



Provvedimenti cautelari e conservativi anteriori e successivi al procedimento di separazione

SOMMARIO

5.1 Provvedimenti anteriori al giudizio di separazione. - 5.2 Provvedimenti successivi all'inizio del giudizio di separazione.

5.1 Provvedimenti anteriori al giudizio di separazione

5.1.1 I provvedimenti d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*

In via generale, a seguito dell'entrata in vigore della L. 80/2005, che ha modificato, tra l'altro, l'art. 669octies c.p.c. introducendo il comma 6, deve tenersi conto del nuovo tenore letterale della norma in parola, che prevede come le disposizioni relative alla prosecuzione nel merito del procedimento cautelare definito con ordinanza, «non si applicano ai provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell'art. 700 e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, previsti dal codice civile e da leggi speciali, nonché ai provvedimenti emessi a seguito di nuova opera e di danno temuto ai sensi dell'art. 688, ma ciascuna parte può iniziare il giudizio di merito».

In base alla riforma, quindi, è stato attenuato il vincolo di strumentalità necessaria tra fase della cautela e fase del merito, che prevedeva necessariamente la prosecuzione nella fase di merito a seguito dell'accoglimento della domanda cautelare, a pena di perdita di efficacia del provvedimento cautelare stesso *ex art. 669novies c.p.c.* Tale necessaria prosecuzione nel merito è confermata, dal nuovo art. 669octies c.p.c., solo per alcuni provvedimenti cautelari, mentre per altri si esclude il necessario passaggio alla fase di merito, che diviene solo eventuale ed è quindi lasciato alla libera scelta della parte laddove essa intende richiedere la riforma del provvedimento cautelare.

L'attenuazione del vincolo di strumentalità necessaria

Una parte della dottrina, in ragione dell'infelice scelta lessicale operata dal legislatore, ha proposto interpretazioni diverse circa la precisa linea di demarcazione tra i provvedimenti cautelari per i quali è confermata la strumentalità necessaria tra cautela e merito, e quelli per i quali tale strumentalità è attenuata:

— secondo una tesi, per ciascun provvedimento cautelare occorre verificare la natura conservativa o anticipatoria, procedendo, nel primo caso, alla necessaria prosecuzione della causa nel merito, così come accadeva prima della riforma, fissando un termine per la prosecuzione ex art. 669octies, comma 1 c.p.c., e lasciando invece nel secondo caso alla libera scelta della parti l'eventuale prosecuzione nel merito;

Tesi preferibile

— per un'altra tesi, invece, l'attenuazione della strumentalità necessaria, e la conseguente mancata automatica prosecuzione della causa nel merito, riguarda tutti i provvedimenti ex art. 700 c.p.c. e tutti i provvedimenti di denuncia di nuova opera e di danno temuto; solo invece in relazione ai rimanenti provvedimenti cautelari, *id est* sequestri e procedimenti previsti da leggi speciali, occorre procedere alla distinzione tra natura anticipatoria o conservativa della decisione, e conseguentemente alla distinzione tra prosecuzione solo eventuale o prosecuzione necessaria nel merito.

La seconda tesi deve essere senz'altro preferita, e ciò per una ragione di ordine letterale, una ragione di ordine logico-sistematico relativa alla *ratio legis* e una ragione di ordine pratico.

Sotto un profilo strettamente letterale, l'inciso «non si applicano ai provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell'art. 700 e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, previsti dal codice civile e da leggi speciali, nonché ai provvedimenti emessi a seguito di nuova opera e di danno temuto ai sensi dell'art. 688, ma ciascuna parte può iniziare il giudizio di merito», sembra effettivamente individuare tre categorie di esclusione del meccanismo di necessaria prosecuzione della causa nel merito: da una prima angolazione, sono esclusi «i provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell'art. 700»; da una seconda angolazione, sono esclusi gli «altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, previsti dal codice civile e da leggi speciali»; da ultimo, sono esclusi i «provvedimenti emessi a seguito di nuova opera e di danno temuto ai sensi dell'art. 688».

Ne deriva che, ferma restando la non necessaria prosecuzione nel merito per provvedimenti ex art. 700, nuova opera e danno temuto, è la stessa dizione letterale scelta dal legislatore, in parte diversa da quella specularmente prevista dell'art. 23 D.Lgs. n. 5/2003 per il rito societario (che riferisce l'attenuazione della strumentalità «ai provvedimenti d'urgenza e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della decisione di merito», senza riferirsi in particolare all'art. 700 c.p.c. e alle nunciatricie), che sembra richiedere solo negli altri casi, cioè nei sequestri e nei procedimenti cautelari previsti da leggi speciali, la verifica della natura anticipatoria o conservativa del provvedimento stesso. Sotto un profilo logico-sistematico, appare del tutto evidente la volontà del legislatore di collegare alla riforma del procedimento cautelare un intento di accelerazione dei tempi processuali, semplificando il meccanismo decisionale e riservando la fase di merito, da definire con sentenza, solo ai casi in cui almeno una delle parti sia insoddisfatta della pronuncia cautelare. Ciò impone di interpretare la norma relativa all'attenuazione del vincolo di strumentalità necessaria, in caso di dubbio, nel senso di garantire alla stessa il maggior

ambito operativo possibile, piuttosto che il minor ambito operativo. Ne deriva che deve essere preferita la tesi finalizzata ad ampliare il nucleo dei provvedimenti cautelari per i quali la fase di merito non è necessaria, ma è lasciata alla libera scelta di una delle parti, e deve quindi essere preferita la tesi qui accolta.

