



**TRIBUNALE DI CATANIA**

*Relazione in tema di misure cautelari (e non) nel  
diritto processuale della famiglia*

Per il C.S.M - formazione decentrata - convegno 20 aprile 2007

Francesco Distefano

## 1) MISURE CAUTELARI (E NON) ANTECEDENTI AL PROCEDIMENTO DI SEPARAZIONE

### - art.700 c.p.c.

In via generale il procedimento ex art.700 c.p.c. è retto oggi, in seguito alla riforma di cui alla L.n.80/05 (entrata in vigore dal 1° marzo 2006), dal principio di cd “*strumentalità attenuata*” nel senso che in quanto provvedimento di natura solo anticipatoria ( e non conservativa) ad esso può non seguire un giudizio di merito (rimesso solo all’iniziativa di una delle parti), tanto che il giudice non deve neanche fissare un termine per l’inizio dello stesso.

Il provvedimento ex art.700 quindi può rimanere tendenzialmente definitivo, sino a quando non venga riconosciuto inesistente il diritto a tutela del quale è stato concesso : tuttavia nel diritto di famiglia vale il principio per cui - in quanto reso rebus sic stantibus- può esser superato ed assorbito da altro provvedimento (cautelare o non) incidente sulla stessa materia.

L’art.700 c.p.c. è misura *non invocabile strumentalmente ai giudizi di separazione e divorzio* giacchè l’ordinamento già prevede un sistema compiuto : udienza presidenziale ex art.708 c.p.c.;art.4 l.div e connesse misure tipiche di modifica ed attuazione.

E’ammissibile piuttosto per la violazione dei doveri (patrimoniali) ex art.143 c.c. e 148 comma 1 c.c. e, quindi, per ottenere in via anticipatoria e strumentale alla corrispondente azione di merito :

- un assegno di **mantenimento in via urgente per i figli** (naturali<sup>1</sup> e non) in alternativa

---

<sup>1</sup> Si sostiene che in seguito alla riforma oggi compete al **T.p.M.** anche la competenza a stabilire **l’assegno di mantenimento** per i figli naturali poiché la legge (ivi compresi gli aspetti patrimoniali) si applica “ai *procedimenti* relativi ai figli di genitori non coniugati”:la tesi potrebbe accogliersi in riferimento alle statuizioni patrimoniali da emettersi contestualmente al *procedimento di affidamento* dei figli naturali (così codificando una prassi seguita da molti tribunali),ferma restando quella del Tribunale ordinario negli altri casi.

Si può quindi prospettare l’ipotesi che il giudice ordinario innanzi al quale (ex art.148 o in via ordinaria, eventualmente preceduta da una richiesta ex art.700 c.p.c.) sia richiesta una statuizione solo economica da parte del genitore ex lege affidatario (ex art.317 bis c.c. in quanto convivente), a fronte di una richiesta in via riconvenzionale di affidamento condiviso da parte dell’altro genitore (sulla quale è incompetente) possa rimettere tutti gli atti al T.p.M..

Se il T.p.M. invece è adito *dopo* una statuizione (solo economica) del g.o. può in quella sede modificare quest’ultima : con la particolarità dunque che sia un giudice diverso da quello che lo ha emesso a provvedere sulla istanza di revoca o modifica di un provvedimento cautelare ex art.700 c.p.c. così come invece previsto dall’art.669 decies comma 2 c.p.c.

Resta ferma comunque in capo al g.o la competenza per l’azione di regresso volta al recupero delle somme già sborsate.

Stante il non chiaro riparto di competenze comunque è inevitabile che si verranno a creare reciproche interferenze

al procedimento monitorio ex art.148 c.c. (il quale ultimo, non potendo considerarsi misura cautelare tipica, non preclude l'ammissibilità della cautelare atipica);

- un assegno di mantenimento **in favore del coniuge in costanza di matrimonio** (non del convivente poiché nessuna norma ancora lo prevede).

Infatti i diritti ed obblighi sanciti dagli art.143 e 148 devono esser in quanto tali tutelabili con azione giudiziaria ,pur se ciò comporti un ingerenza del giudice nell'ambito di una famiglia ancora unita corrispondendo ad ogni diritto la relativa azione (v.Chiovenda)<sup>2</sup> .

