

IL GIUDICE DI LEGITTIMITÀ APRE ALL'IMPUGNAZIONE DEI PROVVEDIMENTI PROVVISORI NELLE CONTROVERSIE DI FAMIGLIA E MINORILI

CORTE DI CASSAZIONE, sezione prima civile, ordinanza 17 aprile 2019, n. 10777; Pres. Valitutti, Rel. Parise, C.G.R. (Avv. Covre) c. D.M.D., D.M.E., D.M.R. *Cassa App. Trieste 3 gennaio 2018*.

I provvedimenti provvisori e urgenti pronunciati nel procedimento camerale innanzi al Tribunale per i minorenni sulla responsabilità genitoriale, in quanto resi rebus sic stantibus ed incidenti su diritti di natura personalissima di rango costituzionale, sono reclamabili ex art. 739 c.p.c. e, all'esito, ricorribili ex art. 111 Cost. innanzi alla Corte di Cassazione.

“(omissis)

Fatto.

1. Con decreto del 13 settembre 2017, il Tribunale per i Minorenni di Trieste, rigettando l'istanza proposta da C.G.R. diretta ad ottenere la revoca del collocamento dei figli minori D.M.E. e D.M.D. presso la Comunità “(OMISSIS)” di (OMISSIS), ha pronunciato la sospensione della responsabilità genitoriale di C.G.R. ed ha confermato il mantenimento dei minori in comunità, nonché l'incarico ai Servizi Sociali per la ricerca di una famiglia affidataria, fissando udienza per la prosecuzione del procedimento.
2. Con decreto del 21-12-2017, depositato in data 3-1-2018 e comunicato nella stessa data, la Corte di appello di Trieste Sezione per i Minorenni – ha dichiarato inammissibile il reclamo avverso detto decreto proposto da C.G.R.. La Corte territoriale, rilevato che il reclamo era stato proposto avverso un provvedimento temporaneo ed urgente reso in tema di affidamento di figli minori, ha ritenuto, richiamando la sentenza di questa Corte n. 4614/1998, che il decreto del Tribunale per Minorenni impugnato avesse natura cautelare ed urgente in quanto reso nell'ambito del procedimento, instaurato dal P.M. ed ancora in corso, in tema di responsabilità genitoriale ed affidamento di minori. La Corte d'appello ha pertanto affermato che la natura provvisoria di tale provvedimento lo rendesse insuscettibile di formare un giudicato rebus sic stantibus, in virtù della modificabilità e/o revocabilità dello stesso.
3. Avverso questo decreto C.G.R. propone ricorso, affidato ad un solo motivo.
4. Non hanno spiegato difese D.M.R., il curatore dei minori D.M.E. e D.M.D. e la Procura Generale, rimasti intimati. Diritto.

Ragioni della decisione.

1. Con unico articolato motivo di gravame la ricorrente C.G.R. denuncia la violazione dell'art. 739 c.p.c., e artt. 3 e 24 Cost., lamentando l'erroneità della declaratoria di inammissibilità del reclamo. Ad avviso della ricorrente le disposizioni di cui all'art. 737 c.p.c. e ss., che disciplinano il procedimento in camera di consiglio ex art. 333 c.c. e ss., non introducono distinzioni tra provvedimenti temporanei e definitivi e neppure i provvedimenti definitivi ex art. 333 c.c. e ss., sono suscettibili di formare giudicato, essendo resi res sic stantibus, come quelli temporanei emessi nel corso del procedimento. Osserva la ricorrente che, altrimenti opinando, dovrebbe ravvisarsi la violazione dell'art. 3 Cost., considerato che sono reclamabili i provvedimenti cautelari e i provvedimenti temporanei urgenti concernenti i minori resi in sede di procedimento di separazione o divorzio. Nel caso di specie il decreto reclamato, in quanto concernente l'affidamento dei minori ad un istituto o ad altra famiglia, produce “profonde ed irreversibili modifiche nelle relazioni tra i componenti del nucleo familiare” (pag. n. 7 ricorso).
2. Preliminarmente il ricorso per cassazione deve dichiararsi ammissibile, alla luce dell'orientamento più recente di questa Sezione, a cui si intende dare continuità, così sintetizzato nella massima che segue: “Il decreto della corte di appello, contenente provvedimenti in tema di affidamento dei figli nati fuori dal matrimonio e le disposizioni relative al loro mantenimento, è ricorribile per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost., poichè già nel vigore della L. 8 febbraio 2006, n. 54 – che tendeva ad assimilare la posizione dei figli di genitori non coniugati a quella dei figli nati nel matrimonio – ed a maggior ragione dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 28 dicembre 2013, n. 154 – che ha abolito ogni distinzione – al predetto decreto vanno riconosciuti i requisiti della decisorietà, in quanto risolve contrapposte pretese di diritto soggettivo, e di definitività, perchè ha un'efficacia assimilabile “rebus sic stantibus” a quella del giudicato” (Cass. n. 6132 del 2015; Cass. n. 18194 del 2015; Cass. n. 3192/2017; Cass. n. 28998/2018).
3. Il ricorso è fondato.

L'orientamento espresso con la sentenza di questa Corte richiamata dai Giudici d'appello (Cass. n. 4614/1998) è da ritenersi superato, anche alla luce delle sopravvenute novità legislative, sulla base del più recente indirizzo di questa Sezione a cui si intende assicurare continuità. Tutti i procedimenti cd. de potestate, ablativi o limitativi della responsabilità genitoriale, emessi dal giudice minorile ai sensi degli artt. 330 e 336 c.c., benchè non abbiano natura prettamente contenziosa, hanno attitudine al giudicato rebus sic stantibus in quanto non revocabili o modificabili salva la sopravvenienza di fatti nuovi (Cass. n. 23633/2016; Cass. n. 19780/2018; Cass. S.U. 32359/2018).

E' dirimente osservare che il provvedimento ablativo o limitativo della responsabilità genitoriale incide su diritti di natura personalissima, di primario rango costituzionale, ed è pertanto immediatamente reclamabile (Cass. n. 12650/2015).

Nel caso di specie il decreto del Tribunale per i Minorenni di Trieste con il quale sono stati disposti la sospensione della responsabilità genitoriale della ricorrente ed il persistente collocamento dei figli minori presso una comunità, pur se

adottato nell'ambito di procedimento ancora in corso, è già idoneo a produrre effetti pregiudizievoli per i minori e per il genitore, in ragione delle sue immediate ripercussioni sulla relazione parentale e sui diritti di natura personalissima e di primario rango costituzionale.

Il provvedimento è altresì suscettibile di acquisire la definitività equiparabile al giudicato, all'esito delle fasi impugnatorie, atteso che solo la sopravvenienza di fatti nuovi lo rende modificabile o revocabile.