Risulta peraltro decisiva la terza argomentazione, di ordine pratico, che milita a favore dell'opzione interpretativa qui prescelta.

Invero, non è revocabile in dubbio che la distinzione tra provvedimento anticipatorio e provvedimento conservativo, certamente ben presente nella dottrina, può talvolta, nel caso concreto, essere sfumata e di difficile identificazione. L'estensione a tutti i provvedimenti cautelari di tale valutazione, può quindi rappresentare una fonte di non irrilevanti problematiche.

A mero titolo esemplificativo e tra i tanti casi possibili, si pensi che la parte beneficiata da un provvedimento cautelare, sarebbe esposta alla declaratoria di inefficacia del provvedimento, su ricorso *ex adverso* ex art. 669novies c.p.c., laddove il giudice abbia ritenuto erroneamente tale provvedimento anticipatorio e non conservativo, non disponendo la prosecuzione della causa nel merito; e laddove la parte stessa, ottemperando alla pronuncia del giudice, non abbia di sua iniziativa disatteso il provvedimento giurisdizionale operando la riassunzione nel merito pur in assenza di un ordine in tal senso.

Ne deriva che è preferibile un criterio che, nel modo più chiaro possibile, distingua la tipologia dei provvedimenti cautelari per i quali è attenuata la strumentalità necessaria, da quelli per i quali tale attenuazione non vi è. Pertanto, si deve optare per la tesi che indica come **tutti i provvedimenti ex art. 700 c.p.c., nonché le azioni di nuova opera e di danno temuto, rientrano nella categoria dei provvedimenti per i quali vi è attenuazione della strumentalità.**

In ragione di tali motivi, a seguito dell'accoglimento del ricorso ex art. 700 c.p.c. **non deve essere concesso il termine per la prosecuzione della causa nel merito.**

Inoltre, anche se la novella del 2005 nulla ha disposto sul punto, essendo il provvedimento ex art. 700 c.p.c. astrattamente idoneo a definire il giudizio ove una delle parti non inizi l'oramai solo eventuale fase di merito, alla stregua dei principi generali **il giudice dovrà pronunciarsi anche sulle spese di lite**, che vanno poste, in aderenza al precepto posto dall'art. 91 c.p.c., a carico della soccombente convenuta ed a favore della vittoriosa parte ricorrente.

Secondo la giurisprudenza più recente, deve ritenersi ammissibile la richiesta di un provvedimento cautelare d'urgenza ex art. 700 c.p.c. (avente ad oggetto, ad es., l'assegnazione della casa coniugale) dopo il deposito del ricorso per separazione personale tra coniugi e prima della pronuncia dell'ordinanza presidenziale ai sensi dell'art. 708 c.p.c., in virtù del principio della sussidiarietà in concreto cui si ispira la cautela atipica d'urgenza (1).

Un diverso orientamento, invece, afferma che è inammissibile il ricorso d'urgenza ex art. 700 c.p.c. in pendenza della fase presidenziale del giudizio di separazione per difetto di residualità (anche i provvedimenti presidenziali sono a loro volta urgenti e cautelari in senso lato), per incompatibilità logica (trattandosi di un'inconcepibile cautela sulla cautela) e per la diversità del rito (2).

Lo spazio operativo dell'art. 700 c.p.c. nel giudizio di separazione (e di divorzio)

(1) Trib. Padova 20-7-2009, in Nuova giur. civ., 2001, 169.

(2) Trib. Alessandria 16-8-2007, in Nuova giur. figure, 2008, 2, 24.

Secondo questa tesi, nel processo di separazione giudiziale ogni esigenza cautelare è soddisfatta dai provvedimenti presidenziali nonché, prima dell'instaurazione del giudizio, da altre misure cautelari tipiche (3). È stato osservato, in particolare, che in materia di separazione il legislatore ha dettato una disciplina completa, compresa quella di una fase preliminare a cognizione sommaria, in cui sono emessi provvedimenti provvisori immediatamente efficaci che assolvono le stesse esigenze tutelate dall'art. 700: tale preclusione varrebbe anche nella fase intercorrente tra il deposito del giudizio di separazione e l'udienza presidenziale, dove le ragioni d'urgenza possono giustificare al più un'istanza di anticipazione dell'udienza. Seguendo tale impostazione, non rileva neppure la controversa natura di detti provvedimenti, in quanto è opinione consolidata che la residualità non va posta esclusivamente in relazione ai provvedimenti cautelari disciplinati dalle precedenti sezioni dello stesso capo in cui è contenuto l'art. 700, bensì rispetto a tutti quelli previsti dal codice di rito e da altre leggi, e rispetto anche ai provvedimenti sommari non cautelari c.d. *extravaganti*.

Tale conclusione, però, non è condivisibile, e soprattutto non appare in linea con quella nozione di tutela cautelare, da intendersi nella sua massima espansione, che è stata elaborata in sintonia con i valori costituzionali e, oggi, anche con l'ordinamento comunitario.

