

CORTE D'APPELLO DI BARI
SEZIONE FAMIGLIA E MINORI CIVILE

Progetto prevedibilità decisioni

Tematica:

L'esecuzione coattiva dei provvedimenti di affidamento dei minori

Riferimenti normativi:

artt. 316, 317, 330 e 337 c.c.; artt. 605, 612, 614 bis e 709 *ter* c.p.c.; artt. 4, comma 2° e 6 L. 1.12.1970 n. 898; art. 2, L. 08.02.2006;

QUESTIONI GIURIDICHE E ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

La regolamentazione dei rapporti con la prole, sovente, è disciplinata dai provvedimenti adottati nei giudizi di separazione o di scioglimento degli effetti civili del matrimonio, assunti in via interinale e provvisoria o con pronunce definitive, oppure emessi dal Tribunale dei minorenni a norma degli artt. 317 bis o 330 c.c.

In tali casi, lo scenario giuridico è costituito dalla legittima aspettativa dei figli alla bigenitorialità ex art. 337 *ter* c.c., dall'interesse supremo e pubblicistico dei minori, dalla responsabilità genitoriale e dalla determinazione dei rapporti dei coniugi con la prole.

L'attuazione coattiva dei citati provvedimenti rappresentava problemi di indiscutibile rilevanza a causa della innegabile delicatezza della procedura, del coinvolgimento dei rapporti genitori figli e, infine, dell'assenza di una disposizione normativa specifica con cui regolamentare l'esecuzione *de qua*, sino alla L. 08.02.2006.

Invero, considerato che l'interesse prevalente è quello del minore, da intendersi quale supremo e pubblicistico, occorre un corretto inquadramento della questione.

Un primo intervento del legislatore volto a disciplinare la materia è stato adottato con l'art. 6, comma 10°, L. num. 898 del 1970 con cui è previsto che *“all'attuazione dei provvedimenti relativi all'affidamento della prole provvede il giudice del merito, e, nel caso previsto dal comma 8, anche d'ufficio. A tal fine copia del provvedimento di affidamento è trasmessa, a cura del pubblico ministero, al giudice tutelare”*. In conformità al disposto dell'art. 23 L. 1987 n. 74, tale

previsione risultava poi applicabile anche ai giudizi di separazione, specie ove si consideri che la ratio del citato art. 6 è la medesima dei giudizi di cui sopra.

Così come formulata, la norma consentiva di sussumere una indefinita categoria di provvedimenti relativi all'affidamento della prole e, inoltre, tendeva inequivocabilmente al soddisfacimento dell'interesse del minore, poiché l'attribuzione della competenza al giudice innanzi al quale pende già il merito del procedimento rinveniva la sua *ratio* nella circostanza che il giudice *de quo* poteva comprendere la natura e le ragioni delle controversie, affrontarle ed adottare i provvedimenti *de quibus*, avvalendosi dei mezzi istruttori opportuni ed idonei.

Il contenuto di tali provvedimenti, tuttavia, non sarebbe mai potuto essere posto sullo stesso piano di quelli adottati in sede esecutiva, tanto per le garanzie quanto per i diritti dell'esecutore.

Pertanto la giurisprudenza si è da subito interrogata in merito all'attribuzione di questo genere di controversie, risolvendo la questione attraverso l'interpretazione estensiva delle norme di procedura inerenti l'esecuzione forzata.

Sin dal 1966, la Suprema Corte poneva un punto fermo sui contrasti sorti in ordine alla competenza dei giudici a statuire sull'esecuzione coattiva dei provvedimenti *de quibus*, stabilendo che l'attuazione *de qua* non poteva aver luogo in via amministrativa, attraverso procedure svincolate dalla direzione e vigilanza del giudice, ma costituiva un particolare momento della funzione giurisdizionale in cui il giudice è chiamato a dirimere questioni d'interesse pubblico e di salvaguardia delle esigenze di vita fisica e morale della prole. Sicché la competenza spettava al pretore del luogo - quale giudice dell'esecuzione - in cui l'obbligo deve essere adempiuto, cioè nel cui mandamento si trova il comune di residenza del minore.

