

Il reclamo contro i provvedimenti provvisori e urgenti nel procedimento di separazione e di divorzio ⁽¹⁾

Michele Angelo Lupoi
Associato dell'Università di Bologna

Com'è noto, a lungo, la legge non ha previsto espressamente alcun rimedio per sottoporre a riesame i provvedimenti provvisori ed urgenti emessi nel corso dei procedimenti di separazione o di divorzio.

Avendo tali provvedimenti natura provvisoria, era esclusa la possibilità di proporre contro di loro appello, reclamo *ex art. 739 c. p. c.* o anche ricorso straordinario in Cassazione, ai sensi dell'art. 111 Cost., essendo essi come “modificabili e revocabili in corso di causa e, comunque, idonei a produrre effetti soltanto fino alla sentenza che conclude il giudizio, mentre la potenziale definitività di essi, in caso di estinzione del processo, è stata sempre considerata irrilevante ai fini dell'acquisizione del carattere definitivo in senso giuridico” ⁽²⁾.

Per analoghe considerazioni, si escludeva che l'affermazione della competenza territoriale del giudice adito, contenuta nell'ordinanza presidenziale, fosse suscettibile di acquistare definitività, con efficacia preclusiva della reiterazione della contestazione di detta competenza da parte del convenuto nella prima udienza davanti all'istruttore: pertanto, avverso detto provvedimento si riteneva inammissibile l'impugnazione con il regolamento di competenza ⁽³⁾, neppure in caso il Presidente ritenesse di non dovere adottare i provvedimenti contemplati dall'art. 708, comma 3, c. p. c., in relazione alla pendenza di altra causa di separazione, nel corso della quale si sia già stabilito in proposito ⁽⁴⁾.

La dottrina maggioritaria e parte della giurisprudenza di merito erano, peraltro, giunte a ritenere che l'ordinanza presidenziale e i provvedimenti provvisori del giudice istruttore potessero essere reclamate al collegio, in applicazione dell'art. 669-*terdecies* c. p. c., sulla base di un'affermata natura cautelare di questi provvedimenti ⁽⁵⁾.

¹⁾ E' il testo della relazione per il convegno nazionale “Il processo di separazione e divorzio: prassi a confronto”, organizzato dall'Associazione Avvocati Matrimonialisti Italiani a Bologna, l'8 aprile 2011.

²⁾ Cass., sez. I, 3 marzo 1999, n. 1766, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, p. 478; 1998, n. 9325.

³⁾ Cass., sez. I, 16 aprile 1997, n. 3258.

⁴⁾ Cass., sez. I, 30 dicembre 1981, n. 6774; 1 aprile 1981, n. 1848.

⁵⁾ V. Trib. Genova, 7 marzo 2002, ord., in *Fam. diritto*, 2002, p. 631; Trib. Genova, 16 febbraio 2004, ord., in *Foro it.*, 2004, I, c. 904; Trib. Genova, 10 maggio 2004, ord., *ivi*, 2004, I, c. 2534.

La giurisprudenza maggioritaria, peraltro, era contraria anche a tale soluzione ⁽⁶⁾.

Le riforme processuali del 2005 avevano lasciato irrisolta la questione e si è dovuta attendere la legge n. 54 del 2006 per un intervento in materia.

In particolare, la legge sull'affidamento condiviso, ha introdotto un comma 4 all'art. 708 c. p. c., che prevede la possibilità di sottoporre l'ordinanza presidenziale a reclamo avanti alla Corte di appello, entro un termine perentorio di dieci giorni dalla notificazione del provvedimento ⁽⁷⁾.

La nuova disposizione, nel rinvio operato dall'art. 4 della l. n. 54 del 2006, si applica anche nei procedimenti di divorzio.

Dubbia, invece, l'ammissibilità del reclamo nel contesto dei procedimenti avanti al Tribunale per i minorenni. Per parte della giurisprudenza, avverso i provvedimenti temporanei emessi dal Tribunale minorile non potrebbe applicarsi analogicamente l'art. 708, comma 4, c. p. c., trattandosi di disposizione eccezionale ⁽⁸⁾.

In senso contrario, peraltro, si afferma che il provvedimento provvisorio emesso dal Tribunale per i minorenni, per il suo contenuto e funzione è equiparabile al provvedimento presidenziale nei procedimenti per la separazione e il divorzio relativo all'affidamento dei figli e come tale è dunque reclamabile avanti alla corte d'appello, sezione minorenni ⁽⁹⁾.

Alcuni interpreti sostengono che quello introdotto nel 2006 sia un reclamo cautelare, eccezionalmente da proporre ad un organo giudiziario diverso da quello previsto dall'art. 669 *terdecies* c. p. c., per evitare che il collegio del tribunale possa subire condizionamenti di qualsiasi tipo dal dovere riesaminare un provvedimento del capo del loro ufficio ⁽¹⁰⁾.

E' preferibile, però, ritenere che il legislatore abbia fatto riferimento al modello del reclamo contro i provvedimenti emessi in camera di consiglio, ai sensi dell'art. 739 c. p. c. ⁽¹¹⁾, come si desume, oltre che dal riferimento alla competenza della Corte anche dall'utilizzo dello stesso termine indicato dalla norma in materia, appunto, di reclamo camerale.

