

CNF CORSO DI AGGIORNAMENTO

I NUOVI GIUDIZI DI SEPARAZIONE E DIVORZIO

I provvedimenti provvisori

avv. Lucia GALLETTA
(13.03.2023)

I PROVVEDIMENTI PROVVISORI ANTE CAUSAM

I PROVVEDIMENTI PROVVISORI ANTE CAUSAM PRIMA DELLA RIFORMA

La questione dell'ammissibilità della tutela cautelare ante causam, nei giudizi di separazione, era fortemente discussa e dibattuta.

Due orientamenti contrapposti:

1) ammissibilità, misura caut. ante causam: Trib. Roma 05.11.15, Trib. Padova 26.07.16; Trib. Viterbo 04.08.17; Trib. Roma 17.01.19; Trib. Roma 02.12.2022; Trib. Pordenone 28.04.22;

2) non è ammessa tutela anticipata: Trib. Bologna 03.07.20; Trib. Milano 17 aprile 2013; Trib. Trani 07.11.08;

ERANO IMPUGNABILI ?

Reclamo proposto davanti al Tribunale di Trieste di un provvedimento cautelare ante causam emesso dal Tribunale di Pordenone in un procedimento di separazione: Corte Appello di Trieste dd. 31.10.22 dichiara inammissibilità (non si applica sentenza Cass. 17.04.19, n. 10777, pronunciata in riferimento ad un provvedimento *de postestade emesso dal Tribunale per i Minorenni*. (Il provvedimento ablativo o limitativo incide su diritti personalissimi)

I PROVVEDIMENTI PROVVISORI ANTE CAUSAM NELLA LEGGE DI RIFORMA

Al comma 23 lettera f) dell'art. 1 della legge delega [...] prevedere che all'esito del deposito del ricorso sia fissata con decreto la data dell'udienza di comparizione delle parti davanti al giudice relatore, da tenere entro novanta giorni dal deposito del ricorso; prevedere inoltre che il capo dell'ufficio giudiziario vigili sul rispetto di tale termine e ne tenga conto nella formulazione dei rapporti per la valutazione di professionalità; prevedere con la fissazione della data l'indicazione del termine per la notificazione del ricorso e del decreto e del termine per la costituzione della parte convenuta, con possibilità per il giudice relatore di assumere provvedimenti d'urgenza nell'interesse delle parti e dei minori prima dell'instaurazione del contraddittorio, quando ciò potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento o in presenza di pregiudizio imminente ed irreparabile, fissando l'udienza di comparizione delle parti per la conferma, modifica o revoca di tali provvedimenti entro i successivi quindici giorni;

ART. 473-bis 15. Provvedimenti indifferibili

In caso di pregiudizio imminente ed irreparabile o quando la convocazione delle parti potrebbe pregiudicare l'attuazione dei provvedimenti, il presidente o il giudice da lui delegato, assume ove occorre sommarie informazioni, adotta con decreto provvisoriamente esecutivo i provvedimenti necessari nell'interesse dei figli e, nei limiti delle domande da queste proposte, delle parti. Con il medesimo decreto fissa entro i successivi quindici giorni l'udienza per la conferma, modifica o revoca dei provvedimenti adottati con il decreto, assegnando all'istante un termine perentorio per la notifica.

La competenza ad adottare i provvedimenti indifferibili (si parla di provvedimenti necessari e non di urgenza come nella legge delega)

5.2. La competenza territoriale : CAPO II Del procedimento Sezione I Disposizioni comuni al giudizio di primo grado

Art. 473-bis.11 Competenza per territorio Per tutti i procedimenti nei quali devono essere adottati provvedimenti che riguardano un minore, è competente il tribunale del luogo in cui il minore ha la residenza abituale. Se vi è stato trasferimento del minore non autorizzato e non è decorso un anno, è competente il tribunale del luogo dell'ultima residenza abituale del minore prima del trasferimento. In tutti gli altri casi si applicano le disposizioni generali, ove non derogate da quanto previsto alla sezione II del capo III del presente titolo. Sezione II Dei procedimenti di separazione, di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento dell'unione civile e di regolamentazione dell'esercizio della responsabilità genitoriale, nonché di modifica delle relative condizioni