In particolare, la loro esecuzione non richiedeva l'osservanza delle regole di competenza e di forma (come ad es. la preventiva intimazione del precetto) predisposte per il processo di esecuzione forzata, né erano ad essa applicabili i rimedi dell'opposizione all'esecuzione e agli atti esecutivi, concentrandosi nello stesso giudice che adottava i provvedimenti la competenza a dirigere l'esecuzione nonché a risolvere ogni contestazione e difficoltà sorta nel corso dell'esecuzione stessa (Cass. 01.12.1966, n. 2823; Cass. 15.12.1982, n. 6912).

Tale orientamento, tuttavia, non eliminava le complicazioni che in concreto potevano derivare dall'attuazione di un provvedimento del genere da parte del giudice, ma consentiva al coniuge affidatario, nella verosimile qualità di "creditore", di godere pressappoco delle medesime garanzie e diritti attribuiti in sede di procedure esecutive.

Indi, la giurisprudenza si è domandata quale potesse essere la forma di esecuzione più confacente a garantire il soddisfacimento del diritto del coniuge in ordine all'affidamento della prole e, nel contempo, a mantenere intatti gli interessi del minore coinvolto.

A tal riguardo, poneva una preliminare differenziazione tra le questioni riguardanti l'attuazione, in astratto, dei provvedimenti *de quibus* e le resistenze, in concreto, del minore all'esecuzione del provvedimento. Infatti, sebbene questo genere di situazioni potrebbe confluire in un'unica fattispecie concreta, ognuna delle due, presa singolarmente, comporta valutazioni e problematiche di notevole rilevanza: - una cosa è obbligare l'adulto all'adempimento delle statuizioni del giudice in merito all'affidamento della prole; - altro è contrastare le determinazioni del minore che *sua sponte* si opponga al provvedimento del giudice.

Pertanto, per quanto attiene alla scelta fra le procedure ex artt. 605, 612 e 614 bis c.p.c., essa era, ed è attualmente, fatta dipendere da alcune questioni, quali il genere di obbligo a cui dar seguito, la equiparabilità del minore ad una *res* e l'eventuale resistenza di questi.

Quanto alla utilizzabilità della procedura per consegna o rilascio ex art. 605 c.p.c.¹, assume notevole spessore la equiparabilità del minore ad una *res*.

È palese infatti che la norma rimandi espressamente a beni mobili o immobili, da consegnare o rilasciare, indi l'applicabilità della procedura *de qua* costituirebbe una piena degradazione del minore da soggetto titolare di diritti a mero oggetto di diritti, a fronte dei quali il genitore può chiedere la materiale consegna del fanciullo.

In particolare, la Suprema Corte si pronunciava in ordine all'esecuzione *de qua* con la sentenza n. 292 del 15.01.1979, stabilendo la necessità di risolvere la questione al lume delle norme che disciplinano il processo esecutivo.

¹ Rubricato "Precetto per consegna o rilascio" che recita: *Il precetto per consegna di beni mobili o rilascio di beni immobili deve contenere, oltre le indicazioni di cui all'articolo 480, anche la descrizione sommaria dei beni stessi. Se il titolo esecutivo dispone circa il termine della consegna o del rilascio, l'intimazione va fatta con riferimento a tale termine.*

In primo luogo, la Corte escludeva il ricorso ai provvedimenti urgenti e temporanei relativi alla prole nel giudizio di separazione personale, in quanto essi andrebbero eseguiti a mezzo dello Ufficiale giudiziario, sotto la direzione e il controllo del giudice che ha emesso il provvedimento (Cass. 1 dicembre 1966 n. 2823), senza che siano necessarie le regole di competenza e di forma predisposte per il processo di esecuzione forzata, poiché la natura di tali provvedimenti è di tipo cautelare, avendo la caratteristica della modificabilità ad opera dello stesso giudice che li ha pronunciati e non comportando una differenza funzionale tra competenza del giudice della cognizione e competenza del giudice dell'esecuzione.

Poi, la giurisprudenza evidenziava che l'unica questione possibile atteneva all'individuazione della procedura da seguire per l'esecuzione e, a tal riguardo, la Corte riteneva non potersi domandare all'ufficiale giudiziario la consegna del minore, sulla base della sola condizione del suo reperimento, poiché trattasi di attività delicata, in diritto ed in fatto, da sottoporsi al vaglio del giudice in ordine a tempi e modalità, né la consegna di una *res* può equipararsi a quella di un bambino.