La *separazione di fatto* appare tuttavia condizione presuntiva del sorgere dell'obbligo, come si evince in via analogica dall'art.146c.c..(in tema di sequestro speciale di cui appresso)

L'assegno anche in tal caso andrà parametrato al tenore di vita ma se l'allontanamento del coniuge è illegittimo residua il solo diritto agli alimenti.

*L'eventuale giudizio di merito che seguirà avrà ad oggetto il riconoscimento in sede di cognizione ordinaria di quelle medesime pretese patrimoniali ottenibili in costanza di matrimonio; se viene poi instaurato procedimento di separazione il provvedimento ex art.700 c.p.c. (reso rebus sic stantibus) verrà sostituito dal provv. ex art.708 c.p.c ,che disciplina il nuovo regime di separazione.*

#### - art 146 c.c (sequestro speciale)

Il sequestro speciale di cui all' art.146 comma 3 c.c.è invocabile solo qualora non sia stato instaurato un giudizio di separazione ,in presenza di un **allontanamento illegittimo** del coniuge ed a garanzia degli obblighi di cui agli artt.143 e 147 c.c..-non ha natura cautelare secondo l'unico precedente edito ma, piuttosto, una funzione coercitiva<sup>3</sup> e sanzionatoria diretta a far cessare l'allontanamento ingiustificato del coniuge; esso è concesso esclusivamente per garantire l'adempimento degli obblighi di contribuzione previsti dagli art. 143 e 147 c. c. e non può mai essere autorizzato allo scopo di garantire l'adempimento degli obblighi di mantenimento nascenti dalla sentenza di separazione in quanto presuppone una situazione anteriore ad un qualsiasi provvedimento o atto che legittimi la cessazione della convivenza, ed è destinato a perdere efficacia a seguito di proposizione di domanda di separazione, che realizza una giusta causa di allontanamento. (Cass. civ., 29/11/1985, n.5948)<sup>4</sup> .

La quasi unanime dottrina invece lo assimila al *sequestro conservativo* con conseguente applicazione del proced.cautelare uniforme (e quindi fra l'altro di competenza del g.i. e non del tribunale in composizione collegiale ex art.50 bis e 737 c.p.c.): tesi che invero trova conforto nel fatto che a differenza dell'art.156 c.c. non è esplicitamente prevista la revoca.

Seconda parte della dottrina inoltre<sup>5</sup>è invocabile anche se l'allontanamento è giustificato

<sup>2</sup> per una analisi delle questioni v.Casaburi in Dir.Fam. e Persone p.1088 e segg..

<sup>3</sup> in questo senso Trib. Messina 7.5.93 in Foro It.1993 ,I, 1989

<sup>4</sup> edita in Foro It., 1986, I, 1942 ,Dir. Famiglia, 1986, 94; Giur. It., 1986, I,1, 1681

**- art 446 c.c.-(alimenti)**

Sempre anteriormente al giudizio di separazione è ammissibile la richiesta di alimenti in via d'urgenza ex art. 446 c.c.<sup>6</sup> (anche qui tuttavia la statuizione sugli alimenti, se viene instaurato giudizio di separazione, cederà il passo ai provvedimenti quivi resi, ricomprendendosi nell'assegno di mantenimento anche la quota di alimenti)

**-148 c.c.-(decreto ingiuntivo)**

Può ricorrersi inoltre, come detto, a tutela del diritto al mantenimento dei figli al decreto ingiuntivo ex art.148 c.c. (che tuttavia è strumento solitamente utilizzato per i soli figli naturali ,ma che nulla vieta sia invocato anche in costanza di vita coniugale); misura che, al di là del dato letterale (riferito ai terzi), consente l'ordine di pagamento all'obbligato inadempiente (Corte Cost. n.236/2002 in Foro It. 2003 ,I 738)-; non ha natura cautelare; le parti (ed è da ritenersi quindi anche il ricorrente insoddisfatto della somma attribuitagli) possono proporre opposizione nel termine di 20 giorni ;in mancanza diviene definitivo ed è successivamente modificabile o revocabile con le forme del giudizio ordinario, occorrendo però motivi sopravvenuti<sup>7</sup>.

