

AIAF TOSCANA

ASSOCIAZIONE ITALIANA DEGLI AVVOCATI PER LA FAMIGLIA E PER I MINORI

**La formazione del titolo esecutivo per il pagamento del
concorso al mantenimento del coniuge e dei figli.**

Sovrapposizione di titoli diversi

Firenze, 4 marzo 2021

Avv. Elena Benedetti

L'assegno di mantenimento per il coniuge in sede di separazione è per sua natura deputato a compensare l'eventuale disparità esistente nelle situazioni economico-patrimoniali dei coniugi e in tal modo a soddisfare non soltanto le esigenze di vita ma anche le legittime aspettative del coniuge economicamente più debole, nell'ottica del mantenimento del tenore di vita goduto in costanza di convivenza.

In merito alla natura dell'assegno divorzile, è ormai noto il cambiamento radicale sancito dalla pronuncia n. 18287/2018 della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, la quale ha cambiato radicalmente l'indirizzo tradizionale che prevedeva la natura assistenziale anche per l'assegno a favore del coniuge divorziato.

Oggi all'assegno divorzile viene attribuita una funzione assistenziale ed in pari misura compensativa e perequativa.

Come chiarito nella successiva ordinanza della I Sezione Civile della Corte di Cassazione n. 21926 del 30.8.2019 (Caso Berlusconi/Lario), qualora vi sia uno squilibrio effettivo e non di modesta entità tra le condizioni economiche e patrimoniali dei coniugi, occorre accertare se tale squilibrio sia riconducibile alle scelte comuni di conduzione della vita familiare, alla definizione dei ruoli all'interno della coppia ed al sacrificio delle aspettative di lavoro di uno dei due.

Laddove, però, risulti che l'intero patrimonio dell'ex coniuge richiedente sia stato formato, durante il matrimonio, con il solo apporto dei beni dell'altro, si ritiene che sia stato già riconosciuto il ruolo endofamiliare dallo stesso svolto e sia stato già compensato il sacrificio delle aspettative professionali oltre che realizzata con tali attribuzioni l'esigenza perequativa, per cui in tali condizioni non è dovuto l'assegno di divorzio.

Di natura sostanzialmente differente è l'assegno di mantenimento dovuto da uno dei due coniugi in favore dell'altro finalizzato al mantenimento dei figli minori; esso non ha natura contrattuale, ma si fonda su diritti costituzionalmente previsti, volti a garantire un'assistenza adeguata anche al soggetto più debole da un punto di vista economico nella fase di disgregazione familiare.

La Costituzione (art. 30) ed il codice civile (art. 147) impongono ai coniugi separati o divorziati e ai genitori dei figli nati al di fuori del matrimonio il dovere di sostenimento della prole, nell'ottica di tutelare l'interesse superiore della crescita dei figli; si tratta, quindi, di obbligo nascente dal rapporto di filiazione.

In merito al diritto al mantenimento del figlio maggiorenne, vi è da registrare un importante mutamento giurisprudenziale a seguito dell'ordinanza n. 17183 del 14.8.2020 della I Sezione Civile della Corte di Cassazione, la quale ha affermato che la norma dell'art. 337septies I comma c.c. secondo cui il giudice “*valutate le circostanze può disporre in favore dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente il pagamento di un assegno periodico*” deve essere letta nel senso che la valutazione della situazione personale del figlio e delle condizioni economiche dei genitori debba essere fatta caso per caso, senza alcun automatismo.

Di conseguenza, il diritto al mantenimento cessa al raggiungimento della maggiore età, in quanto si presume l'idoneità all'indipendenza economica, salvo la richiesta dell'avente diritto (sul quale grava l'onere della prova) da valutarsi caso per caso da parte del giudice, che dovrà tenere conto del processo educativo e di formazione del figlio e della compatibilità con le risorse economiche dei genitori.

Dal punto di vista sistematico il processo di separazione ed il processo di divorzio devono ricondursi all'alveo dei procedimenti speciali (intendendosi con tale locuzione l'insieme di procedimenti che si differenziano dall'archetipo generale del rito di cognizione ordinario).

La specialità del rito si concentra fundamentalmente nella sua costruzione bipartita e in particolare nella presenza di un apposito segmento processuale, la fase presidenziale, dotato di specifica funzione, natura e struttura.

La soluzione maggiormente condivisa si è assestata nel senso di attribuire all'udienza presidenziale natura sommaria, interinale e tecnicamente anticipatoria.