In effetti, anche dopo la recente riforma dell'art. 669-*octies* c. p. c., con l'affermarsi della c.d. strumentalità attenuata dei provvedimenti cautelari ad effetti anticipatori, continua ad essere arduo catalogare i provvedimenti presidenziali come cautelari in senso stretto.

⁶⁾ Trib. Bari, 23 dicembre 2004, ord., in *Foro it.*, 2005, I, c. 1244; Trib. Foggia, 30 luglio 2001, *ivi*, 2002, I, c. 263; Trib. Napoli, 15 giugno 2003, in *Giur. nap.*, 2003, p. 409.

⁷⁾ In difetto di notifica, si applica il termine di decadenza di sei mesi dal deposito del provvedimento in cancelleria, *ex art.* 327 c. p. c.

⁸⁾ App. min. Palermo, 5 giugno 2009, in *Fam. dir.*, 2009, p. 1131.

⁹⁾ App. Cagliari, 21 gennaio 2010, decr., in *Fam. min.*, 10, fasc. 4, p. 62.

¹⁰⁾ Cfr. Trib. Trani, 28 aprile 2006, ord., in *Foro it.*, 2006, I, c. 2213.

¹¹⁾ Trib. Napoli, 9 novembre 2006, ord., in *Foro it.*, 2007, I, c. 302.

Com'è notorio, la legge sull'affidamento condiviso, almeno nelle sue disposizioni processuali non brilla quanto a qualità di tecnica legislativa. E, in effetti, anche la nuova parte finale dell'art. 708 c. p. c. fa forse insorgere più dubbi di quanti ne abbia risolti.

In primo luogo, la norma introduce un nuovo rimedio ma non chiarisce quali ne siano gli ambiti applicativi, in particolare non dicendo nulla circa i limiti del potere di riesame della Corte di appello rispetto al provvedimento emesso dal Presidente del Tribunale.

Quanti pensavano che si fosse introdotto uno strumento per sottoporre ad una nuova valutazione discrezionale le contrapposte posizioni delle parti nella fase iniziale del procedimento hanno subito presto una netta delusione.

Nell'arco di pochi mesi, infatti, si è formata una giurisprudenza maggioritaria⁽¹²⁾ che tende evidentemente a scoraggiare un uso eccessivo del nuovo rimedio, anche per evitare la conseguente paralisi dell'attività della Corte distrettuale.

Si afferma così, in modo abbastanza generalizzato, che il riesame da parte della Corte debba essere limitato alla correzione di errori manifesti ed immediatamente rilevabili, di fatto o di diritto, desumibili allo stato degli atti, senza possibilità di compiere complesse attività di accertamento, da riservare piuttosto all'istruttore.

Un approccio del genere, ovviamente, riduce in modo drastico i margini di manovra per la parte rimasta insoddisfatta dall'ordinanza presidenziale, la quale, in sostanza, non potrà chiedere alla Corte di sostituire le valutazioni discrezionali del Presidente con le proprie.

D'altro canto, in questo contesto, l'errore manifesto tende a ridursi ad ipotesi quasi di scuola nell'individuazione e nell'interpretazione della legge applicabile nonché a casi di errore nella lettura dei documenti di causa e può essere assimilato all'ipotesi di cui all'art. 395, n. 4 c. p. c.

Ad esempio, è stato accolto parzialmente un reclamo sul presupposto che fosse ingiustificato l'esonero disposto dal Presidente a favore della madre dal dovere di concorrere al mantenimento del figlio a causa della modestia attuale dei suoi redditi, stante l'obbligo per ciascun genitore di procurarsi con la ricerca di un lavoro adeguato fonti economiche idonee a garantire l'assolvimento di tale onere⁽¹³⁾.

E, ancora, è stato (parzialmente) accolto il reclamo avverso un provvedimento presidenziale che aveva posto a carico di un coniuge l'obbligo di pagamento del 75% delle spese per la conduzione della casa, in assenza di specifica richiesta da parte dell'altro⁽¹⁴⁾.

¹²⁾ App. Bologna, 8 maggio 2006, decr., in www.giuraemilia.it; App. Bologna, 17 maggio 2006, decr., RVG 152\06, *ivi*; App. Bologna, 17 maggio 2006, decr., RVG 161\06, *ivi*; App. Trento, 15 giugno 2006, ord., in www.minoriefamiglia.it; App. Trento, 24 agosto 2006, ord., *ivi*; App. Trento, 6 luglio 2006, ord., *ivi*.

¹³⁾ App. Trento, 6 luglio 2006, ord., cit.

¹⁴⁾ App. Bologna, 20 maggio 2010, decr., in www.giuraemilia.it.

Una giurisprudenza ancora più restrittiva, d'altro canto, giunge ad affermare che, poiché i provvedimenti presidenziali non vincolerebbero in alcun modo il giudice istruttore (che li può modificare sin dalla prima udienza), la decisione della Corte sul reclamo si giustifica solo in quanto abbia un apprezzabile margine temporale di applicazione rispetto alla data in cui sia stata fissata l'udienza *ex art. 183 c. p. c.* ⁽¹⁵⁾.

Peraltro, in materia di provvedimenti inerenti l'affido, si è affermato che il reclamo debba essere ammesso ogni volta che dall'esecuzione del provvedimento reclamato, apparentemente non adeguato alle esigenze dei minori, possa paventarsi l'insorgere di un danno alla prole ⁽¹⁶⁾.