*Va però precisato che il procedimento monitorio ex art.148 c.c.(rivolto al futuro e non al recupero del credito pregresso) cede il passo ai provvedimenti ex art.708 c.p.c. una volta instaurato il giudizio di separazione e quindi in questo caso, se pendente, il proc. monitorio va dichiarato improcedibile.*

*Se pende l'opposizione al decreto, il relativo giudizio di cognizione va riunito al procedimento*

---

<sup>5</sup> in questo senso Paradiso

<sup>6</sup> Dottrina e giurisprudenza ( Trib.Catania in Foro It. 9/2005.I,2588) riconoscono 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.

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. 669<sup>quaterdecies</sup>, dagli artt. 669<sup>bis</sup> ss c.p.c., donde la competenza a provvedere non già del Presidente del Tribunale, bensì del g.i. ante causam o in corso di causa e la relativa reclamabilità del provvedimento *de quo* a norma degli artt. 669<sup>quater</sup> e 669<sup>terdecies</sup> c.p.c.

<sup>7</sup> Poiché il provvedimento pronunciato ai sensi dell'art. 148 c.c. nei confronti del solo obbligato inadempiente si configura quale decreto ingiuntivo esecutivo ex lege al procedimento in oggetto potranno applicarsi tutte le norme disciplinanti il procedimento monitorio e segnatamente quelle relative alla fase dell'opposizione, e più in particolare, in quanto compatibili, anche le disposizioni contenute negli artt. 648 e 649 c.p.c..Infatti se il provvedimento presidenziale è un decreto ingiuntivo, qualora sussistano i presupposti previsti dalla legge, non vi è alcuna ragione per negare al giudice il potere di concedere la sospensione della provvisoria esecutività del provvedimento presidenziale di cui all'art. 148 c.c..Ed ancorchè, l'art. 649 c.p.c. non preveda espressamente la sospensione parziale della provvisoria esecutività del decreto, tuttavia deve ammettersi tale possibilità (è nella ratio del sistema comunque la modificabilità dei provvedimenti in oggetto donde anche a prescindere dal richiamo all'art.649 c.p.c potrebbe sostenersi la modificabilità del decreto in corso di causa)

*speciale di separazione (l'improcedibilità infatti comporterebbe il passaggio in giudicato del decreto)*

*In ogni caso il decreto già emesso avrà efficacia rebus sic stantibus sino all'emanazione del provvedimento ex art.708 c.p.c.*

Diverso naturalmente è il discorso ove si invochi l'art.148 c.c. ad altri fini e cioè per far scattare la sussidiaria obbligazione degli ascendenti (allorché i genitori non hanno mezzi sufficienti) :in questo caso può attivarsi la (autonoma) procedura sia nella pendenza del giudizio di separazione sia dopo la sentenza.

\*\*\*\*\*

Nelle more dell'udienza presidenziale ex art.708 c.p.c può crearsi un vuoto di tutela e gli strumenti possibili sono (salvo quanto appresso si dirà con riferimento ai sequestri e ferma restando l'autonoma invocabilità dell'assegno alimentare ex art.446 citato):

-in caso di disaccordo sulla residenza o altre questioni essenziali art.145<sup>8</sup> (G.O.- rimasto peraltro inutilizzato in quanto lo sbocco naturale è la richiesta di separazione);

-in caso di controversie inerenti la potestà sui figli gli art.316 c.c.,330 e 333 c.p.c. **(T.p.M)** ;