Caratteri dell'ordinanza presidenziale

1- **Immediatezza**, in quanto il Presidente è chiamato a intervenire nel conflitto di regola più acceso (essendo più recente) e in un contesto ancora non regimentato.

2- **Temporaneità** in quanto i provvedimenti presidenziali sono per loro definizione non definitivi, essendo fisiologicamente destinati a essere assorbiti (in senso confermativo ma anche modificativo) dalla sentenza finale del giudizio, e potendo essere modificati sia da parte della Corte d'Appello investita in sede di reclamo, sia da parte del giudice istruttore.

3- **Sommarietà**, in quanto l'intervento del Presidente non può essere fondato sullo stesso grado di approfondimento che sarà proprio della sentenza definitiva, presupponendo una sommarietà di indagine e della relativa cognizione.

4- **Officiosità**, nel senso che il Presidente ha il potere di svincolarsi dai binari fissati dalle domande delle parti unicamente per quanto riguarda i provvedimenti funzionali alla tutela dei figli minori, la cui assunzione deve avvenire unicamente sulla base delle loro esigenze morali e materiali.

Caratteri dell'ordinanza presidenziale

5- Esecutorietà in relazione a tutti i contenuti dell'ordinanza presidenziale. Tale carattere, per i provvedimenti in senso stretto economici, è normativamente prevista dall'art. 186 disp. att. c.p.c. per la separazione e dall'art. 4, 8° comma, Legge Divorzio.

Anche il provvedimento di assegnazione dell'abitazione familiare ha funzione di titolo esecutivo per il rilascio dell'immobile nei confronti del coniuge che eventualmente non si conformi ad esso.

La forza esecutiva dell'ordinanza deve ritenersi estesa anche ai provvedimenti di natura personale sull'affidamento, il collocamento e le modalità di frequentazione dei figli minori.

- Per i provvedimenti di natura personale non è stato ritenuto applicabile il sistema esecutivo tradizionale (esecuzione diretta in forma specifica), in quanto non è ipotizzabile che un terzo estraneo possa sostituirsi al genitore, ma non sono state ritenute utilizzabili neppure le forme dell'attuazione indiretta.
- Si tratta, infatti, di un dovere funzionale allo scopo di garantire al figlio attenzioni, cura ed affetto e non è ipotizzabile che il genitore possa essere coartato, mediante il meccanismo di cui all'art.614bis c.p.c.
- Questo è quanto è stato previsto da ultimo dalla Corte di Cassazione con la pronuncia n. 6471 del 6 marzo 2020 secondo cui *“Il “diritto-dovere” di visita del figlio minore proprio del genitore non collocatario è, nella sua declinazione passiva, insuscettibile di coercizione neppure nella forma indiretta di cui all’art. 614 bis c.p.c., trattandosi di un potere-funzione che è destinato a rimanere libero nel suo esercizio quale esito di autonome scelte che rispondono anche all’interesse superiore del minore, ad una crescita sana ed equilibrata”*.
- Le uniche misure utilizzabili sono, quindi, quelle offerte dall’art. 709ter c.p.c.

Ordinanza presidenziale

L'ordinanza presidenziale è dotata di autonomia ed ultrattività, nel senso che, come dispone l'art. 189 disp. att. c.p.c. *“conserva la sua efficacia anche dopo l'estinzione del processo finché non sia sostituita con altro provvedimento emesso dal presidente o dal giudice istruttore a seguito di nuova presentazione del ricorso per separazione personale dei coniugi”*.

La provvisorietà dei provvedimenti presidenziali può trasformarsi in una regolamentazione stabile e tendenzialmente duratura, se non definitiva, dei rapporti economici e personali dei coniugi qualora questi decidano di abbandonare la procedura di separazione; l'ordinanza continua, quindi, a conservare la sua caratteristica di efficacia esecutiva e continuerà ad essere un titolo esecutivo, nonostante l'estinzione del processo.

Qualora, invece, la procedura giunga alla conclusione, i provvedimenti presidenziali rimarranno assorbiti dalla sentenza definitiva e saranno - per così dire - sostituiti da quest'ultima che diverrà il titolo esecutivo.

Si ha, quindi, una successione di titoli esecutivi, provvisorio il primo e definitivo il secondo.

Nel caso di successione di titoli esecutivi può porsi il problema della ripetitività delle somme versate in esecuzione dei provvedimenti presidenziali.