Sussidiarietà in concreto

Come chiarito da autorevole dottrina, la tutela cautelare d'urgenza svolge una funzione integratrice, volta a consentire il soddisfacimento del bisogno di protezione cautelare quando la disciplina delle misure nominate presenti lacune tali da lasciare insoddisfatto il bisogno di tutela cautelare, ovvero risulti di scarsa efficacia. In tale prospettiva, per escludere l'applicabilità dell'art. 700 c.p.c. non basta affermare che esiste un rimedio tipico che consenta di ottenere gli stessi provvedimenti richiesti da detta norma, perché occorre anche verificare che tale equivalenza sussista pure in concreto, in relazione ai tempi e ai mezzi attraverso i quali è possibile ottenere questi provvedimenti alternativi, in quanto non può negarsi che dette modalità condizionino significativamente l'idoneità della misura ad assicurare l'effettività della pretesa: non conta, in sostanza, la possibilità teorica di un altro rimedio, ma il suo risultato utile rispetto al caso concreto.

La stessa formulazione letterale dell'art. 700 evidenzia lo stretto rapporto tra l'elemento temporale del giudizio ordinario e il pregiudizio che il diritto subirebbe da esso, per cui è stato anche affermato che l'elemento temporale funge da criterio di ammissibilità del provvedimento urgente rispetto ad altre misure cautelari speciali.

In particolare, quanto ai rapporti tra il provvedimento d'urgenza e i provvedimenti sommari non cautelari, è stata esclusa la possibilità di rifarsi al principio di sussidiarietà e si è affermata l'inammissibilità del provvedimento ex art. 700, non in via aprioristica ma secondo un'analisi da effettuare caso per caso, tutte le volte in cui un provvedimento sommario non cautelare è idoneo a rimuovere in tempo utile le cause del denunciato pericolo, avuto riguardo anche al tipo di pregiudizio che l'altro provvedimento mira a prevenire.

Se, in altri termini, lo svolgimento della procedura necessariamente imposta dalla misura tipica può garantire lo stesso risultato finale solo astrattamente ma non in concreto, si è in presenza di un deficit di tutela cautelare che non consente di mettere fuori gioco la misura prevista dall'art. 700 c.p.c.: è appunto ciò che si verifica in relazione alle misure previste dall'art. 708 c.p.c. (4).

(3) Trib. Trani-Andria 7-11-2008, in *Fam. e dir.*, 2009, 267.

(4) Pref. Cosenza 11-12-1991, in *Foro it., Rep.*, 1992, *Provvedimenti di urgenza*, n. 114; Trib. Ferrara 14-2-1987, in *Foro it., Rep.*, 1989, *Provvedimenti di urgenza*, n. 112.

Quanto ai tempi dei provvedimenti presidenziali, secondo la formulazione originaria dell'art. 707 c.p.c. non era previsto un termine minimo per la fissazione dell'udienza di comparizione dei coniugi davanti al presidente; a seguito della L. 74/1987, si ritiene pacificamente che detta norma sia stata implicitamente abrogata dall'art. 8 L. cit., applicabile ai giudizi di separazione in virtù del richiamo contenuto nell'art. 23, con la conseguenza che la disciplina della comparizione delle parti nei procedimenti di separazione è oggi interamente regolata dall'art. 4 L. 898/1970, secondo cui tra la data di notificazione del ricorso e del decreto e quella dell'udienza di comparizione devono intercorrere i termini di cui all'art. 163bis c.p.c. ridotti alla metà.

Ciò significa che l'emissione dei provvedimenti presidenziali, anche concedendo l'anticipazione dell'udienza eventualmente fissata più a lungo, è subordinata al decorso del termine minimo di trenta o 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.

La prima conseguenza di ciò è che la tesi tradizionale, nell'ancorare il *dies a quo* dell'intervento del giudice alla celebrazione dell'udienza presidenziale, impedisce, senza alcun motivo, la possibilità di emettere una misura cautelare immediata: si afferma, cioè, in maniera del tutto ingiustificata e in mancanza di una previsione espressa, che un provvedimento da emettere necessariamente non solo dopo la pendenza del giudizio ma dopo la prima udienza di comparizione (comunque si voglia qualificare la fase presidenziale) è idoneo a escludere la possibilità di una misura cautelare *inaudita altera parte*, introducendo in tal modo un'ingiustificata disparità di trattamento rispetto ai giudizi ordinari.

La seconda conseguenza è che si impedisce qualsiasi intervento giudiziale durante tutto il periodo di tempo — che può essere anche di sessanta giorni — necessario per la fissazione dell'udienza, anche quando sussistano ragioni d'urgenza che impongono una tutela immediata.

Sembra evidente, ad esempio, che essere costretti, all'improvviso e violentemente, a non tornare nella propria casa, peraltro senza alcuna assistenza economica, può provocare un trauma fortissimo soprattutto in bambini in tenera età, incidendo pericolosamente sulla loro salute: differire la protezione di simili diritti, anche di pochi giorni, può provocare pregiudizi gravissimi e irrimediabili, e porterebbe alla negazione di quei valori di civiltà e di rispetto della dignità della persona cui il nostro ordinamento è ispirato.

D'altra parte, in relazione ai poteri attribuiti al presidente all'udienza di comparizione dei coniugi, pur mancando qualsiasi riferimento normativo sul punto, deve ragionevolmente escludersi che sia possibile compiere, in questa sede, un'attività istruttoria più elaborata, come l'audizione di informatori, di cui quindi le parti sarebbero sempre private; ciò potrebbe comportare, in taluni casi, l'impossibilità, per il presidente, di orientarsi tra le opposte prospettazioni dei coniugi, con l'emissione di delicatissime decisioni prive di adeguato supporto probatorio, oppure, come talvolta accade, con la riserva al giudice istruttore dell'adozione di più complessi provvedimenti.