-riguardo la condotta gravemente pregiudizievole viene in gioco l'art.342 bis c.c. e 736 bis c.p.c. (G.O.- *misure di protezione*) che consente l'allontanamento dalla casa coniugale (ovvero l'impedimento al rientro) sino ad un massimo di 6 mesi del coniuge (o più in genere del convivente) violento e connesso assegno di mantenimento (ma non questo come unica misura avendo carattere accessorio e consequenziale all'ordine di allontanamento<sup>9</sup>); è soggetto al reclamo ex art.739 c.p.c in virtù del richiamo operato dall'art.736 bis c.p.c. e *perde efficacia in ogni caso al momento dell'emissione del provvedimento presidenziale ex art.708 c.p.c.*: ma il presidente (.o il g.i.) nel corso del giudizio di separazione può in ogni caso adottare le misure protettive di cui al 342 ter (art.8 L.154/2001)<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Si tratta di un procedimento avente carattere non contenzioso, che può chiudersi, con un provvedimento che, non avendo natura giurisdizionale (come sostiene la prevalente dottrina), deve equipararsi al pronunciato di un arbitratore è di per sé insuscettibile di coercizione, in quanto privo di efficacia esecutiva.;la legge ha escluso che il giudice possa pronunciare provvedimenti giurisdizionali volti ad imporre una data condotta ad uno dei coniugi (*Cass.n.5415/92*).Comunque la violazione del decreto è valutabile ai fini dell'addebito.

<sup>9</sup> tesi prevalente nella giurisprudenza di merito .In dottrina tra gli altri *contra* De Marzo ,*la tutela del coniuge e della prole nella crisi coniugale* Giuffrè p-35

<sup>10</sup> Poiché il richiamo è alla disciplina sostanziale deve ritenersi la reclamabilità di dette ordinanze secondo il regime processuale proprio del provvedimento (708 c.p.c. ovvero ordinanza del g.i.).

## 2) MISURE CAUTELARI (E NON) SUCCESSIVE ALLA PENDENZA DEL PROCEDIMENTO DI SEPARAZIONE (O DIVORZIO)

.Il sequestro speciale di cui all'art. 156 c.c.<sup>11</sup> non ha natura cautelare: presuppone già l'esistenza di un provvedimento giurisdizionale (sia esso provvisorio ex art.708 c.p.c o definitivo) rimasto inadempito.

- non occorre il periculum in mora ;
- è a tempo tendenzialmente *indeterminato e soggetto a revoca o modifica* sul presupposto di ragioni sopravvenute (sicchè costituisce in sostanza strumento di coazione psicologica);

-è di competenza sia del g.i. in corso di causa (v. Corte Costit. N.258/96) sia del collegio con la stessa sentenza o in sede camerale dopo la sentenza (in questo caso il reclamo alla Corte d'appello è possibile ex art. 740 c.p.c.).

- la misura dell'importo è discrezionale e può parametrarsi al futuro credito che maturerà sino al raggiungimento della indipendenza economica dei figli ;

- è estensibile al mantenimento dei figli naturali in quanto forma di attuazione del principio di responsabilità genitoriale (Corte Cost.n. 99/97).

- per l'esecuzione in assenza di specifiche disposizioni deve farsi riferimento agli artt.678 e 679 c.p. dettate in materia sequestro conservativo

La natura *non cautelare* di questo tipo di sequestro non consente coerentemente l'applicazione allo stesso del procedimento cautelare uniforme ex art.669 e segg. c.p.c..<sup>12</sup>

Il sequestro conservativo ordinario ex art.671 c.p.c. (l'unico avente natura cautelare) è invocabile solo nelle more tra la presentazione del ricorso per separazione e l'udienza presidenziale, rapportando a tale arco temporale (e quindi anche per i *crediti futuri* di cui si paventi l'inadempimento) la somma sino alla concorrenza della quale il sequestro va disposto ove sussista ovviamente anche il requisito del *periculum in mora* (cfr. al riguardo, per una ricostruzione in tal senso ,Cass.n.5948/85 sopra citata e nota in Foro It. N. 1986 I,1942)<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Analogo è il sequestro speciale di cui all'art.8 l.div :l'unica differenza con l'art.156 c.c. è che questo limita la somma sequestrabile sino alla metà delle somme spettanti al coniuge ma per analogia tale disposizione può estendersi anche all'art.156 c.c.;inoltre mentre quello adottato in sede di separazione viene automaticamente a cadere con la pronuncia di divorzio quello emesso in sede di divorzio è destinato a protrarsi sino all'eventuale istanza di revisione ex art.9 l.div.