Art. 473-bis.47 Competenza Per le domande di separazione personale dei coniugi, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, scioglimento dell'unione civile e regolamentazione dell'esercizio della responsabilità genitoriale nei confronti dei figli nati fuori dal matrimonio, nonché per quelle di modifica delle relative condizioni, è competente il tribunale individuato ai sensi dell'articolo 473-bis.11, primo comma. In mancanza di figli minori, è competente il tribunale del luogo di residenza del convenuto. In caso di irreperibilità o residenza all'estero del convenuto, è competente il tribunale del luogo di residenza dell'attore o, nel caso in cui l'attore sia residente all'estero, qualunque tribunale della Repubblica.

Non è prevista ultrattività dei provvedimenti indifferibili in caso di incompetenza del giudice adito, come previsto per i provvedimenti emessi dal Trib. Min. nell'art. 38 disp. att. o nell'art. 473-bis 22, comma secondo.

Presupposti

1) Pregiudizio imminente e irreparabile (relazione illustrativa richiama la disciplina dell'art. 669 sexies, comma secondo, c.p.c.;

2) convocazione delle parti produce pregiudizio all'attuazione dei provvedimenti stessi;

E' probabile vi debba essere anche un *fumus boni iuris* il cui onere probatorio spetta all'istante. Tuttavia, anche alla luce di quanto dispone l'art. 473-bis.2, i poteri officiosi del giudice delegato, saranno ampi ed estesi, potendo adottare mezzi di prova (in questo caso celermente) anche al di fuori dei limiti di ammissibilità previsti dal codice civile.

Quando possono essere chiesti

1) con il deposito della domanda introduttiva del giudizio;

2) prima del deposito della domanda (dibattuto);

3) in qualsiasi momento del giudizio se ne ravvisi la necessità (la relazione illustrativa al d.lgs 149 del 2022 precisa che l'adozione dei provvedimenti indifferibili è ammissibile anche nel prosieguo del giudizio imponendosi sempre e comunque la successiva convalida in una successiva udienza ravvicinata a 15 giorni); Autorevole dottrina dissente M.A. LUPOI, alla luce di quanto dispone art. 473-bis.23 e 473-bis.39;

4) in fase di appello art. 474-bis.34 (...) "il giudice d'appello può adottare i provvedimenti di cui agli art.li 473-bis.15 e 473bis-22"

Legittimazione

- 1) ricorrente, anche prima del deposito del ricorso;**
- 2) convenuto in corso di causa;**
- 3) il Pubblico Ministero art. 473-bis.13;**
- 4) il Giudice d'ufficio? (relazione illustrativa: su istanza della parte ricorrente!);**
- 5) il curatore speciale del minore;**

Udienza

Entro quindici giorni, la convalida e può essere emesso inudita altera parte. Se c'è deposito del ricorso, emetterà due decreti di fissazione udienza (art. 473-bis.14) o l'udienza sarà quella di cui al 473bis-22? Come per il rito cautelare un termine perentorio per la notifica

Contenuto

Provvedimento immediatamente esecutivo.

Il contenuto sarà assolutamente libero e potrà prescindere dalle domande della parte/i. Ad esempio, se il giudice ravvisi il pericolo dalla narrazione del ricorso che il minore sia a rischio di essere condotto all'estero, emette subito provvedimento. Una novità ad esempio reg. (UE) 2018/1862 che entrerà in vigore il 7 marzo 2023 per i minori a rischio sottrazione da parte di un genitore, in territorio Schengen. Art. 23 del reg. dispone che l'aut. giudiz. possa emettere subito la segnalazione, il cui inserimento nella banca dati impedisce la prosecuzione del viaggio.

Impugnazione

Provvedimento ante causam:

reclamo al collegio (?): prime interpretazioni ne assumono la natura cautelare, mutuando la disciplina dall'art. 669 sexies 2°, c.p.c. definendola a strumentalità attenuata, in quanto a differenza del cautelare puro, non è prevista la conferma in un giudizio sul merito.

