

# **CORTE D'APPELLO DI BARI**

## **SEZIONE FAMIGLIA E MINORI CIVILE**

### **Progetto prevedibilità delle decisioni**

#### **1. Tematica:**

I provvedimenti presidenziali adottati in sede di separazione giudiziale e la loro impugnabilità.

#### **2. Riferimenti normativi:**

artt. 151, 337-bis, 337-ter, 337-quater, 337-quinquies, 337-sexies, 337-septies e 337-octies c.c.; artt. 633, 645, 706, 707, 708, 709 e 739 c.p.c.;

#### **3. QUESTIONI GIURIDICHE E ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI**

La prima fase della separazione giudiziale e l'ordinanza presidenziale.

Il coniuge che voglia interrompere la convivenza e l'operatività dei doveri coniugali, senza ricorrere allo strumento della separazione consensuale, può adire il Tribunale competente instaurando il procedimento di separazione giudiziale nei confronti dell'altro coniuge.

Precedentemente alla legge di riforma del diritto di famiglia del 1975, la separazione giudiziale poteva essere ottenuta da un coniuge adducendo la "colpa" dell'altro, tipizzata tassativamente dal codice civile nelle sevizie, nell'abbandono, nell'adulterio, nella condanna all'ergastolo o nella pena detentiva superiore ai cinque anni.

L'attuale ratio, enunciata nel testo dell'art. 151 c.c., invece, differisce dalla precedente disciplina. La norma ancora il rapporto coniugale al perdurante consenso di ciascuno dei coniugi, indi, al determinarsi di una situazione di disaffezione al matrimonio che renda intollerabile la convivenza per un coniuge, o per entrambi, o tale da pregiudicare gravemente l'educazione e la crescita della prole, deve ritenersi sussistente il diritto del coniuge di chiedere la separazione, a prescindere dall'eventuale addebitabilità della rottura dell'affectio coniugalis all'altro.

La separazione giudiziale è un procedimento di natura contenziosa di cognizione speciale non sommaria, attraverso il quale un coniuge, mediante ricorso, domanda all'organo giudiziario di pronunciare una sentenza di separazione che regoli i rapporti tra le parti, a partire dalla quale decorreranno i termini idonei per esperire la procedura per il divorzio.

Conseguentemente al deposito del ricorso, nei 5 giorni immediatamente successivi, il Presidente fissa con decreto: l'udienza di comparizione dei coniugi innanzi a sé, che deve essere tenuta entro 90 giorni dal deposito del ricorso; il termine entro il quale il ricorrente deve notificare all'altro coniuge copia autenticata del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza di comparizione; il termine entro il quale il coniuge convenuto può depositare una memoria difensiva e i relativi documenti (art. 706, 3° co c.p.c.).

Il coniuge convenuto ha la facoltà di depositare una memoria difensiva entro il termine assegnatogli, ciò, tuttavia, non comporta la sua costituzione in giudizio, che avviene soltanto nella fase istruttoria con il deposito della comparsa di costituzione e risposta.

Ai sensi dell'art. 708 c.p.c., nella prima fase, denominata presidenziale, è previsto che "all'udienza di comparizione il presidente deve sentire i coniugi prima separatamente e poi congiuntamente, tentandone la conciliazione. Se i coniugi si conciliano, il Presidente fa redigere il processo verbale della conciliazione."

La comparizione personale dei coniugi - ancora non costituiti in giudizi ma assistiti dai propri difensori - dinanzi al Presidente del Tribunale, è strumentale all'esperimento di un tentativo di conciliazione che il Presidente è tenuto a svolgere obbligatoriamente in udienza. A tal uopo, il Presidente deve ascoltare i coniugi dapprima separatamente e, poi, congiuntamente (cfr. artt. 707 e 708, 1° co c.p.c.).

Tuttavia, l'assenza di un effettivo svolgimento del tentativo di conciliazione non preclude al designato Giudice l'adozione dei provvedimenti necessari o di dar seguito al giudizio.

