazione, posizione delle parti nell'esercizio dei relativi diritti.

processo cautelare in quanto incompatibili con la specialità dei procedimenti in esame³²⁸.

Del resto, anche coloro che riconducono i provvedimenti presidenziali nell'alveo della tutela cautelare, tendono a respingere l'applicazione analogica di singole norme del processo cautelare all'ordinanza *de qua*; in particolare, la studiosa³²⁹ che più di altri ha affrontato il tema della compatibilità tra la disciplina dei provvedimenti presidenziali e le norme di cui agli artt. 669 *bis* ss. c.p.c., pur muovendo dalla natura cautelare dell'ordinanza, è giunta ad ammettere solo una limitata compatibilità del rito cautelare con la specialità propria di tali provvedimenti, escludendo, per ciò che qui rileva, l'applicazione degli artt. 669 *sexies* e 669 *octies* c.p.c.

Osserva l'Autrice che le caratteristiche dei provvedimenti presidenziali “e la loro correlazione con esigenze specifiche proprie dei procedimenti di separazione e divorzio, funzionali alla natura particolare dei diritti che sono coinvolti, paiono infatti incompatibili con la struttura del nuovo rito cautelare ed anche con quasi tutte le sue norme”³³⁰.

Deve, infatti, convenirsi che, essendo già compiutamente regolati i profili dell'ordinanza presidenziale³³¹ – la proposizione della domanda introduttiva, la competenza, il regime di revoca/modifica, la reclamabilità ed il regime di stabilità – peraltro in modo assai differente rispetto al processo cautelare uniforme, non vi sono ragioni per invocare l'applicazione “in quanto compatibile” degli artt. 669 *bis* ss.³³².

³²⁸ In argomento v. altresì PROTO, *op.cit.*, 1551, il quale nega il ricorso all'analogia, sia perché trattasi di disposizioni speciali *ex art. 14* Preleggi, sia perché l'art. 669 *quaterdecies* c.p.c. non contempla nel suo ambito di applicazione i procedimenti in materia di separazione personale dei coniugi e sia perché trattasi di procedimenti entrambi speciali.

³²⁹ Cfr. ancora SALVANESCHI, *op.ult.cit.*, 1070 ss.

³³⁰ SALVANESCHI, *op.ult.cit.*, 1075.

³³¹ Salva la pronuncia *inaudita altera parte* o *ante causam*, su cui *infra* § 6.1.

³³² In questi termini v. altresì, ancorché prima delle riforme del 2005-2006, COSTANTINO, *op.ult.cit.*, 420. Non contrasta con tali conclusioni il fatto che, a seguito dell'introduzione del reclamo avverso l'ordinanza presidenziale, sia stato sollevato il dubbio sull'eventuale applicazione del reclamo cautelare *ex art. 669 terdecies* c.p.c. avverso l'ordinanza assunta dal giudice istruttore; invero, si ritiene che oggi, a maggior ragione, debba escludersi un'estensione analogica di tale normativa, essendo possibile rinvenire nelle maglie del sistema un rimedio (il reclamo di cui all'art. 708, quarto comma c.p.c.) applicabile analogicamente, per evidenti ragioni di simmetria tra le due ordinanze.

Dunque, anche sotto tale angolo visuale, mi pare che non sia scalfita la conclusione dianzi esposta circa la non assoggettabilità dell'ordinanza presidenziale alla disciplina del rito cautelare uniforme. Simili conclusioni, come si vedrà a breve, importano rilevanti ricadute sul problema che si intende in questa sede analizzare.

6. Provvedimenti presidenziali e tutela d'urgenza.

Venendo alla questione specifica oggetto della presente indagine, è ora possibile esaminare più da vicino il rapporto tra i provvedimenti presidenziali e la misura cautelare atipica. Le conclusioni cui si è appena giunti sulla natura non cautelare dell'ordinanza presidenziale potrebbero, in linea teorica, legittimare l'utilizzo del provvedimento d'urgenza nel corso di un giudizio di separazione o divorzio, in assenza di altri strumenti cautelari idonei a fornire analoga tutela; tale prospettiva non appare, tuttavia, convincente, laddove si consideri che anche l'esistenza di altri provvedimenti sommari, non cautelari, può ostare all'applicabilità della tutela d'urgenza.

Opinare in tal senso significherebbe, infatti, non tener conto dei risultati cui è pervenuta l'elaborazione dottrinale *in subiecta materia*; invero, come accennato *supra*³³³, in dottrina si è ormai giunti a negare l'ammissibilità del provvedimento d'urgenza ogniqualvolta una misura sommaria non cautelare sia idonea a rimuovere senza ritardo le cause del paventato *periculum*.

Così come la previsione di misure cautelari non è di per sé ostativa all'ammissibilità della tutela d'urgenza, diversi essendo i tipi di pregiudizio che le misure tendono a rimuovere, parimenti la sussistenza di un provvedimento sommario, ma privo di carattere cautelare in senso stretto, non legittima *ex se* il ricorso alla tutela cautelare innominata. Occorre, infatti, valutare caso per caso la compatibilità tra la misura sommaria non cautelare ed il provvedimento d'urgenza.

Dunque, la delicata questione dell'ammissibilità del provvedimento atipico va affrontata, non in astratto, bensì soprattutto in concreto,

³³³ Sul punto si rinvia a quanto argomentato al capitolo 1, § 4.

valutando l'eventuale carenza di interesse ad agire in via d'urgenza con riferimento alle specifiche esigenze di tutela sottese alla materia familiare.

La giurisprudenza si è mostrata sinora poco incline ad ammettere il ricorso ex art. 700 c.p.c. in pendenza di un giudizio di separazione o divorzio, e ciò proprio sulla scorta del principio di sussidiarietà della tutela atipica, principio che escluderebbe la possibilità di far ricorso al provvedimento d'urgenza in presenza di una misura sommaria – l'ordinanza presidenziale – già idonea di per sé a fornire un'efficace e rapida tutela esecutiva in grado di rimuovere il temuto pericolo³³⁴.

Non sono mancate, tuttavia, pronunce di segno contrario³³⁵, che hanno ammesso la tutela cautelare atipica in corso di causa invocando il principio di effettività della tutela giurisdizionale.

³³⁴ In questo senso v. Trib. Milano, 17 aprile 2013, in *www.ilcaso.it*; Trib. Milano, 19 luglio 2011, inedita; Trib. Trani, sez. Andria, 7 novembre 2008, in *Fam.Dir.*, 2009, 267, con nota critica di VULLO, *Giudizi di separazione e divorzio e provvedimenti d'urgenza*; Trib. Alessandria, 16 agosto 2007, in *Rep.Foro It.*, 2009, voce "Separazione di coniugi", n. 154; Trib. Modena, 27 gennaio 2005, in *Corr. Merito*, 2005, 510; Trib. Roma, 9 febbraio 2004, in *Gius.*, 2004, 1024; Trib. Marsala, 25 novembre 2004, in *Giur. Merito*, 2005, 804; Trib. Palmi, 7 maggio 2001, in *Dir.Fam.*, 2003, 408, con nota di GAGLIOTI, *Note in tema di coercibilità degli accordi di vita coniugale a favore dei figli*; Trib. Napoli, 29 dicembre 2000, in *Giur.It.*, 2001, 931 e in *Dir.Giur.*, 2002, 425 ss., con nota di IANNELLI, *Provvedimenti "temporanei e urgenti" ex art. 708 c.p.c. e provvedimenti d'urgenza: spunti di riflessione*; Trib. Napoli, 16 novembre 2000, in *Giur.Nap.*, 2001, 274; Trib. Firenze, 11 dicembre 1999, in *Foro Tosc.*, 2000, 22, con nota di FORTINI, *Ancora sulla forma del provvedimento di rigetto di un'istanza cautelare e sull'ammissibilità della tutela d'urgenza nel procedimento di separazione coniugale*; Trib. Taranto, 8 marzo 1999, in *Fam.Dir.*, 1999, 376, con nota di CARRATTA, *Provvedimenti presidenziali "nell'interesse dei coniugi e della prole" ex art. 708 c.p.c. e tutela d'urgenza*; Trib. Arezzo, 11 giugno 1997, in *Foro It.*, 1998, I, 2285, con osservazioni di CIPRIANI; Trib. Ferrara, 14 febbraio 1987, in *Foro Pad.*, 1989, I, 79; Pret. Milano, 14 settembre 1955, in *Giur.It.*, 1956, I, 2, 138, con nota critica di CELORIA, *Se i provvedimenti d'urgenza ex art. 700 codice di proc. civile siano applicabili prima e durante i procedimenti in materia di famiglia*.

³³⁵ Trib. Padova, 20 luglio 2009, in *Nuova giur.civ.comm.*, 2010, I, 169, con nota di RONCHESE, *Assegnazione della casa familiare e tutela cautelare atipica: centralità della persona e principio di sussidiarietà in concreto*; Trib. Bari, 14 ottobre 2007, in *www.www.dejure.it*; Trib. Napoli, 24 marzo 2005, in *Fam.Dir.*, 2005, 641, con nota di VULLO, *Sull'ammissibilità dei provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c. nel processo di separazione giudiziale dei coniugi*; App. Roma, 19 luglio 1994, in *Dir.Fam.*, 1995, 157; Pret. Cosenza, 11 dicembre 1991, in *Giur.It.*, 1992, I, 2, 496, con nota di ASTONE; Trib. Napoli, 9 novembre 1988, in *Dir.Giur.*, 1988, 700, con nota adesiva di COLELLA; Trib. Genova, 20 gennaio 1982, in *Dir.Fam.*, 1982, 1310 ss.; Trib. Genova 27 settembre 1973, in *Foro It.*, 1973, I, 3454; Pret. Torino, 30 novembre 1963, in *Giur.It.*, 1966, I, 2, 138, con nota critica di CALVOSA, *Limiti d'applicabilità dell'art. 700 cod. proc. civ. e irrevocabilità dei provvedimenti d'urgenza* e nota adesiva di MALCHIODI, *L'art. 700 c.p.c. e i rapporti fra i coniugi relativamente alla prole*.

La questione non è rimasta trascurata dalla dottrina, la quale ha parimenti fornito una significativa varietà di soluzioni interpretative al problema qui prospettato. Secondo una prima corrente di pensiero, il ricorso all'art. 700 c.p.c. sarebbe da escludere, in quanto il legislatore ha previsto 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”*³³⁶. La centralità dell'udienza presidenziale, la quale sola può portare ad un primo regolamento dell'assetto familiare, imporrebbe di escludere il ricorso alla tutela cautelare atipica, in quanto i provvedimenti presidenziali sarebbero emanati *“dopo la verifica dell'impossibilità di una riconciliazione dei coniugi e nel contesto di una visione unitaria della crisi matrimoniale e dei rapporti personali e patrimoniali della coppia”*³³⁷. Nondimeno, coloro che attribuiscono natura cautelare ai provvedimenti presidenziali, negano che si possano anticipare in via d'urgenza gli effetti di tali provvedimenti, non potendo trovare legittimo spazio il ricorso alla tutela d'urgenza *“laddove l'orientamento appresti appositi strumenti cautelari”*³³⁸. Nello stesso ordine di idee si muovono coloro che escludono la possibilità di invocare la tutela atipica nella materia *de qua*, facendo leva sulla specialità di una disciplina procedimentale che ruota intorno alle funzioni conciliative affidate al presidente del tribunale – di guisa che una tutela d'urgenza anteriore all'udienza presidenziale

³³⁶ In questi esatti termini, PROTO PISANI, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., 8; conf. CIVININI, *Provvedimenti cautelari e rapporti patrimoniali tra coniugi in crisi*, cit., 381.

³³⁷ Così ANNUNZIATA, *Profili processuali del diritto di famiglia*, cit., 20.

³³⁸ E' il pensiero di SALVANESCHI, *op.ult.cit.*, 1085; cfr. altresì CONTE, *Assegnazione della casa coniugale ed assenza di figli conviventi: un binomio inconciliabile*, in *Dir.Fam.*, 1998, 1091, in nota a Pret. (Mascalucia) Catania, 20 marzo 1998, per il quale appare assai discutibile l'utilizzo dei rimedi previsti dagli artt. 669 ss. e dall'art. 700 c.p.c., considerato che il legislatore prevede diversi strumenti per tutte le questioni sorte nel contesto di una separazione o di un divorzio; conf. GIUSTI, *Il diritto processuale della famiglia*, Torino, 2005, 1345, il quale sottolinea come la previsione di specifiche misure atte ad evitare che la parte debole del conflitto coniugale risenta di danni comporti l'inapplicabilità del particolare rimedio della tutela d'urgenza innominata; CEA, *Il problema del controllo dei provvedimenti*, cit., 624, afferma che, ammettendo il ricorso al provvedimento d'urgenza, si finisce per ignorare il requisito della residualità e sussidiarietà delle misure cautelari atipiche, la cui applicabilità, nel giudizio di separazione (nonché in quello di divorzio) è irrimediabilmente compromessa dalla previsione di provvedimenti sommarî tipici.

suonerebbe come stravolgimento della specialità del procedimento di separazione – nonché sui problemi sistematici cui darebbe luogo l'eventuale ammissione di una tutela innominata *ante causam* in relazione alla sorte del provvedimento adottato³³⁹.

Per contro, una parte della dottrina giunge ad ammettere, sia pur in stretti limiti temporali, la tutela cautelare atipica nei giudizi di separazione o divorzio; il principale sostenitore dell'anzidetta tesi è Vullo³⁴⁰, il quale, pur postulando la natura cautelare dell'ordinanza

³³⁹ E' la tesi sostenuta da IACOBONI, *op.cit.*, 1292, il quale, tuttavia, alla nota 149) precisa che il problema riguarda la tutela d'urgenza esperibile nell'ambito del giudizio di separazione e divorzio, e non quella esperibile anteriormente al giudizio, che in linea di principio non si può escludere, benché vi sia un ampio ventaglio di strumenti che nel loro complesso sono in grado di attenuare, se non scongiurare, il rischio di un *deficit* di tutela anteriormente alla comparizione dei coniugi dinanzi al presidente.

Similmente, v. CARRATTA, *Provvedimenti presidenziali*, cit., 382, il quale nega l'ammissibilità della tutela d'urgenza, in quanto si finirebbe così per consentire di fatto l'anticipazione con provvedimento d'urgenza di una misura di giurisdizione volontaria, eludendo in questo modo i limiti e le cautele che il legislatore pone all'intervento giudiziale d'urgenza in costanza del rapporto coniugale e prima del fallimento del tentativo di conciliazione; si frusterebbe inoltre la volontà del legislatore di subordinare la tutela in via temporanea e urgente al fallimento del tentativo di riconciliazione davanti il presidente del tribunale.

In forma dubitativa v. IANNELLI, *Provvedimenti "temporanei e urgenti" ex a. 708 c.p.c.*, cit., 435 ss., la quale, da un lato, applicando il "criterio del risultato", ammette in linea teorica il provvedimento d'urgenza, soprattutto laddove la necessità di provvedere sorga nelle more della celebrazione dell'udienza presidenziale; dall'altro, ritiene che esigenze di carattere pratico (evitare problemi di sovrapposizione tra provvedimenti) possano orientare in senso contrario.

³⁴⁰ L'Autore ha sostenuto con vigore la propria tesi in diversi saggi: *Giudizi di separazione e divorzio e provvedimenti d'urgenza*, 268; *Procedimenti in materia di famiglia e di stato delle persone*, cit., 236 ss.; *Provvedimenti d'urgenza ex art. 700 cod. proc. civ.*, cit., 476 ss.; *Sull'ammissibilità dei provvedimenti d'urgenza*, cit., 641 ss.; *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., 1287 ss.

La tesi di Vullo è condivisa da MANDRIOLI-CARRATTA, *op.cit.*, 100 e da BASSOLI, *I procedimenti cautelari ex art. 700 in materia di famiglia*, in *Art. 700 c.p.c. e la procedura d'urgenza*, a cura di BUFFONE, cit.; LA MARCA, *Inammissibilità del sequestro giudiziario della casa familiare e trascrivibilità della domanda di assegnazione*, in *Fam.Dir.*, 2008, 169, in nota a Trib. Salerno, 8 maggio 2007; non esclude l'ammissibilità del ricorso all'art. 700 c.p.c. DOGLIOTTI, *La separazione giudiziale*, Trattato diretto da BONILINI-CATTANEO, cit., 578. Ammette altresì la possibilità d'invocare la tutela d'urgenza PROTO PISANI, *In tema di reclamabilità e revocabilità dei provvedimenti presidenziali*, cit., 2205; BIANCHI, *Il giudizio di modificazione*, cit., 136, nota 95, il quale aggiunge alle ipotesi delineate da Vullo, l'arco temporale compreso tra la precisazione delle conclusioni - o comunque il momento in cui non ci si possa più rivolgere al giudice istruttore ex art. 709, ultimo comma c.p.c. – ed il deposito della sentenza ai fini dell'utilizzo del *novum* nel frattempo verificatosi: anche se in questo – osserva l'A. – si determina la peculiarità per cui tale *novum* non utilizzabile ai fini della decisione contenuta in sentenza, concorre invece alla determinazione del provvedimento d'urgenza. Cfr. altresì CEA, *Crisi del matrimonio e tutela sommaria*, cit., 1188-1189, il quale afferma di condividere il risultato cui perviene Vullo, ma non il relativo percorso argomentativo, in quanto solo la pronuncia dei provvedimenti presidenziali comporta l'anticipazione dello statuto (provvisorio) della separazione o del divorzio.

presidenziale, ritiene ammissibile il ricorso alla tutela atipica entro precisi limiti temporali, e segnatamente: a) prima dell'inizio della causa; b) nell'arco di tempo compreso tra il deposito della domanda introduttiva e l'udienza avanti al presidente; c) nell'ipotesi, invero remota, che quest'ultimo abbia omesso del tutto di pronunciare i provvedimenti di sua competenza; d) infine, qualora si aderisca all'opinione secondo cui i provvedimenti "temporanei ed urgenti" perderebbero efficacia dal momento della pubblicazione della sentenza di separazione o divorzio, nel corso dell'eventuale giudizio di impugnazione, sia in appello che davanti alla Corte di Cassazione (o in pendenza del termine per proporre il ricorso alla Corte)³⁴¹. La posizione è, invero, minoritaria, ma foriera di interessanti spunti di riflessione, come si andrà di seguito esponendo; la tesi in esame, infatti, pur muovendo da una premessa non condivisibile (la natura cautelare dell'ordinanza presidenziale), mi trova (parzialmente) consenziente nel risultato cui perviene.

6.1. Ammissibilità del provvedimento d'urgenza: a) prima dell'udienza presidenziale.

Giunti a questo punto, è possibile sciogliere il nodo iniziale circa l'eventuale ammissibilità del provvedimento d'urgenza in pendenza di un procedimento di separazione o divorzio. Se si volge lo sguardo al contenuto ed agli effetti dell'ordinanza presidenziale, non può non convenirsi con l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale dominante, alla stregua del quale le esigenze di tutela che possano sorgere nel corso di tali procedimenti sono già ampiamente soddisfatte dai provvedimenti pronunciati dal presidente del tribunale a norma dell'art. 708 c.p.c. (o dell'art. 4 l.div.), di guisa che non appare ammissibile invocare il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c., a ciò ostandovi il principio di residualità (o sussidiarietà) che permea la tutela cautelare atipica.

³⁴¹ Quest'ultima ipotesi è sostenuta per la prima volta da VULLO in *Procedimenti in materia di famiglia*, cit., 225, mentre nei precedenti scritti l'A. aveva rivolto l'attenzione esclusivamente al giudizio di primo grado.

L'obiezione principale mossa contro l'ammissibilità del provvedimento d'urgenza in simili procedimenti si fonda proprio sul criterio di residualità desumibile dall'inciso di apertura dell'art. 700 c.p.c. ("fuori dai casi regolati dalle precedenti sezioni di questo capo"), criterio che, inteso in un'accezione più ampia, idonea cioè a ricomprendervi qualunque misura sommaria (anche non cautelare) prevista dal codice di rito, dal codice civile e da leggi speciali, rende privo di interesse, e, come tale, inammissibile, il ricorso alla tutela cautelare atipica.

E' bensì vero che, secondo l'interpretazione qui privilegiata, diversa è la *ratio* sottesa ai due provvedimenti: da un lato, quella di regolare la situazione contingente dei coniugi e della prole, a prescindere dall'esito del giudizio definitivo (nel caso dell'ordinanza presidenziale), dall'altro, l'esigenza cautelare che impone di provvedere in via d'urgenza, ad evitare il verificarsi di un pregiudizio imminente ed irreparabile; tuttavia, anche laddove si realizzino i presupposti per la pronuncia del provvedimento d'urgenza (il *periculum*, connotato dall'imminenza e dall'irreparabilità), deve ritenersi che l'ordinanza presidenziale sia idonea a garantire sufficiente tutela ai coniugi ed alla prole, sì da rendere inutile il ricorso al provvedimento atipico, che si risolverebbe in una mera duplicazione di tutela.

Una volta pronunciata l'ordinanza presidenziale, non vi è più il rischio che la durata del processo possa arrecare danni ai coniugi ed alla prole, stante l'ampia ed illimitata possibilità conferita al giudice istruttore, nel corso del procedimento di separazione o divorzio, di modificare la precedente ordinanza (del presidente o del medesimo giudice istruttore), modulando il contenuto dei provvedimenti in funzione della contingente situazione familiare.