Provvedimento incorporato nei provvedimenti 473-bis.22 o assunti in corso di causa:

1) reclamo alla corte d'appello ex art. 473-bis. 24 se incorporati nel provvedimento ex art. 473 bis-22;
2) reclamo alla corte d'appello per quelli assunti in corso di causa nei limiti stabiliti dalla norma ("che sospendono o introducono sostanziali limitazioni alla responsabilità genitoriale, nonchè quelli che prevedono sostanziali modifiche dell'affidamento e della collocazione dei minori ovvero ne dispongono l'affidamento a soggetti diversi dai genitori"○

I PROVVEDIMENTI TEMPORANEI ASSUNTI ALL'UDIENZA DI COMPARIZIONE

(N.B. Si parla di provvedimenti temporanei e non di provvedimenti provvisori, in realtà sarebbe stato più aderente alla classificazione teorica oramai condivisa, definirli provvisori, in quanto destinati a mantenere efficacia indipendentemente dal successivo giudizio di merito: art. 473bis-22, comma secondo come nell'art. 189 disp.att. c.p.c.

1) PROVVEDIMENTI DOPO LA CONCILIAZIONE

art. 473-bis.21, ult. co, (...) "se le parti si conciliano, il giudice assume i provvedimenti temporanei ed urgenti che si rendono necessari e rimette la causa in decisione

2) PROVVEDIMENTI SE CONCILIAZIONE NON RIESCE

art. 473-bis., co 1, 22 Se la conciliazione non riesce il giudice, sentite la part ed i rispettivi difensori e assunte ove occorra sommarie informazioni, dà con ordinanza i provvedimenti temporanei ed urgenti che ritiene opportuni nell'interesse della parti, nei limiti delle domanda da queste proposte, e dei figli. Quando pone a carico delle parti l'obbligo di versare un contributo economico il giudice determina la data di decorrenza del provvedimento, con facoltà di farla retroagire fino alla data della domanda. Allo stesso modo provvede se una delle parti non compare senza giustificato motivo (v. anche art. 472-bis.21 comma secondo: mancata comparizione senza giust. valutabile ex art. 116 e liquidaz. spese).

3) PROVVEDIMENTI PRIMA DI TRATTENERE LA CAUSA IN DECISIONE

art. 473-bis, co 4, 22 Quando la causa è matura per la decisione, senza bisogno di assunzione dei mezzi di prova, fatte precisare le conclusioni, pronuncia i provvedimenti di cui al primo comma e ordina la discussione della causa nella stessa udienza, o su istanza di parte, in un'udienza successiva, e, all'esito trattiene la causa in decisione: Il giudice delegato si riserva di riferire al collegio la decisione. Allo stesso modo si procede quando può essere decisa l domanda relativa allo stato delle persone e il procedimento deve continuare per la definizione delle ulteriori domande. (...)

ART. 473 bis.22

Se la conciliazione non riesce, sentite le parti e i rispettivi difensori e assunte ove occorra sommarie informazioni, dà con ordinanza i provvedimenti temporanei ed urgenti che ritiene opportuni nell'interesse delle parti, nei limiti delle domande da queste proposte, e dei figli. Quando pone a carico delle parti l'obbligo di versare un contributo economico il giudice determina la data di decorrenza del provvedimento, con facoltà di farla retroagire fino alla data della domanda. Allo stesso modo provvede se una delle parti non compare senza giustificato motivo.

L'ordinanza costituisce titolo esecutivo e titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale conserva la sua efficacia anche dopo l'estinzione del processo, finchè non sia sostituita con altro provvedimento.

Con l'ordinanza di cui al primo comma, il giudice provvede sulle richieste istruttorie delle parti e predispose il calendario del processo, fissando entro i successivi novanta giorni l'udienza per l'assunzione dei mezzi di prova ammessi.

Quando la causa è matura per la decisione senza bisogno di assumere mezzi di prova, il giudice, fatte precisare le conclusioni, pronuncia i provvedimenti di cui al primo comma ed ordina la discussione della causa nella stessa udienza o, su istanza di parte, in un'udienza successiva e, all'esito trattiene la causa in decisione. Il giudice delegato si riserva di riferire al collegio per la decisione. Allo stesso modo si procede....

