



SENTENZA N. 10094 ANNO 2008

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. CRISCUOLO Alessandro - Presidente

Dott. LUCCIOLI Maria Gabriella - Consigliere

Dott. BONOMO Massimo - rel. Consigliere

Dott. SALME' Giuseppe - Consigliere

Dott. FITTIPALDI Onofrio - Consigliere

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso proposto da:

D.F., avvocato rappresentato e difeso da se stesso, elettivamente domiciliato in Roma, via Monserrato 64, presso l'Avv. Tommaso Arachi;

- ricorrente -

contro

D'.MA., elettivamente domiciliata in Roma, viale Giulio Cesare 71, presso l'Avv. Vito Nanna, rappresentata, e difesa dall'avv. LIBERTI LUIGI giusta procura in calce al controricorso;

- controricorrente -

avverso la sentenze della Corte d'Appello di Bari n. 522/04, depositata l'il giugno 2004;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 27.2.2008 dal Consigliere Dott. Massimo BONOMO;

udito l'Avv. Liberti per la parte controricorrente, che ha concluso, in via principale, per l'inammissibilità del ricorso e, in subordine, per il rigetto;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. CALIENDO Giacomo, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

#### Svolgimento del processo

Con sentenza depositata l'11.9.2000 il Tribunale di Trani pronunciava il divorzio tra D.F. e D.Ma., affidando i due figli minori al padre, con diritto di visita per la madre.

La Corte d'appello di Bari, con sentenza n. 993 del 12.10.2001, in accoglimento dell'impugnazione della D'., affidava i figli minori alla madre, regolava le visite del padre e poneva a carico di quest'ultimo un contributo mensile per il mantenimento dei figli.

In virtù di questa sentenza, notificata in forma esecutiva, la D'., intimato precetto, chiedeva al giudice dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 612 c.p.c., la determinazione delle modalità dell'esecuzione, intendendo conseguire l'attuazione dell'affidamento dei figli, che il padre continuava a tenere con sè.

All'udienza fissata per la comparizione delle parti, il D. proponeva opposizione, contestando che la sentenza 993/01 potesse qualificarsi titolo esecutivo e chiedendo la sospensione della procedura.

Sospesa l'esecuzione, l'opposizione era accolta con sentenza del 30.6.2003, essendosi ritenuto che la sentenza posta a fondamento dell'esecuzione non fosse di condanna e pertanto non costituisse titolo esecutivo, essendo stata impugnata con ricorso per cassazione.

Con sentenza depositata l'11 giugno 2004, la Corte d'appello di Bari, pronunciando sull'impugnazione proposta dalla D'., in totale riforma della sentenza di primo grado, rigettava l'opposizione all'esecuzione, ritenendo che la citata sentenza n. 993/01 fosse immediatamente esecutiva. Osservava la Corte territoriale, tra l'altro: a) che la sentenza della quale era stata chiesta l'attuazione non era nè dichiarativa nè costitutiva, ma aveva invece una portata precettiva, affidando i figli minori ad uno dei coniugi in contesa; b) che l'attestazione del cancelliere in ordine alla non esecutività della sentenza di secondo grado, su cui la formula sarebbe stata apposta per errore, doveva ritenersi di dubbia legittimità e che il rilascio di una seconda copia della sentenza stessa in forma esecutiva, dopo il passaggio in giudicato per il superamento del vaglio della cassazione, era legittimo ai sensi dell'art. 476 c.p.c., ricorrendo un giusto motivo, e

non impediva di considerare notificata in forma esecutiva la prima copia.

Avverso la sentenza d'appello D.F. ha proposto ricorso per cassazione sulla base di due motivi.

D'.Ma. ha resistito con controricorso, depositando una memoria illustrativa.

#### Motivi della decisione

1. L'eccezione di improcedibilità del ricorso per tardività del deposito, formulata dalla controricorrente nella memoria, è infondata, essendo il ricorso stato spedito per posta alla Cancelleria della Corte il 20 ottobre 2004, entro il termine di venti giorni dalla notifica stabilito dall'art. 369 c.p.c..