4. Il ricorso deve essere pertanto accolto e il provvedimento impugnato deve essere cassato con rinvio alla Corte d'appello di Trieste, in diversa composizione, anche per la decisione sulle spese del giudizio di cassazione. (*omissis*)”

Sommario. 1. Il caso. 2. I diritti personalissimi. 3. La decisorietà *rebus sic stantibus*. 4. Il problema del giudicato “debole”. 5. Il problema delle ordinanze del g.i. nei procedimenti per separazione e divorzio. 6. L'evoluzione dovuta alla novella del 1990 sul rito cautelare uniforme. 7. Le reazioni della giurisprudenza. 8. Le riforme degli anni 2005 e 2006. 9. Il reclamo avverso i provvedimenti presidenziali. 10. Rapporti del reclamo con i poteri di revoca e modifica del giudice istruttore. 11. Reclamabilità, revocabilità e modificabilità dei provvedimenti del giudice istruttore. 12. Le ordinanze nn. 15416/14 e 11279/18.

1. *Il caso*. – La pronuncia, per le sue caratteristiche di ordinanza, molto sintetica nella parte motiva, si esprime su una fattispecie di grande interesse sul piano processuale: l'impugnabilità dei provvedimenti provvisori e cautelari nelle controversie minorili di rito camerale, con una soluzione certamente condivisibile, che pone le basi tuttavia per un più ampio ripensamento, in relazione ad altre misure provvisorie nei procedimenti familiari e minorili, per le quali persiste ancora oggi un indirizzo fermo, che professa la non impugnabilità mediante gravame cautelare o camerale e ricorso straordinario al giudice di legittimità.

Il ricorrente lamentava la violazione di diritti personali: il diritto del figlio minore ad avere una relazione continuativa con il suo genitore, come effetto di una misura provvisoria (e non conclusiva) pronunciata dal Tribunale per i minorenni, con la quale il figlio veniva collocato in comunità, si dava incarico ai servizi sociali di reperire una famiglia affidataria e si sospendeva la responsabilità genitoriale del padre. Diritti destinati certamente ad essere travolti dalla persistente efficacia della misura, modificabile solo per sopravvenienze o con il decreto conclusivo del procedimento camerale.

L'esigenza di tutela giurisdizionale e la garanzia del gravame è particolarmente evidente nei diritti personali del minore nato fuori dal matrimonio, per il parallelismo che il ricorrente correttamente propone rispetto al figlio nato nel matrimonio, il quale, in sede di separazione e divorzio, può godere dello strumento del reclamo avverso i provvedimenti presidenziali (ma con la lacuna, come vedremo, dei provvedimenti provvisori del g.i., nella fase di merito).

Questo aspetto è colto nella ordinanza della Corte di cassazione, la quale evidenzia nella motivazione la particolarità dei diritti coinvolti, il loro rilievo costituzionale, con tutte le conseguenze sul piano delle garanzie giurisdizionali per la loro tutela e riconduce le misure in esame, pur munite di una stabilità provvisoria rispetto all'irreversibilità del giudicato, a provvedimenti che necessitano di sopravvenienze fattuali ai fini della loro revoca e modifica.

Entrambi i temi, sinteticamente richiamati nella motivazione, meritano la massima attenzione, particolarmente per gli effetti riflessi sui contrari orientamenti della S.C. in fattispecie analoghe, oggi incoerenti con il nuovo principio di diritto.

2. *I diritti personalissimi*. – Il profilo della natura dei diritti è assolutamente centrale, la Corte apre una prospettiva nuova, quella del gravame di merito e del ricorso straordinario avverso le misure provvisorie, dettate nel contesto dei riti camerali, quando hanno ad oggetto diritti personali, come quelli implicati dalla responsabilità genitoriale e quindi dall'affidamento, dal collocamento del minore, dal suo mantenimento inteso come bene personale perché destinato a tutelare la sua educazione, istruzione, crescita, fino all'età adulta e alla sua autonomia.

Si tratta di una via nuova, che merita attenzione (e studio certamente ben oltre l'economia della nota) e che riempie la lacuna di un sistema nel quale una misura, ancorché provvisoria, che interferisce con diritti della persona, mancava di un'espressa previsione legislativa di un rimedio, come il reclamo, e, in ultima analisi, il ricorso straordinario.

Il legislatore sceglie percorsi frammentari e contraddittori, come il richiamo solo in alcuni casi al reclamo camerale; in altri preferisce la lacuna, solo che si pensi ai danni piuttosto che ai benefici di una disposizione come l'art. 708 c.p.c., che ammette un reclamo speciale di tipo camerale solo avverso i provvedimenti presidenziali e dimentica le misure, aventi la stessa natura e contenuto (tanto da potere revocare e modificare le ordinanze presidenziali) del g.i.

L'oggetto dei provvedimenti del g.i. – dopo la recente *vis attractiva* delle misure sulla responsabilità genitoriale offerta dall'art. 38 disp. att. c.c. verso i procedimenti per separazione e divorzio iniziati prima dei procedimenti sulla responsabilità genitoriale innanzi al Tribunale per i minorenni - non differisce da quello delle misure provvisorie ex art. 336 c.c., per cui il principio di diritto affermato dall'ordinanza in commento non potrà non avere riflessi di rilievo.

Nella sostanza tutti i provvedimenti, ancorché provvisori, che incidono su diritti personalissimi come quelli implicati dalla genitorialità, devono potere essere impugnati con un mezzo di gravame nel merito e, in ultima analisi, con il ricorso straordinario ex art. 111 Cost.

3. *La decisorietà rebus sic stantibus*. – L'altro argomento, pure esso importante per l'originalità, è quello di avere dato rilievo ai fini della decisorietà, quale premessa sulla natura del provvedimento impugnabile in via straordinaria ex art. 111 Cost., non al giudicato in senso stretto, quello che discende dal provvedimento che conclude il giudizio e che se non impugnato con mezzi ordinari acquista la irrevocabilità del giudicato, bensì alla semplice stabilità del provvedimento, idoneo a resistere nel tempo in difetto di sopravvenienze.

Questa lettura apre uno squarcio nel muro della non impugnabilità delle misure interlocutorie, semplicemente perché inidonee al giudicato, nel senso pieno del termine, e la breccia giunge sino alle misure cautelari anticipatorie in senso stretto, che per quanto non irrevocabili (ci sarà sempre un giudizio di merito possibile che potrà revocarle o modificarle), conservano nel tempo la regola concreta di giudizio e possono, particolarmente nella tutela dei diritti personalissimi, incidere su di essi in modo irrimediabile.

L'aspetto esplicitato nell'ordinanza potrebbe indurre ad un ripensamento dell'orientamento ormai stereotipato che esclude le misure provvisorie e cautelari alla ricorribilità straordinaria ex art. 111 Cost. in sede di legittimità.