E' dunque auspicabile che prevalga un diverso orientamento giurisprudenziale che, ferma la natura sommaria dell'intervento del giudice in questa fase preliminare del procedimento, si spinga sino ad un riesame dell'opportunità e della congruità dei provvedimenti presidenziali nel caso concreto, sulla base delle risultanze in atti. Tale approccio si rende tanto più necessario in quanto, come si vedrà infra, molti Tribunali ritengono che la mancata proposizione del reclamo implichi l'impossibilità di chiedere, *rebus sic stantibus*, la revoca o la modifica dell'ordinanza presidenziale al giudice istruttore.

Il reclamo, d'altro canto, può anche fondarsi su motivi processuali, come la presenza di un vizio radicale nell'instaurazione del contraddittorio ⁽¹⁷⁾.

La palese fondatezza di un'eccezione di difetto di giurisdizione o di competenza, d'altro canto, potrebbe pure portare alla revoca dell'ordinanza presidenziale, per quanto non ad una definitiva pronuncia al riguardo, considerato che anche il provvedimento emesso dalla corte ha un'efficacia intrinsecamente provvisoria.

In ipotesi di revoca dell'ordinanza presidenziale per motivi di rito, peraltro, si ritiene che restino fermi, nel provvedimento compromesso dal vizio originario rilevato, le determinazioni di impulso processuale ivi contenute e dunque quelle che stabilivano la fissazione dell'udienza davanti al g.i., al quale competeranno le determinazioni occorrenti ⁽¹⁸⁾.

Poiché si applicano le disposizioni di cui agli artt. 737 ss. c. p. c., il reclamo alla Corte si propone con ricorso. Trattandosi di un mezzo di "riesame", esso dovrà contenere, oltre ai requisiti dell'art. 125 c. p. c., anche i motivi specifici per i quali si chiede la revoca o la modifica dell'ordinanza presidenziale. In altre parole, il reclamante non potrà limitarsi a

¹⁵⁾ App. Firenze, 9 aprile 2010, decr., in *Foro it.*, 2010, c. 2199.

¹⁶⁾ App. Genova, 21 febbraio 2008, decr., in *Fam. min.*, 2008, fasc. 4, p. 76.

¹⁷⁾ App. Venezia, 7 aprile 2008, in *Fam. dir.*, 2008, p. 1151.

¹⁸⁾ App. Venezia, 7 aprile 2008, cit.

chiedere la riforma del provvedimento sfavorevole, senza argomentare le ragioni specifiche, di fatto o di diritto, per cui tale riforma dovrebbe essere concessa e senza esplicitare il contenuto del provvedimento che si chiede alla Corte di emanare. Tali motivi, peraltro, potranno basarsi sia su una diversa lettura dei fatti già presentati dalle parti al Presidente del Tribunale, sia su fatti nuovi (sia sopravvenuti o antecedenti la pronuncia del provvedimento reclamato), non potendosi desumere dalla norma la volontà del legislatore di limitare l'esame della Corte ai soli fatti o alle medesime argomentazioni già sottoposte all'esame del Presidente.

Il ricorso va depositato nella cancelleria della Corte d'appello adita nel termine perentorio di dieci giorni, che decorre dalla notificazione del provvedimento.

In difetto di tale notifica, effettuata da una parte nei confronti dell'altra, è irrilevante la mera comunicazione del provvedimento ⁽¹⁹⁾.

Qualora, poi, l'ordinanza non venga notificata, si ritiene applicabile il termine lungo (oggi semestrale) previsto per l'impugnazione delle sentenze.

Dopo il deposito del ricorso, deve essere fissata l'udienza di discussione avanti al collegio in camera di consiglio. Ricorso e decreto di fissazione dell'udienza dovranno poi essere notificati dal reclamante alla controparte, entro il termine all'uopo fissato dal Presidente della Corte, presso il domicilio eletto per il procedimento di primo grado.

Il resistente potrà difendersi con una memoria scritta, da depositarsi prima o anche direttamente all'udienza. In tale atto, si potrà eventualmente proporre un reclamo incidentale avverso la medesima ordinanza presidenziale.

Al procedimento dovrebbe partecipare necessariamente il p. m.

La giurisprudenza, in linea con il ridotto ambito di applicazione del reclamo (v. *supra*), tende a ridurre al minimo l'attività istruttoria espletabile in tale sede.

Si è così affermato che non si possano acquisire e valutare elementi probatori che già non siano stati sottoposti alla valutazione approssimata del Presidente del Tribunale, potendosi solo correggere gli errori commessi da quest'ultimo, in fatto o in diritto, che emergano senza apposita istruzione ⁽²⁰⁾, in modo da evitare che due autorità giudiziarie, nella stessa fase processuale, esprimano valutazioni diverse e contrastanti ⁽²¹⁾.

In effetti, la cognizione della Corte in fase di reclamo ha la stessa natura sommaria di quella del Presidente del Tribunale: si può dunque escludere l'ammissibilità di prove

¹⁹⁾ App. Bari, 14 luglio 2006; App. Milano, 30 marzo 2007, decr., in *Dir. fam.*, 2007, p. 1187.