<sup>12</sup> Tuttavia la Cassazione con una isolata e invero non chiara pronuncia (Cass .n.2479/2003 in Fam e Dir n.4/2003 p.339) pur ritenendo la natura non cautelare ha sostenuto che "la atipicità della misura se rende in gran parte inapplicabile la disciplina uniforme...non esclude l'applicabilità dell'art.669 decies da ritenere compatibile nonostante detta atipicità, in quanto stabilisce che il procedimento da seguire sia quello in camera di consiglio".

<sup>13</sup> In ordine al *fumus boni iuris* va precisato che il sequestro conservativo ben può essere concesso anche a tutela di ragioni di credito non ancora attuali, ma di probabile insorgenza allorché al momento della

Se è vero che il sequestro conservativo può essere concesso anche a tutela di ragioni di credito non ancora attuali (ma di probabile insorgenza allorché al momento della richiesta cautelare sia già in essere il rapporto da cui origina il **futuro credito**), tuttavia il sequestro medesimo non può ritenersi ammissibile ove non si sia già verificata la situazione di fatto che lo determina e, soprattutto, ove non sia possibile proporre il giudizio di merito nel termine che il giudice, ex art.669 octies c.p.c. (come modificato dalla l.n.80/2005), necessariamente deve assegnare vertendosi in ipotesi di misura cautelare conservativa (e non già meramente anticipatoria) per la quale permane il nesso di rigida strumentalità tra cautela e cognizione; in particolare in tema di scioglimento del matrimonio, il diritto dell'ex coniuge, titolare di assegno di divorzio, ad ottenere - salvo che non sia passato a nuove nozze - una **percentuale dell'indennità "percepita"** dall'altro coniuge "all'atto della cessazione del rapporto di lavoro" (*art. 12-bis della legge 1 dicembre 1970, n. 898*), diviene attuale, ed è quindi azionabile, nel momento in cui, cessato il rapporto di lavoro dell'ex coniuge, questi percepisce il relativo trattamento, ed è, inoltre soggetto alla condizione negativa del mancato passaggio a nuove nozze del coniuge titolare dell'assegno di divorzio: quest'ultimo quindi *non può avanzare in giudizio* la relativa richiesta come condanna "condizionata" del terzo datore di lavoro ad eseguire direttamente nei suoi confronti l'eventuale, *futuro* versamento della quota (perché la condanna condizionata, pur ammessa nel nostro ordinamento in omaggio al principio di economia dei giudizi, non deve essere subordinata al verificarsi di un evento, come il mancato passaggio a nuove nozze, il cui accertamento possa esigere un nuovo esame nel merito- *Cass. civ., sez. I, 23/03/2004, n.5719*);

Può inoltre prospettarsi in linea teorica anche un *sequestro conservativo* ordinario volto alla tutela del credito per la quota di **spese di natura straordinaria** posta a carico dell'altro coniuge.

Infatti come è noto la statuizione giudiziale nella parte in cui dispone (oltre all'eventuale versamento di una somma mensile) il 50% o altra quota di spese ordinarie o straordinarie (ad esempio scolastiche e mediche), se è fonte della relativa obbligazione, non costituisce tuttavia di per sé titolo esecutivo per indeterminatezza della somma, non indicata nel suo preciso ammontare, né facilmente determinabile con semplici operazioni di calcolo aritmetico sulla base degli elementi forniti dalla titolo stesso, e quindi può solo esser posta a fondamento di un eventuale procedimento monitorio o ordinario (*Cass. civ., 02/04/2002, n.4653 e Cass. 11/06/1999, n.5784*) : strumentalmente a quest'ultimo potrà dunque esperirsi domanda di sequestro (fermo restando ovviamente l'ulteriore requisito del *periculum in mora*).

Il **sequestro giudiziario** ex **art. 670 c.p.c.** della *casa coniugale* per prevenire il pericolo di cessione a terzi da parte dell'altro coniuge proprietario prima dell'udienza presidenziale (dove, a quel punto, stante l'indisponibilità giuridica del bene, non potrà emettersi provvedimento di assegnazione della casa - o se emesso non sarà opponibile al