4. *Il problema del giudicato "debole"*. – L'ordinanza costituisce l'epilogo di un lungo percorso della giurisprudenza di legittimità, che passa attraverso la negazione di una ricorribilità straordinaria dei provvedimenti finali, questi certamente idonei al giudicato nel senso tradizionale del termine, quando avessero ad oggetto diritti personali. Orientamento agli antipodi dell'odierno, che strideva con il contemporaneo indirizzo che ammetteva invece la ricorribilità straordinaria innanzi al giudice di legittimità delle misure a contenuto economico (anche questa una prospettiva differenziale morta e sepolta da tempo)¹.

Oggi non si discute più la ricorribilità innanzi alla Corte di cassazione ex art. 111 c.p.c. di tutti i provvedimenti conclusivi dei procedimenti camerali, abbiano essi natura personale o natura economica².

¹ Così le tutt'altro che remote Cass., 13 settembre 2012, n. 15341, in *Fam. dir.*, 2013, 586; Cass. 17 giugno 2009, n. 14093, *Nuova giur. Comm.* 2010, I, 80 con nota di Puliti e numerose altre precedenti.

² Per prima Cass., 8 maggio 2013, n. 10720, in *Dir. fam.*, con nota di Lai. Conf., in dottrina, Durella, *La tutela processuale dei figli nati fuori dal matrimonio*, in Graziosi (a cura di), *Diritto processuale della famiglia*, Torino, 2016,

Il tema nuovo, come si è detto, è la ricorribilità *ex art. 111 Cost.*, previo reclamo camerale, dei provvedimenti provvisori.

Vi è qui invero un passaggio delicato, che l'ordinanza trascura e che uno studioso del processo di famiglia pone al centro della sua riflessione: la particolarità del giudicato sui diritti personali indisponibili³.

L'esistenza di una sorta di "giudicato debole" soggetto in ogni momento ad una revisione.

Disposizioni come l'art. 710 c.p.c. e l'art. 9 della legge n. 898 del 1970, sulla revocabilità e modificabilità dei giudicati, rispettivamente nei procedimenti di separazione e divorzio, non sembrano letteralmente contemplare la necessità di una sopravvenienza ai fini di un nuovo intervento giurisdizionale⁴ (la seconda delle due disposizioni pone invero il presupposto dei "*gravi motivi*", regola elastica che fa pensare a tutt'altro che ad una sopravvenienza: piuttosto ad un potere discrezionale in senso lato del giudice). Ma soprattutto l'art. 337 *quinquies* c.c. apre la prospettiva di una revisione *ad libitum* in ogni tempo delle disposizioni riguardanti i figli, siano esse personali che economiche.

Le ragioni di disposizioni di questo tipo hanno una sola spiegazione, il carattere diverso del giudicato quando ha ad oggetto diritti indisponibili, quali sono i diritti del minore, come un giudizio meno stabile, che può rendere necessario un adeguamento del *dictum* alla luce semplicemente di una evoluzione della giurisprudenza a prescindere da sopravvenienze di legge o di fatto.

In tal modo il giudicato sui diritti indisponibili ha una minore tenuta rispetto al giudicato sui diritti disponibili, dove i limiti cronologici restano intatti e la revisione può aversi solo con la sopravvenienza (è il caso dei diritti economici intercorrenti tra i coniugi, che costituiscono diritti disponibili, come tali assoggettati pienamente alle regole del processo dispositivo, in particolare alla tenuta del giudicato sino alla sopravvenienza⁵).

Pur nella diversità della tenuta del giudicato, nel diverso contesto dei diritti indisponibili e dei diritti disponibili, resta che il provvedimento conclusivo dei procedimenti camerali acquista l'efficacia del giudicato e quella decisorietà che li sottopone pienamente al ricorso straordinario *ex art. 111 Cost.*

Tuttavia l'argomento della natura di misura dettata *rebus sic stantibus* dei provvedimenti provvisori, come presupposto della sua reclamabilità e quindi ricorribilità straordinaria innanzi al giudice di legittimità, rischia di indebolire la tesi seguita dalla S.C., per la rilevata generale rivedibilità delle pronunce su diritti indisponibili, sancita dalla legge.

Per quanto maggiormente assoggettati nella revisione ad una discrezionalità del giudice, che non presuppone esclusivamente la sopravvenienza, resta nei provvedimenti provvisori quella stabilità che tendenzialmente conduce sino al provvedimento finale, con la sua idoneità a colpire a morte il diritto personale irrimediabilmente leso, in difetto di strumenti impugnatori immediati, come lo sono prima il reclamo ed eventualmente, all'esito, il ricorso straordinario.

In tale prospettiva è probabilmente l'oggetto delle misure provvisorie ad offrire la soluzione al problema, il suo coincidere con diritti personalissimi di rango costituzionale che anche nella limitata stabilità delle misure provvisorie può subire conseguenze difficilmente rimediabili nel corso del giudizio di merito e al suo esito.

125 e 126; Lupoi, *Il procedimento della crisi tra genitori non coniugati avanti al tribunale ordinario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 1322.

³ Si tratta di Danovi, , *Il processo di separazione e divorzio*, Milano, 2015, 834 e ss., il quale nega il giudicato nei provvedimenti (finali) su affidamento del minore e conseguentemente la ricorribilità straordinaria innanzi alla Corte di cassazione.

⁴ E' noto come la giurisprudenza imponga al di là della lettera una sopravvenienza, come presupposto di ammissibilità della revisione del giudicato, *ex plurimis*, Cass., 2 Luglio 2019, n. 17689 e Cass., 28 Novembre 2017, n. 28436, entrambe in *www.ilcaso.it*.

⁵ La più recente, addirittura in deroga ad una sentenza di divorzio di un accordo omologato, Cass., 3 dicembre 2015, n. 24621, in *www.altalex.it* e in *dir.giur.*2015, 465.

Dei due argomenti usati dall'ordinanza commentata è certamente il secondo a persuadere maggiormente.

5. *La latitudine del problema.* - Un sistema di tutela anticipatoria alternativa alla tutela dichiarativa, confluyente nel giudicato, deve porsi in rigorosa linea con le garanzie imposte da fonte costituzionale e internazionale al processo giurisdizionale⁶.

E' questo il vero problema, poiché in occasione della frammentaria introduzione del nuovo sistema di tutela anticipatoria, anche nell'ambito del diritto di famiglia, l'allineamento ai principi internazionali e costituzionali è ben lungi dall'essere raggiunto e all'interprete, anche a costo di forzature indotte da un'interpretazione evolutiva e costituzionalmente orientata, compete un arduo compito.

La risposta della giurisprudenza è in genere deludente, anche se con il non secondario alibi dei silenzi e delle lacune del legislatore.