Infatti, nei casi di omissione o di svolgimento non conforme alla legge, in assenza di una norma che disponga la nullità dell'ordinanza presidenziale di cui al 708, 3° co. c.p.c., la giurisprudenza maggioritaria attribuisce maggior peso alla praticità, alle finalità ed alla continuazione del giudizio di separazione. In quanto non si ritiene non verificarsi un pregiudizio per le parti, ove risulti la non necessità del tentativo "de quo" a causa delle circostanze, della ferma volontà dei coniugi di proseguire nel giudizio o delle imperizie della parte, che ad esempio non abbia fornito tempestivamente adeguata giustificazione per la sua assenza (cfr. Cass. 23.07.2010 num 17336; Cass. civ. Sez. Unite, 04.07.1987, n. 5865; Cass. civ. Sez. I, 10.08.2001, n. 110591).

Diversamente, nel caso in cui esso si svolga regolarmente si prospettano diversi scenari per i coniugi.

In caso di esito positivo del tentativo, "nulla quaestio": il Presidente fa redigere verbale di conciliazione (art. 708, 2° co c.p.c.).

Invece, ai sensi del 3° co. è previsto che: "Se la conciliazione non riesce, il presidente, anche d'ufficio, sentiti i coniugi ed i rispettivi difensori, dà con ordinanza i provvedimenti temporanei ed urgenti che reputa opportuni nell'interesse della prole e dei coniugi, nomina il giudice istruttore e fissa udienza di comparizione e trattazione davanti a questi. Nello stesso modo il presidente provvede, se il coniuge convenuto non compare, sentiti il ricorrente ed il suo difensore.

In questa sede, con l'ordinanza presidenziale si provvede ad una prima regolamentazione dei rapporti tra i membri della famiglia, attuali e patrimoniali, anche al fine di assicurare il necessario sostentamento al beneficiario fino alla pronuncia definitiva.

Le misure adottate con il provvedimento presidenziale sono caratterizzate dalla ufficiosità, dalla urgenza e dalla temporaneità, alle quali si accompagna la notevole discrezionalità del giudice nella determinazione dei contenuti, in virtù della previsione della norma secondo cui il Presidente emana i provvedimenti necessari "anche d'ufficio".

In realtà, "le disposizioni adottabili d'ufficio" a cui la legge si riferisce sono circoscritte ai provvedimenti che regolino l'interesse morale e materiale dei minori, disciplinato attualmente dagli artt. 337-bis, 337-ter, 337-quater, 337-quinquies, 337-sexies, 337-septies e 337-octies c.c..

---

<sup>1</sup> Si fa presente che gli orientamenti giurisprudenziali ivi riportati sono meramente indicativi e, pertanto, non vincolanti ai fini della decisione.

In particolare, è d'uopo chiedersi cosa intenda l'art. 337-ter c.c. per "adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole" e quali siano gli effetti di questa locuzione nell'ordinamento.

Di primo acchito, si palesa che l'emanazione di questi provvedimenti può avvenire indipendentemente dalla espressa richiesta di parte e, dunque, anche in difetto di una domanda in tal senso. Invero, con tale espressione, il testo della norma consacra l'interesse del minore, che assume, così, caratteri pubblicistici ed inconfutabili, tali da legittimare l'adozione di qualsivoglia provvedimento ritenuto necessario, non essendo il Presidente vincolato dalle richieste avanzate dai genitori, dagli accordi intervenuti tra gli stessi o dalle dichiarazioni rese da questi ultimi in sede di udienza presidenziale.

L'orientamento della giurisprudenza di legittimità è univoco nella configurazione di questo interesse quale supremo. In virtù di questa caratteristica i criteri decisionali del Giudice non sono ascrivibili nemmeno ai prescritti canoni civilistici, quali il principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato. Nulla osta a che il Presidente si pronunci ultra petitem in quanto la sua statuizione, sebbene provvisoria ed urgente, è destinata a soddisfare finalità pubblicistiche (cfr. C. 270/2004; C. 3363/1993; C. 8582/1990; C. 5636/1990; C. 1506/1990; C. 66/1988; C. 6424/1987; C. 5267/1984).

D'altro canto, il potere di adottare questi provvedimenti "anche d'ufficio" si riflette sugli oneri del designato Giudice nella fase presidenziale. Questi, al fine di tutelare e perseguire interessi superiori, che prescindono da quelli dei coniugi stessi, non può omettere di provvedere sul punto, rimettendo le decisioni al Giudice istruttore. È tenuto ad esercitare tutti i poteri ufficiosi che la legge gli conferisce, dovendo senz'altro statuire al riguardo, specie sull'affidamento dei minori. (App. Napoli ord. 13.07.20073).