Da simile premessa, tuttavia, non può inferirsi *de plano* un'aprioristica esclusione della tutela cautelare d'urgenza per tutto il corso del procedimento di separazione o divorzio; come correttamente evidenziato³⁴², infatti, i provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole sono idonei a spiegare i loro effetti solo a partire dall'udienza

³⁴² Ci si riferisce alla tesi poc'anzi esposta di VULLO, *Procedimenti in materia di famiglia*, cit., 235; ID., *Provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., 498.

presidenziale, di talché, nel lasso di tempo che va dal deposito del ricorso alla pronuncia dei provvedimenti, si realizza quel vuoto di tutela che rende pienamente legittimo il ricorso alla tutela cautelare innominata. Non si dimentichi, infatti, che tra la data di deposito della domanda introduttiva e quella dell'udienza presidenziale possono intercorrere diversi mesi (come, invero, accade sovente, soprattutto nei tribunali di grandi dimensioni) e negare il ricorso al provvedimento d'urgenza in quel lungo arco temporale significherebbe privare le parti di qualunque strumento di tutela proprio nel momento di maggiore conflittualità tra i coniugi.

Priva di pregio appare l'obiezione che viene comunemente mossa in giurisprudenza, secondo cui la carenza di tutela sarebbe agevolmente colmabile con un'istanza di anticipazione di udienza³⁴³; ora, a prescindere dal fatto che i sovraccarichi dei ruoli dovuti alla penuria di giudici spesso non consentono un'anticipazione dell'udienza presidenziale, si tratta comunque di verificare se le parti abbiano la possibilità di accedere ad altri strumenti di tutela o se, per contro, si profilino dei *deficit* di tutela.

Ebbene, in un'ottica di sussidiarietà del provvedimento d'urgenza, non è dato rinvenire altro strumento – cautelare o non – idoneo a dispensare, prima della pronuncia dei provvedimenti presidenziali, un'adeguata tutela alle esigenze, patrimoniali e personali, del coniuge “debole” e della prole; peraltro, suonerebbe paradossale e palesemente incongruo che, proprio in una materia, quale quella del diritto di famiglia, che, per sua natura, richiede decisioni il più possibile rapide ed efficaci, venga a mancare una tutela idonea a rimuovere il paventato *periculum* nel lasso temporale tra l'introduzione del giudizio di separazione o divorzio e l'udienza presidenziale.

³⁴³ A tale asserzione replica correttamente Trib. Napoli, 24 marzo 2005, cit., secondo cui “*la emissione dei provvedimenti presidenziali, anche concedendo l'anticipazione dell'udienza eventualmente fissata più a lungo, è indefettibilmente subordinata al decorso del termine minimo di trenta o di sessanta giorni, a seconda che il resistente si trovi o meno in Italia, termine che non è invece imposto dalla disciplina dei procedimenti cautelari, caratterizzata dal principio di libertà delle forme pur nel rispetto delle garanzie del contraddittorio*”.

A tal proposito, non vedrei ostacoli nell'ammettere la proposizione della domanda cautelare all'interno del medesimo ricorso introduttivo del giudizio di separazione (o di divorzio diretto), nonostante le difficoltà segnalate in dottrina circa la contestuale proposizione di una domanda cautelare e di merito³⁴⁴. In questo caso, infatti, non si porrebbe il problema della diversa forma dell'atto introduttivo (che è, in ogni caso, il ricorso) e quindi della congruità della forma rispetto allo scopo di un atto processuale.

Né mi pare di ostacolo all'accoglimento di simile ricostruzione il fatto che il legislatore abbia delineato tre passaggi necessari affinché il presidente possa pronunciare i suoi provvedimenti³⁴⁵ e segnatamente: a) il ricorrente deve comparire all'udienza presidenziale, confermando il tal modo la sua domanda; b) il presidente deve ascoltare, prima separatamente e poi congiuntamente, i coniugi; c) solo dopo il fallimento del tentativo di conciliazione, il presidente potrebbe pronunciare i provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole; se, invero, questi passaggi appaiono obbligatori in un "ordinario" giudizio di separazione (o divorzio), diverso è lo scenario che si profila in caso di minaccia di un grave *periculum*, tale da non poter attendere il completamento di siffatto *iter* procedimentale. In tal caso, il rischio che si verifichi un pregiudizio irreparabile alle situazioni sostanziali coinvolte rende pienamente legittimo – a parere di chi scrive - un sovvertimento della sequenza procedimentale sopra descritta, con anticipazione, ex art. 700 c.p.c., del contenuto dei provvedimenti presidenziali.

Non mi pare neppure così inaccettabile l'ipotesi di una pronuncia *inaudita altera parte* del provvedimento di cui all'art. 700 c.p.c.; naturalmente si tratta di ipotesi marginali, in cui il richiedente sia in grado di documentare la sussistenza di un *periculum* che non consenta la convocazione dell'altro coniuge e che richieda una pronuncia immediata, non procrastinabile sino alla data dell'udienza. Basti por mente all'ipotesi, tutt'altro che remota, in cui un coniuge richieda, in via

³⁴⁴ Sul punto v. SALVANESCHI, *La domanda e il procedimento*, in TARZIA-SALETTI, *Il processo cautelare*, cit., 389 ss., spec. 394, cui si rinvia anche per ulteriori richiami dottrinali.

³⁴⁵ In questo senso v. CEA, *Crisi del matrimonio e tutela sommaria*, cit., 1187.

d'urgenza, l'assegnazione della casa coniugale, di proprietà esclusiva dell'altro coniuge, allegando il fatto che quest'ultimo stia per alienare l'immobile a terzi e che, in tal modo, i figli minori sarebbero privati, in modo irreversibile, del diritto di continuare a vivere nell'ambiente domestico in cui sono cresciuti³⁴⁶.

Se, peraltro, si condividono i rilievi sopra svolti circa il divieto di estensione analogica delle norme dettate per il processo cautelare uniforme (in particolare, dell'art. 669 *sexies* c.p.c.) ai provvedimenti presidenziali, l'unica strada utilmente percorribile sembra essere quella del ricorso alla tutela cautelare atipica, onde poter far fronte alle ragioni d'urgenza emerse nelle more tra il deposito del ricorso e l'udienza presidenziale. Così come si è ammessa la pronuncia *inaudita altera parte* di un provvedimento cautelare innominato *ante causam* (sia pur nei ristretti limiti di cui *supra*, v. cap. 2), coerentemente deve ritenersi ammissibile la pronuncia del provvedimento d'urgenza, senza previa instaurazione del contraddittorio, nel lasso di tempo che precede la celebrazione dell'udienza presidenziale.

Simile conclusione è corroborata dalla copertura costituzionale di cui è ora ammantato il provvedimento d'urgenza in un'ottica di effettività della tutela giurisdizionale, secondo la nota sentenza della Consulta³⁴⁷; la tutela cautelare atipica, infatti, "*nei limiti in cui serve a neutralizzare pericula in mora che assurgano agli estremi della irreparabilità del pregiudizio, è una componente essenziale ed ineliminabile della tutela giurisdizionale*"³⁴⁸. Opinare diversamente significherebbe, dunque, porsi

³⁴⁶ Si tratta del caso esaminato da Trib. Padova, 20 luglio 2009, cit. e risolto con l'assegnazione della casa coniugale al coniuge ricorrente, con provvedimento ex art. 700 c.p.c. emesso *inaudita altera parte* prima della celebrazione dell'udienza presidenziale. La pronuncia del tribunale padovano si segnala, peraltro, per aver posto a fondamento della propria motivazione, in prima battuta, i principi generali dell'ordinamento derivanti dall'applicazione in Italia della Convenzione di Strasburgo del 25.1.1996 sui diritti dei fanciulli, ratificata con la l. 20.3.2003, n. 77, alla stregua della quale "*Nelle procedure che concernono un fanciullo, l'autorità giudiziaria deve procedere con prontezza evitando ogni inutile ritardo e deve potersi avvalere di procedure che assicurino una rapida esecuzione delle sue decisioni. In caso di urgenza, l'autorità giudiziaria ha, se del caso, facoltà di adottare decisioni immediatamente esecutive.*" (art. 7). La tesi qui sostenuta ed avallata altresì dal Tribunale di Padova sembra perfettamente in linea con i principi desumibili dalla Convenzione di Strasburgo.

³⁴⁷ Cfr. Corte Cost., 13 giugno 1985, n. 185, cit.

³⁴⁸ Così PROTO PISANI, in nota alla sentenza della Consulta.

in contrasto con quella nozione di tutela cautelare elaborata in sintonia con i valori costituzionali e con i principi dell'ordinamento comunitario.

6.2. b) in caso di omessa pronuncia dei provvedimenti presidenziali.

L'approccio alla tematica che si va ad affrontare non può prescindere da alcune brevi riflessioni. Preliminare alla questione dell'omessa pronuncia dei provvedimenti presidenziale è, infatti, l'individuazione dei poteri del presidente del tribunale in ordine all'accertamento dei presupposti processuali e, segnatamente, della competenza territoriale del tribunale adito. In altri termini, in dottrina ci si è domandati se il presidente abbia la facoltà di verificare - se sollecitato da una parte - o di rilevare egli stesso l'incompetenza del tribunale cui sia stato proposto il ricorso introduttivo e, in tal caso, se sia comunque legittimato ad adottare i provvedimenti temporanei ed urgenti.

Ad una prima corrente di pensiero, secondo cui il presidente, rilevata l'incompetenza per territorio, sarebbe legittimato a pronunciarla, astenendosi tuttavia dall'adottare i provvedimenti temporanei ed urgenti³⁴⁹, si contrappone la tesi di coloro che ammettono comunque la pronuncia dei provvedimenti presidenziali, a prescindere dalla questione di incompetenza, e ciò per ragioni di ordine pubblico che trovano il loro fondamento negli artt. 2, 29, 30 e 31 Cost.³⁵⁰. Vi è, infine, un'altra soluzione prospettata in dottrina, secondo cui il presidente dovrebbe astenersi dal pronunciare i provvedimenti temporanei ed urgenti e rimettere le parti al giudice istruttore, il quale a sua volta investirà della questione il collegio³⁵¹.

³⁴⁹ E' la tesi sostenuta da JANNUZZI, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 1995, 862; conf. D'ANTONIO, *Inderogabilità della competenza territoriale anche per i provvedimenti temporanei del presidente nel giudizio di separazione personale*, in *Giur.It.*, 1961, I, 2, 742.

³⁵⁰ In questo senso v. PROTO, *op.cit.*, 1547; conf. CIPRIANI, *I provvedimenti presidenziali*, cit., 275; ID., *La nuova legge sul divorzio*, cit., 275 ss.; LAUDISA, *Sub art. 4 l. n. 898 del 1970, nn. 8-13*, in AA.VV., *Commentario alla riforma del divorzio*, Milano, 1987, 63; SALVANESCHI, *Provvedimenti presidenziali nell'interesse dei coniugi e della prole*, cit., 1077.

³⁵¹ In tal senso v. MANDRIOLI, *Diritto Processuale Civile*, cit., III, 227; MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, cit., 1251 ss.

Ora, ai fini della risoluzione della suddetta *quaestio*, si può prendere le mosse dal principio generale secondo cui “*qualsiasi provvedimento sostanzialmente o anche solo formalmente giurisdizionale deve essere emesso dal giudice competente*”³⁵²; un principio che acquista rilevanza viepiù decisiva in tema di competenza funzionale, non potendo il ricorrente, in nessun caso, scegliere liberamente a quale foro rivolgersi. Fatta questa premessa, mi pare innegabile che l’ordinanza presidenziale non possa essere emessa da un giudice qualunque, ma soltanto da quel giudice individuabile sulla scorta dei criteri di competenza funzionale delineati *ex lege*³⁵³. Va, peraltro, soggiunto che il presidente del tribunale non ha il potere di verificare e dichiarare la propria incompetenza, dacché il relativo provvedimento postula necessariamente la rimessione al collegio ad opera del giudice istruttore³⁵⁴. Depone in tal senso la circostanza che l’art. 189, comma 3 c.p.c. riserva al giudice istruttore la rimessione al collegio per la decisione su questioni di giurisdizione o competenza, nonché il fatto che, tra i provvedimenti che possono essere emessi dal presidente, non pare rientrare l’ordinanza che decide sulla competenza.

Da quanto sopra, dunque, si trae agevolmente la conclusione che, ove venga eccepita da una parte o da lui stesso rilevata l’incompetenza del tribunale, il presidente dovrà astenersi dal pronunciare i provvedimenti temporanei ed urgenti, limitandosi a nominare il giudice istruttore, al quale spetterà mettere in moto il meccanismo per risolvere la questione afferente la competenza. L’assenza di una esplicita norma che attribuisca al presidente questa facoltà di percorrere l’*iter* che porterà alla pronuncia sulla competenza da parte del collegio non pare sufficiente a contrastare il principio generale, alla stregua del quale qualsiasi provvedimento deve essere pronunciato dal giudice competente individuato secondo i criteri di legge. Non può, infatti,

³⁵² PUNZI, *I soggetti e gli atti*, cit., 666, richiamando l’insegnamento di CHIOVENDA.

³⁵³ V. MANDRIOLI, *Il diritto alla difesa nell’udienza presidenziale del giudizio di separazione dei coniugi*, in *Giur.It.*, 1971, I, 2, 1. Più di recente, v. PROTO, *op.cit.*, 1544, il quale osserva che il presidente non può pronunciare l’incompetenza e dovrà rimettere i coniugi davanti al giudice istruttore, affinché quest’ultimo rimetta le parti dinanzi al collegio a norma dell’art. 187, comma 3 c.p.c.

³⁵⁴ Così MANDRIOLI, *Separazione per ordinanza presidenziale?*, in *Riv.Dir.Proc.*, 1972, 204.

ritenersi che il presidente sia legittimato a pronunciare i provvedimenti temporanei ed urgenti per il sol fatto che manchi una apposita norma che lo facoltizzi a verificare, *in primis et ante omnia*, la competenza del tribunale adito.

Milita, altresì, in questo senso il fatto che, se si aderisce all'opinione sopraesposta circa la natura contenziosa dell'intero procedimento di separazione (o divorzio), ivi inclusa la fase presidenziale³⁵⁵, non può non concludersi nel senso dell'impossibilità per il presidente di pronunciare l'incompetenza del tribunale adito, dovendo egli rimettere le parti dinanzi al giudice istruttore per i provvedimenti di cui agli artt. 187-189 c.p.c.³⁵⁶.

A favore della summenzionata tesi concorrono, infine, due ragioni: l'esigenza che su rapporti così delicati si pronuncino il giudice a ciò più qualificato e non un qualsiasi giudice³⁵⁷ ed il rilievo che l'interpretazione qui criticata potrebbe adombrare un sospetto di illegittimità costituzionale nei confronti dell'art. 25, 1° comma Cost., secondo cui nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge³⁵⁸. Ove, infatti, si accedesse alla tesi contraria, la parte sarebbe libera di scegliere il giudice dinanzi al quale incardinare la causa, dovendo quest'ultimo emettere in ogni caso i provvedimenti presidenziali, ancorché incompetente.

In definitiva, nel caso in cui il presidente rilevi l'incompetenza del tribunale adito, non potrà pronunciare i provvedimenti temporanei ed urgenti e dovrà invece nominare il giudice istruttore affinché rimetta la questione sulla competenza al collegio.

³⁵⁵ V. *supra*, § 4.1.

³⁵⁶ Diversa è, invece, la conclusione cui pervengono gli autori che attribuiscono natura volontaria alla fase presidenziale. Sulla questione v. altresì PROTO, *op.cit.*, 1540, ed ivi per ulteriori riferimenti bibliografici sulla natura contenziosa o volontaria della fase presidenziale.

³⁵⁷ BIANCHI D'ESPINOSA, *Provvedimenti presidenziali ed incompetenza nel giudizio di separazione dei coniugi*, in *Giust.Civ.*, 1961, 2178.

³⁵⁸ Cfr. SALETTI-VANZ, *op.cit.*, 71, secondo cui la soluzione che negava al presidente il potere di pronunciare i provvedimenti temporanei ed urgenti, in ragione del fatto che la competenza costituisce questione, in ordine logico, da affrontare prima di ogni altro provvedimento da parte di ogni giudice, sta lasciando spazio ad una soluzione più permissiva; tuttavia, simile conclusione – proseguono gli Autori – non può non lasciar perplessi, considerato che i provvedimenti presidenziali sono particolarmente incisivi e la competenza del giudice costituisce un valore costituzionalmente garantito (art. 25 Cost.).

Ebbene, durante tutto questo *iter* procedurale – nomina del giudice istruttore, rimessione al collegio, pronuncia sull'incompetenza e successiva riassunzione dinanzi al tribunale competente – non è ipotizzabile che i coniugi e la prole restino sforniti di qualunque tutela; peraltro, i tempi potrebbero ulteriormente dilatarsi laddove il giudice istruttore o il collegio non dovessero condividere la conclusione cui è pervenuto il presidente circa l'incompetenza del tribunale adito. Nelle more di tale sequenza processuale, non mi pare si possa dubitare della necessità di garantire una forma di tutela ai coniugi e alla prole, soprattutto nel caso di separazioni altamente conflittuali, connotate da esigenze di intervento celere ed efficace.

Muovendo dal rilievo che i provvedimenti presidenziali non possono essere pronunciati se non da un giudice "competente", laddove sorga la necessità di intervenire tempestivamente per porre rimedio ad una situazione potenzialmente irreversibile, non resta che ammettere il ricorso al provvedimento cautelare d'urgenza.

Simile soluzione assume valenza anche nel caso si profilino altri ostacoli in rito, diversi dall'incompetenza, che non consentano di giungere ad una pronuncia di merito; in situazioni di tal fatta, esigenze riconducibili al principio di effettività della tutela giurisdizionale impongono di ammettere il provvedimento d'urgenza a garanzia di una tutela fruttuosa e tempestiva nell'interesse dei coniugi e della prole.

Di contro, nel caso in cui il presidente abbia semplicemente ommesso di pronunciare i provvedimenti temporanei ed urgenti, non vedrei particolari ostacoli giuridici nell'ammettere una pronuncia sostitutiva da parte del giudice istruttore, il quale, proprio in virtù dei propri illimitati poteri, ben potrebbe rimediare a questa omissione³⁵⁹. Sebbene autorevolmente sostenuta³⁶⁰, la tesi contraria, ancorata alla lettera della norma che parla solo di "revoca o modifica", non mi pare del tutto persuasiva; si

³⁵⁹ Giunge alla medesima conclusione CEA, *Crisi del matrimonio e tutela sommaria*, cit., 1190; nella dottrina più risalente, v. ANDRIOLI, *Nota adesiva senza titolo a Trib. Catania*, 29 dicembre 1942, in *Foro It.*, 1943, I, 164; GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, Milano, 1967, 176.

³⁶⁰ CIPRIANI, *I provvedimenti presidenziali*, cit., 266; conf. VULLO, *Procedimenti in materia di famiglia*, cit., 238; ID., *Giudizi di separazione e divorzio*, cit., nota 18, cui si rinvia anche per ulteriori ragguagli bibliografici.

consideri, infatti, che il giudice istruttore gode di ampi poteri di modifica e revoca non solo nei confronti dell'ordinanza presidenziale, bensì, in caso di nuove sopravvenienze, addirittura rispetto al provvedimento reso dalla Corte d'Appello all'esito del reclamo di cui all'art. 708, comma 4 c.p.c., di guisa che appare incongruo ritenere che il giudice istruttore non possa, per contro, assumere per la prima volta i provvedimenti temporanei ed urgenti in caso di omessa pronuncia da parte del presidente.

Dai rilievi di cui sopra discende *de plano* l'impossibilità di invocare in tal caso la tutela cautelare atipica, essendo già idonea l'ordinanza presidenziale a garantire una tutela di pari efficacia.

6.3. c) dopo la pubblicazione della sentenza di separazione (o divorzio).

Il problema dell'ammissibilità della tutela cautelare atipica dopo la pubblicazione della sentenza di primo grado si cala nell'alveo della più generale questione della sopravvivenza dei provvedimenti provvisori ed urgenti alla sentenza di separazione (o divorzio).

In dottrina è opinione comune che i provvedimenti presidenziali siano caducati per effetto della pubblicazione della sentenza di primo grado, ponendosi essa stessa quale fonte di regolamentazione autonoma e definitiva dei rapporti tra le parti³⁶¹; l'ordinanza presidenziale è assorbita

³⁶¹ Simili conclusioni sono condivise pressoché da tutti gli studiosi; v., tra gli altri, SALVANESCHI, *Provvedimenti presidenziali nell'interesse dei coniugi e della prole*, cit., 1068, la quale osserva che "la circostanza che essi sopravvivano all'estinzione del processo non fa venir meno il loro regime fisiologico: quando la pronuncia di primo grado interviene i provvedimenti presidenziali si comportano esattamente come ogni provvedimento strumentale e provvisorio, lasciando il passo a quello di merito"; ID., *Natura cautelare dei provvedimenti presidenziali*, cit., 533; conf. MANDRIOLI, *Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori o interinali*, cit., 551 ss., spec. 561; ID., *Sentenza di primo grado non provvisoriamente esecutiva nel giudizio di separazione dei coniugi e ordinanza presidenziale interinale*, in *Giur.It.*, 1961, I, 2, 306; ID., *I provvedimenti presidenziali*, cit., 137 ss.; TOMMASEO, *Note introduttive agli articoli 706-711*, cit., sub art. 708, 577-578, per il quale la pronuncia della sentenza di separazione assorbe i provvedimenti presidenziali e ciò in quanto la disciplina dei rapporti coniugali è retta da un titolo oggettivamente poziore. Per l'A., l'effetto sostitutivo si produce nel momento stesso della pubblicazione della sentenza e tale convincimento sarebbe rafforzato dalle regole sull'esecutività *ex lege* delle sentenze di primo grado; DI IASI, *Procedimenti di separazione e divorzio*, cit., 1446; CEA, *Crisi del matrimonio e tutela sommaria*, cit., 1191 ss.; BIANCHI, *Sulla natura, la durata e gli effetti nel tempo del provvedimento presidenziale ex art. 708 c.p.c.*, in *Fam.Dir.*, 2007, 603, in nota a Cass., 12 giugno 2006, n. 13593; SCARDULLA, *La*

nella sentenza di merito, a prescindere dal suo passaggio in giudicato, “non essendo concepibile che un provvedimento provvisorio, dato all’esito di un procedimento sommario, possa prevalere su quello reso al termine della cognizione piena”³⁶².