²⁰⁾ App. Firenze, 19 maggio 2006, ord., in *www.judicium.it*.

²¹⁾ App. Trento-Bolzano, 16 maggio 2007, decr., in *Fam. min.*, 2007, fasc. 9, p. 87.

costituende. Nulla, però, impedisce la produzione e l'esame di nuovi documenti, anche in relazione ai fatti nuovi che, come si è visto, appare possibile allegare in questa fase.

Si nega altresì che, nel contesto del reclamo, vada disposta l'audizione del minore ⁽²²⁾ anche se tale conclusione potrebbe oggi essere messa in discussione, alla luce della giurisprudenza di legittimità che inficia di nullità i provvedimenti relativi a minori emessi senza che questi ultimi siano stati ascoltati (se ultradodicenni o comunque se dotati di scernimento e l'audizione non appaia per loro pregiudizievole).

La decisione della Corte è presa con un decreto che non sarà non ulteriormente reclamabile ⁽²³⁾ o impugnabile, anche con ricorso straordinario in Cassazione, attesa la sua natura provvisoria ⁽²⁴⁾.

In particolare, la Corte potrà respingere il reclamo (e per l'effetto confermare l'ordinanza impugnata), oppure potrà accogliere, revocando *in toto* o modificando (anche solo parzialmente) il provvedimento emesso in prime cure. In tal caso, il titolo esecutivo sarà normalmente rappresentato dal decreto della Corte d'appello, salva la "sopravvivenza" dell'ordinanza del Presidente nelle parti non considerate in sede di reclamo.

In considerazione della natura interinale del reclamo, si è anche affermato che la Corte non debba disporre nulla in merito alle relative spese, che saranno poi liquidate dal Tribunale, in sede di decisione finale ⁽²⁵⁾.

In realtà, pare forse più corretta una soluzione opposta, dal momento che la Corte, nel chiudere la fase processuale avanti a sé, è opportuno provveda direttamente alla liquidazione delle spese della fase stessa ⁽²⁶⁾.

Come si è visto, la legge n. 54 del 2006, nel riformare l'art. 708 c. p. c., ha espressamente assoggettato a reclamo la sola ordinanza presidenziale, trascurando di prevedere lo stesso o un analogo strumento di riesame rispetto ai provvedimenti provvisori ed urgenti emessi, nel prosieguo del giudizio di separazione e di divorzio dal giudice istruttore.

Questa si è immediatamente rivelata una lacuna molto grave, che gli interpreti hanno cercato di colmare in qualche modo. E' evidente, infatti, che anche per i provvedimenti dell'istruttore, al pari di quelli del Presidente, è opportuno prevedere forme di riesame,

²²⁾ App. Bologna, 17 maggio 2006, decr., www.giuraemilia.it.

²³⁾ App. Bologna, 8 maggio 2006, cit.; App. Bologna, 17 maggio 2006, RVG 152\06 e RVG 161\06, citt.; Trib. Napoli, 9 novembre 2006, ord., in *Foro it.*, 2007, I, c. 302.

²⁴⁾ Cass., 26 gennaio 2011, n. 1841; App. Bologna, 3 gennaio 2007, ord., NRVG 557\06; App. Bologna, 5 gennaio 2007, decr.

²⁵⁾ App. Trento, 24 agosto 2006, ord., www.minoriefamiglia.it; App. Bari, 19 gennaio 2007, NRG 377/06; App. Bologna, 8 maggio 2006, cit.; App. Bologna, 17 maggio 2006, RVG 152\06, cit.

²⁶⁾ V. App. Genova, 7 aprile 2008; App. Milano, 6 luglio 2006, in *Foro it.*, 2006, I, c. 3242.

considerato il pesante impatto che essi possono avere sui rapporti personali e patrimoniali delle parti nel corso del procedimento e sino alla decisione finale del collegio.

Prima della riforma del 2006, anche in questo ambito si escludeva la proposizione delle impugnazioni ordinarie così come del ricorso straordinario in Cassazione.

Dopo la riforma operata dalla legge n. 353 del 1990, peraltro, parte (minoritaria) della giurisprudenza, sul presupposto della natura cautelare delle ordinanze del giudice istruttore, ne affermava la reclamabilità, ai sensi dell'art. 669-terdecies c. p. c. ⁽²⁷⁾.

La giurisprudenza maggioritaria si esprimeva però per la soluzione negativa, sul rilievo che i provvedimenti provvisori del giudice istruttore non avessero natura cautelare ⁽²⁸⁾.

A seguito della legge n. 54 del 2006, la situazione, se possibile, si è ulteriormente complicata.

Subito dopo l'introduzione dell'ultimo comma dell'art. 708 c. p. c., infatti, gli interpreti si sono interrogati circa la possibilità di sottoporre a reclamo anche i provvedimenti provvisori del giudice istruttore.

La dottrina si è tutta sostanzialmente schierata a favore della risposta positiva, dividendosi poi tra chi ritiene applicabile anche qui lo stesso reclamo in camera di consiglio previsto per l'ordinanza presidenziale (come il sottoscritto, perlomeno sul piano della coerenza sistematica della soluzione proposta) e quanti, invece (la maggioranza), preferiscono fare ricorso, in questo ambito, al reclamo cautelare disciplinato dall'art. 669-terdecies c. p. c., facendo, appunto, leva, sulla natura cautelare dei provvedimenti in questione.