Quanto al restante contenuto dei provvedimenti de quibus, invece, l'ordinanza presidenziale autorizza i coniugi a vivere separati, dispone in relazione alle modalità ed alla misura del contributo al mantenimento dei figli e del coniuge privo di redditi adeguati ed infine dispone sull'assegnazione della casa coniugale ex art. 337 sexies c.c..

#### Autonomia ordinanze presidenziali

Le ordinanze presidenziali godono di una notevole autonomia, fondata sul disposto dell'art. 189 disp. att. c.p.c., che legittima la loro efficacia immediatamente esecutiva e la loro ultrattività in caso di estinzione del giudizio di separazione o divorzio sul quale incidono.

La norma, ove dispone che "essa conserva la sua efficacia dopo l'estinzione del giudizio", paleserebbe la prevalenza dei caratteri d'urgenza e di ufficiosità dell'ordinanza presidenziale. Sottolinea, infatti, che il provvedimento è suscettibile di trasformarsi in una regolamentazione stabile e duratura dei rapporti tra i membri della famiglia nel caso in cui il giudizio si estingua.

Ciò nonostante, i predetti caratteri, di ultrattività ed immediata esecutività, non consentono di sussumere l'ordinanza presidenziale in un ulteriore titolo, da farsi valere in una sede diversa dal giudizio di separazione, in cui sorge il rapporto obbligatorio tra i coniugi.

Più volte, la giurisprudenza di legittimità, ravvisando una ingiustificata duplicazione di titoli, si è pronunciata negando che il provvedimento possa costituire un titolo per l'emanazione di una ingiunzione di pagamento ai sensi dell'art. 633 c.p.c. .

---

<sup>2</sup> Si fa presente che gli orientamenti giurisprudenziali ivi riportati sono meramente indicativi e, pertanto, non vincolanti ai fini della decisione.

<sup>3</sup> Vedi sopra.

Invero, risolvendosi il procedimento monitorio in un accertamento del diritto di credito del ricorrente, non è possibile conseguire una ulteriore pronuncia in merito al credito de quo del coniuge, sia nell'ipotesi in cui questo risulti accertato da una sentenza di condanna che nel caso in cui risulti da un provvedimento giudiziale di altra natura, quale l'ordinanza presidenziale di cui al 708 c.p.c..

Detto provvedimento, infatti, preordinato ad attuare la disciplina dei rapporti economici dei coniugi in regime di separazione, corrisponde ad un titolo formato dal competente organo giurisdizionale il cui grado di stabilità è strettamente correlato alla evoluzione del giudizio di merito nel quale si inserisce.

Pertanto, esso è esaminabile soltanto nel contesto della separazione giudiziale, autonomamente presidiato da efficacia esecutiva, con riguardo alle somme determinate o determinabili sulla scorta delle allegazioni e dichiarazioni, purché tali da assicurare sufficiente garanzia di realizzazione dell'interesse del coniuge creditore.

Qualora lo si riesaminasse nella sede monitoria, il titolo presidenziale sarebbe suscettibile di opposizione ai sensi dell'art. 645 c.p.c., che introdurrebbe un giudizio di cognizione finalizzato all'accertamento del diritto di credito fatto valere, indi si delineerebbe la inammissibilità di una ingiunzione fondata sul titolo in questione, poiché attraverso l'opposizione si configurerebbe una controversia la cui sede naturale non può essere che quella del giudizio di separazione, ove il diritto creditorio si è formato ed è stato riconosciuto (cfr. Cass. 24.02.2011 num 4543; Cass. 29.01.1999 n. 782; Cass. 29.04.1991 n. 4722.4).

Regime di impugnabilità dei provvedimenti presidenziali.

La l. 2006/54 ha inserito nell'art. 708 c.p.c. il 4 c., a norma del quale “contro i provvedimenti di cui al terzo comma si può proporre reclamo con ricorso alla Corte di Appello che si pronuncia in camera di consiglio. Il reclamo deve essere proposto nel termine perentorio di dieci giorni dalla notificazione del provvedimento”.