Di contro, la giurisprudenza, soprattutto nelle pronunce più recenti, sembra dissentire dall’opinione dottrinale, affermando che solo il passaggio in giudicato della sentenza determina la caducazione degli effetti del provvedimento ex art. 708 c.p.c.³⁶³; non mancano, tuttavia, nel panorama giurisprudenziale decisioni di segno contrario, secondo cui

separazione personale ed il divorzio, Milano, 2008, spec. 826 ss; MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, cit., 1254 ss.; PUNZI, *I soggetti e gli atti*, cit., 691.

Nella dottrina più risalente, tuttavia, si veda CARNELUTTI, *Durata del provvedimento cautelare*, in *Riv.Dir.Proc.*, 1937, II, 97, il quale, attribuendo natura cautelare ai provvedimenti del presidente, riconosceva anche a questi ultimi, al pari delle altre misure cautelari, una durata sino al passaggio in giudicato della sentenza; l’A. riteneva che, neppure se la sentenza fosse stata munita di clausola di provvisoria esecuzione, si sarebbe sostituita ai provvedimenti presidenziali. Se il provvedimento cautelare – osservava l’illustre A. – ha lo scopo di una sistemazione provvisoria della lite *durante il processo* è non tanto conveniente quanto necessario che duri *fino a che il processo continua*. La tesi è stata, tuttavia, oggetto di serrata critica da parte di AZZOLINA, *La separazione personale dei coniugi*, Torino, 1948, 318

³⁶² L’espressione è di CEA, *op.ult.cit.*, 1192.

³⁶³ Cfr. Cass., 12 giugno 2006, n. 13593, in *Fam.Dir.*, 2007, 603, con nota critica di BIANCHI, *Sulla natura, la durata*, cit.; Id., 5 ottobre 1999, n. 11029, in *Fam.Dir.*, 2000, 292; Id., 12 aprile 1994, n. 3415, in *Fam.Dir.*, 1994, 531, con nota critica di SALVANESCHI, *Natura cautelare dei provvedimenti presidenziali*, cit.; Id., 18 settembre 1991, n. 9728, in *www.dejure.it*. La questione è stata perlopiù affrontata al fine di stabilire la ripetibilità o meno delle somme *medio tempore* corrisposte a titolo di contributo al mantenimento dei figli; la Suprema Corte pare aver raggiunto la convinzione che gli effetti della decisione che escluda il diritto al mantenimento, ovvero ne riduca la misura, non possono comportare la ripetibilità delle somme (o delle maggiori somme) percepite, sino al formarsi del giudicato stesso, dal coniuge, il quale non è tenuto al relativo accantonamento in previsione dell’eventuale revoca o riduzione dell’assegno corrispondente, salvo che non vengano dimostrati gli estremi dell’eventuale responsabilità, ex art. 96, comma 2, c.p.c., per avere il coniuge richiesto il suddetto provvedimento in eccedenza alle sue esigenze. In tal senso v. Cass., 20 marzo 2009, n. 6864, in *Dir.Giust.*, 2009; Id., 10 dicembre 2008, n. 28987, in *Vita Not.*, 2009, 337; Id., 25 giugno 2004, n. 11863, in *www.dejure.it*; Id., 9 settembre 2002, n. 13060; Id., 22 marzo 1993, n. 3363, in *Dir.Fam.*, 1994, 839; cfr. tuttavia, Cass., 23 maggio 2014, n. 11489, in *Dir.Giust.*, 2014, la quale ha precisato che l’irripetibilità delle somme versate dal genitore obbligato a quello beneficiario, nel periodo intercorrente tra la data della domanda di revisione delle condizioni di divorzio e quella del suo accoglimento, in ragione della sopravvenuta indipendenza economica dei figli maggiorenni, si giustifica solo ove gli importi riscossi abbiano assunto una concreta funzione alimentare, che non ricorre ove ne abbiano beneficiato soggetti autosufficienti in un periodo, in cui, stante la pendenza della controversia, era noto il rischio restitutorio.

Sulla sopravvivenza del sequestro giudiziario di beni alla sentenza che accoglie la domanda di merito, v. App. Torino, 29 maggio 2002, in *Giur.It.*, 2003, con nota critica di DOMINICI, *Quando il sequestro giudiziario di beni nuoce al sequestrante ...: note sull’“assorbimento” della tutela cautelare nella sentenza che accerta l’esistenza del diritto e sui poteri del giudice del reclamo*.

l'ordinanza presidenziale deve ritenersi assorbita nella sentenza di merito, indipendentemente dall'esecutività e, a maggior ragione, dal passaggio in giudicato di quest'ultimo provvedimento³⁶⁴.

Al fine di sciogliere i dubbi agitatasi intorno alla durata dei provvedimenti presidenziali – problema che, osservava Satta, “è tra i più gravi che si presentano nella disciplina e nella pratica della separazione”³⁶⁵ – pare opportuno prendere le mosse dalla natura dell'ordinanza del presidente. I fautori della natura cautelare dei provvedimenti presidenziali risolvono l'accennata questione alla stregua dell'art. 669-*novies* c.p.c., il quale prevede la perdita di efficacia del provvedimento cautelare qualora con sentenza, *anche non passata in giudicato*, venga dichiarato inesistente il diritto a cautela del quale era stato concesso³⁶⁶; se, tuttavia, la norma

³⁶⁴ Trib. Foggia, 10 febbraio 2004, in *Giur.Merito*, 2004, 1639, con nota di CARRATURO, *La sentenza di separazione ha efficacia assorbente rispetto ai provvedimenti presidenziali emessi a seguito del fallimento del tentativo di conciliazione*. Per un'ipotesi particolare, si veda Trib. Napoli, 14 giugno 1996, in *Fam.Dir.*, 1996, 554, con nota parzialmente critica di DAMIANI, *Sopravvivenza dei provvedimenti presidenziali alla sentenza di divorzio?*, in cui il giudice di merito ha individuato, quale caratteristica dell'ordinanza presidenziale, la sua idoneità a spiegare i propri effetti anche dopo la sentenza di divorzio quando riguardi capi sui quali la sentenza non abbia pronunciato o non sia incompatibile con quest'ultima (nel caso di specie trattavasi di una sentenza di divorzio per pregressa separazione di fatto iniziata prima del 1968).

Secondo Cass., 27 novembre 1999, n. 13292, in *www.dejure.it*, in base all'art. 669 *novies* c.p.c. la declaratoria di inesistenza del diritto cautelato comporta l'inefficacia automatica del provvedimento cautelare, di modo che la pronuncia del giudice sul punto ha mera funzione dichiarativa e l'eventuale richiesta di parte ha una funzione meramente sollecitatoria; conf. Id., 21 dicembre 2001, n. 16170, *ivi*; Pret. Vallo Lucania, 5 maggio 1998, in *Giur.Merito*, 1999, 744; *contra*, Trib. Verona, 26 gennaio 2000, *ivi*, 2000, 550, secondo cui l'inefficacia del provvedimento cautelare può essere dichiarata solo se la parte la faccia espressamente valere.

³⁶⁵ SATTA, *Commentario*, cit., IV, 1, *sub art.* 708, 314.

³⁶⁶ Prima della riforma del 1990 era, invece, opinione comune che il provvedimento cautelare sopravvivesse sino al passaggio in giudicato della sentenza di merito; e ciò, soprattutto, facendo perno sull'art. 683 c.p.c. (ora abrogato), dettato in materia di sequestro (che veniva elevato a principio di carattere generale o applicato per analogia), che postulava l'insensibilità della misura alle vicende della causa di merito. In proposito v., per tutti, CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico*, cit., 82 ss.; cfr. altresì CALVOSA, *In tema di provvedimenti cautelari innominati*, in *Riv.Dir.Proc.*, 1949, II, 210 ss., il quale conclude affermando che causa della misura cautelare è la necessità-utilità che lo stato di fatto non venga mutato onde assicurare alla sentenza *definitiva* la piena efficacia pratica; se lo stato cautelare potesse venir rimosso dopo la sentenza di primo grado la necessità-utilità sopra accennata non sarebbe soddisfatta appieno e la misura cautelare potrebbe apparire *inutiliter data*; ID., *Sui provvedimenti presidenziali*, cit., 34 ss., in part. 37, ove ribadisce che il termine finale di efficacia del provvedimento presidenziale non può essere quello dell'emanazione della sentenza di primo grado, non munita di clausola di provvisoria esecuzione; per ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., 322, in caso di rigetto della domanda di separazione, i provvedimenti presidenziali continuano a produrre effetti sino a quando la sentenza non sia passata in giudicato formale,

risolve *de plano* la questione con riferimento alla sentenza di rigetto, ricollegandovi l'immediata inefficacia della misura cautelare a prescindere dal passaggio in giudicato della medesima³⁶⁷, nulla dispone in merito all'eventuale sopravvivenza della misura in seguito all'accertamento positivo del diritto cautelando oppure all'accoglimento solo parziale della domanda di merito. Vi è, pertanto, chi nega l'assimilazione, quanto all'efficacia immediatamente caducante della misura cautelare, tra la sentenza di rigetto e quella che accoglie nel merito la domanda e, dunque, sostiene la sopravvivenza del provvedimento cautelare alla sentenza di accoglimento³⁶⁸.

mentre, in caso di accoglimento della domanda, occorre distinguere a seconda che la sentenza sia provvisoriamente esecutiva oppure no: nel primo caso, la sentenza assorbe i provvedimenti; nel secondo caso, i provvedimenti costituiscono titolo esecutivo sino alla eventuale conferma della sentenza ad opera del giudice d'appello.

³⁶⁷ Sottolineano l'immediata ed automatica inefficacia del provvedimento cautelare a seguito della pubblicazione della sentenza di primo grado ai sensi dell'art. 669 *novies* c.p.c., RECCHIONI, *La perdita di efficacia del provvedimento cautelare*, in *I procedimenti sommari e speciali. II. Procedimenti cautelari*, I, a cura di CHIARLONI-CONSOLO, Torino, 2005, 607 ss., in part. 630 ss.; CONSOLO-RECCHIONI, in *Codice di procedura civile commentato*, III, a cura di CONSOLO-LUISO, *sub art.* 669-*novies*, Milano, 2007, 4797; v. altresì PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 648, per il quale è "regola di civiltà" che la cognizione piena prevalga rispetto alla cognizione sommaria.

³⁶⁸ La tesi è sostenuta specialmente da MERLIN, *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, cit., 421, con riferimento ai provvedimenti cautelari, tra i quali l'Autrice annovera anche l'ordinanza presidenziale; ID., *Variazioni sui rapporti tra misura cautelare, sentenza (di accertamento mero, di condanna o costitutiva)*, cit., 954 ss.; ID., *Le cause della sopravvenuta inefficacia del provvedimento*, in *Il processo cautelare*, a cura di TARZIA-SALETTI, cit., 454 ss. L'A. ammette, in tale ipotesi, la sopravvivenza della misura cautelare sino al passaggio in giudicato della sentenza, "sia per tenere conto dell'eventualità che l'efficacia esecutiva della sentenza [...] sia sospesa nel corso del giudizio di appello, sia per non lasciare l'istante privo della tutela cautelare nelle more della formazione del giudicato nelle ipotesi in cui essa sia strumentale ad una sentenza di mero accertamento o costitutiva". La tesi muove dall'assunto secondo cui, nei casi in cui la sentenza non sia dotata di immediata efficacia esecutiva (per esempio, in caso di sentenza di condanna alle restituzioni o al risarcimento dei danni ottenuta in sede penale oppure di sentenze diverse da quelle di condanna, come quelle costitutive), le esigenze di tutela sarebbero salvaguardate attraverso la sopravvivenza della misura cautelare alla sentenza di accoglimento. Senza contare, poi, sempre secondo l'orientamento in esame, le ipotesi in cui il giudice dell'impugnazione ritenga di sospendere, in tutto o in parte, l'efficacia esecutiva o l'esecuzione della sentenza impugnata, lasciando in tal modo del tutto privo di tutela il soggetto vittorioso in primo grado; d'altra parte, il legislatore, nel disciplinare in modo così analitico le ipotesi di inefficacia delle misure cautelari, sembra "aver voluto lasciare aperta la questione della sopravvivenza o meno della misura cautelare alla sentenza favorevole al suo beneficiario, e così lasciare libero l'interprete di adottare in proposito la soluzione più adeguata alle esigenze pratiche". Nel senso della sopravvivenza delle misure cautelari alla sentenza di accoglimento, v. altresì TARZIA-SALETTI, voce "Processo cautelare", cit., 858; VERDE-DI NANNI, *Codice di procedura civile*, Torino, 1993, 491.

Volgendo, tuttavia, lo sguardo ai provvedimenti presidenziali, si osserva che, se l'art. 669-*novies* c.p.c. può operare nei casi, statisticamente improbabili, di rigetto della domanda di separazione o divorzio³⁶⁹, essa potrà anche essere applicata nell'ipotesi in cui, accertati i presupposti che portano all'attenuazione o allo scioglimento del vincolo coniugale, venga ad esempio escluso o ridotto il diritto al mantenimento di uno dei coniugi³⁷⁰. L'applicazione della norma poc'anzi richiamata determinerà, infatti, una immediata parziale dichiarazione di inefficacia e quindi una riduzione di quanto disposto dai provvedimenti presidenziali.

³⁶⁹ In passato, la ragione che aveva spinto taluni autori ad affermare la sopravvivenza dei provvedimenti presidenziali alla decisione di primo grado era la vigenza del solo procedimento di separazione giudiziale per colpa; non era infrequente, infatti, il rigetto della domanda di separazione, di talché, aderendo all'opposta ricostruzione, si sarebbe verificata l'assurda conseguenza che la parte soccombente sarebbe risultata di fatto vittoriosa per il venir meno dei provvedimenti presidenziali (cfr. SATTA, *op.ult.cit.*, 315). Dopo la riforma del diritto di famiglia e l'introduzione della separazione giudiziale fondata sul requisito oggettivo dell'intollerabilità della convivenza, il rigetto della domanda di separazione è rimasta un'ipotesi del tutto remota.

³⁷⁰ Si veda SALVANESCHI, *Natura cautelare dei provvedimenti presidenziali*, cit., 534, per la quale la sentenza che dichiara in tutto o in parte inefficace la misura provvisoria dovrà anche disporre le opportune misure restitutorie, sempre in forza dell'art. 669-*novies* c.p.c.; conf. TOMMASEO, *op.ult.cit.*, 577; CEA, *Crisi del matrimonio e tutela sommaria*, cit., 1192, il quale, facendo leva sull'art. 189, 2° comma disp.att.c.p.c., rileva che, se è vero che bastano nuove misure provvisorie a sostituire quelle prese nel processo estinto, a maggior ragione deve ritenersi che i provvedimenti in questione debbano svanire tutte le volte che intervenga la decisione di merito; BIANCHI, *Sulla natura, la durata e gli effetti*, cit., 605, il quale rileva che l'allentamento della strumentalità delle misure cautelari consente, in astratto, di ricondurre l'ordinanza ex art. 708 entro l'ambito della tutela cautelare; di talché l'ordinanza presidenziale, lungi dal regolare i rapporti dei coniugi in conflitto sino al passaggio in giudicato della sentenza definitiva, perde efficacia quando il diritto all'assegno sia negato da una sentenza di merito, ancorché non passata in giudicato. In linea generale, affermano che la sentenza, anche di accoglimento, determina l'assorbimento della misura cautelare e quindi la sua caducazione, OBERTO, *Il nuovo processo cautelare*, Milano, 1992, 93; TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 271 ss.; MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 120 ss.; DINI-MAMMONE, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 505, secondo cui la sentenza provvisoriamente esecutiva assorbe il provvedimento che reca la misura cautelare, ma, in caso di sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza, risorge la situazione di pericolo che aveva raccomandato la concessione della cautela, di modo che lo stesso provvedimento riacquista la sua ragion d'essere; v. altresì, ma con riferimento ad una particolare fattispecie, DOMINICI, *Quando il sequestro giudiziario di beni nuoce al sequestrante* cit., spec. 1840, secondo cui il problema del rapporto tra il provvedimento cautelare e la sentenza che accerta l'esistenza del diritto merita di essere risolto, non già alla luce della disciplina, cautelare, ma in relazione agli istituti di tutela provvisoria che possono applicarsi nelle varie fasi di impugnazione dopo la pronuncia della sentenza favorevole. Sui diversi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali v. VIGNERA, *Sui rapporti tra provvedimento d'urgenza e sentenza di merito (alla ricerca di una soluzione ragionevole)*, in *Riv.Dir.Proc.*, 1993, 504 ss.; più di recente, v. GIORDANO, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da COMOGLIO, CONSOLO, SASSANI, VACCARELLA, VII, tomo I, sub. art. 669 *novies* c.p.c., Torino, 2014, 1241 ss.

Senonché, le pronunce giurisprudenziali sopra richiamate, pur muovendo proprio dalla natura cautelare dell'ordinanza presidenziale, giungono ad ammettere la sopravvivenza di tale provvedimento sino al passaggio in giudicato della sentenza.

Le osservazioni svolte dimostrano come l'art. 669-*novies* c.p.c. non fornisca un dato letterale stringentemente decisivo ai fini della risoluzione della questione che ci occupa; invero, pur partendo dalla stessa premessa – l'inquadramento dell'ordinanza presidenziale nell'ambito della tutela cautelare – si è giunti ad ammettere o negare la sopravvivenza del provvedimento alla sentenza di primo grado.

Per contro, se, come si è tentato di dimostrare, è alla ricostruzione dell'ordinanza in chiave anticipatoria-interinale che va accordato favore, le conclusioni devono essere necessariamente nel senso dell'assorbimento dei provvedimenti presidenziali nella sentenza che definisce il giudizio di primo grado. Lo studioso che, con dovizia di argomenti, ha sostenuto per primo la natura anticipatoria-interinale dell'ordinanza *de qua*, ha da tempo messo in rilievo che i provvedimenti presidenziali *“non rispondono al pari di quelli cautelari, alla principale esigenza di assicurare la “fruttuosità pratica” del provvedimento definitivo, ma rispondono all’esigenza di dettare subito, sia pure senza un vero e proprio accertamento, quello statuto familiare che costituisce lo scopo del giudizio.[...]. (Il provvedimento cautelare) deve logicamente permanere in vita fino al formarsi di quel giudicato la cui fruttuosità è destinato ad assicurare, mentre non si vede perché la stessa durata dovrebbe essere attribuita ad un provvedimento che, come quello in esame, non ha altro fine all’infuori di quello di fare provvisoriamente le veci dell’emananda sentenza”*³⁷¹. Sulla scorta di simili considerazioni, l'A. è giunto ad enunciare il principio generale secondo cui *“la semplice pronuncia della sentenza di merito è sufficiente – indipendentemente dalla sua efficacia esecutiva – a togliere di mezzo ogni altro*

³⁷¹ Così si esprime MANDRIOLI, *I provvedimenti presidenziali*, cit., 139-140.

*provvedimento di merito pronunciato anteriormente nello stesso processo ed in ordine al medesimo rapporto sostanziale*³⁷².

Più in generale, gli effetti prodotti da un qualunque provvedimento anticipatorio non sopravvivono alla pronuncia del provvedimento anticipato, in quanto *“intervenendo sul medesimo oggetto sul quale è già intervenuto, sia pure provvisoriamente, il provvedimento interinale, al quale è legata da un rapporto di anticipatorietà, la sentenza finale di primo grado si sostituisce sempre al provvedimento anticipatorio, o per confermare in maniera definitiva l'accertamento del diritto e gli effetti in esso contenuti, o per disporre la revoca del provvedimento, in quanto riconosce l'inesistenza della pretesa fatta valere con l'azione originaria*³⁷³.

Una volta pronunciata la sentenza di primo grado, dunque, il provvedimento anticipatorio (*id est*: l'ordinanza presidenziale o quella assunta dal giudice istruttore) non ha più ragion d'essere e viene caducato per effetto della semplice pronuncia della sentenza di merito.