Neppure risulta ostativa la previsione di un preliminare tentativo di conciliazione attribuito al presidente, essendo oramai opinione diffusa che tale condizione di procedibilità non può precludere il riconoscimento della tutela cautelare.

Sotto un ulteriore profilo, va evidenziato che l'esclusione del rimedio ex art. 700 c.p.c. prima dei provvedimenti presidenziali determina palesi incongruenze sul piano sistematico.

Lo slittamento temporale dell'adozione dei provvedimenti presidenziali

La riduzione alla metà del termine di comparizione dei coniugi all'udienza presidenziale risponde alla finalità di rendere il procedimento in questione più celere di quello ordinario, come è evidente che la previsione di provvedimenti temporanei ed urgenti, anche *ex officio*, da parte del presidente, è ispirata dalla necessità di un'immediata regolamentazione dei rapporti familiari; inoltre, numerose e ben più ampie di quelle ordinarie sono le misure con funzione cautelare riconosciute nel giudizio di separazione, come quelle del sequestro e dell'ordine di pagamento diretto previste dall'art. 156 c.c., dove si prescinde anche dall'accertamento di un *periculum in mora*.

Pertanto, il legislatore ha inteso garantire un intervento estremamente rapido e sollecito del giudice nella materia *de qua* durante tutto il corso del procedimento, per cui sarebbe contrario a tale logica restringere, nella stessa materia, gli spazi di tutela cautelare concessi nella fase iniziale, ribaltando quanto avviene invece nei giudizi ordinari (e ciò tanto più se si considera che nei procedimenti di determinazione dell'assegno di mantenimento per i figli naturali, è pacificamente ammesso il ricorso alla procedura *ex art. 700* anche *ante causam*).

In definitiva, negare *tout court* la possibilità del rimedio cautelare *ex art. 700* c.p.c. prima dei provvedimenti presidenziali — non sempre idonei, per le ragioni sopra esposte, a ottenere misure assicurative analoghe — significa legittimare l'esistenza di un deficit di tutela che contrasta con l'esigenza di garantire l'effettività della pretesa e, quindi, con un'interpretazione del sistema maggiormente conforme ai principî costituzionali e di diritto comunitario.

Non può nascondersi che una simile soluzione potrebbe dar luogo a facili abusi, poiché, facendo leva sugli interessi normalmente coinvolti nelle cause di separazione, potrebbe legittimare una costante anticipazione in via cautelare dei provvedimenti presidenziali; tale rischio, di natura meramente fattuale, non può però giustificare il sacrificio di quei valori irrinunciabili sopra evidenziati e può, comunque, essere adeguatamente contenuto accedendo a un accertamento del *periculum in mora* particolarmente rigoroso, ossia richiedendo l'esistenza di un pregiudizio di eccezionale gravità, tale da non poter essere evitato, in termini di assoluto pericolo per la persona, dall'attesa dei tempi dell'udienza di comparizione davanti al presidente (per cui deve escludersi che sia sufficiente a tal fine l'«ordinaria» violazione degli obblighi di assistenza familiare).

Si è escluso, per altro verso, che prima dell'instaurazione del processo di separazione sia ammissibile la tutela cautelare atipica in quanto si è in presenza di una situazione di convivenza matrimoniale e i problemi di tutela vanno rapportati non agli obblighi derivanti dalla separazione, bensì ai doveri matrimoniali disciplinati dagli artt. 143 ss. c.c.: non vi sarebbero, quindi, vuoti di tutela perché, per gli obblighi di mantenimento dei figli e per la regolamentazione dei rapporti tra questi ultimi ed i genitori, vi è il procedimento sommario dell'art. 148 c.c. e il sequestro dei beni *ex art. 146* c.c., oltre alle possibilità di intervento del giudice previste dagli artt. 316 e 333 c.c.

Anche tali obiezioni non appaiono decisive.

Al riguardo, va rilevato che l'eventuale reintegra nel possesso costituisce una risposta parziale che non soddisfa tutte le esigenze poste a base degli altri interventi giudiziali richiesti, come quelle relative alla disciplina dei rapporti con i figli minori e alle pretese di natura economica che sono abitualmente connesse a situazioni di rottura della convivenza familiare.

Altrettanto può dirsi per le misure tipiche previste per la violazione degli obblighi derivanti dal matrimonio, meno incisive e penetranti di quelle previste nel caso di crisi matrimo-

niale: l'art. 148 c.c. riguarda il solo inadempimento degli obblighi di contribuzione nei confronti della prole e non anche quello verso il coniuge bisognoso, e nulla di preciso è previsto per la violazione dell'obbligo di coabitazione che sussiste sino al momento della proposizione del ricorso per separazione.

In altre parole, nell'ipotesi in cui un coniuge sia stato allontanato violentemente dalla propria casa, tutti i provvedimenti tipici previsti dagli artt. 143 ss. c.c., oltre a presupporre un diverso e fisiologico contrasto nell'ambito della coppia e dell'esercizio della potestà genitoriale, non prevedono la possibilità di ottenere coercitivamente l'attuazione del diritto a ritornare nella propria abitazione.

Come pure la possibilità di ottenere tale risultato attraverso la legge sugli abusi familiari appare sicuramente una forzatura interpretativa, stante la natura eccezionale di tale normativa, la quale, nel reprimere la condotta violenta posta in essere dal coniuge, dal convivente di fatto o da un altro componente familiare, non si attaglia esattamente alla fattispecie perché si riferisce, in ogni caso, a una persona che sia comunque convivente, che abbia cioè con la vittima della violenza una comunanza di vita quotidiana o che abbia, al più, solo temporaneamente cessato tale coabitazione.