---

richiesta cautelare sia già in essere il rapporto da cui origina il futuro credito, si sia già verificata la situazione di fatto che lo determina e sia possibile esperire un giudizio di probabilità in ordine all'attualità del diritto al tempo dell'esito del giudizio di merito; in particolare il giudizio prognostico sul **credito futuro** (che si aggiunge a quello attuale per le mensilità già trascorse e *va computato sino all'udienza presidenziale*) va effettuato con riguardo alla futura ottemperanza da parte del resistente all'obbligo di mantenimento dei figli minori discendente *ex lege* -art.147 e 148 c.c.(e che già all'udienza presidenziale potrà esser riconosciuto ex art.155 c.c. con decorrenza sin dalla data del deposito del ricorso per separazione), ma sempre sul presupposto che sia già sussistente la situazione di fatto che lo determina, ossia la convivenza dei figli minori con il coniuge richiedente l'assegno.

terzo che ha acquistato prima dell'assegnazione<sup>14</sup>), può servire da deterrente (stante la presenza di un custode nominato o il richiamo all'art.388 c.p.) ma non è idoneo a limitare la circolazione giuridica del bene: infatti l'art.2906 c.c. prevede l'inefficacia delle alienazioni solo per il sequestro conservativo e parimenti l'art.679 c.p.c. solo per quest'ultimo prevede la trascrivibilità<sup>15</sup>(ciò perché la cautela contro gli atti di disposizione giuridica dei beni immobili è assicurata dal diverso istituto della *trascrizione della domanda* –art.2652 e 2653 c.c.(che secondo parte della giurisprudenza di merito è ammissibile anche per la domanda di separazione personale recante, tra l'altro, la domanda di assegnazione dell'alloggio coniugale al ricorrente a norma dell'art. 155 c.c.<sup>16</sup> :tesi tuttavia non condivisibile stante il principio di tassatività delle ipotesi di trascrivibilità della domanda (cfr. tra le altre Cass. civ., Sez. II, 30/08/2004, n.17391).

Tuttavia non esiste altro rimedio non essendo ammissibile una azione *inibitoria* per impedire la vendita<sup>17</sup>

E' invece da escludersi il sequestro giudiziario dei beni in comunione tra i coniugi (la comunione che si scioglie solo col passaggio in giudicato della sentenza di separazione).Tuttavia unitamente al sequestro giudiziario della casa coniugale può chiedersi quello dei *mobili che l'arredano* seguendo questi il regime della prima.

---

<sup>14</sup> Dopo l'assegnazione invece il nuovo art.155 ter comma 1 ultima parte così dispone: “*il provvedimento di assegnazione e quello di revoca sono trascrivibili e opponibili ai terzi ai sensi dell'art.2643 c.c.*”.Poichè non vi è più il richiamo all'art.1599 c.c (prima operato dall'art.6 comma 6 l.div) l'assegnazione sarà ora quindi opponibile ai terzi successivi acquirenti della casa coniugale solo se trascritta prima dell'acquisto stesso.

<sup>15</sup> Proto Pisani *Lezioni di diritto processuale civile*,p.654 ,precisa che il sequestro giudiziario di beni immobili mira unicamente a conservare la consistenza materiale del bene, mentre la cautela contro gli atti di disposizione giuridica è assicurata dal diverso istituto della trascrizione delle domane giudiziali (art.2652 e 2653 c.c.).

Altri autori (Cantillo- Santangeli, *Il sequestro nel processo civile* Giuffrè p.377) e parte della giurisprudenza di merito ritengono tuttavia che anche il sequestro giudiziario *ante causam* (per quello in corso di causa opera la trascrizione della domanda) possa esser trascritto e ciò sul presupposto della non tassatività delle norme codicistiche sulla trascrizione e trattandosi di un onere di pubblicità e non di un obbligo (Trib. Pescara 7.8.95 e Trib .Modena 5.5.95):resta comunque fermo che anche se trascritto il sequestro giudiziario non comporta l'inefficacia del trasferimento a terzi prevista come detto solo per quello conservativo dall'art.2906 c.c..