Le nuove disposizioni, contenute nella pronuncia di merito, si sostituiscono immediatamente al provvedimento presidenziale, a prescindere dal passaggio in giudicato della decisione, in quanto l'ordinanza viene attratta nella sentenza di merito in ragione della sua

³⁷² MANDRIOLI, *Sull'efficacia della sentenza di primo grado non esecutiva che accoglie parzialmente l'opposizione a decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo*, in *Riv.Dir.Proc.*, 1968, 698 ss., in part. 708; ID., *Separazione per ordinanza presidenziale?*, *ivi*, 1972, 204 ss. L'A. segnala l'inconveniente cui potrebbe dar luogo la presente soluzione, e cioè il fatto che la famiglia potrebbe restare priva di una disciplina fondata su un titolo esecutivo per tutto il giudizio di secondo grado; tuttavia, ritiene che l'inconveniente sia più apparente che reale, in quanto, se si esclude l'ipotesi del rigetto della domanda, nella maggior parte dei casi la sentenza di primo grado detterà una disciplina della famiglia che non sarà totalmente in contrasto con quella contenuta nell'ordinanza presidenziale, di talché l'effetto caducante non investirà tutta l'ordinanza ma soltanto quelle disposizioni in contrasto con la nuova disciplina (a titolo di esempio, in caso di riduzione dell'assegno di mantenimento in favore della moglie, quest'ultima potrà pretendere, durante il giudizio d'appello, in via esecutiva soltanto l'importo riconosciuto in sentenza). Cfr. altresì MANDRIOLI-CARRATTA, *Diritto processuale civile*, cit., 102, nota 57, il quale rileva che, se in passato era discusso se l'inefficacia dell'ordinanza derivasse solo da una sentenza passata in giudicato (o almeno esecutiva, perché pronunciata in secondo grado o munita di clausola) o anche da una sentenza di primo grado non esecutiva, dopo la L. 353/1990 e la sopravvenuta generalizzazione dell'esecutività delle sentenze di primo grado il problema è ormai superato.

³⁷³ Sono parole di CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., 454-455, il quale conclude affermando che il provvedimento anticipante non sopravvive mai alla pronuncia del provvedimento anticipato, anche se il legislatore tacesse sul punto.

funzione anticipatoria. Come è stato giustamente osservato, se la parola “temporanei” usata nell’art. 708 c.p.c. ha un senso, “*esso significa che i provvedimenti in esso contenuti sono a termine e quindi perdono efficacia nel momento in cui viene definitivamente disposta la separazione*”³⁷⁴.

In proposito, si potrebbe obiettare che l’art. 189 disp.att.c.p.c. non consente di pervenire a simili conclusioni, giacché prevede la sopravvivenza dei provvedimenti presidenziali all’estinzione del processo; *ergo*: se l’ordinanza è destinata a durare anche oltre l’estinzione del procedimento, a maggior ragione dovrebbe conservare efficacia oltre la sentenza di primo grado. A tale obiezione può, tuttavia, contrapporsi il rilievo che la norma in questione, lungi dall’introdurre una generalizzata ultrattività dei provvedimenti presidenziali, trova applicazione soltanto nell’ipotesi in cui i coniugi non abbiano più inteso coltivare la procedura, provocandone l’estinzione³⁷⁵.

Di contro, proprio la disposizione testé richiamata, dettata allo scopo di venire incontro “*all’esigenza di non lasciare senza un regolamento della famiglia quei coniugi che, postisi in stato di separazione provvisoria, abbiano poi, per un motivo qualsiasi, lasciato estinguere il processo*”³⁷⁶,

³⁷⁴ Così MONTELEONE, *op.cit.*, 1256.

³⁷⁵ Conf. SCARDULLA, *op.cit.*, 828; MANDRIOLI, *Sentenza di primo grado non provvisoriamente esecutiva*, cit., 308. Critiche a tale impostazione sono state sollevate da CIPRIANI, *I provvedimenti presidenziali*, cit., 296 ss., secondo cui è dubbio che l’art. 189 disp.att. si riferisca alla estinzione del procedimento di primo grado; per sostenerlo bisognerebbe dimostrare che i provvedimenti presidenziali siano travolti da ogni sentenza di primo grado, anche se di mero rito. L’A. conclude affermando che l’art. 189 disp.att. non ha dato all’ordinanza nulla che essa già non avesse e questa norma sta a dimostrare che non è possibile sostenere che la funzione dell’ordinanza è quella di “ovviare al ritardo col quale viene pronunciata la sentenza di primo grado”. E’ bene, tuttavia, precisare che, al tempo in cui scriveva l’A., le sentenze di primo grado non erano provvisoriamente esecutive; ed infatti, nelle pagine successive si legge: “*tutt’altro discorso deve invece farsi per la sentenza provvisoriamente esecutiva [...] la sentenza prevale sull’ordinanza, sia perché uno stesso rapporto non può essere disciplinato da due titoli aventi pari efficacia esecutiva, sia perché, se non prevalesse, si giungerebbe praticamente a negare che le sentenze di separazione possano utilmente essere dichiarate provvisoriamente esecutive per i c.d. effetti secondari*” (pag. 305).

³⁷⁶ MANDRIOLI, *I provvedimenti presidenziali*, cit., 145; per CEA, *Crisi del matrimonio e tutela sommaria*, cit., 1192, la *ratio* originaria di tale previsione era quella di convincere i coniugi ad accontentarsi delle misure provvisorie e a lasciare estinguere il giudizio di separazione, e ciò al fine di impedire la lievitazione delle statistiche sulla separazione. Oggi, invece – prosegue l’A. – si deve affermare che il legislatore non vuole che i componenti della famiglia restino, sia pure per un attimo, privi di quella tutela fornita dai provvedimenti provvisori ed urgenti.

fornisce un appiglio normativo alla tesi qui patrocinata. Per vero, se la pronuncia di una nuova ordinanza da parte del presidente o del giudice istruttore a seguito della riproposizione del ricorso per separazione personale dei coniugi è sufficiente a caducare i precedenti provvedimenti presidenziali, può ricavarsi *a fortiori* che la pronuncia della sentenza di primo grado (fonte di livello sicuramente superiore rispetto all'ordinanza del presidente o del giudice istruttore) sia in grado di superare ed assorbire il precedente provvedimento interinale³⁷⁷.

La tesi in esame è ulteriormente suffragata, sul piano normativo, da un'altra circostanza di non poco momento. La l. 353/1990, parallelamente alla modifica dell'art. 282 c.p.c., ha soppresso l'inciso "con sentenza passata in giudicato" contenuto nel vecchio testo dell'art. 336 c.p.c., risolvendo la dibattuta questione relativa alla decorrenza degli effetti (dal giorno della pubblicazione o da quello del passaggio in giudicato) della pronuncia relativa alla restituzione delle somme pagate alla controparte in esecuzione della sentenza riformata. Ebbene, tutte le modifiche apportate si incuneano nella medesima direzione, quella cioè di attribuire immediata efficacia alla pubblicazione della sentenza, senza doverne attendere il passaggio in giudicato.

Se questi rilievi sono esatti, ne deriva che, se si vuol risolvere il quesito intorno alla durata dei provvedimenti presidenziali, è al momento della pronuncia della sentenza di primo grado che si deve far riferimento, e non già a quello del suo passaggio in giudicato. Diversamente opinando, si dovrebbe altresì giustificare il paradosso per cui, mentre tra due provvedimenti a cognizione piena (la sentenza di primo grado e di secondo grado), viene chiaramente accordata prevalenza al secondo, in caso di contrasto tra il provvedimento sommario e quello a cognizione piena (cioè il provvedimento presidenziale - o assunto dal giudice istruttore - e la sentenza di primo grado), dovrebbe prevalere il primo³⁷⁸. Eliminato tale paradosso, pare evidente che l'ordinanza presidenziale, connotata dal carattere provvisorio e temporaneo, sia caducata per effetto della sopravvenienza di un altro provvedimento (la sentenza di

³⁷⁷ In questo senso v. CEA, *Crisi del matrimonio e tutela sommaria*, cit., 1192.

³⁷⁸ In tal senso v. BIANCHI, *Sulla natura, la durata e gli effetti*, cit., 603.

primo grado), oltre che – in caso di estinzione del processo a norma dell'art. 189 disp.att. c.p.c. - da una successiva ordinanza che, rispetto al primo provvedimento, “*presenta la sola differenza (o se si vuole, il solo vantaggio) di essere più recente*”³⁷⁹.

Ora, dalle considerazioni sopra svolte può arguirsi che, dopo la pubblicazione della sentenza di primo grado ed il conseguente venir meno dei provvedimenti “temporanei ed urgenti”, le eventuali esigenze cautelari, sopraggiunte nello *spatium temporis* tra la pronuncia della sentenza e le successive fasi di impugnazione, potranno trovare adeguata tutela soltanto attraverso il ricorso al provvedimento d’urgenza. Come ognuno avverte, infatti, il bisogno di tutela urgente può emergere in ogni stato e grado del giudizio: così non soltanto nella pendenza dei termini per impugnare ma anche durante lo svolgimento delle singole impugnazioni, ivi compreso il giudizio in Cassazione³⁸⁰.

Ove si consideri che, nell’ambito del giudizio d’appello, non sembra applicabile l’art. 709, 3° comma c.p.c. (che prevede la revoca e modifica dei provvedimenti presidenziali da parte del giudice istruttore), in quanto norma di carattere eccezionale³⁸¹ e, come tale, di stretta interpretazione, deve concludersi che l’unico strumento concretamente utilizzabile dai coniugi per modificare l’assetto familiare in funzione delle mutate condizioni fattuali è rappresentato dal provvedimento cautelare atipico.

Contro tale tesi si potrebbe, tuttavia, eccepire che una sentenza collegiale, emessa all’esito di un procedimento a cognizione piena, finirebbe per essere modificata da un provvedimento sommario cautelare, in palese contrasto proprio con il principio, cui si è inteso qui aderire, secondo cui un provvedimento sommario non può prevalere su una pronuncia di merito. Ad onor del vero, non si tratta qui di accordare preferenza ad una misura sommaria rispetto alla sentenza di merito, né di modificare la statuizione contenuta in una sentenza resa a cognizione piena attraverso un provvedimento meramente sommario; si tratta più semplicemente di adeguare la situazione familiare alle sopravvenute

³⁷⁹ Cfr. ancora MANDRIOLI, *Per una nozione strutturale*, cit., 561.

³⁸⁰ In questi esatti termini v. TOMMASEO, voce “*Provvedimenti di urgenza*”, cit., 874.

³⁸¹ Così CIPRIANI, *I provvedimenti presidenziali*, cit., 308, con riferimento al vecchio art. 708, 4° comma c.p.c.

esigenze cautelari, manifestatesi nelle successive fasi di impugnazione³⁸², di modulare cioè le statuizioni accessorie contenute nella sentenza in funzione del *novum* sopravvenuto dopo la sua pronuncia. Naturalmente, ciò che verrà modificato non è lo *status* personale dei coniugi, ma le statuizioni di carattere accessorio, che possono subire un'evoluzione nel corso delle varie fasi di impugnazione. Orbene, ove si convenga con simili conclusioni, dovrà ritenersi legittimo il ricorso alla tutela cautelare innominata anche nel giudizio di impugnazione della sentenza di separazione personale dei coniugi, così come è comunemente ammessa la pronuncia di misure cautelari in sede d'appello³⁸³.

Analogamente, le esigenze cautelari potrebbero sopraggiungere in pendenza dei termini per l'impugnazione in cassazione o nel corso del giudizio innanzi alla stessa Corte; in tal caso, dovrà parimenti ammettersi la possibilità di far valere le sopravvenienze in fatto o in diritto attraverso un ricorso d'urgenza, non essendo ipotizzabile che le

³⁸² Del medesimo avviso, BIANCHI, *Il giudizio di modificazione*, cit., 138, il quale precisa che non si tratta in questo caso di censurare l'operato del giudice di primo grado, si tratta invece di adeguare il provvedimento da quest'ultimo emanato sulla base di elementi per definizione in precedenza non utilizzabili.

³⁸³ In questo senso si vedano OLIVIERI, *I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile*, cit., 697 ss., il quale sottolinea che l'art. 669 *quater* c.p.c. ha avuto cura di disciplinare l'ipotesi in cui la richiesta di provvedimento cautelare venga avanzata dopo l'emanazione della sentenza e in pendenza del termine per impugnare, attribuendo la competenza al giudice *a quo*; tuttavia – osserva l'A. – la legge non prevede il caso in cui il provvedimento cautelare sia chiesto in pendenza del giudizio d'appello. In tal caso, secondo l'A., la competenza appartiene al collegio e, in sede di reclamo avverso la misura cautelare, l'incompatibilità di cui all'art. 669 *terdecies* c.p.c. dovrebbe operare non per il *singolo* giudice, ma per l'intera (sezione della) corte; MUSCARDINI, *Giurisdizione e competenza*, in TARZIA-SALETTI, *Il processo cautelare*, cit., 319 ss., in part. 362, la quale ricava parimenti dall'art. 669 *terdecies* c.p.c. la regola per cui la Corte d'Appello deve pronunciarsi sull'istanza cautelare in composizione collegiale; TARZIA-SALETTI, voce "*Processo cautelare*", cit., 840; LUISSO, *Diritto processuale civile*, IV, cit., 186; MERLIN, *Variazioni sui rapporti*, cit., 952, nota 8, per un accenno sull'ammissibilità delle misure cautelari in appello.

Nello specifico, a favore dell'ammissibilità del provvedimento d'urgenza durante lo svolgimento dei giudizi di impugnazione, si è espresso VULLO, *Procedimenti in materia di famiglia*, cit., 238-239, il quale osserva che il tempo tra la pubblicazione della decisione di primo grado e il formarsi della cosa giudicata può essere anche molto lungo; di talché, il rimedio previsto all'art. 700 cod. proc. civ. rappresenta l'unico strumento a disposizione delle parti per far valere fatti nuovi che sopravvengano dopo l'ultimo momento utile per dedurli nel processo di appello, o in pendenza del termine per proporre ricorso alla Suprema Corte, o durante il corso del giudizio innanzi a tale organo; conf. BIANCHI, *Il giudizio di modificazione*, cit., 138.

parti restino prive di tutela durante lo svolgimento di tale giudizio³⁸⁴, peraltro notoriamente assai lungo.

7. Considerazioni conclusive.

A questo punto, è possibile tirare le fila del discorso in merito all'ammissibilità del provvedimento d'urgenza in pendenza di un giudizio di separazione o di divorzio. Sulla scorta dei rilievi sopra svolti, si può dunque concludere nel senso dell'ammissibilità della tutela cautelare innominata nelle seguenti ipotesi: a) tra la data di deposito del ricorso introduttivo e la data dell'udienza presidenziale; b) in caso di omessa pronuncia dei provvedimenti presidenziali a causa di un difetto di competenza o di altro vizio in rito, che non consenta di giungere ad una pronuncia di merito; c) dopo la pubblicazione della sentenza di separazione (o divorzio).

Il quadro appena tracciato consente, da un lato, di escludere una indiscriminata applicazione della procedura cautelare atipica nel corso di

³⁸⁴ In questo caso, il problema che si pone è quello di determinare il giudice competente ad emettere la misura cautelare; secondo la dottrina maggioritaria la struttura del giudizio in cassazione, tendenzialmente circoscritto ai profili di legittimità ed idoneo ad attività istruttorie, suggerisce di attribuire la competenza al giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata. In tal senso v. TARZIA-SALETTI, voce "Processo cautelare", cit., 840; GUARNIERI, *Art. 669-quater c.p.c.*, in *Provvedimenti urgenti per il processo civile: Legge 26 novembre 1990, n.353, come modificata dalla legge 21 novembre 1991, n. 374. Commentario*, a cura di TARZIA-CIPRIANI, Padova, 1993, 305; MUSCARDINI, *Giurisdizione e competenza*, cit., 363. V., tuttavia, CONSOLO, *Art. 669-quater codice di procedura civile, Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, 598 ss., per il quale, dopo la riforma dell'art. 384 c.p.c., si potrebbe sostenere che il Supremo Collegio sia competente ai sensi dell'art. 669 quater c.p.c. per le misure cautelari richieste in pendenza del giudizio di legittimità. In giurisprudenza, aderiscono all'opinione maggioritaria: Trib. Roma, 11 novembre 1998, in *Giur.Merito*, 1999, 227; App. Genova, 11 luglio 1997, in *Giur.It.*, 1998, 2078, con nota di richiami dottrinali; *contra*, tuttavia, App. Torino, 9 aprile 2008, *ivi*, 2009, 690, con nota critica di FRUS, *Sull'affermata competenza della Corte di cassazione a pronunciare su domanda cautelare proposta in pendenza del giudizio per cassazione*, che, con una decisione priva di precedenti editi, si dichiara incompetente a decidere una domanda cautelare proposta in pendenza del giudizio di cassazione, ritenendo competente la stessa Corte di cassazione. La decisione della Corte torinese si fonda essenzialmente sulla circostanza per cui, quando la Suprema Corte riceve un'istanza cautelare e non sono necessarie attività istruttorie, decide nel merito anche il cautelare a norma dell'art. 384, secondo comma c.p.c.; se invece sono necessarie attività istruttorie, la Corte rinvierà il tutto, compreso il cautelare al giudice di rinvio. In proposito, occorre ricordare che la Consulta (Corte Cost., 20 dicembre 1996, n. 405, in *Giur.It.*, 1997, I, 188) ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli artt. 383, 669 *ter*, *quater*, *quinquies* c.p.c., nella parte in cui non consentirebbero di individuare il giudice competente a conoscere delle domande cautelari durante la pendenza del giudizio per cassazione, ritenendo che tale individuazione sia possibile attraverso gli ordinari strumenti ermeneutici.

un procedimento – quello di separazione o di divorzio - all'interno del quale le esigenze di tutela appaiono già ampiamente assolte dagli strumenti tipici forgiati dal legislatore; dall'altro, di ammettere, sia pur nei ristretti limiti sopra evidenziati, il ricorso al provvedimento ex art. 700 c.p.c. al fine di colmare quei vuoti di tutela che, in assenza di altri rimedi, possano dar vita ad un pregiudizio imminente ed irreparabile.

La tesi poc'anzi esposta avrebbe il pregio di temperare le opposte esigenze, cui si faceva cenno in apertura: per un verso, quella di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale in qualsiasi momento in cui essa venga invocata; per l'altro, quella di rispettare il principio di residualità o sussidiarietà che connota la disciplina del provvedimento atipico.

Certo, l'accoglimento della tesi qui sposata potrebbe comportare problemi sistematici di coordinamento tra l'ordinanza ex art. 700 c.p.c. ed i successivi provvedimenti presidenziali (in caso di pronuncia del provvedimento d'urgenza prima dell'udienza presidenziale), problemi ulteriormente aggravati dalla previsione di diverse forme di reclamo avverso le due ordinanze. Come è facilmente intuibile, infatti, aver riconosciuto l'ammissibilità del provvedimento d'urgenza, sebbene nei ristretti limiti di cui sopra, importa inevitabilmente la possibilità di interporre reclamo cautelare, il che potrebbe ulteriormente complicare i già delicati rapporti tra differenti rimedi.

Tuttavia, a prescindere dal fatto che si tratterebbe di ipotesi applicative probabilmente marginali, non si intende qui disconoscere i risultati cui ha condotto la presente indagine, dettati da una interpretazione costituzionalmente orientata della tutela cautelare atipica e delle norme in materia di separazione o divorzio.

Simile conclusione trova, peraltro, puntuale conferma nell'applicazione analogica del principio che regola i rapporti tra misure cautelari e decisione di merito; la pronuncia dei provvedimenti presidenziali, infatti, supera le esigenze cautelari e travolge il provvedimento d'urgenza, così come il provvedimento cautelare diviene inefficace a seguito della

pronuncia della decisione di merito³⁸⁵. Come si è visto *supra*, infatti, l'ordinanza presidenziale è assorbita dalla sentenza di merito, la quale si sostituisce *in toto* al provvedimento anticipatorio; allo stesso modo, deve ritenersi che il provvedimento d'urgenza esaurisce la sua funzione con la pronuncia dell'ordinanza presidenziale, la quale assicura analoga tutela ai coniugi ed alla prole.

In definitiva, per evitare problematiche sovrapposizioni, il coordinamento tra i due strumenti può essere operato nel senso che, una volta pronunciati i provvedimenti presidenziali, la tutela cautelare d'urgenza verrà soppiantata dalla regolamentazione provvisoria contenuta nell'ordinanza presidenziale, la quale potrà confermare o modificare le precedenti statuizioni, predisposte in un contesto d'urgenza tale da non poter attendere la celebrazione dell'udienza presidenziale.

³⁸⁵ In proposito, v. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 271 ss.; ID., voce "Provvedimenti di urgenza", cit., 881 ss, il quale, attribuendo natura anticipatoria al provvedimento ex art. 700 c.p.c., osserva che "se è vero che la misura urgente è volta ad assicurare gli effetti della sentenza di merito durante il tempo occorrente per far valere il diritto in via ordinaria, bisogna concludere che il provvedimento cautelare anticipato esaurisce la propria funzione con la pronuncia del provvedimento anticipato e ciò non soltanto quando la sentenza di merito nega l'esistenza del diritto cautelato, ma anche nell'ipotesi in cui quest'ultimo viene positivamente accertato"; conf. OBERTO, *Il nuovo processo cautelare*, cit., 94, afferma che la funzione anticipatoria dei provvedimenti d'urgenza, che giustifica l'intrinseca esecutorietà della misura cautelare, viene ad esaurirsi nel momento in cui l'autorità giudiziaria emana un provvedimento dotato di esecutività a seguito di un giudizio a cognizione piena. Sui rapporti tra provvedimento d'urgenza e sentenza di merito, v. altresì VIGNERA, *op.cit.*, 504 ss., il quale, criticando sia la teoria della stabilità del provvedimento d'urgenza sino al giudicato, sia quella che ne afferma la stabilità sino alla sentenza di merito, conclude in questi termini: la misura urgente: a) resta caducata, se sopravviene una sentenza (anche di primo grado) accertante l'inesistenza del diritto cautelato; b) sopravvive, se subentra una pronuncia di merito dichiarativa dell'esistenza del diritto stesso, ma ancora improduttiva dei suoi effetti tipici; c) resta assorbita nella sentenza accertante la sussistenza di quel diritto, allorché essa sia efficace (produttiva, cioè, ex se degli stessi effetti già anticipati e/o assicurati in via d'urgenza).