Del resto, la misura che il giudice deve adottare in questi casi è necessariamente l'ordine di allontanamento dalla casa familiare dell'autore della violenza, che rappresenta il *prius* di tutte le altre misure consequenziali, meramente eventuali (prescrizione aggiuntiva di non avvicinarsi ai luoghi frequentati dall'istante, ordine di pagamento di un assegno, ecc.).

In altri termini, tra i presupposti legittimanti dell'ordine di protezione contro gli abusi familiari vi è sicuramente la convivenza tra il soggetto attivo e quello passivo della violenza, o semmai il rischio di un ripristino di tale convivenza, non giustificandosi altrimenti l'ambito applicativo della norma e il contenuto tipico dell'ordine di protezione, rappresentato appunto dall'allontanamento dall'abitazione familiare e dalla finalità di evitare l'esecuzione di altri comportamenti violenti che, nel caso in esame, si sono sostanzialmente esauriti con lo spossessamento della casa coniugale (5).

In ogni caso, deve evidenziarsi, rispetto a tutti i procedimenti fin qui esaminati, che l'applicabilità del provvedimento cautelare atipico, caratterizzato strutturalmente dalla strumentalità con la causa di merito, deve essere esclusa solo laddove ricorrano altre misure di tutela riferibili allo stesso diritto dedotto o allo specifico *periculum* che si vuole evitare.

5.1.2 Il sequestro dei beni del coniuge che abbandona la residenza familiare (art. 146 c.c.)

Il comma 3 dell'art. 146 c.c. stabilisce che il giudice può, secondo le circostanze, ordinare il sequestro dei beni del coniuge che si è allontanato dalla residenza familiare, nella misura idonea a garantire l'adempimento dell'obbligo di contribuzione (art. 143, comma 3, c.c.) e dell'obbligo di mantenimento del genitore verso i figli (art. 147 c.c.).

Il sequestro può essere richiesto dal **coniuge** (nell'interesse proprio o dei figli minori) e, in mancanza, da un **curatore speciale** (nell'interesse dei figli minori).

La natura giuridica del sequestro in esame è discussa: secondo alcuni, si tratta di un provvedimento che crea un vincolo di indisponibilità, **Natura giuridica**

(5) Trib. Napoli 1-2-2002, in Foro it., Rep., 2002, Famiglia in genere e abusi familiari, n. 34.

configurando un'ipotesi a sé stante di **costituzione di una garanzia reale** sui beni del coniuge obbligato, per cui la competenza spetterebbe al tribunale (art. 38 disp. att.) (6). Altri autori, invece, ritengono che si tratti di un **sequestro conservativo**, con conseguente applicabilità delle disposizioni relative ai procedimenti cautelari (7).

Secondo la giurisprudenza, il sequestro dei beni del coniuge allontanatosi dalla residenza familiare è una misura con **funzione** non solo **coercitiva e sanzionatoria**, ma anche di **garanzia dell'adempimento** degli obblighi previsti dagli art. 143, comma 3 e 147 c.c. (8). Ai fini dell'emissione del provvedimento di sequestro, l'allontanamento deve essere **ingiustificato**. In dottrina si ritiene, tuttavia, che il sequestro possa essere disposto anche in caso di allontanamento giustificato, essendo prevalente l'esigenza di assicurare l'adempimento degli obblighi di contribuzione e di mantenimento dei figli (9).

5.1.3 Il decreto ingiuntivo ex art. 148 c.c.

A tutela del diritto al mantenimento dei figli è previsto lo strumento del decreto ingiuntivo ex art. 148 c.c., che consente a **chiunque vi abbia interesse** (coniuge adempiente, ascendenti adempienti, figli maggiorenni, genitore naturale in rappresentanza del figlio che ha diritto al mantenimento) di proporre ricorso per ottenere l'ordine di pagamento a carico dell'obbligato inadempiente.

Si tratta di un procedimento per ingiunzione nel quale legittimato passivo è il soggetto obbligato, ossia i coniugi, i genitori naturali e gli ascendenti.

L'obbligato inadempiente deve essere sentito.

L'ordine di pagamento:

- è emanato dal **presidente del tribunale** (ordinario) del luogo in cui l'inadempiente ha la residenza, il domicilio o la dimora (art. 18 c.p.c.). Tuttavia, poiché l'ordine riguarda il pagamento di somme di denaro, in via alternativa la domanda può essere proposta al giudice del luogo in cui risiede l'avente diritto al versamento (art. 20 c.p.c.);
- è notificato agli interessati e al terzo debitore (marito, moglie, figli maggiorenni conviventi, ascendenti e debitore della rendita). In caso di mancata **opposizione nel termine di 20 giorni** dalla notifica, il decreto diventa definitivo, ed è successivamente modificabile o revocabile (per motivi sopravvenuti) con le forme del giudizio ordinario, occorrendo però motivi sopravvenuti.

Il procedimento monitorio ex art. 148 c.c. **non può essere azionato dopo l'inizio del giudizio di separazione**, con la conseguenza che, se al momento dell'instaurazione del procedimento di separazione già pende il procedimento monitorio, quest'ultimo dovrà essere dichiarato improcedibile.