Le novità

- 1) è stata estesa la disciplina dell'art. 708, 3 co, cpc ai soggetti non coniugati;**
- 2) i provvedimenti vengono emessi anche in caso di mancata comparizione (art. 473-bis-22, co 1);**
- 3) assumendo anche sommarie informazioni;**
- 4) si prescinde dalla domanda di parte anche in caso di figli maggiorenni (in contrasto con lett. q) comma 23° legge delega);**
- 5) il giudice può stabilire un'eventuale decorrenza diversa rispetto alla data del provvedimento (natura alimentare assegno 445 c.c.);**
- 6) titolo per iscrizione ipoteca giudiziale (art. 2818 c.c.). Per Cass. (25.11.2000 n. 1100) ordinanza ex art. 708 cpc non è inclusa tra i provvedimenti idonei all'iscrizione;**
- 7) sopravvive all'estinzione del processo sempre e non solo per il richiamo all'art. 189 disp. att.;**
- 8) se ci sono figli: devono contenere le informazioni che ciascun genitore deve fornire all'altro (art. 473bis.50): anche il genitore non affidatario deve poter esercitare il potere di sorveglianza sulle scelte ex art. 337 quater, ult. co, così la relazione illustrativa;**
- 9) se ci sono figli: proposta contenente piano genitoriale (tenendo conto di quelli allegati dalle parti ex art. 473bis.12, ult.co), e se parti, pur accettando proposta non rispettano il piano, sono sanzionabili (art. 473bis.50);**
- 10) uniformazione del rito: è sempre un'ordinanza (prima decreto camerale anche per modifica S.U. 26.04.13 10064);**

I PROVVEDIMENTI TEMPORANEI ED URGENTI ASSUNTI IN CORSO DI GIUDIZIO

ART. 473-BIS.24 Modifica dei provvedimenti temporanei e urgenti.

I provvedimenti temporanei e urgenti possono essere modificati o revocati dal collegio o dal giudice delegato in presenza di fatti sopravvenuti o nuovi accertamenti istruttori

N.B. Si ritorna al passato: dopo riforma L. 80/05 e dopo la L. 54/06 l'art. 709 cpc vedeva nuova formulazione con possibilità di chiedere modifica ordinanza presidenziale al giudice istruttore, indipendentemente dalla sussistenza di fatti sopravvenuti. Mentre l'art. 708 cpc consentiva contro gli stessi l'immediato reclamo alla Corte d'Appello.

Ciò aveva creato numerose difficoltà interpretative ed interventi giurisprudenziali di evidente disfavore verso lo strumento del reclamo introdotto nell'art. 708 cpc:

- 1) non veniva ammessa l'allegazione di fatti nuovi;**
- 2) mezzo di impugnazione in senso stretto e rigoroso;**
- 3) ammesso da alcune corti d'appello sino a che non vi fosse udienza davanti all'istruttore;**
- 4) le decisioni della corte d'appello e dei giudici istruttori si riteneva fossero modificabili solo a seguito del sopraggiungere di fatti nuovi;**
- 5) le ordinanze del g.i. non erano reclamabili pur intervenendo su diritti personalissimi**

Reclamo

art. 473-bis.24 Reclamo dei provvedimenti temporanei ed urgenti

Contro i provvedimenti temporanei ed urgenti di cui al primo comma dell'art. 22 si può proporre reclamo con ricorso alla corte d'Appello.

E' altresì ammesso il reclamo contro i provvedimenti temporanei emessi in corso di causa che sospendono o introducono sostanziali limitazioni alla responsabilità genitoriale, nonché quelli che prevedono sostanziali modifiche dell'affidamento e della collocazione dei minori ovvero ne dispongono l'affidamento a soggetti terzi diversi dai genitori.

Il reclamo deve essere proposto entro il termine perentorio dieci giorni dalla pronuncia del provvedimento in udienza ovvero dalla comunicazione, o dalla notificazione se anteriore. Eventuale circostanza sopravvenute sono dedotte davanti al giudice del merito.