CAPITOLO 5

CONCLUSIONI

1. Brevi riflessioni conclusive.

A conclusione della presente indagine, pare doveroso svolgere alcune brevi riflessioni in merito ai risultati dell'analisi sin qui svolta e, più in generale, allo stato del nostro sistema di diritto familiare, come risultante per effetto della incessante (e tumultuosa) stratificazione normativa che lo ha interessato negli ultimi anni.

Invero, il disorientamento dello studioso che si accosti alla materia familiare è dovuto proprio alla difficoltà di ricostruire compiutamente il sistema normativo; un sistema che non solo è in continuo divenire, ma che è frutto di una serie di riforme sovente attuate con decretazione d'urgenza o con interventi normativi disorganici, confusionari e non coordinati tra loro. L'istituzione familiare è, infatti, quella che più ha risentito, rispetto ad altri istituti, di una continua e convulsa legiferazione: dalla legge sul divorzio del 1970, alla riforma del diritto di famiglia del 1975, alla modifica della legge sul divorzio del 1987, all'avvicinarsi di leggi nell'ultimo decennio (la riforma attuata con la legge 80 del 2005, la legge sull'affidamento condiviso del 2006, la riforma della filiazione naturale degli anni 2012-2013), sino ad arrivare al recente d.l. 132/2014, che conclude (per il momento) questo lungo *iter* normativo.

Se, per un verso, tale frenetico susseguirsi di leggi pare legittimato dall'esigenza di adeguare le norme del diritto di famiglia all'evolversi delle norme del costume e dei precetti della morale³⁸⁶, dall'altro, il quadro normativo di riferimento, frutto di questo accavallarsi di interventi legislativi, crea inevitabilmente difformità di interpretazioni e, soprattutto, di applicazioni pratiche. Il che è un vero peccato, *“se si pensa che la delicatezza del tema del contendere richiederebbe forse in misura*

³⁸⁶ Osserva TOMMASEO, *La separazione giudiziale: basta volerla per ottenerla*, cit., 38, richiamando quanto scriveva Jemolo, che le norme del diritto di famiglia, e la loro interpretazione, sono il riflesso delle norme del costume e dei precetti della morale, fonte quindi di diritti e di doveri il cui contenuto è variabile nel tempo poiché subisce la costante evoluzione del costume e della coscienza sociale.

*maggior rispetto ad altre materie l'uniformità dell'interpretazione giurisprudenziale*³⁸⁷.

L'interprete si trova, pertanto, a dover affrontare il compito assai arduo di districare i nodi lasciati irrisolti dal legislatore, al fine di garantire nel processo familiare – ove “*la babele dei linguaggi impera*”³⁸⁸ – quella certezza del diritto che qui, più che in altri settori, dovrebbe regnare.

E' in questo contesto che si inserisce l'indagine sin qui svolta circa l'ammissibilità della tutela cautelare atipica nell'ambito della crisi della famiglia; il provvedimento d'urgenza, infatti, proprio in questo contesto, eroga oggi, ancor più che in passato, quella tutela che talvolta appare necessitata dalle lacune normative o da un frammentario ed asistemico quadro legislativo. In questo risiede l'indubbio successo dello strumento cautelare atipico, legato alla sua grande capacità di espansione, oltre i limiti originariamente pensati dai *conditores* del 1942; uno strumento che “*è capace di riempirsi di un nuovo contenuto a seconda delle necessità del caso concreto, mostrandosi in grado di dare risposta a nuove invocazioni di tutela, che non rientrano nelle azioni tradizionali*”³⁸⁹.

Questa è la ragione che ha indotto chi scrive ad affrontare il tema in oggetto e costituisce altresì la premessa dalla quale ha preso avvio la presente ricerca, i cui risultati si intende in questa sede brevemente riassumere. Il dato di partenza della presente indagine, infatti, è rappresentato dalla constatazione che il provvedimento d'urgenza ha il pregio di aver saputo garantire, forse anche oltre le aspettative, i canoni dell'efficienza e della celerità, caratteristiche queste difficilmente rinvenibili in altre forme di tutela.

Muovendo da tale assunto di partenza, ossia la grande capacità di espansione del provvedimento d'urgenza, si è dunque passati ad esaminare le varie ipotesi di dissoluzione del nucleo familiare, al fine di

³⁸⁷ Son parole di SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, cit., 356.

³⁸⁸ L'espressione è di CECHELLA, *Reclamo, revoca e modifica*, cit., 230.

³⁸⁹ In questi esatti termini, SPACCAPELO, *Abuso di dipendenza economica e provvedimento d'urgenza*, in *Giur.It.*, 2007, 1739 ss., in nota a Trib. Trieste, 20 settembre 2006.

stabilire entro quali limiti fosse possibile il ricorso al provvedimento cautelare atipico *in subiecta materia*.

L'indagine è partita dalle ipotesi di crisi del rapporto coniugale, non ancora sfociata in un procedimento di separazione personale, ove, come si è visto, il legislatore ha previsto una vasta gamma di strumenti sommari a tutela dei singoli membri della famiglia in via di disgregazione; in simili ipotesi, si è giunti ad ammettere, sia pur in modo estremamente ridotto, il ricorso alla tutela cautelare d'urgenza, non essendo le varie misure sommarie idonee ad annientare tutti i *pericula* che possano minacciare le situazioni sostanziali coinvolte. In particolare, se il pericolo di infruttuosità può essere adeguatamente neutralizzato dalle varie forme di sequestro previste *ex lege* (sequestro conservativo ordinario di cui all'art. 671 c.p.c., sequestro giudiziario *ex art.* 670 c.p.c. e sequestro speciale di cui all'art. 146, terzo comma c.c.), non altrettanto può dirsi con riferimento al pericolo di tardività, che rende necessario il ricorso a misure sommarie in grado di fornire una rapida ed efficace tutela dei diritti a contenuto patrimoniale e che non tollera neppure i tempi necessari per l'attivazione del contraddittorio.

In tale prospettiva, si è dunque ipotizzato il ricorso alla tutela cautelare innominata, alla luce anche di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'istituto, al fine di ovviare al bisogno di tutela urgente che connota in special modo il settore delle controversie matrimoniali.

A conclusione di questa prima parte dell'indagine, è parso doveroso dedicare un fugace cenno al recente d.l. 132/2014, allo stato ancora caratterizzato da "*molteplici zona d'ombra*"³⁹⁰, che non sono state chiarite neppure dalla legge di conversione e che verosimilmente renderanno meno "appetibile" il ricorso ai due nuovi modelli legislativi³⁹¹

³⁹⁰ Così DANOVI, *Il d.l. n. 132/2014*, cit., 949, il quale taccia la recente riforma di sommarietà e superficiale pretesa di semplificare – mediante un insieme eterogeneo di disposizioni affrettate e non meditate appieno – i numerosi problemi che affliggono il processo civile.

³⁹¹ Mi riferisco, non solo ai nodi lasciati irrisolti dalla legge di conversione, ma anche allo "spauracchio" rappresentato dalla sanzione amministrativa pecuniaria da 2.000 a 10.000 euro che verrà irrogata all'avvocato che violi l'obbligo di trasmettere all'ufficiale dello stato civile del comune in cui il matrimonio è stato iscritto o trascritto copia autenticata dell'accordo, entro dieci giorni dal ricevimento del nulla osta da parte del pubblico ministero.

(la negoziazione assistita e l'accordo raggiunto dinanzi all'ufficiale dello stato civile), rendendo così vano l'intento deflattivo sotteso a questa ennesima riforma.

Preso atto dell'evoluzione della dimensione familiare e del venir meno di un interesse superiore della famiglia in quanto fondata sul matrimonio, la successiva indagine si è focalizzata sulla crisi delle c.d. unioni di fatto, all'interno delle quali possono sorgere le medesime esigenze di tutela sopra analizzate. In proposito, accolta con favore la tanto auspicata concentrazione delle competenze in capo ad un unico organo (il tribunale ordinario), si è tacciata di incoerenza la l. 219/2012 che, da un lato ha unificato la competenza e, dall'altro, non ha introdotto il medesimo rito applicabile in tema di affidamento e mantenimento dei figli nati all'interno e fuori del matrimonio; senza contare il mancato recepimento delle istanze provenienti da più parti circa l'introduzione di un "Tribunale per la famiglia" (o Sezione Specializzata), dinanzi al quale accorpate tutte le competenze civili in materia di disgregazione familiare e tutela dei minori.

In tale contesto, non si è mancato di stigmatizzare l'assenza di una previsione esplicita circa l'adozione di provvedimenti provvisori, assimilabili ai provvedimenti presidenziali assunti in sede di separazione o divorzio; assenza che ha già dato luogo, a quanto ci consta³⁹², a divergenti prassi applicative e che finisce, ancora una volta, per penalizzare i figli nati al di fuori del matrimonio, il cui bisogno di tutela è alla base delle stesse leggi di riforma del 2012-2013. Per tale motivo, si è ritenuto di dover ammettere, anche in tale ipotesi – e forse ancor più che altrove – il ricorso alla tutela cautelare atipica, a ciò non ostandovi né la forma del rito camerale – che ormai rappresenta la forma comunemente prescelta dal legislatore in questa materia – né la previsione di altre norme potenzialmente applicabili per analogia (gli artt. 336 c.c. e 710 c.p.c.).

³⁹² Ci si riferisce, a titolo di esempio, alle diverse prassi applicative invalse presso i Tribunali di Milano e Bergamo, i quali hanno scelto rispettivamente di ammettere e negare l'adozione di "provvedimenti provvisori" nel corso dei procedimenti volti al riconoscimento di un contributo al mantenimento in favore dei figli nati fuori dal matrimonio.

La parte centrale del presente lavoro è stata, infine, dedicata all'eventuale ammissibilità del provvedimento d'urgenza in pendenza dei procedimenti di separazione o divorzio; muovendo dalla natura non cautelare dei provvedimenti presidenziali, si è giunti ad ammettere il ricorso al provvedimento ex art. 700 c.p.c. prima della celebrazione dell'udienza presidenziale, nonché in ipotesi di mancata adozione dei provvedimenti presidenziali per un difetto di competenza (o altro vizio in rito). Di più, risolta in termini negativi la questione della sopravvivenza dei provvedimenti "temporanei ed urgenti" alla pubblicazione della sentenza di primo grado, si è ritenuto di ammettere il ricorso alla tutela cautelare innominata dopo la pronuncia della sentenza e nelle relative fasi di impugnazione.

Si è giunti così alla conclusione che, sebbene il legislatore abbia messo a disposizione di ciascuna parte una vasta gamma di misure sommarie, cautelari e non, le stesse non siano sempre idonee a neutralizzare tutti i possibili *pericula* che possono profilarsi e che, pertanto, sia pur entro ristretti limiti, pare ammissibile il ricorso alla tutela cautelare atipica.

Questa ricostruzione del sistema comporta inevitabilmente taluni aspetti problematici, tra i quali soprattutto il potenziale aumento del contenzioso generato da un proliferare di provvedimenti e di gravami; è evidente, infatti, che l'ammissibilità dello strumento cautelare d'urgenza importa, altresì, la possibilità di proporre reclamo ex art. 669 *terdecies* c.p.c. Tuttavia, simile conclusione, benché presenti profili di criticità, appare la più idonea a garantire appieno le esigenze di tutela nei confronti di tutti i membri della famiglia in via di disgregazione, assicurando il giusto equilibrio tra i principi di economia processuale e di salvaguardia dei diritti in materia familiare.

Ad onor del vero, la soluzione opposta – cioè il diniego della tutela cautelare atipica – sposata dalla prevalente giurisprudenza di merito, si fonda, più che su consistenti motivazioni giuridiche, su implicite ragioni "politiche" tese a preservare il sistema giustizia, già appesantito da un sovrabbondante contenzioso giudiziario.

Non a caso, negli ultimi anni il legislatore sembra esser mosso, più che da un intento di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale, da una

cronica necessità di smaltimento dell'arretrato giudiziario, privilegiando a tale scopo scelte alternative al processo ordinario, in luogo di soluzioni tese a renderne più efficienti i complicati meccanismi procedurali. Come è stato correttamente osservato, il ceto professionale dei giudici “*ormai perso in una defatigante guerra di numeri e dati statistici, rischia di dimenticare l'essenza del proprio ruolo: che è quello di far giustizia*”³⁹³. Ebbene, è proprio questo il rischio: perdere di vista l'obiettivo principale, che è (o dovrebbe essere) quello di garantire una celere ed efficace tutela alle parti nei casi di disgregazione del nucleo familiare, e non già quello di smaltire il contenzioso giudiziario.

In definitiva, un bilancio sull'intero sistema approntato dal legislatore in materia di crisi familiare non può che essere negativo, attesa la estrema frammentarietà e disorganicità della disciplina normativa, che finisce per alimentare prassi applicative divergenti, a tutto discapito degli utenti del servizio giustizia.

In una prospettiva *de iure condendo*, anziché prevedere un'ampia gamma di strumenti, cautelari o non, a disposizione delle parti in materia familiare, sarebbe preferibile introdurre una tutela generalizzata – quale è la tutela dispensata dal provvedimento ex art. 700 c.p.c. – che consentirebbe di coprire le “zone franche” inevitabilmente lasciate dalla previsione di specifici strumenti di tutela. E' evidente, infatti, che “*è un miraggio irraggiungibile la tendenziale completezza di un sistema cautelare integralmente sostenuto da provvedimenti cautelari tipici*”³⁹⁴.

La grande espansione del provvedimento d'urgenza ed i tentativi di renderlo applicabile, anche in materia familiare, in modo sempre più ampio ed indifferenziato, testimoniano la necessità di prevedere un sistema il più possibile generalizzato, in grado di assicurare una tutela rapida ed efficace a ciascun membro della famiglia in crisi, i cui diritti siano minacciati da un serio *periculum*.

Prima di concludere il presente lavoro, sia consentito un breve accenno alle ultime riforme “in cantiere”. E' di questi giorni, infatti, la notizia dell'approvazione dell'ennesimo d.d.l. sull'efficienza del processo civile

³⁹³ Così CEA, *Crisi del matrimonio e tutela sommaria*, cit., 1201.

³⁹⁴ L'espressione è di DITTRICH, *Il provvedimento d'urgenza*, cit., 292.

(predisposto dal Guardasigilli Andrea Orlando ed approvato dal Consiglio dei Ministri il 10.02.2015), che si propone di riformare organicamente il processo civile secondo parametri di maggiore efficienza e specializzazione.

Le novità principali, per ciò che qui rileva, consistono nell'introduzione del tanto agognato "Tribunale della famiglia e dei diritti delle persone", ossia nella realizzazione di una Sezione specializzata con competenza su tutti gli affari relativi alla famiglia, anche non fondata sul matrimonio, e su tutti i procedimenti allo stato non devoluti al tribunale per i minorenni; all'interno di tali sezioni specializzati, è prevista la presenza di tecnici formati nell'esperienza del tribunale per i minorenni, che garantiranno (almeno nelle intenzioni dei *conditores*) una maggiore specializzazione e professionalità nella trattazione delle cause di tale delicatezza.

Più in generale, la delega prevede altresì interventi diretti ad assicurare una riduzione dei tempi processuali in primo grado, attraverso un'anticipazione degli scambi di memorie al fine di giungere alla prima udienza con un quadro completo della lite, nonché in appello, con una maggiore chiusura nei confronti di nuove domande, eccezioni e prove, ed infine in Cassazione, con un uso più diffuso del rito camerale.

Ebbene, l'auspicio è che non si tratti, ancora una volta, di un intervento normativo meramente deflattivo o volto alla ricerca di soluzioni "extraprocessuali" dirette a smaltire l'arretrato del contenzioso giudiziario, bensì di un disegno organico, che tenda realmente a conseguire il dichiarato obiettivo di fare della durata del processo e della sentenza esiti assolutamente naturali e prevedibili. Un obiettivo di per sé assolutamente lodevole, che tuttavia, negli ultimi decenni, è stato perseguito con modalità non del tutto condivisibili.

Il quadro sin qui delineato, dunque, appare tutt'altro che definitivo, essendo ancora lunga la strada che porterà, ci si augura, all'efficienza del processo civile in materia familiare e che sarà oggetto di ulteriori e più approfonditi studi.

INDICE BIBLIOGRAFICO

1. ACONE M., *La tutela dei crediti di mantenimento*, Napoli, 1985.
2. AIELLO M. – GIACOBBE G. – PREDEN R., *Guida ai provvedimenti d'urgenza – Orientamenti e prassi della giurisprudenza in tema di art. 700 c.p.c.*, Milano, 1982.
3. ALPA G., *La famiglia di fatto: profili attuali*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1989, IV, 401
4. ALVINO , *Qualche osservazione sui presupposti per la concessione del sequestro giudiziario*, in *Giustizia Civile*, 1969, I, 2020.
5. ANDRIOLI V., *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964.
6. ANDRIOLI V., *Sull'“introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari” di Piero Calamandrei*, in *Foro Italiano*, 2009, V, 205.
7. ANNUNZIATA G., *Il processo nel diritto di famiglia*, Padova, 2005.
8. ANTONUCCIO, *I provvedimenti d'urgenza atipici*, Milano, 1990.
9. ARCERI A., *La Corte Costituzionale sui discussi limiti al reclamo contro i provvedimenti interinali nei giudizi di separazione e di divorzio*, in *Famiglia Diritto*, 2013, 2011, 553, in nota a Corte Cost., 11 novembre 2010, n. 322.
10. ARCERI A., *Sulla reclamabilità dei provvedimenti interinali nella separazione e nel divorzio*, in *Famiglia e Diritto*, 2007, 280.
11. ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Padova, 1985.
12. ASTONE F., nota a Pret. Cosenza, 11 dicembre 1991, in *Giurisprudenza Italiana*, 1992, I, 2, 496.
13. ATTARDI A., *Aspetti processuali del nuovo diritto di famiglia, Appendice al Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, Padova, 1977, I, 2, 972 ss.
14. ATTARDI A., *Le nuove disposizioni sul processo civile e il progetto del Senato sul giudice di pace*, Padova, 1991.
15. AZZOLINA U., *La separazione personale dei coniugi*, Torino, 1948.
16. BACCAGLINI L., *Concettuali chiusure ad ogni provvedimento d'urgenza, a tutela dei c.d. diritti potestativi ad esercizio giudiziale*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2003, 1395, in nota a Trib. Rovereto, 7 agosto 2002 (ord.).
17. BALBI, voce *Provvedimenti d'urgenza*, in *Dig.disc.priv.*, sez.civ., vol. XVI, Torino, 1997, 73 ss.
18. BALENA G., *Provvedimenti sommari esecutivi e garanzie costituzionali*, in *Foro Italiano*, 1998, I, 1541 ss.
19. BALESTRA L., *La famiglia di fatto*, Padova, 2004
20. BARONCINI V., *Su alcune interrelazioni tra il provvedimento interinale ex art. 446 c.c. e la tutela cautelare*, in *Famiglia e Diritto*, 2013, 1017, in nota a Trib. Milano, 3 aprile 2013.
21. BASILICO G., *Qualche osservazione in tema di divorzio su domanda congiunta*, in *Rivista Diritto Civile*, 1991, II, 259
22. BECCARI R., *Brevi note in tema di ammissibilità dei provvedimenti d'urgenza in materia di esecuzione forzata e sulla pignorabilità del danaro pubblico*, in *Giurisprudenza di Merito*, 1991, I, 81,

23. BERNARDINI M., *La convivenza fuori del matrimonio: tra contratto e relazione sentimentale*, Padova, 1992
24. BET E., *Sull'ammissibilità del reclamo ex art. 669 terdecies c.p.c. avverso i provvedimenti per i figli nel procedimento di separazione giudiziale*, in *Famiglia Diritto*, 2002, 631, in nota a Trib. Genova, 7 marzo 2002
25. BETTINI R.-PELLEGRINI F., *Circolo vizioso giudiziario o circolo vizioso legislativo? La durata dei procedimenti giudiziari in Italia*, in *Rivista Trimestrale Diritto e Procedura Civile*, 2000, 179 ss.
26. BIANCHI L., *Il giudizio di modificazione delle condizioni di separazione dei coniugi di cui all'art. 710 c.p.c.*, Napoli, 2012.
27. BIANCHI L., *In tema di esecutività immediata del decreto che modifica le condizioni di separazione dei coniugi*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2011, 1131, in nota a Trib. Catania, 25 maggio 2010.
28. BIANCHI L., *I provvedimenti presidenziali ex art. 708 c.p.c. tra reclamo, revoca e modifica*, in *Il Giusto Processo Civile*, 2009, 195.
29. BIANCHI L., *L'esecutività del provvedimento che modifica le condizioni di divorzio*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2014, I, 74, in nota a Cass., SS.UU., 26 aprile 2013, n. 10064.
30. BIANCHI L., *Sulla natura, la durata e gli effetti nel tempo del provvedimento presidenziale ex art. 708 c.p.c.*, in *Famiglia e Diritto*, 2007, 603.
31. BIANCHI D'ESPINOSA L., *Provvedimenti presidenziali ed incompetenza nel giudizio di separazione dei coniugi*, in *Giustizia Civile*, 1961, 2178
32. BORGHESI D., *La delocalizzazione del contenzioso civile: sulla giustizia sventola bandiera bianca?*, in www.judicium.it
33. BRECCIA U., *Separazione personale dei coniugi*, in *Digesto, Disc.priv., sez.civ.*, XVIII, Torino, 2000, 351 ss.
34. BRIGUGLIO A., *L'ottimistico decreto-legge sulla "degiurisdizionalizzazione" ed il trasferimento in arbitrato delle cause civili*, in *Rivista Arbitrato*, 2014, 633.
35. BUGETTI M.N., *Le rinunzie ai diritti contenute nell'accordo di separazione*, in *Rivista Trimestrale Diritto e Procedura Civile*, 2012, 957 ss.
36. BUGETTI M.N., *Nuovi modelli di composizione della crisi coniugale tra collaborative law e tutela della libertà negoziale*, in *Nuova Giurisprudenza Civile*, 2013, 269.
37. BUFFONE G. (a cura di), *Art. 700 c.p.c. e la procedura d'urgenza*, Milano, 2013.
38. BUFFONE G., *Processo civile: tutte le novità (d.l. 132/2014, conv. con mod., in l. 162/2014)*, in *Il civilista*, 2014
39. BUSETTO F., *L'assegno provvisorio ex art. 446 c.c. non può essere chiesto prima del giudizio di merito*, in *Giurisprudenza di Merito*, 2005, 251, in nota a Trib. Venezia, 28 luglio 2004.
40. CAIANI L., voce "*Analogia (teoria generale)*", in *Enciclopedia del Diritto*, II, 1958.
41. CALAMANDREI P., *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, ora in *Opere giuridiche*, IX, Napoli, 1983, 157 ss.