Corte di Cassazione (Sez. I 5.10.1999 n. 11029)

“Gli effetti della decisione che esclude il diritto al coniuge al mantenimento o ne riduce la misura non possono comportare la ripetibilità delle somme - o maggiori somme - a quel titolo corrispostegli sino al formarsi del giudicato, anche in relazione alla norma dell’art. 189 disp. att. c.p.c., la quale, nel disporre che il provvedimento presidenziale conserva i suoi effetti pure nel caso di estinzione del processo, implicitamente stabilisce che questi possono essere modificati solo da un provvedimento di carattere sostanziale e definitivo. Tuttavia, l’esclusione o la diminuzione dell’assegno per effetto del giudicato .. non comporta l’ultrattività del provvedimento temporaneo, sì da legittimare l’esecuzione coattiva per la parte dell’assegno non pagato, non potendosi agire in executivis sulla base di un presupposto divenuto inesistente”.

In merito a ciò, va segnalato anche l'orientamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (n. 1006426 del 26 aprile 2013, n. 10064; conforme Cass. Civ., Sez. VI, 22 gennaio 2015, n. 1164), secondo cui *“in materia di revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli e di quelle relative alla misura e alle modalità dei contributi da corrispondere a seguito dello scioglimento e della cessazione degli effetti del matrimonio, a norma della L. n. 1 dicembre 1970, n. 898, art. 9 e successive modificazioni, il decreto pronunciato dal tribunale è immediatamente esecutivo, in conformità di una regola più generale, desumibile dall'art. 4 della citata legge regolativa della materia e incompatibile con l'art. 741 c.p.c., che subordina l'efficacia esecutiva al decorso del termine utile per la proposizione del reclamo”*.

Legge n. 162/2014

L'art. 5 prevede espressamente che la convenzione di negoziazione assistita, sottoscritta dalle parti e dagli avvocati che le assistono, costituisce titolo esecutivo e titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale.

Per agire esecutivamente, il testo integrale della convenzione deve essere trascritto nell'atto di precetto (per fare un parallelo, allo stesso modo in cui viene descritta la cambiale).

Legge n. 55/2015

Grossi problemi pone la Legge n. 55/2015 in ordine al coordinamento tra il procedimento di separazione e quello di divorzio, laddove si trovino ad essere contemporaneamente pendenti a seguito della pronuncia della sentenza non definitiva di separazione ed al deposito della domanda di divorzio e nei casi in cui sia contemporaneamente pendente la procedura di modifica delle condizioni della separazione e della procedura di divorzio.

Poiché possono essere diversi i giudici territorialmente competenti per il giudizio di separazione (luogo dell'ultima residenza comune dei coniugi) e per il giudizio di divorzio (luogo della residenza del convenuto), i due procedimenti possono essere pendenti sia di fronte allo stesso tribunale sia di fronte a tribunali diversi.

Tra i due procedimenti non vi è rapporto di pregiudizialità, in quanto solo la sentenza non definitiva sullo status, passata in giudicato nella causa di separazione, è il presupposto per la proposizione del ricorso per divorzio.

Una volta soddisfatto tale requisito, nessun ulteriore nesso di pregiudizialità intercorre più tra i due procedimenti nell'eventualità che si trovino contemporaneamente pendenti né può auspicarsi una sospensione del giudizio di divorzio.

Una volta emessa la sentenza non definitiva di separazione, la parte interessata può depositare il ricorso per divorzio e la causa di separazione può proseguire per l'accertamento delle ulteriori domande, quale la domanda di addebito, l'affidamento e la frequentazione dei figli, i contributi al mantenimento.

Sul punto si è pronunciata recentemente la Corte di Cassazione con sentenza n. 27205 del 23.10.2019, la quale ha affermato che *“la sentenza di divorzio (definitiva o non definitiva che sia), operando ex nunc, non comporta la cessazione della materia del contendere nel giudizio di separazione personale che sia iniziato anteriormente e sia tuttora in corso, ove esista l'interesse di una delle parti all'operatività della pronuncia di separazione e dei conseguenti provvedimenti patrimoniali”*.

Il mancato coordinamento tra i due istituti si evidenzia in particolare nella **disciplina dei rapporti economici** tra le parti, poiché in un intervallo davvero breve come ormai può essere quello di sei mesi riesce difficile spiegare come un coniuge possa figurare prima come legittimo titolare di un assegno di mantenimento e soltanto pochi mesi dopo, in virtù della differente ricostruzione dei due istituti, vedersi negata ogni forma di tutela.