Se, infatti, la regola deve essere offerta - in tempi urgenti - all'esito di una cognizione sommaria e se il rito a cognizione piena, secondo le regole comuni, si consuma in un tempo infinito e se, quindi, la regola anticipata al conflitto, attraverso i provvedimenti presidenziali o del giudice istruttore, oppure del giudice investito dal rito camerale, può stabilizzarsi per un tempo altrettanto indefinito, pur non assumendo la stabilità del giudicato, è necessario anche concepire un serio mezzo di riesame, ovvero un gravame che consenta ad un altro giudice, auspicabilmente collegiale, di sindacare il giudizio espresso in prime cure attraverso la misura anticipatoria. Questo aspetto è esattamente inteso dalla ordinanza in esame.

L'esigenza diventa insopprimibile necessità quando il sistema apre alcune esperienze allo strumento del riesame, come nel caso del reclamo cautelare dell'art. 669 *terdecies* c.p.c. oppure, richiamando lo stesso tipo di gravame, per i provvedimenti interinali a tutela del possesso (art. 703, 3° comma, c.p.c.): strumenti funzionalmente diversi, ma accomunati dalla anticipazione degli effetti della tutela di merito e dalla tenuta sino alla sopravvenienza.

Nella materia familiare il tema è reso più complesso, come si è accennato, per l'esistenza di un istituto di riesame avverso le ordinanze presidenziali disciplinato nell'art. 708 c.p.c., a seguito della novella con legge n. 54 del 2006. Tale istituto deve per necessità essere esteso a misure con identico contenuto, (i provvedimenti di revoca e modifica del giudice istruttore, ai sensi dell'art. 709, 4° comma, c.p.c.).

6. *L'evoluzione dovuta alla novella del 1990 sul rito cautelare uniforme.* - In questo contesto normativo, le riforme del 1990-1995, particolarmente con la legge n. 353 del 1990, pongono una breccia al sistema autoritario del codice del 1940⁷, giungendo - come nella disciplina dei sequestri - a concepire una misura priva di contraddittorio, revocabile solo dopo tre gradi di giudizio con il giudicato.

Il *monstrum* viene rimosso attraverso, non solo la generalizzazione della regola del contraddittorio (art. 669 *sexies* c.p.c.), ma soprattutto attraverso il regime del riesame introdotto con l'art. 669 *terdecies* c.p.c., della revoca e della modifica per circostanze sopravvenute (art. 669 *decies* c.p.c.) e infine della prevalenza della cognizione piena sulla cognizione sommaria, sin dalla pronuncia della sentenza di primo grado (art. 669 *novies*, 3° comma, c.p.c.).

⁶ Emblematica la lunga motivazione di uno dei giudici più impegnati su questo versante, il Pres. Martinelli del Tribunale di Genova, che costituisce un vero e proprio saggio in materia, cfr. Trib. Genova, 6 febbraio 2007, in *Foro it.*, 2007, *anticipazioni e novità*, 12.

⁷ Sul quale v. i saggi di Cipriani, raccolti negli *Scritti in onore dei patres*, Milano, 2006, in part. 401 ss e 435 ss.

Si tratta di una breccia che non poteva limitarsi al contesto specifico, quello delle ordinanze cautelari di accoglimento, e presto l'allineamento costituzionale verrà imposto all'inerzia del legislatore ordinario con l'intervento del giudice della costituzionalità delle leggi che, in ossequio al principio di uguaglianza e razionalità, lo estende anche alle ordinanze di rigetto⁸.

Ma l'istituto non può, né poteva, conservarsi al solo "mondo" cautelare in senso stretto, poiché già penetrava in un settore, quello della tutela possessoria interinale, che non si fondava, come non si fonda, su presupposti cautelari e pure, per il generale richiamo al rito cautelare (art. 703 c.p.c.), è assoggettato alle stesse garanzie (peraltro esplicitate nel 3° comma della disposizione citata).

La dottrina più attenta⁹ si attendeva - senza la necessità di un nuovo intervento del giudice della costituzionalità della legge - un'interpretazione costituzionalmente orientata della giurisprudenza, che in altri ambiti, come ad esempio quello cautelare, aveva dimostrato una ben diversa sensibilità.

Il tema era ovviamente quello della reclamabilità dei provvedimenti anticipatori del presidente e del G.I. nei procedimenti di separazione e divorzio e la reclamabilità delle misure provvisorie anche nel rito camerale minorile.

7. Le reazioni della giurisprudenza. - Si assiste invece ad un fenomeno inatteso: un'improvvisa soluzione di continuità di una cinquantennale qualificazione delle misure presidenziali provvisorie e urgenti in termini cautelari da parte della S.C.¹⁰ sospinte forzatamente nel mondo delle tutele sommarie anticipatorie non cautelari¹¹. Il tutto sulla suggestione aprioristica di una deroga al regime cautelare, particolarmente alla reclamabilità della misura *ex art. 669 terdecies c.p.c.*, sotto l'influenza di (pretesi) timori per il carico indotto ai ruoli, prospettiva che la parallela esperienza cautelare non ha affatto evidenziato. Ma si tratta di un pregiudizio che non può certo ispirare l'interpretazione del diritto positivo, soprattutto quando è implicato un principio costituzionale o sono coinvolti dei diritti personali di rango costituzionale. Gli argomenti sono deludenti: quello del prevalente impulso officioso della tutela che caratterizzerebbe l'ordinanza presidenziale¹², dimenticando che la principale esperienza cautelare fallimentare *ex art. 146, 3° comma l. fall.*, anteriore alla riforma, era priva di una domanda e cionondimeno soggetta al reclamo, oppure l'argomento della ultrattività della ordinanza in caso di estinzione, che l'evoluzione legislativa (novellazione dell'art. 669 *octies*, dovuta alla legge n. 80 del 2005) ha dimostrato poteva essere assunto come carattere precipuo anche della tutela cautelare anticipatoria¹³.

⁸ Tra le tante, v. Corte cost., 23 giugno 1994, n. 253, in *Foro it.*, 1994, I, 2004, con nota di Capponi.

⁹ Cfr. Proto Pisani, *Su alcuni problemi attuali del processo familiare*, in *Foro it.*, 2004, I, 2535; Cea, *I provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole e il reclamo cautelare*, in *Foro it.*, 2002, 264 ss.; Balena, *Provvedimenti sommari esecutivi e garanzia costituzionali*, *ivi*, 1998, I, 1541 ss; soprattutto, Cipriani, *L'impugnazione dei provvedimenti "nell'interesse dei coniugi e della prole" e il lento ritorno al garantismo*, in *Corr. giur.*, 1998, 211 ss; Cecchella, *Il processo cautelare*, Torino, 1997, 243 ss.; Martinelli, *Alcune questioni sull'ambito di applicazione del nuovo rito cautelare uniforme*, in *Foro it.*, 1995, V, 176 ss. Pur accogliendo la qualificazione cautelare nega invece, per incompatibilità, la applicazione della disciplina del reclamo, Salvaneschi, *Provvedimenti presidenziali nell'interesse dei coniugi e della prole e procedimento cautelare uniforme*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 1063 ss.