42. CALIENDO G., *Inefficacia della revoca unilaterale del consenso alla separazione*, in *Corriere Giuridico*, 1993, 205, in nota a Trib. Monza, 19 novembre 1992.
43. CALIENDO G., *Sulla revocabilità unilaterale del consenso alla separazione consensuale*, in *Famiglia Diritto*, 1996, 335, in nota a App. Napoli, 29 gennaio 1996 e Trib. Santa Maria Capua Vetere, 3 ottobre 1995.
44. CALVOSA C., *In tema di provvedimenti cautelari innominati*, in *Rivista Diritto Processuale*, 1949, II, 210 ss.
45. CALVOSA C., *Limiti all'applicabilità dell'art. 700 cod. proc. civ. e irrevocabilità dei provvedimenti d'urgenza* in *Giurisprudenza italiana*, 1966, I, 2, 138.
46. CALVOSA C., *Sui provvedimenti presidenziali ex art. 708 cod.proc.civ.*, in *Rivista Diritto Processuale*, 1967, 19.
47. CAPONI R., *Piero Calamandrei e la tutela cautelare*, in *Rivista Diritto Processuale*, 2012, 1250.
48. CAPPONI B., *Il novellato art. 710 del codice di procedura civile*, in *Foro Italiano*, 1988, V, 513 ss.
49. CARBONE V., *Il d.lgs. n. 154/2013 sulla revisione delle disposizioni vigenti in tema di filiazione*, in *Famiglia e Diritto*, 2014, 447
50. CARBONE V., *La Consulta non riconosce la famiglia di fatto, ma tutela il diritto dei figli all'abitazione*, in *Famiglia e Diritto*, 1998, 205, in nota a Corte Cost., 13.05.1998, n. 166.
51. CARNELUTTI F., *Durata del provvedimento cautelare*, in *Rivista Diritto Processuale*, 1937, II, 97.
52. CARNELUTTI F., *Intervento in causa di separazione personale*, in *Rivista Diritto Processuale*, 1941, II, 229 ss.
53. CARNELUTTI F., *Istituzioni del processo civile italiano*, V ed., III, Roma, 1956
54. CARNELUTTI F., *Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione*, in *Rivista Diritto Processuale*, 1929, 3.
55. CARNELUTTI F., *Riflessioni intorno al processo per determinazione del regime della prole di coniugi separati*, in *Rivista Diritto Processuale*, 1927, I, 305.
56. CARNELUTTI F., *Separazione per accordo tra i coniugi*, in *Rivista Diritto Processuale Civile*, 1936, II, 153, in nota a Cass., 3 marzo 1936.
57. CARNEVALE V., *La fase presidenziale*, in *I processi di separazione e di divorzio*, a cura di GRAZIOSI A., Torino, 2008.
58. CARPI F., *Doveri coniugali patrimoniali e strumenti processuali nel nuovo diritto di famiglia*, in *Rivista Trimestrale Diritto e Procedura Civile*, 1978, 207.
59. CARPI F., *La tutela dei beni dei 7: tendenze ed evoluzioni della Corte costituzionale italiana*, in *Rivista Trimestrale Diritto e Procedura Civile*, 1998, 1037.
60. CARPI F. – GRAZIOSI A., *Procedimenti in tema di famiglia*, in *Digesto Italiano*, sez. civ., 4^a ed., XIV, Torino, rist. 1997, 523 ss.
61. CARRATA N., *La riforma dell'art. 710 c.p.c.*, in *Diritto della Famiglia e delle Persone*, 1990, 207 ss.

62. CARRATTA A., *Modifica delle condizioni del divorzio e interpretazione "costituzionalmente plausibile" dell'art. 9 l.div.*, in *Famiglia e Diritto*, 2001, 393, in nota a Cass., 25 ottobre 2000, n. 14022
63. CARRATTA A., *Procedimento cautelare uniforme e suo ambito applicativo*, in *I procedimenti cautelari*, diretto da CARRATTA, Bologna, 2013.
64. CARRATTA A., *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino, 1997.
65. CARRATTA A., *Provvedimenti cameral-sommari, "decisorietà" e ricorso per cassazione: fra nuove riforme e vecchi problemi*, in *Famiglia e Diritto*, 2007, 131, in nota a Cass., S.U., 16 ottobre 2006, n. 22216
66. CARRATTA A., *Provvedimenti presidenziali "nell'interesse dei coniugi e della prole" ex art. 708 cod. proc. civ. e tutela d'urgenza*, in *Famiglia e Diritto*, 1999, 376.
67. CARRATURO M., *La sentenza di separazione ha efficacia assorbente rispetto ai provvedimenti presidenziali emessi a seguito del fallimento del tentativo di conciliazione*, in *Giurisprudenza Merito*, 2004, 1641 ss., in nota a Trib. Foggia, 10 febbraio 2004.
68. CASABURI G., *Le misure patrimoniali "provvisorie" (sommari e cautelari) nella separazione, nel divorzio, nella crisi "di fatto" della famiglia*, in *Diritto della Famiglia e delle Persone*, 2003, 1066.
69. CASABURI G., *Misure cautelari e giudizi di separazione e divorzio: alcune questioni controverse*, in *Fam.Dir.*, 2003, 403.
70. CASTELLI F., *Efficacia esecutiva immediata per i provvedimenti di modifica delle condizioni della separazione*, in *Diritto della Famiglia e delle Persone*, 2012, 1543, in nota a Cass., 20 marzo 2012, n. 4376.
71. CEA C.M., *Crisi del matrimonio e tutela sommaria*, in *Giusto Processo Civile*, 2011, 1175.
72. CEA C.M., *Due sequestri speciali e il reclamo cautelare*, in *Foro Italiano*, 2001, I, 2054.
73. CEA C.M., *Il controllo dei provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole tra corti d'appello e giudici istruttori*, in *Foro Italiano*, 2010, I, 2203.
74. CEA C.M., *Il difficile rapporto tra reclamo e revoca dei provvedimenti nell'interesse della prole e dei coniugi*, in *Foro Italiano*, 2009, I, 1216.
75. CEA C.M., *Il problema del controllo dei provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole tra omissioni e formalismi*, in *Foro Italiano*, 2004, I, 624.
76. CEA C.M., *Il problema del reclamo contro i provvedimenti del giudice istruttore nel giudizio di separazione e il "non possumus" della Corte Costituzionale*, in *Foro Italiano*, 2011, I, 1646, in nota a Corte Cost., 11 novembre 2010, n. 322.
77. CEA C.M., *I provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole e il reclamo cautelare*, in *Foro Italiano*, 2002, I, 263.
78. CEA C.M., *La nuova torre di Babele: la legge sull'affidamento condiviso e il reclamo contro i provvedimenti del giudice istruttore*, in *Foro Italiano*, 2006, I, 2213.
79. CECHELLA C., *Il processo cautelare - Commentario*, Torino, 1997

80. CECCHELLA C., in VACCARELLA R. – CAPPONI B. – CECCHELLA C., *Il processo civile dopo le riforme*, Torino, 1992.
81. CECCHELLA C., *Reclamo, revoca e modifica dei provvedimenti provvisori e urgenti nei processi di separazione e divorzio*, in *Giusto processo*, 2008, 229.
82. CELORIA M.C., *Se i provvedimenti d'urgenza ex art. 700 cod. proc. civ. siano applicabili prima e durante i procedimenti in materia di famiglia*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1956, I, 2, 138.
83. CERINO CANOVA A., *I provvedimenti d'urgenza nelle controversie di lavoro* in, *Studi di diritto processuale civile*, Padova, 1992
84. CERINO CANOVA A., *Per la chiarezza delle idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria*, in *Studi di diritto processuale civile*, Padova, 1992, 46 ss.
85. CHASE OSCAR G., *Il problema della durata del processo civile in Italia e negli Stati Uniti*, in *Rivista Trimestrale Diritto e Procedura Civile*, 1988, 913.
86. CHIOVENDA G., *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1980.
87. CHIOVENDA G., *Sulla "perpetuatio iurisdictionis"*, in *Saggi di dir.proc.civ.*, Roma, 1930, I, 271.
88. CHIZZINI, *Separazione personale e scioglimento della comunione legale*, in *Famiglia e Diritto*, 1996, 259.
89. CIPRIANI F., *Ancora sull'impugnabilità dei provvedimenti "nell'interesse dei coniugi e della prole"*, in *Foro Italiano*, 2003, I, 3156.
90. CIPRIANI F., *Il procedimento cautelare tra efficienza e garanzie*, in *Giusto Processo Civile*, 2006, 7 ss.
91. CIPRIANI F., *I provvedimenti presidenziali "nell'interesse dei coniugi e della prole"*, Napoli, 1970.
92. CIPRIANI F., *La nuova disciplina dei provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole*, in *Giusto Processo Civile*, 2008, 191.
93. CIPRIANI F., *La nuova disciplina processuale*, in CIPRIANI-QUADRI, *La nuova legge sul divorzio, II, Presupposti – Profili personali e processuali*, Napoli, 1988, 237 ss.
94. CIPRIANI F., *L'impugnazione dei provvedimenti "nell'interesse dei coniugi e della prole" e il lento ritorno al garantismo*, in *Corriere Giuridico*, 1998, 211.
95. CIPRIANI F., *Ostracismo per il procedimento camerale di divorzio?*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1989, I, 2, 54, in nota a Trib. Napoli, 15 marzo 1988.
96. CIPRIANI F., *Processi di separazione e di divorzio*, in *Foro Italiano*, 2005, V, 140.
97. CIPRIANI F., *Sulla reclamabilità dei provvedimenti presidenziali ex art. 708 c.p.c.*, in *Foro Italiano*, 2004, I, 2534.
98. CIPRIANI F., *Translatio iudicii e poteri del giudice ad quem (a proposito del reclamo avverso i provvedimenti del g.i. nell'interesse dei coniugi e della prole)*, in *Giusto Processo*, 2008, 1213.
99. CIPRIANI F., *Vecchie e nuove vittime del formalismo processuale*, in *Foro Italiano*, 1994, I, 724.
100. CIPRIANI F., nota a Trib. Genova, 16 febbraio 2004 (ord.), in *Foro Italiano*, I, 904.

101. CIPRIANI F., nota a Trib. Cagliari, 21 maggio 1998 (ord.), in *Foro Italiano*, 1998, I, 1, 2285.
102. CIPRIANI F. – QUADRI E., *La nuova legge sul divorzio*, Napoli, 1988.
103. CIVININI M.G., *I procedimenti in camera di consiglio*, in *Giurisprudenza sistematica di Diritto processuale civile*, diretta da PROTO PISANI, Torino, 1994, II.
104. CIVININI M.G., *Provvedimenti cautelari e rapporti patrimoniali tra coniugi in crisi in Famiglia e Diritto*, 1995, 381.
105. CLARIZIA O., *Innovazioni e problemi aperti all'indomani del decreto legislativo attuativo della riforma della filiazione*, in *Rivista Diritto Civile*, 2014, 597.
106. COLELLA P., nota a Trib. Napoli, 9 novembre 1988 (ord.), in *Diritto e Giurisprudenza*, 1988, 700.
107. COMOGLIO L., FERRI C., TARUFFO M., *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 2011
108. CONIGLIO A., *La riforma del sistema cautelare nel diritto processuale civile*, in *Rivista Diritto Processuale*, 1927, 3.
109. CONSOLO C., *Art. 669-quater codice di procedura civile, Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, 598 ss.
110. CONSOLO C., *Il nuovo processo cautelare – Problemi e casi*, Torino, 1998
111. CONSOLO C., in CONSOLO C. – LUISO F.P. – SASSANI B., *La riforma del processo civile*, Milano, 1991.
112. CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, Torino, 2012.
113. CONSOLO C., *Un d.l. processuale in bianco e nerofumo sullo equivoco della "degiurisdizionalizzazione"*, in *Corriere Giuridico*, 2014, 1173.
114. CONSOLO C. – RECCHIONI S., in *Codice di procedura civile commentato*, III, a cura di CONSOLO-LUISO, sub art. 669-novies, Milano, 2007, 4787 ss.
115. CONTE M., *Assegnazione della casa coniugale ed assenza di figli conviventi: un binomio inconciliabile*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1998, 1091.
116. CONTE R., *Dei provvedimenti d'urgenza in Codice di procedura civile commentato* a cura di CONSOLO e LUISO, 4^a ediz., Padova, 2010, vol. III, 808 ss.
117. CONTE R., *La nozione di irreparabilità nella tutela d'urgenza del diritto di credito (sviluppi giurisprudenziali)*, in *Rivista Diritto Processuale*, 1998, 216.
118. CONTE R., *Tutela del diritto alla restituzione dell'azienda tra sequestro giudiziario e provvedimento d'urgenza*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2004, 77, in nota a Trib. Milano, 29 gennaio 2003.
119. CONTE R., *Tutela d'urgenza fra diritto di difesa, anticipazione del provvedimento ed irreparabilità del pregiudizio*, in *Rivista Diritto Processuale*, 1995, 213.
120. COREA U., *Autonomia funzionale della tutela cautelare anticipatoria*, in *Rivista Diritto Processuale*, 2006, 1251.

121. COREA U., *Note in tema di tutela impugnatoria e tutela cautelare ante causam (a proposito degli artt. 2378 c.c. e 700 c.p.c.)*, in *Giusto Processo Civile*, 2008, 527.
122. COSSU C., *Direttive costituzionali e famiglia di fatto: tutela della filiazione naturale e garanzia delle libertà individuali*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1998, I, 1783.
123. COSTANTINO G., *Commento all'art. 669 quaterdecies*, in *Provvedimenti urgenti per il processo civile (L. 26 novembre 1990, n. 353)*, in *Commentario* a cura di CIPIRIANI e TARZIA, Padova, 1992
124. COSTANTINO G., *Quattro interventi sulla riforma della giustizia civile*, in *Rivista Diritto Processuale*, 1993, 431.
125. COSTANZO A., *Il decreto del tribunale per i minorenni che provvede sul mantenimento dei figli naturali è titolo per iscrivere ipoteca*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 2012, 634, in nota a Trib. Bologna, 29 giugno 2012.
126. DALLA VALLE P., *Tutela dei crediti del coniuge separato e provvedimenti cautelari d'urgenza*, in *Rivista Diritto Civile*, 1993, II, 379.
127. DAMIANI F., *Sopravvivenza dei provvedimenti presidenziali alla sentenza di divorzio?*, in *Famiglia e Diritto*, 1996, 554, in nota a Trib. Napoli, 14 giugno 1996.
128. D'AMICO J.V., *Novità in tema di tutela cautelare alla luce dell'esperienza francese dei référés – Parte terza*, in *Giusto Processo Civile*, 2008, 555.
129. DAMIANI F.S., *Filiazione e processo all'indomani della L. 219/2012*, in *Rivista Diritto Civile*, 2014, I, 73 ss.
130. DAMIANI F.S., *Sopravvivenza dei provvedimenti presidenziali alla sentenza di divorzio?*, in *Famiglia e Diritto*, 1996, 554, in nota a Trib. Napoli, 14 giugno 1996.
131. D'ANGELI F., *La tutela delle convivenze senza matrimonio*, Torino, 2001
132. DANOVI F., *Affidamento e mantenimento dei figli naturali: la Cassazione sceglie il giudice minorile*, in *Famiglia Persone e Successioni*, 2007, 508, in nota a Cass., 3 aprile 2007, n. 8362
133. DANOVI F., *All'esame della Consulta la questione dell'iscrivibilità di ipoteca giudiziale in forza di ordinanza ex art. 708 c.p.c.*, in *Corriere Giuridico*, 2001, 339.
134. DANOVI F., *Competenza del giudice minorile per i figli naturali e sistema delle garanzie costituzionali*, in *Famiglia e Diritto*, 2008, 597.
135. DANOVI F., *Concorrenza e alternatività tra reclamo e revoca dell'ordinanza presidenziale*, in *Giurisprudenza Merito*, 2007, 1187, in nota a App. Milano, 30 marzo 2007.
136. DANOVI F., *Decreto ex art. 148 c.c. e ipoteca giudiziale: una tutela "soggettivamente" differenziata*, in *Corriere Giuridico*, 2002, 1435.
137. DANOVI F., *E' ancora ammissibile il reclamo avverso l'ordinanza presidenziale nella fase avanti al giudice istruttore?*, in *Famiglia Diritto*, 2014, 257, in nota a App. Torino, 10 dicembre 2013.
138. DANOVI F., *Esecuzione forzata e garanzie patrimoniali nei processi di separazione e divorzio*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2005, 1349.

139. DANOVI F., *Gli illeciti endofamiliari: verso un cambiamento della disciplina processuale?*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2014, 293.
140. DANOVI F., *Il d.l. n. 132/2014: le novità in tema di separazione e divorzio*, in *Famiglia Diritto*, 2014, 949.
141. DANOVI F., *Il d.lgs. n. 154/2013 e l'attuazione della delega sul versante processuale: l'ascolto del minore e il diritto dei nonni alla relazione affettiva*, in *Famiglia e Diritto*, 2014, 535
142. DANOVI F., *I nuovi modelli di separazione e divorzio: una intricata pluralità di protagonisti*, in *Famiglia Diritto*, 2014, 1141.
143. DANOVI F., *Il riparto delle competenze tra giudice minorile e giudice ordinario: il Tribunale unico della famiglia*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2011, 257.
144. DANOVI F., *I procedimenti de potestate dopo la riforma, tra tribunale ordinario e giudice minorile*, in *Famiglia e Diritto*, 2013, 619.
145. DANOVI F., *I provvedimenti a tutela dei figli naturali dopo la legge 8 febbraio 2006, n. 54*, in *Rivista Diritto Processuale*, 2006, 1007.
146. DANOVI F., *La nuova disciplina dei procedimenti per il riconoscimento dei figli nati fuori del matrimonio*, in *Rivista Diritto Processuale*, 2014, 125.
147. DANOVI F., *Nobili intenti e tecniche approssimative nei nuovi procedimenti per i figli (non più) "naturali"*, in *Corriere Giuridico*, 2013, 537.
148. DANOVI F., *Principio della domanda e ultrapetizione nei giudizi di separazione*, in *Rivista Diritto Processuale*, 1998, 729 ss.
149. DANOVI F., *Profili processuali*, in *Il diritto di famiglia*. Trattato diretto da Bonilini-Cattaneo, *Famiglia e matrimonio*, Torino, 2007, 1084
150. DANOVI F., *Reclamo, revoca e modifica dei provvedimenti sommari nella separazione e nel divorzio*, in *Giusto Processo*, 2008, 203.
151. DANOVI F., *Separazione e divorzio: i rapporti tra il "nuovo" reclamo avverso l'ordinanza presidenziale e la revoca/modifica da parte dell'istruttore*, in *Famiglia Persone e Successioni*, 2007, 221, in nota a Trib. Modena, 5 ottobre 2006.
152. D'ANTONIO, *Inderogabilità della competenza territoriale anche per i provvedimenti temporanei del presidente nel giudizio di separazione personale*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1961, I, 2, 742.
153. DE ANGELIS F., *Affido condiviso: le norme processuali e la natura dei provvedimenti "nell'interesse dei coniugi e della prole"*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2006, 651.
154. DE FILIPPIS B., *Il matrimonio, la separazione dei coniugi ed il divorzio*, Padova, 2007.
155. DELLE DONNE C., *Riflessioni sulla tutela "anticipatoria" d'urgenza nell'esperienza applicativa della giurisprudenza e in alcune recenti scelte del legislatore*, in *judicium.it*.
156. DE MARZO G., *Regole processuali e controversie nella famiglia: le criticità del sistema e l'effettività della tutela giurisdizionale*, in *Foro Italiano*, 2010, V, 306.
157. DE SANTIS F., *Profili attuali delle tutele speciali dei crediti di mantenimento*, in *Giusto Processo Civile*, 2013, 55

158. DENTI V., *La giurisdizione volontaria rivisitata*, in *Rivista Trimestrale Diritto e Procedura Civile*, 1987, 325.
159. DENTI V., *La giustizia civile (Lezioni introduttive)*, Bologna, 2004.
160. DI BENEDETTO M., *Il terzo debitore è litisconsorte necessario nel giudizio di opposizione a decreto ex art. 148 c.c.?*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1991, 1017.
161. DINI-MAMMONE, *I provvedimenti d'urgenza*, 7^a ediz., Milano, 1997.
162. DI IASI, *Procedimenti di separazione e divorzio*, in *Trattato di diritto di famiglia*, a cura di Ferrando-Fortino-Ruscello, II, Milano, 2011.
163. DITTRICH L., *Dalla tutela cautelare anticipatoria alla tutela sommaria definitiva*, in *Rivista Diritto Processuale*, 1988, 672.
164. DITTRICH L., *Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *Il processo cautelare*, a cura di TARZIA-SALETTI, Padova, 2011, 253 ss.
165. DOGLIOTTI M., *La nuova filiazione fuori del matrimonio: molte luci e qualche ombra*, in *Famiglia e Diritto*, 2014, 480
166. DOGLIOTTI M., voce "Famiglia di fatto", in *Digesto Civile*, VIII, Torino, 1992, 188 ss.
167. DOGLIOTTI M., *La separazione giudiziale*, in *Il diritto di famiglia. Trattato diretto da Bonilini-Cattaneo, Famiglia e matrimonio*, Torino, 2007.
168. DOGLIOTTI M., *Separazione e divorzio*, Torino, 1988.
169. DOGLIOTTI M., *Sul riconoscimento del figlio naturale: poteri del genitore, interesse del minore, ruolo del giudice minorile*, in *Foro Italiano*, 1980, I, 823, in nota a Trib. Minori Genova, 25 gennaio 1979.
170. DOMINICI M., *Quando il sequestro giudiziario di beni nuoce al sequestrante ...: note sull' "assorbimento" della tutela cautelare nella sentenza che accerta l'esistenza del diritto e sui poteri del giudice del reclamo*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2003, 1838.
171. FALCIANO A., nota a Pret. Parma, 19 marzo 1999, in *Giurisprudenza Italiana*, 2000, 304.
172. FASCIANO G., *Sul regime di stabilità dei provvedimenti interinali resi dal giudice istruttore nei procedimenti di separazione e di divorzio*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2013, 7, 1635, in nota a Trib. Reggio Emilia, 6 settembre 2012.
173. FAZZALARI, Voce *Giurisdizione volontaria (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIX, Milano, 1970, 330 ss.
174. FAZZALARI E., *Istituzioni di diritto processuale*, VIII ed., Padova, 1996
175. FAZZALARI E., *Procedimento camerale e tutela dei diritti*, in *Rivista Diritto Processuale*, 1988, 909.
176. FERRANDO G., *Crisi della convivenza more uxorio e abitazione familiare*, in *Famiglia e Diritto*, 1998, 255, in nota a Trib. Messina, 10 settembre 1997
177. FERRI C., *Procedimenti cautelari a tutela del credito. Il sequestro conservativo*, in *Rivista Trimestrale Diritto e Procedura Civile*, 2000, 75.
178. FERRI C., *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970.