Infatti, la procedura per consegna o rilascio su minori si risolveva in un grave pregiudizio per costoro, quali sarebbero trattati alla stregua di oggetti in virtù di un provvedimento nel quale, al contrario, il Giudice attribuisce loro rilevanza primaria, scevra dai prescritti canoni civilistici.

Ed invero, l'orientamento della giurisprudenza è prevalentemente orientato all'applicabilità dell'esecuzione forzata degli obblighi di fare, atteso che la procedura ex artt. 612 c.p.c.² e ss è, potenzialmente, idonea a conciliare la dovuta - e richiesta - flessibilità causata dalla delicatezza degli interessi sottesi con le garanzie proprie del processo giurisdizionale.

Ciò, in quanto il G.E., per mezzo dell'ordinanza, è competente a garantire il diritto stesso della parte alla realizzazione della consegna e a dettare le prescrizioni opportune a tutela della persona del minore, preservandola, ove occorra, da situazioni traumatiche.

² Rubricato "Provvedimento" che recita: *Chi intende ottenere l'esecuzione forzata di una sentenza di condanna per violazione di un obbligo di fare o di non fare, dopo la notificazione del precetto, deve chiedere con ricorso al giudice dell'esecuzione che siano determinate le modalità dell'esecuzione. Il giudice dell'esecuzione provvede sentita la parte obbligata. Nella sua ordinanza designa l'ufficiale giudiziario che deve procedere all'esecuzione e le persone che debbono provvedere al compimento dell'opera non eseguita o alla distruzione di quella compiuta.*

In astratto, l'unico limite oggettivo all'utilizzabilità del procedimento *de quo* è condizionato dalle caratteristiche della prestazione dovuta, non dalla natura del diritto da cui è sorto l'obbligo di *facere* o *non facere*, ossia dal titolo giudiziale costituito dalla sentenza di condanna. Conseguentemente, l'applicabilità della procedura *de qua* è subordinata al contenuto ed alle caratteristiche del *facere* determinate nel titolo, anche genericamente, purché facilmente determinabile e non in contrasto con l'interesse della prole.

Pertanto, la giurisprudenza di legittimità - traendo riferimento dalle fattispecie in cui era domandata l'attuazione del decreto della Corte di Appello con cui era stato disposto l'affidamento del minore al padre naturale ed il suo inserimento nella famiglia legittima, oppure la restituzione del minore ai genitori, a seguito di revoca della dichiarazione di adottabilità in esito a giudizio di opposizione - dichiarava la competenza del G.E. e ne stabiliva il potere di dettare le disposizioni idonee all'attuazione di un provvedimento avente ad oggetto l'affidamento della prole, in applicazione dell'art. 612 c.p.c. e ss. (cfr. Cass 07.10.1980 num. 5374; Cass. 15.01.1979 num. 292).

In aderenza a tale orientamento, anche la giurisprudenza di merito si pronunciava sottolineando la necessità di ricorrere al G.E. e, in particolare, allo strumento in disamina. Ciò, a causa della maggiore rispondenza della norma alle problematiche che discendono dalla consegna della prole (poiché diversamente dall'art. 605 c.p.c. e ss. sarebbe in astratto inidonea alla causazione di gravi pregiudizio per i minori) e della accertata competenza del G.E.

Nell'intento di perseguire la massima valorizzazione della persona del minore, titolare di diritti e portatore di interesse pubblicistici, la giurisprudenza di merito poneva l'accento soprattutto sulla discrezionalità del G.E. nell'esercizio dei poteri e nel fissare le modalità per l'esecuzione *de qua* ex art. 612 c.p.c..

Ed invero, traendo riferimento dalla fattispecie di consegna alla zia di minori, da parte degli affidatari di fatto dei medesimi, con i quali i minori vivevano da anni e dai quali non intendevano assolutamente distaccarsi, allorché risultasse pacifico che, dopo il felice esito dell'affidamento, la separazione *de qua* provocasse loro danni certi ed irreparabili sul piano psicofisico, il Pretore di Palermo, chiamato a dirimere la questione, si pronunciava dichiarando l'incoercibilità degli obblighi di fare contenuti nel titolo esecutivo, perché palesemente in contrasto con l'interesse dei minori coinvolti (Pretore Palermo 16.04.1987, in "Dir. Famiglia", 1988, 1057).