Se, invece, al momento dell'instaurazione del giudizio di separazione pende l'opposizione al decreto ingiuntivo, il giudizio di opposizione dovrà essere riunito al procedimento di separazione, poiché altrimenti, se ne fosse dichiarata l'improcedibilità, il decreto ingiuntivo diventerebbe definitivo.

(6) ATTARDI, *Aspetti processuali del nuovo diritto di famiglia*, in *Comm. riforma dir. fam.*, a cura di Carraro-Oppo-Trabucchi, I, 2, Padova, 1977, 979 s.

(7) CIVININI, *Provvedimenti cautelari e rapporti patrimoniali tra coniugi in crisi*, in *Fam. dir.*, 1995, 383.

(8) Cass. 29-11-1985, n. 5948.

(9) PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi (artt. 143-148 c.c.)*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da Schlesinger, Milano, 1990, 251 s.

A seguito dell'emanazione dei provvedimenti ex art. 708 c.p.c. il decreto ingiuntivo diventerà inefficace.

5.1.4 La richiesta di alimenti in via d'urgenza ex art. 446 c.c.

L'art. 446 c.c. riconosce al giudice, «finché non sono determinati definitivamente il modo e la misura degli alimenti», di «ordinare un assegno in via provvisoria ponendolo, nel caso di concorso di più obbligati, a carico anche di uno solo di essi, salvo il regresso verso gli altri».

Il coordinamento tra l'art. 700 c.p.c. e l'art. 446 c.c.

In generale, l'art. 700 c.p.c., nel conferire al giudice, il potere di adottare, su richiesta dell'interessato, i provvedimenti d'urgenza che appaiono, secondo le circostanze, i più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito, attribuisce all'organo giudicante un potere decisorio atipico e innominato, volto a ottenere un'anticipazione degli effetti della sentenza quando vi è pericolo di un pregiudizio imminente e irreparabile. Come evidenziato, l'ambito operativo ritagliato dall'ordinamento ai provvedimenti di cui all'art. 700 c.p.c. è residuale, nel senso che non c'è spazio per i provvedimenti d'urgenza quando il legislatore abbia puntualmente previsto, nell'ambito di una certa materia, appositi rimedi aventi, o non (artt. 708 c.p.c. o 148 c.c.), struttura e funzione cautelare, idonei a fornire tutela, *lato sensu*, anticipatoria.

Così è pure nell'ambito dei giudizi il cui *petitum* sia l'obbligo di prestare gli alimenti. In tale materia, infatti, il legislatore ha disciplinato il rischio che lo stato di bisogno affermato dall'attore possa compromettere la tutela di bisogni essenziali, quali sono quelli sottesi alla richiesta di alimenti, prevedendo, a tal fine, una serie di misure tipiche, volte a garantire che, nelle more del giudizio, al soggetto istante sia assicurata la corresponsione di un assegno provvisorio: così è per le misure di cui agli artt. 443, comma 3, e 446 c.c. Pertanto, non può farsi ricorso ai provvedimenti d'urgenza per la concessione di un assegno alimentare provvisorio in presenza dello specifico provvedimento previsto dall'art. 446 c.c.: l'operatività dell'art. 700 c.p.c. è preclusa dalla previsione normativa che, completando lo spettro di tutela concessa dall'ordinamento, impedisce che si dia *lacuna legis e*, dunque, che si dia ingresso al rimedio di cui all'art. 700 c.p.c.

Definito il rapporto tra l'art. 446 c.c. e l'art. 700 c.p.c., va rilevato come dottrina e giurisprudenza hanno, da sempre, riconosciuto natura cautelare tipica al provvedimento di cui all'art. 446 c.c., sia sotto il profilo della struttura che della funzione. Sotto il profilo della struttura, poiché il provvedimento è provvisorio e strumentale al processo di cognizione ordinaria, volto alla verifica dell'esistenza dei presupposti per la concessione dell'assegno alimentare; sotto il profilo della funzione, poiché mira ad evitare che la perduranza della situazione di bisogno, nelle more del giudizio, possa arrecare all'interessato un pregiudizio irreparabile, salva poi la conclusiva definizione dell'assetto di interessi che maturerà con la sentenza definitiva.

Il testo dell'art. 446 c.c. e il raccordo con le nuove norme sul procedimento cautelare uniforme

L'affermata funzione tipicamente cautelare del provvedimento di cui all'art. 446 c.c. implica, poi, sotto il profilo processuale, che la relativa disciplina sia regolata, stante il rinvio di cui all'art. 669quaterdecies, dagli artt. 669bis ss. c.p.c., donde la competenza a provvedere non già del presidente del tribunale, bensì del giudice istruttore in corso di causa e la relativa reclamabilità del provvedimento *de quo* a norma degli artt. 669quater e 669terdecies c.p.c.

Interpretazione dell'art. 446 c.c.

Al riguardo, l'art. 446 c.c. può essere interpretato in senso ampio, nel senso, cioè, di ritenere che la misura possa essere concessa non solo quando non siano determinati «il modo e la misura», ma anche

quando si controverta in ordine alla stessa collocazione, o meno, di un soggetto nel novero degli obbligati, come accade, appunto, nel caso di specie, in cui la richiesta di alimenti è stata proposta in dipendenza della domanda di accertamento dello *status* di figlio.

Diversamente, si potrebbero creare vuoti di tutela, il che risulta inaccettabile in una materia, qual è quella alimentare, in cui sono in gioco interessi essenziali della persona umana; né impedimento alcuno deriva dall'essere il provvedimento cautelare strumentale ad una pronuncia dichiarativa attributiva di *status*.