179. FIGONE A., *Ordinanze ex art. 708 c.p.c. e regime cautelare uniforme*, in *Famiglia Diritto*, 2004, 612, in nota a Trib. Genova, 10 gennaio 2004.
180. FINOCCHIARO A. E M., *Diritto di famiglia. Il divorzio*, Milano, 1988.
181. FINOCCHIARO F., *Del matrimonio, sub. Art. 148*, in *Commentario al codice civile Scialoja*, a cura di GALGANO, Bologna-Roma, 1993.
182. FINOCCHIARO G., *Ridotte le competenze del tribunale per i minorenni*, in *Guida al Diritto*, 2013, 86.
183. FINOCCHIARO M., *Pretesa irretrattabilità del consenso prestata dai coniugi alla domanda congiunta di divorzio*, in *Giustizia Civile*, 1999, 819, in nota a Cass., 8 luglio 1998, n. 6664.
184. FINOCCHIARO M., *Prime applicazioni (e disapplicazioni) della nuova legge sul divorzio (6 marzo 1987 n. 74)*, in *Giurisprudenza Merito*, 1988, 980.
185. FIORAVANTI C.D., *Mantenimento dei figli: concorso dei genitori e obbligazioni degli ascendenti*, in *Famiglia e Diritto*, 2001, 534, in nota a Trib. Milano, 30 giugno 2000.
186. FIORUCCI F., *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Milano, 2009.
187. FORNACIARI M., *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, Torino, 1999.
188. FRASSINETTI A., *Ancora sulla fase introduttiva del procedimento di divorzio*, in *Famiglia e Diritto*, 2002, 594 ss., in nota a Cass., 25 luglio 2002, n. 10914.
189. FRASSINETTI A., *Domanda autonoma di assegno divorzile: forme ordinarie e tutela cautelare ex art. 700 c.p.c.*, in *Famiglia e Diritto*, 2000, 392.
190. FRASSINETTI A., *Sul reclamo contro i provvedimenti urgenti nei giudizi de potestate*, in *Famiglia e Diritto*, 2009, 1131.
191. FRISINA P., *La tutela anticipatoria: profili funzionali e strutturali*, in *Rivista Diritto Processuale*, 1986, 364.
192. FRISINA P., *La tutela cautelare d'urgenza dei diritti a prestazioni pecuniarie*, in *Rivista Diritto Processuale*, 1986, 972.
193. FRUS G., *Le condizioni di applicabilità del nuovo procedimento cautelare uniforme previste dall'art. 669-quaterdecies c.p.c.*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1992, IV, 278.
194. FRUS G., *Sull'affermata competenza della Corte di cassazione a pronunciare su domanda cautelare proposta in pendenza del giudizio per cassazione*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2009, 690, in nota a App. Torino, 9 aprile 2008.
195. GAGLIOTI A. – GAGLIOTI R., *Note in tema di coercibilità degli accordi di vita coniugale a favore dei figli*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2003, 409.
196. GATTO M.C., *Regime di stabilità dei provvedimenti interinali nei procedimenti di separazione, divorzio e minorili ex art. 317 bis c.c.*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 2011, 832
197. GAZZI A., *I provvedimenti d'urgenza (artt. 700 – 702 c.p.c.)*, in *Rivista Trimestrale Diritto Procedura Civile*, 1960, 309.

198. GAZZONI F., *Il mugnaio di Federico II (Aiuti familiari e reclamabilità delle ordinanze date nel giudizio di separazione)*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2006, 1202.
199. GAZZONI F., *Mandare da Erode a Pilato: ancora sulla reclamabilità delle ordinanze del giudice istruttore date nel giudizio di separazione)*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2007, 216.
200. GIACOBBE G., *Responsabilità per la procreazione ed effetti del riconoscimento del figlio naturale*, in *Giustizia Civile*, 2005, 730, in nota a Cass., 26 maggio 2004, n. 10102.
201. GIORDANO R., in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da COMOGLIO, CONSOLO, SASSANI, VACCARELLA, VII, tomo I, sub. art. 669 *nonies* c.p.c., Torino, 2014.
202. GIUSTI, *Il diritto processuale della famiglia*, Torino, 2005.
203. GOZZI M., *La Corte di cassazione esclude la provvisoria esecutività dei provvedimenti di modifica delle condizioni della separazione e del divorzio*, in *Rivista Diritto Processuale*, 2012, 241, in nota a Cass., 27 aprile 2011, n. 9373.
204. GRADI M., *Inefficienza della giustizia civile e "fuga dal processo"*, in www.judicium.it
205. GRASSO G., *Procedimento cautelare uniforme e regolamento di competenza*, in *Foro Italiano*, 1996, I, 1, 51, in nota a Corte Cost., 26 maggio 1995, n. 197.
206. GRAZIOSI A., *La sentenza di divorzio*, Milano, 1997.
207. GRAZIOSI A., *L'esecuzione forzata dei provvedimenti del giudice in materia di famiglia*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2008, 880.
208. GRAZIOSI A., *Osservazioni sulla riforma dei processi di separazione e di divorzio*, in *Rivista Trimestrale Diritto e Procedura Civile*, 2005, 1113.
209. GRAZIOSI A., *Una buona novella di fine legislatura: tutti i "figli" hanno eguali diritti, dinanzi al tribunale ordinario*, in *Famiglia e Diritto*, 2013, 263.
210. GUARNIERI G., *Il sequestro giudiziario e il sequestro liberatorio*, in TARZIA-SALETTI (a cura di), *Il processo cautelare*, Padova, 2011, 67 ss.
211. GUARNIERI G., *Art. 669-quater c.p.c.*, in *Provvedimenti urgenti per il processo civile: Legge 26 novembre 1990, n.353, come modificata dalla legge 21 novembre 1991, n.374. Commentario*, a cura di TARZIA G.- CIPRIANI F., Padova, 1993, 305.
212. GUIZZI G., *Inadempimento a preliminare di compravendita ed effetti della sentenza di accoglimento della domanda ex art. 2932 c.c. non ancora coperta dal giudicato: un equilibrio difficile*, in *Corriere Giuridico*, 2008, 353, in nota a Cass., 3 febbraio 2007, n. 18512
213. IACOBONI A., *I provvedimenti cautelari in materia di famiglia, di stato e di capacità delle persone*, in *I procedimenti cautelari*, diretto da CARRATTA, Bologna, 2013, 1243 ss.
214. IANNELLI P. G., *Provvedimenti "temporanei e urgenti" ex art. 708 c.p.c. e provvedimenti d'urgenza: spunti di riflessione*, in *Diritto e Giurisprudenza*, 2002, 425.
215. JANNARELLI, *L'allontanamento dalla residenza familiare ed i rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Foro Italiano*, 1980, I, 1134.

216. JANNUZZI A., *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 1995.
217. LA CHINA S., *Quale futuro per i provvedimenti d'urgenza?*, in *I processi speciali*, in *Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Napoli, 1979, 153 ss.
218. LA MARCA G., *Inammissibilità del sequestro giudiziario della casa familiare e trascrivibilità della domanda di assegnazione*, in *Famiglia Diritto*, 2008, 169, in nota a Trib. Salerno, 8 maggio 2007.
219. LAI P., *La Corte Costituzionale (non) si pronuncia sull'efficacia di titolo esecutivo delle statuizioni sul mantenimento adottate dal giudice minorile*, in *Famiglia e Diritto*, 2010, 449, in nota a Corte Cost., 20 novembre 2009, n. 310.
220. LANFRANCHI L., *Giusto processo – I) Processo civile*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 2001, 1 ss.
221. LANFRANCHI L., *La roccia non incrinata*, 3^a ed., Torino, 2011.
222. LA TORRE M., *Perdita dell'affectio coniugalis e diritto alla separazione*, in *Famiglia e Diritto*, 2008, 28, in nota a Cass., 14 febbraio 2007, n. 3356, e Id., 9 ottobre 2007, n. 21099.
223. LAUDISA L., *Garanzia autonoma e provvedimento d'urgenza*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1994, I, 2, 613.
224. LIEBMAN E.T., *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano, 1980
225. LOMBARDO, *Effetti ed implicazioni della l. n. 54 del 2006 secondo Cass. ordin. 3 aprile 2007 n. 8362*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2007, 1168
226. LOSAPPIO P., *Impugnazione dei provvedimenti del giudice istruttore nell'interesse dei coniugi e della prole e translatio iudicii*, in *Giusto Processo*, 2008, 245.
227. LUIISO F.P., *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2013.
228. LUIISO F.P., *I provvedimenti sommari nei processi di separazione e divorzio*, in *Giusto Processo Civile*, 2011, 25 ss.
229. LUPOI M.A., *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2006, 1063.
230. LUPOI M.A., *Il procedimento della crisi tra genitori non coniugati avanti al tribunale ordinario*, in *Rivista Trimestrale Diritto e Procedura Civile*, 2013, 1289.
231. LUPOI M.A., *La riforma dei procedimenti della crisi matrimoniale: profili sistematici e fase introduttiva*, in *Rivista Trimestrale Diritto e Procedura Civile*, 2006, 955 ss.
232. LUPOI M.A., *La riforma della filiazione. Aspetti processuali*, in AA.VV., *La nuova disciplina della filiazione*, Maggioli Ed., 2014, 211 ss.
233. MALAGU' L., *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, Milano, 1986.
234. MALCHIODI, E., *L'art. 700 C.P.C. e i rapporti fra i coniugi relativamente alla prole*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1966, I, 2, 148.
235. MANDRIOLI C.- CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, Torino, 2014.
236. MANDRIOLI C., *C.d. "procedimenti camerale su diritti" e ricorso straordinario per cassazione*, in *Rivista Diritto Processuale*, 1988, 921.

237. MANDRIOLI C., *Il diritto alla difesa nell'udienza presidenziale del giudizio di separazione dei coniugi*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1971, I, 2, 1
238. MANDRIOLI C., *I provvedimenti d'urgenza: deviazioni e proposte*, in *Rivista Diritto Processuale*, 1985, 657.
239. MANDRIOLI C., *I provvedimenti presidenziali nel giudizio di separazione dei coniugi*, Milano, 1953.
240. MANDRIOLI C., *Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori o interinali*, in *Rivista Diritto Processuale*, 1964, 551.
241. MANDRIOLI C., *Sentenza di primo grado non provvisoriamente esecutiva nel giudizio di separazione dei coniugi e ordinanza presidenziale interinale*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1961, I, 2, 306.
242. MANDRIOLI C., *Separazione per ordinanza presidenziale?*, in *Rivista Diritto Processuale*, 1972, 204.
243. MANDRIOLI C., *Sull'efficacia della sentenza di primo grado non esecutiva che accoglie parzialmente l'opposizione a decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo*, in *Rivista Diritto Processuale*, 1968, 698 ss.
244. MARELLI F., *L'esecutività della sentenza costitutiva è limitata ai soli capi di condanna accessori?*, in *Rivista Diritto Processuale*, 2008, 1095, in nota a Cass., 3 settembre 2007, n. 18512.
245. MARELLI F., *Un passo indietro nella direzione della tutela giurisdizionale effettiva: la condanna accessoria ad una pronuncia costitutiva non è provvisoriamente esecutiva*, in *Rivista Diritto Processuale*, 2011, 180, in nota a Cass., S.U., 22 febbraio 2010, n. 4059.
246. MARINO C., *Provvedimenti riguardanti i figli naturali e competenza del Tribunale minorile*, in *Famiglia e Diritto*, 2007, 889.
247. MARTINELLI P., *Alcune questioni sull'ambito di applicazione del nuovo rito cautelare uniforme*, in *Foro Italiano*, 1995, V, 161.
248. MERLIN E., *La Suprema Corte pone la parola fine al dibattito sulla "competenza" in tema di procedimenti di "separazione" della coppia di fatto ed affido dei figli naturali*, in *Rivista diritto processuale*, 2008, 535.
249. MERLIN E., *Le cause della sopravvenuta inefficacia del provvedimento*, in *Il processo cautelare*, a cura di TARZIA-SALETTI, Padova, 2011, 445 ss.
250. MERLIN E., *Le misure provvisorie e cautelari nello spazio giudiziario europeo*, in *Rivista Diritto Processuale*, 2002, 759.
251. MERLIN E., *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, in *Digesto Civ.*, XIV, Torino, 1996, 393.
252. MERLIN E., *Reclamo cautelare e provvedimenti urgenti nell'interesse dei figli ex art. 336 comma 3 c.c.*, in *Famiglia e Diritto*, 1997, 549.
253. MERLIN, *Variazioni sui rapporti tra misura cautelare, sentenza (di accertamento mero, di condanna o costitutiva) e giudicato favorevole al beneficiario della cautela: un punto trascurato anche nella L. 353/1990*, in *Rivista Diritto Processuale*, 1992, 945 ss. e spec. 959 ss., in nota a Trib. Milano, 24 giugno 1991, n. 5128, Pret. Milano, 12 novembre 1991 e Trib. Milano, 31 gennaio 1992

254. MEZZANOTTE S., *Separazione consensuale dei coniugi: il problema della revocabilità unilaterale del consenso prima della omologazione*, in *Giurisprudenza Merito*, 2007, 81 ss., in nota a App. Reggio Calabria, 2 marzo 2006.
255. MICHELI G.A., voce *Camera di consiglio (diritto processuale civile)*, in *Enc.dir.*, V, Milano, 1959, 981 ss.
256. MONTARULI V., *Il nuovo riparto di competenze tra giudice ordinario e giudice minorile*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2013, 1035.
257. MONTARULI V., *Profili sostanziali e processuali relativi alla legge 10 dicembre 2012, n. 219*, in *www.judicium.it*
258. MONTELEONE G., *Diritto processuale civile*, III ed., Padova, 2004.
259. MONTESANO L., *“Dovuto processo” su diritti incisi da provvedimenti camerali*, in *Rivista Diritto Processuale*, 1989, 915 ss.
260. MONTESANO L., *I provvedimenti d’urgenza nel processo civile*, Napoli, 1955.
261. MONTESANO L., *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di “terzia via”*, in *Rivista Diritto Processuale*, 2000, 929 ss.
262. MONTESANO L., *Luci ed ombre in leggi e proposte di “tutele differenziate” nei processi civili*, in *Rivista Diritto Processuale*, 1979, 592.
263. MONTESANO L., *Nuovi rimedi giudiziari per le famiglie in crisi*, in *Rivista Diritto Processuale*, 1977, 1.
264. MONTESANO L., *Problemi attuali e riforme opportune dei provvedimenti cautelari, e in specie d’urgenza, nel processo civile italiano*, in *Rivista Diritto Processuale*, 1985, 217.
265. MONTEVERDE M., *La famiglia non fondata sul matrimonio – La convivenza more uxorio*, in *Il diritto di famiglia*. Trattato diretto da Bonilini-Cattaneo, *Famiglia e matrimonio*, Torino, 2007, 927 ss.
266. MORANI G., *L’equiparazione dei figli naturali ai figli legittimi: prime riflessioni sulla legge 10 dicembre 2012 n. 219 (pubblic. sulla Gazz. Uff. del 17 settembre 2012 ed entrata in vigore il 1° gennaio 2013)*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2013, 746.
267. MORELLO DI GIOVANNI, *Famiglia di fatto e dovere di contribuzione*, in *Famiglia e Diritto*, 2000, 501, in nota a Trib. Napoli, 8 luglio 1999.
268. MOROZZO DELLA ROCCA F., voce *“Separazione personale (dir.priv.)”*, in *Enc. Dir.*, XLI, Milano, 1989, 1376.
269. MORTARA L., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, V, IV ed., Milano, 1923.
270. MUGLIA L., *La mancanza di un “rito adeguato” per i figli naturali è una lacuna che snatura la ratio della nuova legge*, in *Guida al Diritto*, 2013, 6.
271. MUSCARDINI M., *Giurisdizione e competenza*, in TARZIA G.-SALETTI A. (a cura di), *Il processo cautelare*, Padova, 2011, 319 ss.
272. NARDELLI M., *Delle separazioni, del reclamo e dei film in bianco e nero, ovvero quando la prevedibilità della decisione dipende dalla residenza*, in *Giurisprudenza Merito*, 2008, 685, in nota a App. Napoli, 2 febbraio 2007 e Trib. Lucera, 31 gennaio 2007.
273. NARDELLI S., *Sospensione dell’efficacia dei decreti di revisione delle condizioni della separazione (e del divorzio)*, in *Famiglia e Diritto*, 2005, 521, in nota a App. Milano, 16 marzo 2004.

274. OBERTO G., *Il nuovo processo cautelare*, Milano, 1992.
275. OBERTO G., *I rimedi all'inadempimento degli obblighi di mantenimento nell'ambito della crisi della famiglia*, in *Famiglia e Diritto*, 2008, 77.
276. ODINO A.-PASCHETTI N., *La Corte costituzionale non risponde: un'occasione perduta, sarà Strasburgo a dire l'ultima parola?*, in *Famiglia e Diritto*, 2002, 229, in nota a Corte Cost., 30 gennaio 2002, n. 1.
277. OLIVIERI G., *I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile (legge 26 novembre 1990, n. 353)*, in *Rivista Diritto Processuale*, 1991, 688.
278. OLIVIERI G., *Riforma del procedimento cautelare, reclamabilità dell'inibitoria e opposizione all'esecuzione*, in *Giusto processo civile*, 2007, 23.
279. PADALINO C., PRICOCO M.F., SPINA L., *La tutela sommaria e camerale nel diritto di famiglia e nel diritto minorile*, Torino, 2007.
280. PAGANO M., *Modifica dell'art. 710 c.p.c.*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1989, 367 ss.
281. PALEARI P., *La guerra dei Roses...sull'immediata esecutività del provvedimento di modifica*, in *Diritto e Giustizia*, 2012, 329, in nota a Cass., 20 marzo 2012, n. 4376.
282. PANZAROLA A., *I provvedimenti d'urgenza dell'art. 700 c.p.c.*, in *I procedimenti cautelari*, diretto da CARRATTA, Bologna, 2013, 745 ss.
283. PARADISO M., *I rapporti personali tra coniugi – Artt. 143 – 148*, in *Il Codice Civile Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 1990.
284. PAROLA F., *Sub art. 446*, in ZACCARIA, *Commentario breve al diritto della famiglia*, Padova, 2011.
285. PATTUMELLI B., *Modifica dell'ordinanza ex art. 708 c.p.c. e potere del g.i. di disporre indagini di polizia tributaria*, in *Famiglia e Diritto*, 1996, 464.
286. PEREGO, *Il problema della successione tra fratelli naturali*, in *Rivista Diritto Civile*, 1978, II, 284 ss.
287. PICARDI N., *Le riforme processuali e sociali di Franz Klein*, in *Giusto Processo Civile*, 2011, 1067.
288. PISELLI D., *Negoziazione assistita. Un nuovo intoppo o un'opportunità?*, in www.ilcaso.it
289. POLISENO B., *Il nuovo riparto di competenza per le controversie in tema di filiazione e il rito applicabile*, in *Giusto Processo Civile*, 2013, 566.
290. POLISENO B., *La competenza del Tribunale ordinario sulla revisione delle condizioni di separazione relative all'affidamento del minore in grave pregiudizio*, in *Giusto Processo Civile*, 2012, 1125.
291. PROTO P., *Fase presidenziale nel giudizio di separazione giudiziale: la questione sulla competenza territoriale ed i poteri presidenziali*, in *Giurisprudenza di Merito*, 2010, 1537, in nota a Trib. Vibo Valentia, 2 marzo 2010.
292. PROTO PISANI A., *Battute d'arresto nel dibattito sulla riforma del processo minorile*, in *Foro Italiano*, 2002, I, 3305, in nota a Corte Cost., 30 gennaio 2002, n. 1.