Tale possibile distonia risulta ancor più accentuata nelle ipotesi di possibile contemporanea pendenza dei due processi, poiché l'orientamento prevalente nella giurisprudenza di merito attribuisce ormai una sorta di “corsia preferenziale” al processo di divorzio per tutte le situazioni e statuizioni che hanno portata “de futuro”, e ciò non soltanto per quelle simmetricamente identiche (affidamento e collocamento dei figli, assegnazione casa familiare, assegno di mantenimento per i figli), ma anche per quelle che non presentano una piena sovrapponibilità (per esempio, addebito).

La domanda di assegno proposta nel giudizio di divorzio è non soltanto autonoma rispetto a quella eventualmente pendente in separazione, ma è logicamente e cronologicamente successiva, incompatibile ed assorbente; infatti, una volta deciso sull'assegno in sede di divorzio, nessuna ulteriore pretesa o titolo potrebbero essere fatti valere per richiedere il contributo al mantenimento proprio del regime di separazione per l'assenza di un valido interesse ad agire ex art. 100 c.p.c.

Il tema di maggiore complessità è quello della natura dell'assegno riconosciuto in via provvisoria dal presidente in sede di divorzio, che deve tendenzialmente ancora considerarsi assegno di mantenimento (di separazione), in quanto l'assegno divorzile presuppone che sia stata emanata la sentenza sul relativo status (Cass. Civ. 10 dicembre 2008, n. 28990) e lo status di divorziato si acquista soltanto con il passaggio in giudicato della relativa sentenza e sino a quel momento i coniugi, pur separati, restano tali.

Il provvedimento presidenziale conserva natura e struttura di assegno di separazione fino al giudicato della sentenza di divorzio; il Presidente non potrà far decorrere da subito l'assegno di divorzio, ma soltanto confermare o modificare con adeguata motivazione fondata sempre sui presupposti di tale specifico assegno, l'assegno di separazione.

Nel momento in cui il Presidente in sede di divorzio assume i provvedimenti di sua competenza, il giudizio è già incardinato verso l'attribuzione dell'assegno divorzile (che potrebbe essere riconosciuto *ex tunc*, a far data dalla domanda *ex art. 4 13° comma L. Divorzio*), per cui è più ragionevole lasciare ogni potere al giudice del divorzio e privare il giudice della separazione della potestas decidendi sulla domanda di assegno di mantenimento.

Trib. Milano, est. Buffone, ord. 26 febbraio 2016

«Dal momento del deposito del ricorso divorzile (o, comunque, quanto meno dall'adozione dei provvedimenti provvisori ex art. 4 L. Divorzio), il giudice della separazione non può più pronunciarsi sulle questioni economiche se non con riguardo al periodo compreso tra la data di deposito del ricorso per separazione e la data di deposito del ricorso divorzile».

Il potere del giudice di pronunciarsi sull'assegno di mantenimento rimane in vita anche successivamente alla conclusione del giudizio di separazione, ovvero malgrado il mero dato dell'instaurazione del giudizio di divorzio.

Contemporanea presenza del giudizio di modifica delle condizioni di separazione e del giudizio di divorzio

L'autonomia concettuale e strutturale che nel nostro ordinamento sussiste tra giudizio di separazione e giudizio di divorzio (pur con i necessari coordinamenti) si estende naturalmente anche al giudizio di modifica delle condizioni della separazione, funzionalmente "ancorato" al regime separativo e indipendente dal differente profilo dello scioglimento o cessazione del vincolo.

Corte di Cassazione sentenza n. 27205 del 23 ottobre 2019

«La preclusione della proposizione della domanda di modifica delle condizioni della separazione in pendenza di giudizio di divorzio opera nel solo caso in cui si richiedano entrambi gli assegni (di mantenimento e divorzile in favore del coniuge) per lo stesso periodo».

Corte di Cassazione n. 7547 del 27 marzo 2020

L'ammissibilità del ricorso per la modifica della separazione non può essere ipso iure condizionata dalla mera pendenza del giudizio di divorzio, ma permane in presenza di un valido interesse della parte, in particolare sino a quando all'interno di quest'ultimo non siano già stati emanati provvedimenti (anche soltanto da parte del presidente o del giudice istruttore) sui temi perfettamente sovrapponibili dei due giudizi (profili personali e patrimoniali relativi ai figli) o su quelli comunque non cumulabili in quanto tra loro logicamente incompatibili (assegno di mantenimento e assegno di divorzio).