<sup>16</sup> Trib. Venezia, 20/07/1993 in *Giust.Civ.* 1994 ,262 ; Trib. Ascoli Piceno, 17/10/2002

<sup>17</sup> Al coniuge non proprietario non compete nessun diritto reale sui beni dell'altro ( neppure in caso di separazione coniugale e di assegnazione della casa familiare) sicchè egli non ha alcun potere di impedire al coniuge proprietario di porre in essere atti di disposizione dei beni di sua proprietà esclusiva, salvo che l'atto di alienazione consegua alla concreta violazione degli obblighi di assistenza economico-materiale della famiglia incombenti sul coniuge proprietario o costituisca addirittura situazione di un disegno preordinato a sottrarsi alla loro osservanza (casi che potrebbero legittimare i familiari suoi creditori all'esercizio di azioni cautelari o di conservazione della garanzia patrimoniale coniugale, ma non potrà mai formare oggetto di un provvedimento giudiziale coercitivo-inibitorio – Cass.n. 5415/92,

## **PAGAMENTO DIRETTO DEL TERZO**

**L'art.156 c.c.** consente all'avente diritto all'assegno di mantenimento, in presenza dell'inadempienza da parte del coniuge obbligato, di ottenere l'effettivo e puntuale soddisfacimento del proprio credito attraverso un meccanismo di prelievo alla fonte.

L'istituto è stato collocato dalla dottrina e dalla giurisprudenza nel panorama degli strumenti di "garanzia" delle pretese creditorie,

Ciò a differenza dell'analogo istituto di cui **all'art.8 Ldivorzio** il quale invece, con un meccanismo "extragiudiziale" che prescinde dall'intervento del giudice, conferisce al beneficiario dell'assegno un *azione diretta esecutiva* contro il terzo (il cui carattere eccezionale ne impedisce l'applicazione estensiva nell'ambito della separazione).

L'ordine giudiziale di pagamento diretto ex **ar.156 c.**, in particolare di volta in volta è stato classificato come :

- *azione surrogatoria* ,nel senso che, in forza del provvedimento del giudice, viene concessa la legittimazione ad esercitare un potere del debitore (coniuge inadempiente) verso un terzo;
- *delegazione coatta di pagamento*. che comporta un mutamento del soggetto legittimato a ricevere e a pretendere l'adempimento dell'obbligazione;
- *cessione coattiva del credito*;
- *indicazione di pagamento di cui all'art. 1188 c.c.*.

Preferibile appare la tesi sostenuta (seppur con isolata pronunzia risalente nel tempo) dalla giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass.n. 2533/76) della cessione coattiva del credito, ossia di una cessione (analoga all'istituto di cui all'art.1260 c.c.) in favore del beneficiario dell'assegno dei crediti futuri vantati dall'onerato nei confronti del suo datore di lavoro, operata in forza di provvedimento giudiziale ;tesi che sotto il profilo pratico conduce ai medesimi risultati degli altri inquadramenti dogmatici –ad eccezione della indicazione di pagamento ex art.1188 c.c. che escluderebbe l'azionabilità della pretesa nei confronti del terzo- salvo solo il diverso regime della opponibilità delle eccezioni che nelle specie non viene in rilievo : il che esclude in ogni caso la natura di titolo esecutivo dell'ordine ex art.156 c.c. quindi non direttamente azionabile in via esecutiva.

In particolare poi qualora il credito verso il terzo del coniuge onerato di assegno di mantenimento verso il coniuge affidatario della prole sia rappresentato da retribuzioni di lavoro subordinato la retribuzione mensile onnicomprensiva netta su cui va calcolata la quota del 50% pagabile come misura massima direttamente al beneficiario dell'assegno è rappresentata dalla differenza tra l'importo della retribuzione mensile lorda ed il solo importo delle detrazioni fiscali e parafiscali, che il datore di lavoro deve operare sui corrispettivi dovuti al lavoratore, esclusa invece la detraibilità di altri debiti che il lavoratore abbia contratto con il proprio datore di lavoro a causa del rapporto con lui intercorrente

---

La natura pensionistica del debito del terzo non esclude la possibilità di emettere l'ordine di pagamento in questione (Cass.n. 6657/97)

Infine è da ritenersi ammissibile il cumulo dell'ordine di pagamento con la misura del sequestro speciale ove il primo non appaia sufficiente ad assicurare l'esatto adempimento dell'obbligazione

### **IPOTECA**

Solo le sentenza di separazione o divorzio (seppur non passate in giudicato) ovvero il decreto di omologa o i decreti resi in sede di modifica ex art.710 c.p.c. e 9 l.div.<sup>18</sup> o ex art. 148 c.c. costituiscono titolo per l'iscrizione di ipoteca (con esclusione quindi dei provvedimenti provvisori<sup>19</sup>).