Ancora, la giurisprudenza attribuiva al G.E. la necessaria discrezionalità per l'esecuzione *de qua*.

Questi, infatti, non doveva limitarsi ad individuare le prescrizioni da impartire all'ufficiale giudiziario, ma poteva servirsi di mezzi diversi, potendo chiedere l'assistenza degli organi della p. a. e di tutti gli enti i cui scopi corrispondano alle sue funzioni, ed in particolare del servizio sociale della competente USL, od anche imporre determinati comportamenti alle parti la cui collaborazione deve essere ricercata; qualora, nonostante l'adozione di siffatti adempimenti, il provvedimento fosse risultato ugualmente incoercibile, mancando l'insostituibile partecipazione dell'obbligato oppure per il rifiuto del minore, il giudice dell'esecuzione non poteva per ciò stesso disporre l'uso di mezzi di coercizione fisica invadenti la determinazione del minore, ma, valutato l'interesse dello stesso, doveva sospendere il processo e rimettere al giudice della cognizione la questione dell'idoneità dell'uno e dell'altro genitore ad avere affidato il figlio, ovvero dell'uso della coazione fisica nei confronti di quest'ultimo (Pretore Parma 03.04.1984, in Dir. Famiglia, 1984, 671, ed in Giur. di Merito, 1985, 1100, con nota di Oddi).

Come prospettato sino a questo momento, il diritto del genitore alla consegna può facilmente essere contrario agli interessi strettamente personali del minore, oltre che agli interessi e diritti dell'altro coniuge.

L'eventuale opposizione del coniuge - controparte può aver luogo attraverso una miriade di comportamenti, differenziati e astrattamente infungibili, quali la mera mancata consegna al genitore affidatario, la frapposizione volontaria di impedimenti, oppure istigando il minore alla resistenza.

Ognuno di questi comportamenti oppositivi, in concreto, può facilmente trasformare l'adozione di procedure esecutive in uno strumento di coartazione in danno del minore, rendendo consequenzialmente inutilizzabili le forme previste dagli indirizzi giurisprudenziali.

È in quest'ottica che emerge la necessità di adottare la procedura delle misure di coercizione indiretta, al fine di sostituire l'adempimento del terzo obbligato con un meccanismo di coercizione psicologica in capo al genitore, il quale vi sarà tenuto qualora non voglia esporsi al pagamento delle somme dovute per inosservanza o per violazione del provvedimento di condanna all'adempimento *de quo*, salvo che ciò sia manifestamente iniquo.

Viene, in rilievo, quindi, l'art. 614 bis c.p.c., rubricato "Misure di coercizione indiretta", che recita: *"Con il provvedimento di condanna all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. Il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza". Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle controversie di lavoro subordinato pubblico o privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409.*

Il giudice determina l'ammontare della somma di cui al primo comma tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile.

In virtù della sua previsione, inoltre, la norma aderisce non solo con l'indiscusso *favor minoris* al quale si tende nelle procedure endofamiliari ma, anche, al disposto degli artt. 24 e 111 Cost., poiché tale da garantire una tutela esecutiva, non particolarmente invasiva, anche nelle ipotesi di prestazioni infungibili.

D'altro canto, questa generica previsione dell'obbligo ad adempiere può ritenersi in concreto foriera di molteplici interpretazioni e complicazioni.

Infatti, ove si consideri che le condotte tramite le quali il genitore può rendersi inadempiente sono molteplici e ben diverse, si rileva che la norma si presta a lacune applicative della pena non indifferenti, potendo il coniuge facilmente eccepire che l'adempimento richiestogli non rientri in quello per il quale costui risulti obbligato e la norma preveda una sanzione.

Al fine di colmare le molteplici carenze causate dall'inesistenza di una norma che consenta propriamente l'attuazione, diretta o indiretta, dei provvedimenti in materia familiare e, soprattutto, in materia di affidamento, il legislatore è intervenuto con l'art. 709 *ter*, c.p.c.³, introdotto dalla L. 8.02.2006, per regolamentare la materia delle controversie

³ Rubricato "Soluzione delle controversie e provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni", che recita: *"Per la soluzione delle controversie insorte tra i genitori in ordine all'esercizio della responsabilità genitoriale o delle modalità dell'affidamento è competente il giudice del procedimento in corso. Per i procedimenti di cui all'articolo 710 è competente il tribunale del luogo di residenza del minore.*

A seguito del ricorso, il giudice convoca le parti e adotta i provvedimenti opportuni. In caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento, può modificare i provvedimenti in vigore e può, anche congiuntamente:

- 1) ammonire il genitore inadempiente;*
- 2) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti del minore;*
- 3) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti dell'altro;*

familiari o parafamiliari, aventi ad oggetto l'affidamento e la responsabilità genitoriale, disciplinando un sistema sanzionatorio teso a bloccare l'inadempimento dei provvedimenti adottati.