La giurisprudenza, dal canto suo, è oggi molto divisa, con orientamenti interpretativi contrapposti.

Il filone interpretativo che esclude *tout court* la reclamabilità dei provvedimenti del giudice istruttore, nato come minoritario, appare attualmente in espansione, forse anche come reazione al proliferare dei reclami avverso tali ordinanze ⁽²⁹⁾. Le argomentazioni addotte al riguardo sono, da un lato, l'eccezionalità della norma di cui all'art. 708, ult. comma, c. p. c. (che porta ad escludere il reclamo contro le ordinanze dell'istruttore avanti alla Corte d'appello), dall'altro, l'affermazione della natura non cautelare dei provvedimenti del

²⁷⁾ V. Trib. Genova, 10 gennaio 2004, ord., in *Fam. dir.*, 2004, p. 612; Trib. Genova, 22 novembre 2004, ord., in *Foro it.*, 2005, I, p. 1591.

²⁸⁾ Tra gli altri, Trib. Napoli, 26 ottobre 2005, ord., in *Corr. mer.*, 2005, p. 1253; Trib. Bari 23 dicembre 2004, ord., in *Foro it.*, 2005, I, p. 1244.

²⁹⁾ Trib. Brindisi, 20 maggio 2009, in banca dati *dejure*; Trib. Pisa, 14 febbraio 2007, ord., in *Dir. fam.*, 2007, p. 1228; Trib. Napoli, 29 novembre 2007, ord., in *Corr. mer.*, 2008, p. 141; Trib. Udine, 21 maggio 2009, ord.; Trib. Napoli, 13 ottobre 2009, ord., in *Fam. dir.*, 2010, p. 579; Trib. Prato, 12 marzo 2008, ord., in *Fam. min.*, 2009, fasc. 3, p. 67; Trib. Lucera, 31 gennaio 2007, ord., in *Giur. mer.*, 2008, p. 685; Trib. Foggia, 2 maggio 2006, ord., in *Foro it.*, 2006, I, c. 2213; Trib. Foggia, 4 marzo 2008, *ivi*, 2008, I, c. 3334; Trib. Trani, 28 aprile 2006, ord., in *Foro it.*, 2006, I, c. 2213; Trib. Varese, 27 gennaio 2011, ord., www.ilcaso.it.

giudice istruttore, in quanto non subordinati alla ricorrenza dei presupposti tipici del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* (che porta a negare la reclamabilità ai sensi dell'art. 669-terdecies c. p. c.)⁽³⁰⁾.

Si tratta di un orientamento insoddisfacente, in quanto lascia sguarnita da ogni forma di rimedio una situazione del tutto analoga a quella su cui è intervenuto il legislatore della legge n 54 del 2006. Prevedere un reclamo avverso l'ordinanza presidenziale, ma negarlo per quelle del giudice istruttore (che della prima condividono la funzione e la natura), in effetti, prospetta profili di irragionevolezza.

Per il momento, la giurisprudenza maggioritaria il reclamo avverso le ordinanze qui in esame lo ammette.

Per alcune decisioni anche qui verrebbe in rilievo lo stesso modello di reclamo camerale in Corte d'appello previsto per l'ordinanza presidenziale⁽³¹⁾. Nessuna Corte d'appello, però, per quanto di mia conoscenza, si è pronunciata in senso favorevole a tale orientamento: al riguardo non può nascondersi un certo disagio per una giurisprudenza apparentemente preoccupata di chiudere le porte ad un indesiderato (micro) contenzioso⁽³²⁾. Seguendo questa giurisprudenza, ove il reclamo sia stato proposto alla Corte d'appello, si ritiene che quest'ultima, dichiarata la propria incompetenza, debba disporre, ai sensi dell'art. 50 c. p. c., la prosecuzione del giudizio davanti al giudice competente⁽³³⁾.

La giurisprudenza e la dottrina maggioritarie, peraltro, ritengono applicabile, in questo contesto, il reclamo cautelare al collegio del tribunale *ex art. 669 terdecies c. p. c.*⁽³⁴⁾, onde evitare di commettere una grave violazione della tutela effettiva dei diritti, in cui la compressione degli stessi da parte di un organo giudiziario nazionale, consente di rivolgersi ad altro giudice, diverso dal primo, per la tutela effettiva.

³⁰⁾ Trib. Udine, 21 aprile 2009, ord.; Trib. Napoli, 13 ottobre 2009, ord., in *Fam. dir.*, 2010, p. 579.

³¹⁾ Trib. Genova, 2 aprile 2006, ord., in *Foro it.*, 2006, I, c. 2213; Trib. Reggio Emilia, 6 novembre 2006, ord., *ivi*, 2007, I, c. 973; Trib. Roma, 7 luglio 2006, decr., in *Dir. fam.*, 2007, p. 210.