A conferma di ciò è sufficiente richiamare il dato normativo di cui all'art. 277, comma 2, c.c. Tale norma prevede che «il giudice può anche dare i provvedimenti che stima utili per il mantenimento, l'istruzione e l'educazione del figlio e per la tutela degli interessi patrimoniali di lui». Tali provvedimenti sono, normalmente, definiti come provvedimenti provvisori, non reclamabili (similmente ai provvedimenti ex art. 708 c.p.c.); vengono recepiti ovvero modificati dalla pronuncia definitiva e solo congiuntamente ad essa potranno costituire oggetto di impugnazione.

Orbene, ritiene una parte della dottrina che il potere (anche officioso, se trattasi di minori) del giudice possa essere esercitato anche prima della sentenza e, dunque, in un momento in cui, ancora, non è definitivo il giudizio sul rapporto di paternità (l'utilità del provvedimento di urgenza si manifesta, del resto, già in pendenza del processo).

La legge, infatti, non esclude che possano essere adottati con la sentenza di primo grado, ma non individua, altresì, necessariamente, nella sentenza di primo grado la «sede» decisoria in cui essi possano essere adottati.

In alternativa, occorrerebbe far richiamo all'art. 700 c.p.c., nell'interpretazione costante fornita dai tribunali minori di merito, ma la cui operatività — si è posto in premessa — va esclusa.

Se così è, non vi sono preclusioni a ritenere, *mutatis mutandis*, che anche l'art. 446 c.c. possa, in astratto, trovare applicazione nel caso di specie, in cui la richiesta di alimenti si innesta in (e dipende da) un procedimento di dichiarazione giudiziale di paternità (come nel caso dell'art. 277 c.c.), tanto più che la condanna, di natura patrimoniale, ha, *ex se*, per la logica del sistema, efficacia immediatamente esecutiva, pur essendo connessa a sentenza dichiarativa, che, in quanto tale, acquisterà efficacia solo con il giudicato.

Tale impostazione è coerente con l'idea, condivisa da dottrina e giurisprudenza, che i provvedimenti anticipatori o d'urgenza siano compatibili con quelle tipologie di giudizio che hanno ad oggetto una pronuncia di accertamento.

Il rapporto tra gli artt. 443, comma 3 e 446 c.c.

Si consideri, infine, che il codice conosce, in materia alimentare, un altro rimedio, quello di cui di cui all'art. 443, comma 3, c.c., che riconosce al giudice la facoltà «in caso di urgente necessità» di «porre temporaneamente l'obbligazione degli alimenti a carico di uno solo tra quelli che vi sono obbligati, salvo regresso».

Diversamente da quanto sostenuto da una parte della dottrina, secondo la quale la previsione degli artt. 443, comma 3 e 446 c.c. sarebbe un'inutile duplicazione, l'art. 443, comma 3, c.c., a differenza dell'art. 446 c.c., ha natura squisitamente anticipatoria, innestandosi in giudizi nei quali, in presenza di una pluralità di obbligati, sia più facilmente accertabile il presupposto dello stato di bisogno, mentre risulti di difficile e lunga cognizio-

ne l'accertamento delle diverse posizioni economiche degli obbligati e del conseguente diverso carico dell'obbligazione: tra essi il giudice, che pronuncia con sentenza non definitiva, impone temporaneamente l'intera obbligazione a carico di uno o più obbligati che, ad un primo esame, appaiono maggiormente in grado di sopportare l'intero onere della prestazione. Ma ciò presuppone, diversamente da quanto accade nel caso di specie, che il giudice abbia di già accertato l'esistenza dell'obbligazione e del *quantum* dovuto con sentenza, definitiva o non definitiva.

L'art. 446 c.c. disciplina, invece, l'ipotesi in cui l'accertamento dell'obbligazione alimentare non è ancora raggiunto e il giudice, con ordinanza cautelare (salvo a disporre tale misura con sentenza non definitiva), ordina, nei confronti di uno solo dei coobbligati, l'adempimento temporaneo dell'assegno. Se così è, risulta implicitamente sotteso alla logica del provvedimento di cui all'art. 446 c.c. che la concessione della misura *de qua* presupponga che un accertamento definitivo dell'obbligo alimentare, almeno sotto il profilo del *quantum*, non vi sia.

In ogni caso, poiché sia l'una che l'altra norma parlano di «regresso» dei coobbligati, risulta evidente che la concessione della misura, anticipatoria (art. 443, comma 3, c.c.) o cautelare (art. 446 c.c.), presuppone che l'alimentando abbia chiamato in giudizio tutti gli obbligati, ovvero abbia dimostrato la relativa impossidenza degli obbligati di grado anteriore (10).

5.2 Provvedimenti successivi all'inizio del giudizio di separazione

5.2.1 Il sequestro conservativo sui beni del coniuge obbligato (art. 156, comma 6, c.c.)

In caso di inadempimento degli obblighi economici stabiliti dalla sentenza di separazione, il giudice, su richiesta dell'avente diritto, può disporre il sequestro di parte dei beni del coniuge obbligato o ordinare ai terzi, tenuti a corrispondere anche periodicamente somme di danaro all'obbligato, che una parte di esse venga versata direttamente agli aventi diritto.