¹⁰ Anche recentemente, v. Cass., 12 giugno 2006, n. 13593; Cass., 5 ottobre 1999, n. 11029, in *Fam. dir.*, 2000, 292; Cass., 12 aprile 1994, n. 3415, *ivi*, 1994, 531, con nota di Salvaneschi e numerose altre.

¹¹ Cfr. Trib. Verona, 20 febbraio 2003, in *Foro it.*, 2004, I, 624, con nota di Cea; Trib. Bari, 23 dicembre 2004, *ivi*, 2005, I, 1244; Trib. Brindisi, 12 agosto 2003, *ivi*, 2004, I, 624; Trib. Foggia, 30 luglio 2001, *ivi*, 2002, I, 263, con nota di Cea; Trib. Trani, 26 novembre 1997, *ivi*, 1998, I, 232; Trib. Catania, 21 luglio 1993, in *Fam. e dir.*, 1994, 61, con nota Salvaneschi.

¹² Per una critica, cfr. Cipriani, *Processi di separazione e divorzio*, in *Foro it.*, 2005, I, 14; Cea, *op. cit.*, *ivi*, 2004, I, 624 ss.

¹³ E' l'opinione pure di Cipriani e Cea, *loc. ultt. citt.* Utili riferimenti anche in Merlin, *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, in *Dig. disc. priv. - sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, 429.

Il ragionamento doveva condursi su ben altre basi, ovvero sulla necessità costituzionalmente imposta di una estensione delle garanzie al vasto e prorompente fenomeno della tutela anticipatoria fondata su di una cognizione sommaria, che muovesse o meno da presupposti cautelari, rispetto alla quale la maggiore o minore strumentalità era del tutto indifferente, essendo rilevante esclusivamente la idoneità, su base di cognizione sommaria, ad anticipare in parte o in tutto la tutela finale e ad assumere una stabilità intensa sino alla sopravvenienza¹⁴.

Dal coro si distingueva, grazie alla sensibilità di processualista del magistrato che ne presiedeva i collegi, il Tribunale di Genova¹⁵, il quale non contrastando la costruzione prevalente sulla natura non cautelare, evidenziava, correttamente, l'analogia e quindi la necessità di un'estensione della disciplina cautelare per allineamento alle garanzie costituzionali, pronunciandosi per lo più in fattispecie originate da ordinanze del giudice istruttore in sede di separazione e divorzio. Si deve dire che l'orientamento genovese non si era espresso invero a favore della reclamabilità delle ordinanze presidenziali, poiché queste erano comunque revocabili o modificabili dal giudice del procedimento dichiarativo di merito, bensì ammetteva la reclamabilità dei provvedimenti di quest'ultimo¹⁶.

Pertanto, innanzi ad un indirizzo così consolidato, non è servito neppure il tentativo di sollecitare l'intervento del giudice della costituzionalità delle leggi¹⁷, pur essendovi più di un motivo per dubitare della costituzionalità della soluzione, anche solo per il profilo del principio di razionalità, del sistema (art. 3 Cost.), dove erano usati due pesi e due misure per provvedimenti che conducevano allo stesso risultato di tutela (non dimentichiamoci che il reclamo era previsto per misure interinali, non cautelari, come quelle possessorie ex art. 703, 3° comma, c.p.c.).

La successiva riforma - dovuta alla legge n. 80 del 2005 - del rito cautelare, che ha attenuato la funzione strumentale delle misure anticipatorie, introducendo una disciplina analoga all'art. 189 disp att. c.c. (art. 669 *octies*, 6° comma, c.p.c.) non ha inciso sull'orientamento che si è in modo stereotipato riprodotto senza soluzione di continuità.

La tutela veniva abbandonata alle sorti della istanza di revoca e modifica innanzi al G.I. che, grazie alla successiva entrata in vigore della legge n. 74 del 1987 (art. 23), sulla estensione alla separazione delle regole dettate per il divorzio, non presupponeva più la necessità di circostanze sopravvenute, ma consentiva una revisione senza limiti dell'ordinanza presidenziale¹⁸.

Soltanto in caso di vizi formali di nullità dell'ordinanza presidenziale, si era consentita un'impugnativa nelle forme dell'*actio nullitatis*, eventualmente nel contesto di una opposizione alla esecuzione¹⁹.

8. *Le riforme degli anni 2005 e 2006.* - La prima novellazione dovuta alla legge n. 80 del 2005 si preoccupa di sciogliere il nodo del processo per separazione e divorzio nei rapporti tra fase sommaria presidenziale e fase ordinaria innanzi al giudice istruttore, in relazione all'applicazione delle preclusioni che disciplinano il rito ordinario, dopo la novella degli anni 1990-1995, mentre tace sul tema delle garanzie avverso l'ordinanza presidenziale.

14 Cfr. Cea, *op. cit.*, in *Foro it.*, 2002, 264 ss., in part. 274.

15 Trib. Genova, 22 novembre 2000, in *Foro it.*, 2005, I, 159; Trib. Genova, 16 febbraio 2004, *ivi.*, 2004, I, 104, ov'è applicata l'impostazione di cui al testo sulla lettura costituzionalmente orientata della disciplina dei provvedimenti interinali non cautelari anticipatori; Trib. Genova, 10 gennaio 2004, *ivi.*, 2004, I, 831; Trib. Genova, 16 marzo 2001, *ivi.*, 2001, I, 2356, tutte in relazione a provvedimenti del giudice istruttore, in sede di revoca o modifica dei provvedimenti presidenziali.

16 Cfr. in particolare, Trib. Genova, 10 maggio 2004, in *Foro it.*, 2004, I, 2534.

17 Ritenuta manifestamente infondata la questione da Trib. Verona, 20 febbraio 2003, in *Foro it.*, 2004, I, 624, con nota di Cea; Trib. Trani, 26 novembre 1997 e Trib. Pavia, 9 gennaio 1997, entrambe in *Foro it.*, 1998, I, 232.

18 Trib. Varese, 22 settembre 1998, in *Fam. dir.*, 1999, 284.

19 Cass., 25 gennaio 1989, n. 553, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1291 ss.

Il legislatore si interessa soltanto di adeguare le regole codicistiche sul processo per separazione al rito divorzile, regolato dalla legge speciale n. 898 del 1970, con una soluzione che l'interprete aveva già agio di cogliere nell'art. 23 della legge n. 74 del 1987, ovvero introduce una revocabilità e modificabilità della misura presidenziale a prescindere dalla sopravvenienza di fatti e fa trasmigrare la regola nell'art. 709, u.c., c.p.c.