Con l'inizio del giudizio di divorzio il Presidente in quest'ultima sede, indipendentemente dalla perdurante pendenza del giudizio di separazione o del procedimento di modifica, dispone di poteri pieni di indagine e valutazione della situazione, anche ai fini della quantificazione dell'assegno (così ad es. Cass. Civ. 14 ottobre 2010, n. 21245).

Una volta che siano stati adottati tali provvedimenti, le strade della tutela giurisdizionale non possono più continuare a proseguire parallelamente, perché questo comporterebbe una impropria sovrapposizione tra provvedimenti incompatibili riguardanti, pur se a titolo diverso, lo stesso periodo temporale.

Nella duplice corsia tra giudizio di separazione (o di modifica) e giudizio di divorzio, una volta che quest'ultimo abbia preso il suo naturale abbrivio sarà lo stesso che (fatta eccezione per la pronuncia sull'addebito) dovrà naturalmente essere portato a compimento, con progressiva erosione del thema decidendum del precedente giudizio di separazione o di modifica.

Tra i due giudici contemporaneamente aditi dovrà essere quello del divorzio a proseguire il suo compito, in quanto la relativa pronuncia ha dal punto di vista diacronico una portata proiettiva superiore e dotata di maggiore stabilità.

Decorrenza

Il legislatore ha introdotto una disposizione ad hoc nella Legge Divorzio, l'art. 4, comma 13, per il quale *"quando vi sia stata la sentenza non definitiva, il Tribunale, emettendo la sentenza che dispone l'obbligo della somministrazione dell'assegno, può disporre che tale obbligo produca effetti fin dal momento della domanda"*.

La norma deve ritenersi pacificamente applicabile anche alla separazione, considerata la sostanziale unitarietà dei due processi, l'identica ratio, e l'analoga funzione di tutela (a dispetto della natura in parte differente) dei due assegni (divorzile e di mantenimento).

Cass. Civ. 11 aprile 2000, n. 4558; Cass. Civ. 11 luglio 2013, n. 17199, Cass. Civ. 3 febbraio 2017, n. 2960

«L'assegno di mantenimento fissato in favore del coniuge in sede di separazione (così come la sua successiva revisione) decorre dalla data della relativa domanda in applicazione del principio secondo il quale un diritto non può rimanere pregiudicato dal tempo necessario a farlo valere in giudizio»

Nella maggioranza dei casi l'assegno viene stabilito con decorrenza ex nunc.

Per esempio, in relazione all'assegno di mantenimento per i figli minori, con la sentenza n. 18538 del 2 agosto 2013 la Corte di Cassazione ha disposto che *"l'assegno perequativo disposto dal giudice nella sentenza di separazione decorre dalla data della decisione e non dalla data della proposizione della domanda, trattandosi di una pronuncia determinativa che non può operare per il passato, per il quale continuano a valere le determinazioni provvisorie di cui agli artt. 708 e 709 cod. proc. civ."*.

La Legge n. 219 del 2012 relativa alla riforma della filiazione, all'articolo 3, ha stabilito che nei procedimenti in materia di affidamento e di mantenimento dei figli minori, si applicano, in quanto compatibili, gli artt. 737 ss. c.p.c. (quindi il procedimento camerale), stabilendo espressamente che il Tribunale competente provvede in ogni caso in camera di consiglio e che i provvedimenti emessi sono immediatamente esecutivi, salvo che il giudice disponga diversamente.

Art. 23 comma 9bis Legge n. 176/2021 di conversione del DL n. 137/2020 (Decreto Ristori)

“La copia esecutiva delle sentenze e degli altri provvedimenti dell’autorità giudiziaria di cui all’articolo 475 del codice di procedura civile può essere rilasciata dal cancelliere in forma di documento informatico previa istanza, da depositare in modalità telematica, della parte a favore della quale fu pronunciato il provvedimento”

Circolare del 4 febbraio 2021 il Ministero della Giustizia

Limitatamente al periodo emergenziale, gli uffici giudiziari dovranno *“rilasciare le copie esecutive con modalità telematica senza richiedere il versamento dei diritti di copia previsti dal DPR n. 115 del 2002”*.