Tale disposizione prevede, quindi, due forme di tutela:

- a) il **sequestro dei beni del coniuge obbligato**, provvedimento analogo a quello previsto per l'allontanamento ingiustificato di un coniuge dalla residenza familiare (art. 146, comma 3 c.c.). Si tratta, secondo la dottrina, di un provvedimento cautelare atipico (11). La giurisprudenza, invece, ritiene che il sequestro conservativo sui beni del coniuge obbligato a corrispondere all'altro coniuge un assegno di mantenimento **non ha natura cautelare** (e, quindi, non è assoggettabile a reclamo *ex art. 669terdecies c.p.c.*) (12), perché, a differenza del sequestro conservativo, presuppone un credito già dichiarato, sia pure in
- Le due forme di tutela previste dall'art. 156 c.c.**

(10) Trib. Catania 22-3-2005, in *Foro it.*, 2005, I, 2588.

(11) GRASSETTI, *Dello scioglimento del matrimonio e della separazione dei coniugi*, in *Comm. dir. it. fam.*, a cura di Cian-Oppo-Trabucchi, II, Padova, 1992, 712.

(12) Trib. Modena 12-2-2003, in *Gius.* 2003, 10, 1118; Trib. Foggia 12-6-2000, in *Foro it.*, 2001, I, 2054. *Contra* Trib. Cagliari 21-5-1998, in *Riv. giur. sarda*, 2001, 377.

Formula n. 29

**Ricorso per la determinazione di un assegno periodico
a carico dell'eredità**

ART. 9^{BIS}, L. 898/1970:

«A colui al quale è stato riconosciuto il diritto alla corresponsione periodica di somme di denaro a norma dell'art. 5, qualora versi in stato di bisogno, il tribunale, dopo il decesso dell'obbligato, può attribuire un assegno periodico a carico dell'eredità tenendo conto dell'importo di quelle somme, della entità del bisogno, dell'eventuale pensione di reversibilità, delle sostanze ereditarie, del numero e della qualità degli eredi e delle loro condizioni economiche. L'assegno non spetta se gli obblighi patrimoniali previsti dall'articolo 5 sono stati soddisfatti in unica soluzione.

Su accordo delle parti la corresponsione dell'assegno può avvenire in unica soluzione. Il diritto all'assegno si estingue se il beneficiario passa a nuove nozze o viene meno il suo stato di bisogno. Qualora risorga lo stato di bisogno l'assegno può essere nuovamente attribuito».

TRIBUNALE DI ...

**RICORSO PER LA DETERMINAZIONE DI UN ASSEGNO PERIODICO
A CARICO DELL'EREDITÀ**

ART. 9^{BIS}, L. 898/1970:

Tizia, nata a ... il ... residente in ... via ..., c.f. ..., elettivamente domiciliata in ... via ... presso lo studio dell'avv. ..., dal quale è rappresentata e difesa in virtù di procura in calce al presente atto, il quale, ai sensi degli artt. 133, comma 3 e 134, comma 3 c.p.c., dichiara di voler ricevere le comunicazioni al n. di fax ... o all'indirizzo di posta elettronica ...@..., espone quanto segue.

PREMESSA

Il tribunale di ..., con sentenza n. ... del ..., ha pronunciato lo scioglimento del matrimonio tra Tizio e Tizia, disponendo, tra l'altro, la corresponsione, da parte di Tizio e a favore di Tizia, di un assegno divorzile di euro ... mensili, versato regolarmente dall'obbligato.

In data ... Tizio è deceduto / è stata dichiarata la morte presunta di Tizio.

La morte / la dichiarazione di morte presunta di Tizio, obbligato all'assegno post-matrimoniale, non cancella le ragioni assistenziali sottese all'assegno stesso, avendo previsto il legislatore — all'art. 9^{bis}, L. 898/1970 — il prolungamento, a carico degli eredi, dell'ultrattività del

matrimonio sul piano patrimoniale, nella forma di un assegno successorio periodico, quale diritto sostitutivo di quello estinto per morte dell'obbligato.

Sussistono tutti i presupposti per l'erogazione dell'assegno successorio, ovvero: a) la titolarità, in capo a Tizia, del diritto all'assegno di cui all'art. 5, comma 6, L. 898/1970; b) la morte di Tizio / la dichiarazione di morte presunta di Tizio, coniuge obbligato alla corresponsione dell'assegno post-matrimoniale; c) lo stato di bisogno di Tizia, coniuge superstite, la quale non dispone dei mezzi indispensabili al soddisfacimento dei propri bisogni primari di vita. Tutto ciò permesso, Tizia, rappresentata e difesa come in atti,

CHIEDE

che il tribunale adito, ai sensi dell'art. 9bis L. 898/1970, voglia attribuire a Tizia un assegno periodico a carico dell'eredità di Tizio.

Si allegano:

- copia della sentenza di divorzio;
- certificato di morte di Tizio;
-

Ai sensi degli artt. 10 e 14 T.U. 115/2002, si dichiara che il presente procedimento è esente da contributo unificato.

..., li ...

Av. ...

PROCURA

Delego a rappresentarmi e difendermi nel presente giudizio l'avv. ..., conferendogli all'uopo ogni potere e facoltà di legge, e nel suo studio in .. via ... eleggo domicilio.

Dichiaro di essere stato informato, ai sensi dell'art. 4, co. 3, D.Lgs. 28/2010, della possibilità di ricorrere al procedimento di mediazione ivi previsto e dei benefici fiscali di cui agli artt. 17 e 20 del medesimo decreto, come da atto allegato [v. formula 31].

Tizia

.....

È autentica

Av.