E' dovuto invece alla successiva legge n. 54 del 2006 l'intervento sull'ultimo comma dell'art. 708 c.p.c., con una disciplina che non produce un rinvio *tout court*, come sarebbe stato più semplice e logico, alla regola cautelare, bensì codifica un reclamo, sulla falsariga del reclamo camerale, assomigliante assai di più alla disciplina dell'art. 739 c.p.c., piuttosto che a quella dell'art. 669 *terdecies* c.p.c.

Resta inalterata la soluzione, dovuta in modo esplicito e senza difficoltà interpretative alla riscrittura dell'art. 709 u.c. cit., sulla revocabilità e modificabilità dei provvedimenti presidenziali senza i limiti della sopravvenienza.

La frammentazione e casualità degli interventi, come tra breve vedremo, è all'origine di gravi problemi di coordinamento e di una disciplina lacunosa, non facilmente colmabile, lasciando pressoché intatta la problematica suscitata nel recente passato.

9. *Il reclamo avverso i provvedimenti presidenziali.* - L'art. 708, u.c., c.p.c. affida infatti il reclamo non al tribunale, nella sua articolazione collegiale, con la cautela della incompatibilità del giudice che ha pronunciato la misura, ma preferisce la soluzione di affidarlo al giudice superiore, la Corte di appello, in composizione necessariamente collegiale. La scelta pare dettata dalla necessità di evitare i condizionamenti derivanti dalla particolare posizione apicale del presidente.

Il termine, tuttavia, similmente all'art. 739 c.p.c., per il carattere contenzioso della controversia, decorre dalla notifica dell'ordinanza e coincide con dieci giorni (contrariamente, dopo la novellazione della legge 80 del 2005, l'art. 669 *terdecies* c.p.c. individua il *dies a quo* nella comunicazione e lo fissa in quindici giorni).

Per la regola speciale introdotta dall'ultimo comma del cit. art. 708 il termine ivi regolato non ammette alternative²⁰, conteggiandosi solo dalla notifica e quindi rendendosi irrilevante la comunicazione o la conoscenza all'udienza dell'ordinanza oppure, infine, la semestralità dalla pubblicazione, quest'ultima applicabile solo ai provvedimenti idonei al giudicato.

Per il resto la disposizione tace, rinviando genericamente al rito camerale.

E' da ammettersi la reclamabilità non soltanto dell'ordinanza di accoglimento, ma anche dell'ordinanza che rigetta la domanda di una delle parti (qualche dubbio sorge in relazione al profilo della incompetenza, poiché non è ipotizzabile che il presidente decida su tale questione, che può essere oggetto soltanto di un'ordinanza nella fase di merito) e quindi deve ammettersi un reclamo incidentale.

Secondo l'esperienza sia del reclamo camerale *ex art. 739 c.p.c.*, come anche del reclamo cautelare *ex art. 669 terdecies c.p.c.*, lo strumento di impugnazione dell'ordinanza presidenziale deve essere inquadrato in un gravame, ovvero nella rinnovazione del giudizio sullo stesso oggetto del procedimento sommario presidenziale in virtù dell'effetto devolutivo, eventualmente arricchito, se necessario, da fatti sopravvenuti o da mezzi di prova che fossero ritenuti rilevanti.

Questa costruzione, in linea con il "diritto vivente" del reclamo cautelare, viene contraddetto dalla giurisprudenza la quale, per evidenti ragioni di disfavore verso lo strumento, non aventi alcuna base testuale, consente un'impugnazione

20 App. Milano, 30 marzo 2007, in *Dir. fam.*, 2007, 1187.

nei rigorosi limiti della “*revisio priori instantae*” non ammettendo l’allegazione di fatti nuovi e la deduzione di nuovi mezzi di prova, avvilendo lo strumento ad un puro mezzo di impugnazione in senso stretto²¹.

Ad attenuare le profonde perplessità verso tale orientamento è la incomprensibile disciplina dedicata all’istituto dal legislatore, il quale offre un potere illimitato di revoca e modifica dell’ordinanza in capo al giudice istruttore, privo della necessità della sopravvenienza, nonostante che il sistema concepisca un’impugnazione del provvedimento revocabile e/o modificabile. Un legislatore attento avrebbe forse dovuto consentire al solo giudice istruttore la revoca e modifica per sopravvenienze, affidando esclusivamente al reclamo la revoca o modifica a fattispecie inalterata.

Ma così non è stato.

Pertanto non vi è ragione per sostenere che solo in sede di giudizio di merito, innanzi al giudice istruttore, possono essere dedotti fatti nuovi o mezzi di prova, poiché il legislatore concepisce una perfetta fungibilità degli strumenti: il reclamo da un lato e la revoca e modifica davanti al giudice istruttore dall’altro.

Ma il disfavore verso lo strumento non emerge solo nell’inquadramento generale del suo ambito oggettivo e delle facoltà difensive consentite alle parti, ma anche in un’originale, anch’essa priva di basi testuali, scelta sul termine che consente il reclamo alla parte. Infatti alcune corti di appello ritengono ammissibile il reclamo sin tanto che non si sia consumata l’udienza innanzi al giudice istruttore²², poiché da quell’udienza in poi è il giudice istruttore ad assumere i poteri di revoca e modifica, non più consentiti alla corte di appello in sede di reclamo (negando la perfetta fungibilità degli strumenti voluta al contrario dal legislatore nella formulazione dell’art. 709, u.c., c.p.c.).

L’orientamento incontra ben presto difficoltà insormontabili quando, presentato il ricorso per reclamo tempestivamente, prima che si sia celebrata l’udienza innanzi al giudice istruttore, la corte ha fissato, per impegni dell’ufficio, l’udienza in data successiva a quella fissata dal presidente per la prosecuzione del processo per separazione o divorzio innanzi al giudice istruttore, poiché - anche in tal caso - alcune Corti hanno dichiarato inammissibile il reclamo, con la consueta argomentazione (una inammissibilità dipendente dalla discrezionalità della corte della fissazione dell’udienza!).

L’immediata reazione del reclamante, con richiesta di anticipazione dell’udienza del reclamo, rispetto all’udienza del giudice istruttore, ha indotto inesorabilmente le corti di appello a rivedere l’orientamento, ritenendo ammissibili reclami discussi anche dopo l’udienza innanzi al giudice istruttore.

Ancora una volta si vede come una legislazione molto approssimativa possa essere alla base di orientamenti giurisprudenziali che suscitano gravi dubbi interpretativi.

Infine, è significativo, agli effetti generali del ragionamento che si è qui tentato, evidenziare come le misure anticipatorie costituite dagli ordini di protezione *ex art. 342 bis c.c.*, ai sensi dell’art. 736 *bis*, 4° comma, c.p.c., sono soggette al reclamo al tribunale *ex art. 739 c.p.c.*, ancora una volta richiamandosi il reclamo camerale piuttosto che il reclamo cautelare, a cui il legislatore non piace assoggettare, evidentemente, la materia familiare.