293. PROTO PISANI A., *In tema di reclamabilità e revocabilità dei provvedimenti presidenziali*, in *Foro Italiano*, 2010, I, 2206.
294. PROTO PISANI A., *Introduzione sulla atipicità dell'azione e la strumentalità del processo*, in *Foro Italiano*, 2012, V, 1.
295. PROTO PISANI A., *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale*, in *Foro Italiano*, 1991, V, 94.
296. PROTO PISANI A., *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità*, in *Foro it.*, 1990, V, 1.
297. PROTO PISANI A., *Lezioni di Diritto processuale civile*, Napoli, 2012.
298. PROTO PISANI A., *Problemi della c.d. tutela giurisdizionale differenziata*, in *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982.
299. PROTO PISANI A., voce *Provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXV, Roma, 1991.
300. PROTO PISANI A., nota a Corte Cost., 28 giugno 1985, n. 190, in *Foro Italiano*, 1985, I, 1881.
301. PROTO PISANI A., *Su alcuni problemi attuali del processo familiare*, in *Foro Italiano*, 2004, I, 2535.
302. PROTO PISANI A., *Usi ed abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c. (Appunti sulla tutela giurisdizionale dei diritti e sulla gestione degli interessi devoluta al giudice)*, in *Rivista Diritto Civile*, 1990, 393 ss.
303. PROVERA G., *Commentario del codice civile, Sub art. 446*, Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1972, 155.
304. PUNZI C., *I soggetti e gli atti del processo di divorzio*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1972, 650.
305. PUNZI C., *La modifica dei provvedimenti relativi alla separazione dei coniugi (a proposito della L. 29 luglio 1988 n. 331)*, in *Rivista Diritto Processuale*, 1989, 639 ss.
306. QUERZOLA L., *Tutela cautelare e dintorni: contributo alla nozione di "provvedimento anticipatorio"*, in *Rivista Trimestrale Diritto e Procedura Civile*, 2006, 787.
307. RECCHIONI S., *La perdita di efficacia del provvedimento cautelare*, in *I procedimenti sommari e speciali. II. Procedimenti cautelari*, I, a cura di CHIARLONI-CONSOLO, Torino, 2005, 607 ss.
308. RESCIGNO P., *La filiazione "riformata": l'unicità dello status*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2014, 5
309. RESSANI G., *Ricorso straordinario per cassazione e provvedimento di decadenza dalla potestà genitoriale ex art. 330 c.c.*, in *Famiglia e Diritto*, 2013, 586, in nota a Cass., 13 settembre 2012, n. 15341.
310. RICCI E.F., *Per una efficace tutela provvisoria ingiunzionale dei diritti di obbligazione nell'ordinario processo civile*, *Rivista Diritto Processuale*, 1990, 1021.
311. ROMANO A.A., *Riflessioni sui provvedimenti cautelari nel nuovo processo societario*, in *Rivista Diritto Processuale*, 2004, 1173.
312. RONCHESE F., *Assegnazione della casa familiare e tutela cautelare atipica: centralità della persona e principio di sussidiarietà in concreto*, in *Nuova Giurisprudenza Civile*, 2010, 172, in nota a Trib. Padova, 20 luglio 2009.

313. ROPPO E., voce "Famiglia di fatto", in *Enc. Giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989, con postilla di aggiornamento di ROPPO E.-BENEDETTI A.M.
314. RUDAN M., *Provvedimenti d'urgenza in tema di retribuzione*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1962, 362 ss.
315. RUSSO R., *La competenza nei procedimenti de potestate dopo la novella dell'art. 38 disp.att.c.c.: il principio di concentrazione delle tutele e i rapporti tra giudice specializzato e giudice ordinario*, in *Famiglia e Diritto*, 2014, 60, in nota a Trib. Minori Brescia, 1 agosto 2013
316. SALA M., *Gli alimenti*, in Trattato diretto da Bonilini-Cattaneo, Torino, 2007, II, 625.
317. SALA M., *La rilevanza del consenso dei coniugi nella separazione consensuale e nella separazione di fatto*, in *Rivista Trimestrale Diritto e Procedura Civile*, 1996, 1031.
318. SALANITRO, *La riforma della disciplina della filiazione dopo l'esercizio della delega (I parte)*, in *Corriere Giuridico*, 2014, 540
319. SALETTI A., *Appunti sulla nuova disciplina delle misure cautelari*, in *Rivista Diritto Processuale*, 1991, 355.
320. SALETTI A., *Commento agli artt. 23 e 24 d.lgs. 17-1-2003 n. 5*, in AA.VV., *La riforma delle società. Il processo*, a cura di SASSANI, Torino, 2003, 222.
321. SALETTI A., *Il processo cautelare, oggi*, in *Rivista Diritto Processuale*, 2014, 541.
322. SALETTI A., *L'ambito di applicazione della disciplina cautelare uniforme* in TARZIA G.- SALETTI A. (a cura di), *Il processo cautelare*, Padova, 2011, 655 ss.
323. SALETTI A., *Le misure cautelari a strumentalità attenuata*, in TARZIA G.-SALETTI A. (a cura di), *Il processo cautelare*, Padova, 2011, 293.
324. SALETTI A. – VANZ M.C., *Procedimento e sentenza di divorzio*, in *Il diritto di famiglia*. Trattato diretto da Bonilini-Cattaneo, *Famiglia e matrimonio*, Torino, 2007, 755.
325. SALVANESCHI L., *Alcuni profili processuali della legge sull'affido condiviso*, in *Rivista Diritto Processuale*, 2006, 1287
326. SALVANESCHI L., *Ancora un giudice diverso per i figli naturali – Sul Tribunale competente in ordine all'affidamento e al mantenimento dei figli naturali: una condivisibile presa di posizione della Cassazione*, in *Corriere Giuridico*, 2007, 951.
327. SALVANESCHI L., *Decadenze e preclusioni nei procedimenti di separazione e divorzio*, in *Famiglia Diritto*, 2000, 338, in nota a Cass., 7 febbraio 2000, n. 1332.
328. SALVANESCHI L., *In tema di legittimazione passiva nel procedimento ex art. 148 c.c.*, in *Rivista Diritto Processuale*, 1988, 830.
329. SALVANESCHI L., *I procedimenti di separazione e divorzio*, in *Famiglia Diritto*, 2006, 356.
330. SALVANESCHI L., *La domanda e il procedimento*, in TARZIA-SALETTI (a cura di), *Il processo cautelare*, Padova, 2011, 389 ss.

331. SALVANESCHI L., *La novella del codice di rito e la fase introduttiva dei procedimenti di separazione e di divorzio*, in *Corriere Giuridico*, 1995, 746.
332. SALVANESCHI L., *Natura cautelare dei provvedimenti presidenziali e decorrenza della revoca dell'assegno di mantenimento*, in *Famiglia e Diritto*, 1994, 531.
333. SALVANESCHI L., *Provvedimenti presidenziali nell'interesse dei coniugi e della prole e procedimento cautelare uniforme*, in *Rivista Diritto Processuale*, 1994, 1063.
334. SALVATI A., *Nuove prospettive per il trattamento fiscale dei provvedimenti ex art. 148 c.c.*, in *Famiglia e Diritto*, 2003, 421, in nota a Corte Cost., 11 giugno 2003, n. 202.
335. SALVIONI T., *Commento all'art. 8 L. 1° dicembre 1970, n. 898*, in ZACCARIA, *Commentario breve al diritto di famiglia*, Padova, 2011, 1674.
336. SAPIENZA, *I provvedimenti d'urgenza*, Milano, 1957.
337. SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, IV, Padova, 1968.
338. SATTA S., *Limiti di applicazione del provvedimento d'urgenza*, in *Foro Italiano*, 1952, 132.
339. SATTA S., *Provvedimenti d'urgenza e urgenza di provvedimenti*, in *Massimario Giurisprudenza del Lavoro*, 1962, 49.
340. SCARANO L.A., *Pregiudizio irreparabile del credito e tutela atipica d'urgenza*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1991, 1, II, 467.
341. SCARDULLA F., *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio*, Milano, 2008.
342. SCARPA A., *Provvedimenti d'urgenza e credito cambiario*, in *Diritto e Giurisprudenza*, 1995, 253, in nota a Pret. Salerno, 29 maggio 1993.
343. SCARSELLI G., *La recente riforma in materia di filiazione: gli aspetti processuali*, in *Giusto Processo Civile*, 2013, 667.
344. SCHLESINGER P., *Il D.Lgs. n.154 del 2013 completa la riforma della filiazione*, in *Famiglia e Diritto*, 2014, 443.
345. SERVETTI G., *I mezzi di tutela per l'adempimento degli obblighi patrimoniali nella separazione e nel divorzio*, in *Famiglia e Diritto*, 1995, 387.
346. SERVETTI G. – BUFFONE G., *Garanzia dei provvedimenti patrimoniali in materia di alimenti e mantenimento della prole nell'art. 3 della legge 219/2012*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2013, 1520.
347. SESTA M., *I disegni di legge in materia di filiazione: dalla diseguaglianza alla unicità dello status*, in *Famiglia e Diritto*, 1996, 259.
348. SPACCAPELO C., *Abuso di dipendenza economica e provvedimento d'urgenza*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2007, 1739 ss., in nota a Trib. Trieste, 20 settembre 2006.
349. SPACCAPELO C., *Il decreto ex art. 148 c.c. costituisce titolo esecutivo ma non è atto iniziale del processo espropriativo*, in *Rivista Esecuzione Forzata*, 2013, 450, in nota a Trib. Torino, 9 marzo 2012.
350. SPACCAPELO C., *Principio di tipicità dei titoli esecutivi ed efficacia dei provvedimenti nell'interesse dei figli naturali*, in *Famiglia e Diritto*,

- 2009, 621, in nota a Trib. Min.Venezia, (decr.) 16 luglio 2008 e Trib. Min. Roma, (ord.) 20 gennaio 2009
351. SPACCAPELO C., *Sulla competenza a pronunciare i provvedimenti di revisione delle condizioni di affidamento dei figli minori*, in *Famiglia e Diritto*, 2010, 719, in nota a Trib.min. Brescia, (ord.) 9 febbraio 2010.
352. TARZIA G., *La tutela cautelare*, in TARZIA G.-SALETTI A., (a cura di), *Il processo cautelare*, Padova, 2011.
353. TARZIA G., *Rimedi processuali contro i provvedimenti d'urgenza*, in *Rivista Diritto Processuale*, 1986, 35 ss.
354. TARZIA G.-SALETTI A., (a cura di), *Il processo cautelare*, Padova, 2011.
355. TARZIA G.-SALETTI A., voce "Processo cautelare", in *Enciclopedia Diritto*, Agg., V, 2001, 837 ss.
356. TISCINI R., *I nova del procedimento cautelare societario: la cosiddetta strumentalità attenuata e il cosiddetto giudizio abbreviato*, in *Giur. It.*, 2004, 2209.
357. TOMMASEO F., *Ancora incertezze sui gravami contro le ordinanze che modificano i provvedimenti presidenziali nei giudizi di separazione (e divorzio)*, in *Famiglia e Diritto*, 2011, 1007.
358. TOMMASEO F., in AA.VV., *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da CIAN G. – OPPO G. – TRABUCCHI A., VI, 1, Padova, 1993, 557 ss.
359. TOMMASEO F., in BONILINI-TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio, Il Codice Civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1997.
360. TOMMASEO F., *Filiazione naturale ed esercizio della potestà: la Cassazione conferma (ed amplia) la competenza del Tribunale minorile*, in *Famiglia e Diritto*, 2007, 446.
361. TOMMASEO F., *Garanzia del reclamo e ordinanze interinali istruttorie nei giudizi di separazione e divorzio*, in *Famiglia e Diritto*, 2008, 372.
362. TOMMASEO F., *Giudizi camerale "de potestate" e giusto processo*, in *Famiglia e Diritto*, 2002, 229, in nota a Corte Cost., 30 gennaio 2002, n. 1.
363. TOMMASEO F., *Giustizia minorile: ancora un'elusiva pronuncia della consulta sulla disciplina della competenza in materia di filiazione naturale*, in *Famiglia e Diritto*, 2010, 221, in nota a Corte Cost., 6 novembre 2009, n. 286.
364. TOMMASEO F., *Il Tribunale della famiglia: verso un nuovo giudice per la famiglia e per i minori*, in *Famiglia e Diritto*, 2009, 413
365. TOMMASEO F., *I procedimenti de potestate e la nuova legge sulla filiazione*, in *Rivista Diritto Processuale*, 2013, 558.
366. TOMMASEO F., *I profili processuali della riforma della filiazione*, in *Famiglia e Diritto*, 2014, 526
367. TOMMASEO F., *I provvedimenti d'urgenza*, Padova, 1983.
368. TOMMASEO F., *I provvedimenti de potestate e la nuova legge sulla filiazione*, in *Rivista Diritto Processuale*, 2013, 558.
369. TOMMASEO F., *La disciplina processuale della separazione e del divorzio dopo le riforme del 2005 (e del 2006)*, in *Famiglia e Diritto*,

- 2006, 5.
370. TOMMASEO F., *La nuova legge sulla filiazione: i profili processuali*, in *Famiglia e Diritto*, 2013, 251.
371. TOMMASEO F., *La separazione giudiziale: basta volerla per ottenerla*, in *Famiglia Diritto*, 2015, 38.
372. TOMMASEO F., *Mantenimento e affidamento dei figli naturali: "ragionevole" il riparto di competenze fra tribunale ordinario e minorile?*, in *Famiglia e Diritto*, 1998, 114, in nota a Corte Cost., 30 dicembre 1997, n. 451.
373. TOMMASEO F., *Note introduttive agli articoli 706-711 [cod.proc.civ.]*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di CIAN-OPPO-TRABUCCHI, VI, 1, Padova, 1993
374. TOMMASEO F., *Per una giustizia "a misura del minore": la Cassazione ancora sull'ascolto del minore*, in *Famiglia e Diritto*, 2012, 39.
375. TOMMASEO F., *Provvedimenti di urgenza*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, 856 ss.
376. TOMMASEO F., *Provvedimenti presidenziali e motivi di reclamo alla Corte d'Appello*, in *Famiglia e Diritto*, 2007, 617.
377. TOMMASEO F., *Riflessioni sulle impugnazioni e sui reclami nel diritto di famiglia e delle persone (in particolare, nella disciplina della separazione di cui alla legge n. 54 del 2006)*, in *Famiglia e Diritto*, 2008, 97.
378. TOMMASEO F., *Separazione giudiziale e inammissibilità del reclamo contro l'ordinanza presidenziale oggetto d'istanza di revoca*, in *Famiglia Persone Successioni*, 2007, 503, in nota a App. Milano, 30 marzo 2007.
379. TOMMASEO F., *Sull'efficacia di titolo esecutivo dei decreti che rivedono le condizioni della separazione*, in *Famiglia e Diritto*, 2011, 877, in nota a Cass., 27 aprile 2011, n. 9373.
380. TOMMASEO F., *Variazioni sulla clausola di compatibilità (note in margine all'art. 669 quaterdecies c.p.c.)*, in *Rivista Diritto Processuale*, 1993, 695.
381. TRABUCCHI A., *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di CARRARO L.- OPPO G.- TRABUCCHI A., I, 1, Padova, 1977.
382. TRINCHI A., *Azione di risoluzione del contratto di compravendita e provvisoria esecutività del capo condannatorio alla restituzione degli acconti ricevuti*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2014, 330, in nota a Trib. Como, 22 maggio 2013.
383. VALITUTTI A., *Le ordinanze provvisoriamente esecutive*, Padova, 1999.
384. VERDE G., in VERDE G. – DI NANNI L.F., *Codice di procedura civile. Legge 26 novembre 1990, n. 353. Legge 21 novembre 1991, n. 374. Legge 4 dicembre 1992, n. 477*, Torino, 1993.
385. VESTO A., *Affidamento condiviso e assegnazione della casa familiare in caso di rottura della convivenza more uxorio*, in *Famiglia Diritto*, 2012, 579, in nota a Cass., 15 settembre 2011, n. 18863 e Trib. Minori Bari, 17 novembre 2010.
386. VIGNERA G., *Sui rapporti tra provvedimento d'urgenza e sentenza di merito (alla ricerca di una soluzione ragionevole)*, in *Rivista Diritto Processuale*, 1993, 504 ss.

387. VITALONE V., *L'ambito di applicazione dell'art. 148 c.c.*, in *Giustizia Civile*, 1992, I, 2899, in nota a Trib. Messina, 10 maggio 1991.
388. VULLO E., *Brevi note sulla natura "integralmente" contenziosa del processo di separazione giudiziale*, in *Famiglia e Diritto*, 2013, 207.
389. VULLO E., *Considerazioni in tema di irreparabilità del danno ai fini della sospensione dell'esecuzione della sentenza d'appello*, in *Giur.It.*, 1996, I, 2, 242.
390. VULLO E., *Giudizi di separazione e divorzio e provvedimenti d'urgenza*, in *Famiglia e Diritto*, 2009, 267, in nota a Trib. Andria, 7 novembre 2008.
391. VULLO E., *Inapplicabilità della disciplina cautelare uniforme ai provvedimenti ex art. 156, comma 6, c.c.*, in *Famiglia e Diritto*, 1995, 367.
392. VULLO E., *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in AA.VV., *I procedimenti sommari e speciali*, a cura di S. Chiarloni e C. Consolo, *I procedimenti cautelari*, II, Torino, 2005.
393. VULLO E., *Passaggio in giudicato formale della sentenza di separazione dei coniugi e proponibilità della domanda di revisione ex art. 710 c.p.c.*, in *Famiglia e Diritto*, 2002, 480, in nota a Cass., 22 aprile 2002, n. 5861.
394. VULLO E., *Procedimenti in materia di famiglia e di stato delle persone*, in *Commentario del Codice di Procedura Civile – artt. 706-720 bis*, a cura di Chiarloni, Tomo I, Bologna, 2011.
395. VULLO E., *Provvedimenti d'urgenza ex art. 700 cod. proc. civ. e processi di separazione e divorzio* in *Rivista Trimestrale Diritto e Procedura Civile*, 2008, 475.
396. VULLO E., *Provvedimenti d'urgenza, potestà parentale e legittimità del vincolo di esclusiva tra un giocatore e l'associazione sportiva per cui è tesserato*, in *Famiglia Diritto*, 2004, 55, in nota a Trib. Venezia, 14 luglio 2003.
397. VULLO E., *Ripartizione di competenza tra Tribunale minorile e Tribunale ordinario*, in *Famiglia Diritto*, 1996, 357.
398. VULLO E., *Sui limiti della competenza del Tribunale dei minorenni in caso di separazione della coppia di fatto*, in *Famiglia Diritto*, 2009, 992.
399. VULLO E., *Sull'ammissibilità dei provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c. nel processo di separazione giudiziale dei coniugi*, in *Famiglia e Diritto*, 2005, 641.
400. VULLO E., *Sull'inammissibilità del reclamo cautelare contro i provvedimenti provvisori assunti nel giudizio di modificazione delle condizioni di separazione ai sensi dell'art. 710, ult.comma, c.p.c.*, in *Rivista Trimestrale Diritto e Procedura Civile*, 1998, 301.
401. WIDMANN P., *In tema di sequestro ex art. 156, 6° comma, c.c.*, in *Giusto Processo*, 2013, 903.
402. ZACCARIA A., *Commento all'art. 708 c.p.c.*, in *Commentario breve al diritto della famiglia*, Padova, 2011, 2540 ss.
403. ZIINO S., *Nuovo procedimento cautelare e provvedimenti presidenziali nell'interesse dei coniugi e della prole*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1994, 2, 1271.

404. ZINGALES I., *Il procedimento per la soluzione delle controversie insorte tra i genitori in ordine all'esercizio della potestà genitoriale o alle modalità dell'affidamento in una recente pronunzia della S.C.*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2011, 656.
405. ZINGALES I., *Riflessioni sulla reclamabilità delle ordinanze ex art. 709, comma 4, c.p.c. del giudice istruttore*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2011, 1797.
406. ZINGALES I., *Tutela ex art. 446 cod.civ. in materia di alimenti e modello procedimentale applicabile*, in *www.judicium.it*
407. ZUCCARO R., *Il pregiudizio irreparabile nei provvedimenti d'urgenza*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2001, 298.
408. ZUMPANO M., *Sequestro conservativo e giudiziario*, in *Enciclopedia Diritto*, XLII, 111 ss.
409. ZUMPANO M., *Tutela di urgenza e rapporto di lavoro*, *Rivista Diritto Processuale*, 1989, 826.