Perplessità tuttavia sorgono circa il criterio per determinare i presupposti e la somma per la quale l'iscrizione può esser presa .

Si ritiene che la somma possa esser indicata dal creditore stesso ed in base alla capitalizzazione del credito con riferimento alle tabelle della costituzione di rendite vitalizie di cui al r.d.n.1403 del 1922<sup>20</sup>.

Tuttavia, la valutazione del coniuge, in favore del quale la sentenza di separazione riconosca l'assegno di mantenimento, circa la sussistenza, ai fini dell'iscrizione ipotecaria ai sensi dell'art. 2818 c.c., del pericolo di inadempimento del coniuge obbligato, resta

---

<sup>18</sup> Le clausole della separazione consensuale omologata in tema di mantenimento, nel loro contenuto originario od in quello ridefinito in esito alla procedura di cui agli art. 710 e 711 c.p.c., hanno, ai sensi dell'art. 158 c.c. natura di titolo giudiziale, anche ai fini dell'iscrizione d'ipoteca a norma dell'art. 2818 c.c., al pari delle statuizioni in proposito incluse nella sentenza di separazione :Cass. civ., Sez. I, 10/11/1994, n.9393

<sup>19</sup> In tema d'ipoteca giudiziale, il comma 2 dell'art. 2818 c.c. costituisce una norma di rimando, richiedendo che la legge specifichi tassativamente i provvedimenti, diversi dalla sentenza, che abbiano il medesimo effetto di consentire l'iscrizione dell'ipoteca. Tra questi provvedimenti non è, dunque, inclusa l'ordinanza dei commi 3 e 4 dell'art. 708 c.p.c. (ossia l'ordinanza con la quale, nel procedimento per la separazione dei coniugi, il presidente del tribunale dà i provvedimenti temporanei ed urgenti, oppure quella del giudice istruttore che revoca o modifica l'ordinanza presidenziale), alla quale l'art. 189 delle disp. att. al codice di rito si limita ad attribuire efficacia esecutiva, anche dopo l'estinzione del processo, ma non attribuisce l'effetto di costituire titolo per l'iscrizione d'ipoteca : *Cass. civ. Sez. I, 25/11/2000, n.1100*

<sup>20</sup> L'iscrizione ipotecaria in base alla sentenza attributiva dello assegno di divorzio, che l'art. 8, comma 2, della legge 1 dicembre 1970, n. 898, prevede senza indicare alcun criterio per la determinazione della somma per cui può essere presa, può essere fatta per la somma indicata dal creditore (art. 2838 c.c.), con la possibilità per il debitore di chiederne la riduzione con ricorso al giudice, il quale non gode di discrezionalità piena, ma deve applicare criteri che facciano riferimento ad elementi obiettivi, quali le tabelle previste dal R.D. 9 ottobre 1922, n. 1403, per la costituzione delle rendite vitalizie immediate. La prelazione così preconstituita dal creditore dell'assegno può essere fatta valere solo nei limiti delle rate scadute e non pagate e non incide sulla disponibilità del bene ipotecato e sulla capacità di essere garanzia di future obbligazioni, restando anzi soggetta alla riduzione ai sensi del secondo comma dell'art. 2873 c.c. dopo l'estinzione di un quinto della somma capitalizzata. *Cass. civ., Sez. I, 29/01/1980, n.679*

---

sindacabile nel merito, onde la mancanza originaria o sopravvenuta - di tale pericolo determina, venendo meno lo scopo per cui la legge consente il vincolo, l'estinzione della garanzia ipotecaria e, di conseguenza, il sorgere del diritto dell'obbligato ad ottenere dal giudice, dietro accertamento delle condizioni anzidette, l'emanazione del corrispondente ordine di cancellazione ai sensi dell'art. 2884 c.c. (Cass. civ., Sez. I, 06/07/2004, n.12309).

Catania 20 aprile 2007

*Francesco Distefano*