²¹ Cfr. App. Cagliari, 26 marzo 2011, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 471; App. Firenze, 9 aprile 2010, in *Foro it.*, 2010, I, 2199, con nota di Cea e Proto Pisani; App. Firenze, 10 luglio 2008, in *Foro it.*, 2009, I, 1216, con nota critica di Cea; App. Lecce, 12 gennaio 2007, in *Fam. min.*, 2007, 54; App. Bologna, 13 novembre 2006, in *Fam. dir.*, 2007, 280; App. Bologna, 8 maggio 2006, *ivi*, 2007, 617 con nota critica di Tommaseo. In dottrina, in linea con la giurisprudenza, Proto Pisani, *Note sui processi di separazione giudiziale*, in *Foro it.*, 2013, 95; in senso contrario, Danovi, *Il processo di separazione e divorzio*, cit., 318 ss; Danovi, *Legittimazione e contraddittorio nei procedimenti di separazione e divorzio*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 451 e, se vuoi, Cecchella, *Reclamo, revoca e modifica dei provvedimenti provvisori e urgenti nei processi di separazione e divorzio*, in *questa Rivista*, 2008, 329, per una più ampia disamina, Cecchella, *Diritto e processo nelle controversie familiari e minorili*, Bologna, 2018, 181 ss..

²² Cfr. App. Torino, 10 dicembre 2013, in *Fam. dir.*, 2014, 257, con nota critica di Danovi; App. Napoli, 26 giugno 2007, in *Corr. merito*, 2007, 1251. In senso critico, come nel testo, Danovi, *Il processo di separazione e divorzio*, cit., 314.

10. *Rapporti del reclamo con i poteri di revoca e modifica del giudice istruttore.* - La stratificazione degli interventi, come di consueto frammentari tra loro, dalla legge n. 80 del 2005 alla legge n. 54 del 2006, facevano convivere due disposizioni poco coordinabili tra loro, da un lato il riesame e dall'altro la revocabilità *ad libitum* del giudice istruttore. Sarebbe stato al contrario opportuno sul piano razionale affidare la revisione al gravame e la revoca e/o modifica al giudice istruttore solo in caso di sole sopravvenienze.

La normativa, almeno sul piano letterale, non ha questa sensibilità e quindi il coordinamento ricade come di consueto sull'interprete.

E' opportuno anzitutto osservare come solo i provvedimenti presidenziali siano assistiti da un ampio potere di revoca e modifica del giudice istruttore, con presupposti *ad nutum* (art. 709 u.c., c.p.c.), mentre non lo sono i provvedimenti dello stesso giudice istruttore (e della corte di appello in sede di reclamo).

La norma merita pertanto una lettura restrittiva.

Ne discende che i provvedimenti dettati in sede di reclamo dalla Corte di appello, come anche i provvedimenti dello stesso giudice istruttore, per la ragione che fa ritenere normativa di riferimento generale la disciplina del processo cautelare, possono essere revocati e modificati nel giudizio di merito solo in caso di sopravvenienze o deduzioni di fatti non allegati e ignorati nella fase precedente (arg. ex art. 669 - *decies* c.p.c.)²³.

Sono così fugati i dubbi circa un potere del giudice istruttore di rendere vana la pronuncia della Corte di appello (o anche la riforma del suo stesso provvedimento in prime cure) ed è fatto salvo il principio fondamentale dell'adeguamento della misura alla dinamica della realtà fattuale.

Saranno perciò revocabili e modificabili, ai sensi dell'art. 709 u.c., c.p.c., i soli provvedimenti presidenziali, prescindendo da sopravvenienze oppure deduzione di nuovi fatti ignorati.

Ma la perfetta astratta fungibilità di reclamo, revoca e modifica, entrambi strumenti di semplice revisione quando applicati all'ordinanza presidenziale, senza che la fattispecie dedotta sia modificata, pone seri problemi di coordinamento, quando entrambe le istanze, quella di reclamo e quella di revoca e modifica sono state contemporaneamente proposte.

Allora non esitiamo, ancora una volta innanzi alla lacuna, a richiamare l'analoga materia cautelare, applicando l'art. 669 - *terdecies*, 4° comma, c.p.c. ovvero una volta che è introdotto il reclamo, questo assorbe in sé ogni tutela, sia essa generata dalla semplice revisione o piuttosto dalla necessità di esaminare un fatto storicamente nuovo o semplicemente ignorato, con prevalenza del reclamo su revoca e modifica²⁴.

Questo orientamento non è ovviamente accolto dalla lettura restrittiva offerta al reclamo come rigoroso *revisio priori instantae* da parte delle corti di appello.

²³ Conf. Cea, *La nuova torre di Babele: la legge sull'affidamento condiviso e il reclamo contro i provvedimenti del giudice istruttore*, in *Foro it.*, 2006, I, 2214; Balena (-Bove), *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, 409; Tommaseo, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso*, cit., 400; Servetti, *Affido condiviso*, in *Unicost.it*; ma in senso contrario Salvaneschi, *loc. ult. cit.*; Dosi, *Le nuove norme sull'affidamento e sul mantenimento dei figli e il nuovo processo di separazione e divorzio*, suppl. al fascicolo 23/2006 di *D&G*, Milano, 2006, 93. In giurisprudenza, Trib. Napoli, 9 novembre 2006, in *Foro it.*, 2007, I, 302; App. Bologna, 17 maggio 2006, in *www.minorefamiglia.it*.

²⁴ Differente l'opinione di Danovi, *Il processo di separazione e divorzio*, cit., 333, il quale preferisce il principio *electa una via non datur recursus ad alteram*.

11. *Reclamabilità, revocabilità e modificabilità dei provvedimenti del giudice istruttore.* - Le due disposizioni tacciono in relazione alle misure provvisorie ed urgenti che il giudice istruttore offre, sia in sede di revoca o modifica dei provvedimenti presidenziali, sia in via autonoma.

In tale contesto, non è ipotizzabile che identiche situazioni possano essere regolate in modo difforme e soprattutto che il riesame si giustifichi solo per i provvedimenti presidenziali e debba negarsi per i provvedimenti del giudice istruttore, che hanno la stessa natura, lo stesso contenuto, lo stesso oggetto, tanto che possono incidere sui primi in sede di revoca o modifica.

Una diversa impostazione non potrebbe non confliggere con il principio costituzionale di eguaglianza (e razionalità) ex art. 3 Cost., per non parlare delle altre garanzie costituzionali (art. 24, 2° comma, Cost.).