³²⁾ App. Caltanissetta, 14 giugno 2007, decr., in *Fam. dir.*, 2007, fasc. 10, p. 72; App. Bologna, 20 luglio 2006, decr., in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 277; App. Bari, 16 giugno 2006, in *Foro it.*, 2006, I, c. 3242; App. Bari, 29 agosto 2007, decr., *ivi*, 2008, I, c. 3334; App. Milano, 6 luglio 2006, *ivi*; App. Roma, 18 giugno 2006, decr., in *Dir. fam.*, 2007, p. 173; App. Firenze, 11 luglio 2006, ord., in *www.judicium.it*; App. Napoli, 30 agosto 2006, in *Corr. mer.*, 2006, p. 1255; App. Cagliari, 18 luglio 2006, in *Foro it.*, 2006, I, c. 3242; App. Genova, 20 ottobre 2006, decr., in *Fam. min.*, 2007, fasc. 1, p. 70; App. Trento, 21 settembre 2006, decr., *ivi*, fasc. 2, p. 63.

³³⁾ App. Genova, 10 novembre 2006, in *Foro it.*, 2007, I, p. 590; App. Bari, 29 agosto 2007, decr., *ivi*, 2008, I, c. 3334.

³⁴⁾ App. Catania, 27 gennaio 2009, ord., in *Fam. min.*, 2009, fasc. 4, p. 66; Trib. Firenze, 22 novembre 2006, ord., in *Fam., pers. succ.*, 2007, p. 274; Trib. Firenze, 4 maggio 2006, ord., in *Foro tosc.*, 2007, p. 191; Trib. Vicenza, 13 agosto 2007, in *Fam. dir.*, 2008, p. 372; Trib. Foggia, 2 maggio 2006, in *Foro it.*, 2006, I, c. 2213; App. Catania, 14 novembre 2007, ord., in *www.famigliaeminori.it*; Trib. Vicenza, 13 agosto 2007, in *Fam. dir.*, 2008, p. 372; App. Napoli, 5 marzo 2007, ord., in *Foro it.*, 2007, I, c. 1916; Trib. Genova, 6 febbraio 2007, ord., *ivi*, c. 946; App. Firenze, 11 luglio 2006, ord., in *Fam. min.*, 2007, fasc. 5, p. 71; Trib. Firenze, 30 novembre 2006, ord., in *Foro it.*, 2007, I, c. 973; Trib. Genova, 6 febbraio 2007, ord., *ivi*, c. 946.

Il reclamo è stato comunque ritenuto inammissibile avverso l'ordine di protezione adottato dal giudice istruttore nel processo di separazione ⁽³⁵⁾.

I contrasti giurisprudenziali sopra documentati non sono stati espressamente risolti da un recente intervento in materia della Corte costituzionale ⁽³⁶⁾. Quest'ultima ha ritenuto manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale delle norme della separazione laddove non prevedono un reclamo avverso i provvedimenti del giudice istruttore, in quanto i giudici rimettenti avrebbero omesso “di sperimentare la possibilità di pervenire ad una doverosa interpretazione costituzionalmente conforme della norma che consenta di colmare la dedotta carenza di tutela”. Nella motivazione della propria ordinanza, peraltro, la Corte non manca di rilevare che “in un contesto, quale quello della conformazione degli istituti processuali, (...), il legislatore gode di ampia discrezionalità”, ciò che sembra escludere l'incostituzionalità delle norme qui in esame laddove non ammettano (anche in via interpretativa) la possibilità di un reclamo avverso le ordinanze del giudice istruttore.

L'incrociarsi delle riforme della legge n. 80 del 2005 e n. 54 del 2006 ha introdotto un ulteriore dubbio interpretativo nell'ambito di cui mi sto occupando.

Manca infatti qualsiasi coordinamento tra il nuovo art. 709, c. p. c., che attribuisce al giudice istruttore il potere di revocare o modificare l'ordinanza presidenziale senza richiedere la sopravvenienza di nuove circostanze, e la successiva riforma dell'art. 708 c. p. c., che, come si è visto, ha introdotto il reclamo alla Corte avverso il provvedimento del presidente del Tribunale.

Si pone dunque il problema di capire se e a quali condizioni l'istruttore possa modificare o revocare l'ordinanza presidenziale contro la quale non sia stato proposto reclamo o, *a fortiori*, quella che sia uscita confermata o modificata, dal procedimento di reclamo.

Anche a questo riguardo, si sono diffuse prassi molto diversificate da un Tribunale all'altro, senza concrete possibilità di un intervento nomofilattico da parte della Cassazione, trattandosi di provvedimenti avverso i quali è pacificamente da escludere il ricorso straordinario alla suprema Corte.

Per una prima opinione, il reclamo contro l'ordinanza presidenziale e la revoca \ modifica della stessa sarebbero rimedi alternativi. Una volta, però, che se ne sia scelto uno, non è più

³⁵⁾ Trib. Bari, 3 marzo 2009, ord., in *Giur. it.*, 2010, p. 654.

³⁶⁾ 11 novembre 2010, n. 322.

possibile proporre l'altro ⁽³⁷⁾. La richiesta di modifica al giudice istruttore, ad esempio, consumerebbe il potere della parte di proporre reclamo in Corte.

Alcuni, seguendo questa linea di pensiero, giungono ad affermare che la scelta del reclamo implicherebbe l'attrazione, in tale procedimento, di ogni ragione posta a fondamento di un'eventuale istanza di revoca o modifica, se del caso sotto forma di reclamo incidentale.