Prioritariamente, quindi, si ravvisa la strumentalità della notificazione del provvedimento integrale alla decorrenza dei termini per il reclamo. Nel caso di omissione di tale adempimento, il reclamo può esperirsi anche a distanza di tempo superiore a dieci giorni, purché precedente all'udienza di comparizione innanzi al G.I. (App. Napoli, ord. 26.06.20075). A pena di inammissibilità, il termine di dieci giorni dalla proposizione del reclamo è assegnato anche al reclamato che intenda proporre reclamo incidentale.

Il procedimento del reclamo si svolge nelle forme dell'art. 739 c.p.c.: il Presidente nomina un relatore e fissa l'udienza collegiale, concedendo termine al reclamante per notificare l'atto di gravame ed il decreto a controparte cui viene assegnato un termine per il deposito di memorie difensive.

All'uopo, per esaminare il gravame di cui è investita la Corte ai sensi del 708, 4 co° c.p.c., è fondamentale inquadrare il provvedimento presidenziale.

L'ordinanza “de qua” è una pronuncia improntata a ragioni di provvisorietà ed immediatezza, la cui natura, di accertamento sommario e incidentale, è destinata a restare assorbita nel giudizio di cognizione avanti il designato giudice istruttore. Il predetto provvedimento non muta carattere in sede di 708, 4° co c.p.c., pur se modificato o confermato continua ad avere ratio interinale e

---

<sup>4</sup> Si fa presente che gli orientamenti giurisprudenziali ivi riportati sono meramente indicativi e, pertanto, non vincolanti ai fini della decisione.

<sup>5</sup> Vedi sopra.

provvisoria, essendo anch'esso modificabile e revocabile dal G.I. e destinato ad essere sostituito dalla sentenza che decide il processo, a sua volta impugnabile sia per merito che per legittimità.

Questa modificabilità e revocabilità in corso di causa configura le predette ordinanze quali interventi di tipo cautelare che incidono su diritti soggettivi, senza tuttavia decidere su di essi, che non hanno attitudine ad acquistare l'efficacia del giudicato sostanziale, poiché idonei a produrre effetti soltanto fino alla sentenza che conclude il giudizio. Salvo l'assoggettabilità ad un eventuale riesame in sede di reclamo. Questa natura ed efficacia meramente incidentale priva il provvedimento dei caratteri di decisorietà e definitività tipici delle sentenze, pertanto non è ammissibile il ricorso straordinario per Cassazione ex art. 111 Cost.

Sempre in quest'ottica, si delinea la ratio essendi del reclamo, in cui rilevano unicamente profili di manifesta erroneità dell'ordinanza presidenziale.

Infatti, precedendo l'udienza di comparizione e trattazione innanzi al G.I, l'ordinanza presidenziale è dotata di un apprezzabile margine temporale di applicazione in cui poter esplicare appieno la sua efficacia. Nelle more dell'udienza presidenziale è lapalissiano che la abnormità del provvedimento o la sua non manifesta congruità alle emergenze di causa comporti un notevole pregiudizio.

Il coniuge che rappresenti la lesione, pertanto, può sopperire a questi vizi lampanti domandando alla competente Corte di Appello il riesame integrale di ogni aspetto, processuale e di merito, relativo al provvedimento. Tuttavia, attesi il carattere sommario della fase presidenziale, il breve lasso di tempo tra l'udienza presidenziale e quella di comparizione davanti al G.I. - cui compete la modifica dei provvedimenti assunti all'esito della fase a cognizione piena - e l'impossibilità per il giudice d'Appello di sostituirsi al giudice naturale di primo grado nell'ulteriore disamina, il reclamo si configura unicamente quale mezzo di impugnazione strictu sensu con cui riesaminare il provvedimento, non quale strumento con cui riproporre le domande originarie o sollecitare una rivalutazione di opportunità e di merito.

Indi, questa rigida struttura di revisione del procedimento impone che la Corte debba decidere sulla scorta del medesimo quadro fattuale e probatorio esistente nella fase presidenziale, tant'è che non è consentita la produzione di nuove allegazioni. Ne discende che il reclamo "deve intendersi finalizzato al solo scopo di eliminare al più presto statuizioni che appaiano *ictu oculi*, ad un sommario esame, macroscopicamente ingiuste e avulse dalle stesse prime prospettazioni delle parti", non già una oggettiva ingiustizia del provvedimento (cfr. App. Trento 06.07.2006, in "www.affidamentocondiviso.it"; App. Lecce 12.01.2007, in *Famiglia e minori* 2007, 4, 546).