Naturalmente, come la casistica giurisprudenziale ha evidenziato, è subito emerso un ritorno al passato, con gli argomenti stereotipati della natura non cautelare dei provvedimenti del g.i. Un ritorno nostalgico ad una lettura tradizionale, qui in più luoghi confutata, a cui si è allineata la giurisprudenza, con i motivi critici che si è ritenuto in questa sede di sollevare²⁵. Secondo questo orientamento non resta che lo strumento della revoca e modifica innanzi allo stesso istruttore.

La tesi affermativa deve però sciogliere un ulteriore nodo: se tale reclamo debba essere applicato in analogia alla disciplina dell'ordinanza presidenziale o piuttosto, attraverso un richiamo alla disciplina del processo cautelare.

La specialità del mezzo introdotto all'ultimo comma dell'art. 708 c.p.c. ci conduce ad escluderne un richiamo analogico, rendendosi inevitabile il rinvio alla disciplina generale dei rimedi avverso i provvedimenti *latu sensu* cautelari e anticipatori²⁶.

Si deve propendere perciò per la piena applicazione dell'art. 669 *terdecies*, c.p.c. innanzi al tribunale in formazione collegiale (con esclusione del giudice che ha pronunciato in prime cure) e secondo le forme e i termini di cui alla cit. disposizione²⁷.

Si risolvono così i problemi della revoca e modifica che, questa volta, in rigida applicazione dell'art. 669 *decies* c.p.c. (peraltro senza conflitto con l'art. 709, u.c. c.p.c., che riferisce la diversa regola alla sola revoca e modifica delle ordinanze presidenziali), possono aversi soltanto in presenza di sopravvenienze o di fatti ignorati in precedenza²⁸.

Non potrà obiettarsi contro un'interpretazione difficilmente contrastabile sul piano logico-giuridico, il principio di tassatività dei mezzi di impugnazione, oppure il richiamo dogmatico all'art. 669 *quaterdecies* c.p.c. e al limite imposto dalla disposizione all'ambito di applicabilità della disciplina del processo cautelare uniforme.

25 Trib., Reggio Emilia, 6 settembre 2012, in *www.ilcaso.it*; Trib. Cosenza, 9 maggio 2011, in *Fam dir.*, 2011, 1007 con nota critica di Tommaseo; Trib. Napoli, 13 ottobre 2009, in *Fam dir.*, 2010, 579 con nota di Villeco. Questo orientamento ha oggi la forza di Cass., 4 luglio 2014, n. 15416, in *Fam. dir.*, 2015, 235, con nota critica di Giorgetti. Si deve tuttavia dire che Corte cost., 11 novembre 2010, n. 322, in *Foro it.*, 2011, I, 1642, con nota di Cea e in *Fam. dir.*, 2011, 553 con nota di Arceri, ha dichiarato inammissibile la questione, per esservi interpretazione costituzionalmente orientata, nel senso dell'applicabilità dell'art. 669 *terdecies* c.p.c. Sarà dunque necessaria un'ulteriore remissione alla luce dell'orientamento del giudice di legittimità.

26 Per l'applicabilità dell'art. 708 c.p.c., invece, Danovi, *Il processo di separazione e divorzio*, cit., 348; Balena (-Bove), *op. cit.*, 409; Salvaneschi, *loc. ult. cit.*; in giurisprudenza, Trib. Genova, 2 maggio 2006, in *Foro it.*, 2006, I, 2213.

27 Cea, *La nuova torre di Babele*, cit., 2216. Conf. in giurisprudenza, Trib. Trani, 28 aprile 2006, in *Foro it.*, 2006, I, 2213 e Trib. Genova, 6 febbraio 2007, in *Foro it.*, 2007, *anticipazioni e novità*, 12.

28 Trib. Trani, 28 aprile 2006, cit. e, prima della riforma, Trib. Genova, 22 novembre 2004, in *Foro it.*, 2005, I, 1591. A tale soluzione giunge anche Danovi, *Il processo di separazione e divorzio*, cit., 337, ritenendo necessaria una sopravvenienza per una revoca e modifica dell'ordinanza pronunciata in sede di reclamo dalla corte.

Quanto al primo, perché applicabile ai mezzi di impugnazione in senso stretto della sentenza, ai sensi dell'art. 323 c.p.c., mentre la questione che ci impegna concerne l'ambito unitario della tutela sommaria anticipatoria con funzione cautelare in senso lato. Quanto al secondo, è troppo nota l'interpretazione estensiva offerta alla disposizione sull'ambito di applicabilità, destinata ad espandersi anche in relazione a misura regolate dal codice di rito diverse da quelle espressamente menzionate (ne è riprova la recente pronuncia della Corte costituzionale sulla reclamabilità dei provvedimenti che ammettono una prova preventiva, nonostante il mancato richiamo contenuto proprio nell'art. 669 *quaterdecies* c.p.c.²⁹).

12. *Le ordinanze nn. 15416/14 e 11279/18.* L'ordinanza annotata e l'inquadramento generale dedicato al problema delle impugnazioni dei provvedimenti provvisori ed anticipatori nei procedimenti di famiglia e minorili, dovrebbe indurre ad un ripensamento il giudice di legittimità, rispetto all'orientamento espresso nelle ordinanze nn. 15416/14 e 11279/18. In entrambe le ordinanze, l'una relativa in senso stretto ad un regolamento di competenza d'ufficio sollevato in ordine alla individuazione del giudice competente per il reclamo del provvedimento del giudice istruttore nel procedimento per separazione, e l'altra, temporaneamente successiva, in relazione ad un provvedimento provvisorio del giudice istruttore ai sensi dell'art. 709, u.c., c.p.c., intravedono nella revocabilità e modificabilità *ab libitum* dei provvedimenti stessi, la soluzione alle garanzie giurisdizionali. Soluzione che non si ritiene accoglibile, sia perché solo le ordinanze presidenziali sono revocabili e modificabili *ab libitum*, per quanto si è detto in precedenza, sia perché le ordinanze del giudice istruttore hanno quasi sempre ad oggetto diritti personalissimi e sono destinate a stabilire una regola concreta di giudizio munita di una certa stabilità sino alla sopravvenienza, sia infine perché ben diverso è il riesame innanzi ad altro giudice, magari in composizione collegiale, rispetto alla revoca e modifica dello stesso giudice che ha pronunciato la misura, senza dimenticare l'irrazionalità di soluzione contraddittorie per casi identici (art. 3 Cost.). E' da sperare che l'ordinanza in commento possa aprire una nuova via interpretativa al giudice di legittimità, sulla quale la dottrina non smetterà mai la propria opera persuasiva.

Prof. Claudio Cecchella

Via San Martino, 51

56125 Pisa

tel. 347/0714314

mail: cecchellalawyer@gmail.com

²⁹ Corte Cost., 16 maggio 2008, n. 144, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 247.