Per un'altra corrente interpretativa, il reclamo alla Corte d'appello avrebbe natura "facoltativa", ma la revoca o la modifica dell'ordinanza presidenziale non potrebbe essere chiesta al giudice istruttore fino allo scadere del termine per la proposizione del reclamo stesso ⁽³⁸⁾ ovvero fino all'esito di tale procedimento ⁽³⁹⁾.

In sostanza, in quest'ottica, per un periodo di dieci giorni dalla notifica del provvedimento o di sei mesi dalla pubblicazione dello stesso ovvero per tutta la durata del procedimento di reclamo, il potere di revoca \ modifica dell'istruttore resterebbe sospeso.

Da questo punto di vista, si ritiene pure che, una volta esperito il reclamo, non sia più consentita la modifica o la revoca dei provvedimenti provvisori ed urgenti se non prospettando mutamenti nelle circostanze di fatto o di diritto sottoposte all'attenzione della Corte d'appello ⁽⁴⁰⁾. Resta comunque ferma la possibilità di allegare fatti anteriori di cui si sia acquisita conoscenza successivamente alla conclusione del reclamo ⁽⁴¹⁾.

L'orientamento sopra esposto, in effetti, cerca (condivisibilmente) di evitare il sovrapporsi dei poteri di riesame concessi rispettivamente alla Corte d'appello e al Tribunale, escludendo la possibilità di una duplice impugnazione del medesimo provvedimento avanti a giudici diversi ⁽⁴²⁾, da cui potrebbe derivare la pronuncia di decisioni potenzialmente contrastanti.

Seguendo il filo del ragionamento, peraltro, parte della giurisprudenza, arriva a ritenere tacitamente abrogata la nuova disposizione dell'art. 709 c. p. c. ad opera della successiva legge n. 54 del 2006 che ha introdotto, appunto, il reclamo in Corte avverso l'ordinanza presidenziale ⁽⁴³⁾.

La posizione più "estrema" è invece quella che ritiene "consumato" il potere di revoca \ modifica dell'istruttore, salvo il sopravvenire di fatti nuovi (o preesistenti ma di cui si sia

³⁷⁾ App. Milano, 30 marzo 2007, decr., in *Dir. fam.*, 2007, p. 1187; Trib. Reggio Calabria, 2 aprile 2008, ord., in *Fam. min.*, 2009, fasc. 1, p. 74.

³⁸⁾ Trib. Modena, 5 ottobre 2006, ord., in *Corr. mer.*, 2007, p. 297; Trib. Napoli, 9 novembre 2006, in *Foro it.*, 2007, I, c. 302.

³⁹⁾ Trib. Messina, 16 novembre 2006, ord., in *www.minoriefamiglia*.

⁴⁰⁾ Trib. Pisa, 14 febbraio 2007, ord., in *Dir. fam.*, 2007, p. 1228; Trib. Velletri, 29 settembre 2006, in *Giur. mer.*, 2007, p. 707; Trib. Padova, 2 aprile 2007, ord., in *Foro it.*, 2007, I, c. 1916.

⁴¹⁾ Trib. Palermo, 6 marzo 2007, ord., in *Merito spec.*, 2007, fasc. 4, p. 10.

⁴²⁾ Trib. La Spezia, 25 novembre 2006, ord., in *www.affidamentocondiviso.it*.

⁴³⁾ Trib. Pisa, 19 dicembre 2007, ord., in *Dir. fam.*, 2008, p. 2046.

acquisita conoscenza successivamente), anche nell'ipotesi in cui l'ordinanza presidenziale non sia stata sottoposta a reclamo avanti alla Corte d'appello nel termine previsto ⁽⁴⁴⁾.

Per una posizione ancora difforme, inoltre, in caso di mancata proposizione del reclamo avverso l'ordinanza presidenziale, opererebbe una preclusione *rebus sic stantibus*, che non impedirebbe di chiedere la revoca o la modifica al giudice istruttore sulla base di fatti e circostanze anche non sopravvenuti e non allegati in precedenza, sulla falsariga della "preclusione del dedotto ma non del deducibile" operante in ambito cautelare in caso di rigetto della domanda.

Gli orientamenti che escludono l'ammissibilità di un'istanza *ex art. 709 c. p. c. rebus sic stantibus*, in caso di mancata proposizione del reclamo, appaiono peraltro in contrasto con quanto affermato dalla Cassazione ⁽⁴⁵⁾ circa la modificabilità o revocabilità dell'ordinanza presidenziale anche se essa è confermata dopo il reclamo. La suprema Corte, senza chiarire se, una volta esperito il reclamo, l'operare dell'art. 709 c. p. c. richieda il sopravvenire di nuove circostanze, porta, infatti, a escludere che la mancata proposizione del reclamo stesso possa avere alcun effetto preclusivo rispetto ai poteri di riesame del giudice istruttore.