Ciò sembrerebbe contrastare con il principio *rebus sic stantibus*, che fa da padrone nel diritto di famiglia, poiché nelle more dell'udienza istruttoria le circostanze potrebbero cambiare al punto da rendere del tutto inidonei i provvedimenti presidenziali.

In questa ipotesi di sopravvenienze si delinea l'inidoneità dello strumento del reclamo, che ha il solo effetto d'investire la Corte di Appello del riesame dei provvedimenti presidenziali "allo stato degli atti". Spetta al competente giudice istruttore, nel corso del procedimento per separazione coniugale pendente in primo grado, l'eventuale modifica o revoca ex art. 709 co. 4 c.p.c., a seguito delle ulteriori deduzioni delle parti e dei necessari approfondimenti istruttori.

---

<sup>6</sup> Si fa presente che gli orientamenti giurisprudenziali ivi riportati sono meramente indicativi e, pertanto, non vincolanti ai fini della decisione.

Entrambi gli strumenti sono preposti al controllo pieno dell'ordinanza presidenziale ma con modalità e finalità diverse, che impongono il coordinamento di questi due rimedi sotto la forma di alternatività.

Infatti, instando un organo il cui ambito cognitivo è maggiore, la scelta della parte di modificare e revocare ex art. 709 co. 4° c.p.c. postulerebbe implicitamente la sua volontà di rinunciare al rimedio del reclamo, di minore portata, poiché il G.I. può decidere sulla scorta di nuove allegazioni, improponibili in sede di gravame. In tal modo, quindi, si esautorava la Corte del potere di revisione sul provvedimento presidenziale, in quanto detta ordinanza sarà suscettibile di caducazione o di modifica da parte dell'istruttore designato, lo stesso che sarà poi competente a pronunciarsi con la sentenza che regolerà definitivamente i rapporti tra i coniugi.

Per le predette ragioni costante giurisprudenza dichiara l'improcedibilità del procedimento di reclamo nei casi in cui esso sia proposto prima, contestualmente o dopo l'istanza di revoca o modifica di cui al 709 co. 4° (cfr. App. Bologna 06.10.2014; App. Torino 10.12.2013; App. Bologna 23.02.20157).

Da ultimo, i predetti procedimenti non sono gli unici strumenti riconosciuti dalla legge per regolare i rapporti tra coniugi.

Al riguardo, sebbene il controllo del competente organo giudicante si rivolge essenzialmente ai profili dell'affidamento, dell'assegno di mantenimento ed ai minori, tale rilievo non comporta che debba, comunque, aver luogo un momento di controllo giudiziale ove successivamente all'ordinanza intervenga un nuovo accordo delle parti. Specie ove si consideri l'assenza, nell'ordinamento, di uno strumento processuale che omologhi eventuali pattuizioni che si riferiscano ai provvedimenti presidenziali o alle condizioni di separazione.

Pertanto, riconoscendo la maggiore praticità e conformità all'interesse materiale e morale della prole e dei coniugi di eventuali accordi tra gli stessi, la giurisprudenza, in conformità all'art. 1322 c.c., è concorde nel ritenere che questi sono legittimati a modificare pattiziamente i contenuti delle pronunce di cui all'art. 708 c.p.c., purché ciò non costituisca un espediente per violare i diritti ed i doveri inderogabili disciplinati dall'art. 160 c.c..

La legittimità di detti accordi extragiudiziali, quindi, è subordinata all'unica condizione che essi non interferiscano con le disposizioni del provvedimento ma ne specificino il contenuto con disposizioni maggiormente confacenti, all'evidenza, con gli interessi ivi tutelati (cfr. Cass. n. 298 del 12.01.2016; Cass. 11.6.1998 n. 58298).

Bari, 12 giugno 2018

*Scheda redatta dal Dott. Pier Paolo Maria Filannino, tirocinante ai sensi dell'art. 73 del D.L. 69/2013, presso la Corte di Appello di Bari, Sezione Minori e Famiglia Civile e Penale.*

---

<sup>7</sup> Si fa presente che gli orientamenti giurisprudenziali ivi riportati sono meramente indicativi e, pertanto, non vincolanti ai fini della decisione.

<sup>8</sup> Si fa presente che gli orientamenti giurisprudenziali ivi riportati sono meramente indicativi e, pertanto, non vincolanti ai fini della decisione.