Il collegio, assicurato il contraddittorio tra le parti, entro sessanta giorni dal deposito del ricorso, pronuncia ordinanza con la quale conferma, modifica o revoca il provvedimento reclamato e provvede sulle spese. Ove indispensabile ai fini della decisione. può assumere sommarie informazioni. L'ordinanza è immediatamente esecutiva.

Avverso i provvedimenti di reclamo pronunciati nei casi di cui al secondo comma è ammesso ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 cpc.

Novità

- 1) il reclamo non è più limitato alla separazione ed al divorzio;**
- 2) tempi più brevi: scompare il termine di sei mesi;**
- 3) nuove circostanze prima dell'udienza non potranno essere dedotte davanti al collegio;**
- 4) non è necessariamente prevista un'udienza: *deve essere assicurato il contraddittorio*;**
- 5) collegio può assumere informazioni;**
- 6) contro il provvedimento, avente natura di ordinanza, ma il cui contenuto sia solo quello di cui al comma secondo, è ammesso ricorso per cassazione: Cass. 04.01.22 n. 82;**

Con riferimento a tale ultimo punto ricordiamo le resistenze della giurisprudenza sulla ricorribilità in cassazione dei provvedimenti *de potestate* emessi a seguito di giudizio camerale per i figli nati fuori dal matrimonio: ammessa solo dalle sezioni unite 32359 del 2018 per avvenuto riconoscimento del carattere della stabilità di tali provvedimenti, ed ancor prima anche per i provvedimenti *provvisori* emessi dal T.M. da Cass. 17.04.19 n. 10777

Ulteriore novità a partire dall'istituzione del Tribunale delle persone

comma 23, lettera v) legge delega: una volta istituito il tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie l'ordinanza del giudice istruttore in materia di separazione e di affidamento dei minori è impugnabile dalle parti con reclamo immediato al collegio, che il reclamo deve essere proposto nel termine perentorio di venti giorni dalla lettura alla presenza delle parti oppure dalla ricezione della relativa notifica e che il collegio decide in camera di consiglio entro trenta giorni.

comma 24, lettera q) prevede reclamo alla sezione distrettuale contro ogni provvedimento provvisorio adottato dalle sezioni circondariali e reclamo alla sezione della corte d'appello contro ogni provvedimento provvisorio adottato dalle sezione distrettuale.

I provvedimenti urgenti

art. 473-bis.38 (comma secondo)

Per l'attuazione dei provvedimenti (...) se non pende procedimento è competente, in composizione monocratica, il giudice che ha emesso il provvedimento da attuare o, in caso di trasferimento del minore, quello individuato ai sensi dell'art. 473-bis.11, primo comma. Quando è instaurato successivamente tra le stesse parti un giudizio che ha ad oggetto la titolarità o l'esercizio della responsabilità genitoriale, il giudice dell'attuazione, anche d'ufficio senza indugio e comunque entro quindici giorni adotta i provvedimenti urgenti che ritiene necessari nell'interesse del minore e trasmette gli atti al giudice di merito. I provvedimenti adottati conservano la loro efficacia fino a quando sono confermati, modificati o revocati con provvedimento emesso dal giudice del merito.

Art. 38 dip. att. c.c.

(...)In questi casi il tribunale per i minorenni, d'ufficio o su richiesta di parte, senza indugio e comunque entro il termine di quindici giorni dalla richiesta, adotta tutti gli opportuni provvedimenti temporanei e urgenti nell'interesse del minore e trasmette gli atti al tribunale ordinario, innanzi al quale il procedimento, previa riunione, continua. I provvedimenti adottati dal tribunale per i minorenni conservano la loro efficacia fino a quando sono confermati, modificati o revocati con provvedimento emesso dal tribunale ordinario. Il pubblico ministero della procura della Repubblica presso il tribunale per i minorenni, nei casi di trasmissione degli atti dal tribunale per i minorenni al tribunale ordinario, provvede alla trasmissione dei propri atti al pubblico ministero della procura della Repubblica presso il tribunale ordinario.