In contrapposizione alle correnti più rigide sopra menzionate, alcuni Tribunali hanno espresso orientamenti diametralmente opposti, in sostanza ritenendo che l'attività del giudice istruttore non trovi alcun limite nel provvedimento emesso in sede di reclamo ⁽⁴⁶⁾. In quest'ottica, si è, anzi, affermato che il giudice istruttore, nel riesaminare il profilo dell'opportunità dei provvedimenti emessi, dovrebbe stabilire *rebus sic stantibus* quale sia il grado di probabilità di conferma delle statuizioni provvisorie ed urgenti da parte della sentenza collegiale, ragionando come se la causa fosse già pervenuta alla fase decisoria ⁽⁴⁷⁾. Un'ulteriore giurisprudenza, infine, prospetta una proponibilità del reclamo solo nelle more della comparizione delle parti avanti al giudice istruttore, all'udienza *ex art. 183 c. p. c.* fissata dal Presidente e soltanto se volta a modificare provvedimenti temporanei ed urgenza che, per la loro abnormità o manifesta non rispondenza alle emergenze della causa già evidenziate, siano oggettivamente in grado di danneggiare le parti anche in questo breve lasso di tempo. Da questo punto di vista, la mancata proposizione del reclamo alla Corte

⁴⁴⁾ Trib. Lamezia Terme, 30 marzo 2010, ord., in *www.personaedanno.it*; Trib. Pisa, 3 marzo 2010, ord., in *Foro it.*, 2010, c. 2201; Trib. Mantova, 23 maggio 2007, in *www.ilcaso.it*; Trib. Pistoia, 7 gennaio 2010, ord., in *Foro it.*, 2010, c. 2199; *contra* App. Firenze, 10 luglio 2008, decr., in *Foro it.*, 2009, I, c. 1216.

⁴⁵⁾ Cass., 26 gennaio 2011, n. 1841.

⁴⁶⁾ Trib. Bologna, 7 gennaio 2008, ord., in *www.giuraemilia.it*.

⁴⁷⁾ Trib. Bologna, 30 maggio 2008, ord., in *Quest. dir. fam.*, 2009, fasc. 2, p. 148.

non avrebbe alcun effetto preclusivo rispetto alla possibilità di chiedere la revoca dell'ordinanza all'istruttore⁽⁴⁸⁾.

Di fronte ad uno scenario così diversificato, il sottoscritto ritiene che quelli qui in esame siano due rimedi tra loro alternativi: come regola generale, dunque, la proposizione dell'uno dovrebbe rendere inammissibile l'altro, salvo che, in tale sede, non siano fatte valere circostanze altrove non valutate. Non può, infatti, escludersi *tout court* un concorso tra reclamo alla Corte ed esercizio del potere di revoca \ modifica dell'istruttore: può, ad esempio, verificarsi che, in pendenza del giudizio di reclamo, si chieda la revoca / modifica della medesima ordinanza presidenziale, sulla base di circostanze sopravvenute e che non è stato possibile allegare avanti al giudice d'appello.

In una situazione di questo tipo, invero, il giudice istruttore potrebbe rinviare la decisione sino alla pronuncia della Corte d'appello, per evitare di pronunciare decisioni contrastanti. D'altro canto, a fronte di una comprovata situazione d'urgenza, appare possibile la decisione istruttoria immediata.

Da questo punto di vista, è evidente che l'esito di uno dei due riesami contemporaneamente proposti si presti ad avere conseguenze sull'altro: in sostanza, dall'accoglimento del reclamo in Corte potrebbe determinare la cessazione della materia del contendere in sede istruttoria, e viceversa.

Nella prospettiva qui proposta, la mancata proposizione del reclamo (o la pendenza del relativo termine) non ha alcuna efficacia preclusiva rispetto all'istanza di revoca e modifica.

Ove, però, il reclamo sia stato proposto e la Corte si sia pronunciata, tale provvedimento non può essere posto nel nulla a seguito di un'istanza al giudice istruttore, in sostanza chiamato a riesaminare le circostanze già vagliate dal giudice di secondo grado.

Si deve dunque ritenere che il provvedimento emesso all'esito del reclamo possa essere modificato o revocato dal giudice istruttore solo sulla base di circostanze di fatto o di diritto nuove ovvero in precedenza non prospettate o, comunque, di questioni su cui la Corte d'appello non abbia già avuto modo di pronunciarsi in senso espresso⁽⁴⁹⁾.

Al riguardo, d'altra parte, si deve anche considerare che la giurisprudenza delle Corti d'appello tende a delimitare in modo assai severo il potere di riesame conferito in sede di reclamo, circoscrivendolo alla verifica di eventuali errori manifesti dell'ordinanza

⁴⁸⁾ App. Firenze, 9 aprile 2010, decr., in *Foro it.*, 2010, c. 2199.

⁴⁹⁾ Tale proposta interpretativa non pare contraddetta dalla sentenza Cass., 26 gennaio 2011, n. 1841, che si è pronunciata in merito alla revocabilità o modificabilità dell'ordinanza presidenziale anche dopo l'eventuale conferma in sede di reclamo, senza prendere posizione in merito all'eventuale necessità, a tal fine, del sopravvenire di nuove circostanze.

presidenziale. Da questo approccio restrittivo deriva specularmente un ampliamento del potere di revoca o modifica del giudice istruttore rispetto all'ordinanza confermata o modificata all'esito del reclamo e che dovrebbe arrivare a coprire ogni questione diversa, appunto, dall'"errore manifesto".

In altre parole, appare arduo dettare una regola "astratta", dovendosi piuttosto verificare, caso per caso, l'ambito del *decisum* della Corte in sede di reclamo, per poi farne derivare l'ampiezza del potere di riesame del giudice istruttore.