Il raffronto degli artt. 614 *bis* e 709 *ter* c.p.c. consente l'individuazione di elementi quali la comunanza delle *ratio* tra le norme, dirette a garantire l'esecuzione di prestazioni infungibili in via indiretta, ossia avvalendosi di strumenti diretti ad esercitare una pressione psicologica, ancor prima che patrimoniale, tale da indurre l'inadempiente a porre in essere le condotte dovute, ed il carattere di specialità dell'art. 709 *ter* c.p.c.

Infatti, l'ambito applicativo della norma involge indiscutibilmente le ipotesi di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, nonché di procedimenti relativi alla prole nata dalla convivenza *more uxorio*, in virtù della previsione dell'art. 4, 2° comma, L. 08.02.2006.

Preme evidenziarsi, tuttavia, che la norma subordina la legittimazione ad adire il giudice alla circostanza che non sussistano impedimenti, o limitazioni all'esercizio della responsabilità genitoriale o all'affidamento del genitore.

Invero, in forza del combinato disposto dell'art. 709 *ter* cit. e dell'art. 316 c.c., deriverebbe che, ove il genitore fosse dichiarato decaduto dalla responsabilità genitoriale, verrebbe meno il presupposto logico e giuridico dell'affidamento, potendo il genitore unicamente “*vigilare sull'istruzione, sull'educazione e sulle condizioni di vita del figlio*”. Sempre che il giudice non disponga l'allontanamento del genitore dalla residenza familiare.

La disposizione (art. 709 *ter*), poi, si occupa di stabilire la competenza del giudice.

Essa è modulata, avendo riguardo al momento in cui è sorta la controversia ex art. 709 *ter*: durante ogni fase endoprocedimentale, la competenza è del giudice innanzi al quale pende già il procedimento; ove, invece, le controversie sorgano a giudizio concluso, il ricorso si presenta al Tribunale del luogo di residenza del minore.

A seguire, la norma stabilisce una serie di misure punitive, pecuniarie e non, che il giudice può adottare nei casi in cui si siano verificate gravi inadempienze, arrecati gravi pregiudizi al minore o, infine, atti che ostacolino il corretto svolgimento delle modalità di affidamento del minore.

4) *condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, da un minimo di 75 euro a un massimo di 5.000 euro a favore della Cassa delle ammende. I provvedimenti assunti dal giudice del procedimento sono impugnabili nei modi ordinari*”.

Orbene, è palese la finalità deflattiva della norma, con cui scongiurare il verificarsi di inadempienze o comportamenti da parte del genitore che possano, in concreto, arrecare danno alle esigenze di vita morale e fisica del minore.

Lo scopo pare proprio quello di esercitare una pressione psicologica su costui, così da spingerlo ad adempiere, “minacciando” altrimenti l’attuazione dei trattamenti sanzionatori disciplinati dalla norma stessa.

In conclusione, va posto in evidenza che l’intervento del legislatore è volto alla regolamentazione delle controversie aventi ad oggetto l’esecuzione dei provvedimenti riguardanti minori, sulla falsariga della procedura esecutiva indiretta, trattandosi di adempimenti infungibili.

D’altronde, sebbene la norma fornisca una previsione più che esaustiva, è da escludersi ch’essa proibisca l’avvalersi della forme di esecuzione diretta nei casi *de quibus*, come da citati orientamenti giurisprudenziali.

Infatti, ferma restando la preferibilità applicativa di questa norma, l’intervento legislativo del 2006 non ha decretato espressamente la potenziale inapplicabilità *tout court* delle procedure esecutive dirette, nelle quali resterà sempre vigente l’obbligo di adottare tutte le cautele dovute, per tutelare gli interessi ed i diritti della prole coinvolta.

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

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.