2. Con il primo mezzo d'impugnazione il ricorrente lamenta violazione dell'art. 360 c.p.c., n. 5, per insufficiente e contraddittoria motivazione in ordine all'esecutorietà o meno della sentenza posta a fondamento dell'intrapresa esecuzione degli obblighi di fare e di consegna.

Si sostiene che la Corte d'appello di Bari aveva errato nel ritenere esecutiva la sentenza n. 993/2001 della stessa Corte, posta a fondamento dell'intrapresa esecuzione degli obblighi di fare e di consegna, sul presupposto che trattavasi di sentenza di secondo grado, esecutiva per legge, e non ritenendo al contrario la stessa sentenza costitutiva di un diritto (all'affidamento) in capo alla D'. , che modificava lo status preesistente, e per l'effetto esecutivo, solo al suo passaggio in giudicato, all'epoca non verificatosi per la pendenza di un ricorso per cassazione.

3. Il motivo non è fondato.

Va premesso che nel presente giudizio non è in contestazione l'esecutorietà della procedura di cui all'art. 612 c.p.c., per l'esecuzione forzata di provvedimenti di affidamento di minori, bensì la possibilità di procedere a tale esecuzione, in via provvisoria, in base ad una pronuncia adottata dal giudice di secondo grado, ma impugnata con ricorso per cassazione.

Tale pronuncia, secondo il ricorrente, non comportando una condanna, ma essendo costitutiva di un diritto del genitore all'affidamento, non sarebbe suscettibile di esecuzione forzata in via provvisoria.

Osserva, però, il Collegio che la decisione del giudice di affidare un figlio minore ad uno dei due genitori non ha natura costitutiva, in relazione ad un preteso diritto del genitore a vedersi riconosciuto tale affidamento, ma integra una misura adottata a tutela dell'esclusivo interesse morale e materiale della prole, a fronte del quale la posizione

dei genitori non si configura come diritto, ma come "munus" (Cass. 22 giugno 1999 n. 6312, 19 aprile 2002 n. 5714).

Quando il giudice ritiene necessario, nell'interesse della prole, che l'affidamento passi da un genitore all'altro, il provvedimento che dispone in tal senso, per trovare attuazione in modo spontaneo, ha bisogno della collaborazione del genitore privato dell'affidamento, il quale dovrebbe consegnare il minore al nuovo affidatario.

Se ciò non avviene, si rende necessario procedere in via esecutiva (ai sensi della L. n. 898 del 1970, art. 6, comma 10, come sostituito dalla L. n. 74 del 1987, art. 11, all'attuazione dei provvedimenti relativi all'affidamento della prole provvede il giudice di merito).

Nel caso in esame - in cui la Corte di appello aveva modificato l'affidamento dei figli minori (dal padre alla madre) con una sentenza che aveva definito il giudizio di secondo grado - la D'. ha fatto ricorso al giudice dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 612 c.p.c..

L'opposizione all'esecuzione proposta dal D. era stata accolta dal giudice di primo grado, il quale, senza esaminare questioni di competenza, aveva ritenuto che la sentenza posta a fondamento dell'esecuzione non fosse "di condanna", ma costitutiva, e pertanto non costituisse titolo esecutivo, essendo stata impugnata con ricorso per cassazione.

La Corte d'appello, invece, con la sentenza impugnata in questa sede ha rigettato l'opposizione escludendo correttamente, alla luce dei principi sopra enunciati, che la sentenza posta a base dell'esecuzione fosse di natura costitutiva, ritenendo che avesse, invece, una portata immediatamente precettiva. Non sussistevano, quindi, ostacoli all'esecutività per legge della sentenza di secondo grado, restando irrilevante, a quel fine, la proposizione del ricorso per cassazione.

4. Con il secondo motivo il ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione di norme di diritto in ordine all'applicabilità alla fattispecie della previsione normativa di cui agli artt. 474, 475 e 476 c.p.c..

Si deduce che erroneamente la Corte d'appello aveva considerato valida l'esecuzione intrapresa dalla D'. senza un valido titolo esecutivo, come statuito dagli articoli citati. Sulla sentenza notificata al D. in forma esecutiva il 22.11.2001 la formula era stata apposta illegittimamente, come riconosciuto dalla Cancelleria centrale della stessa Corte d'appello, che aveva attestato la non esecutività della sentenza di secondo grado e l'erronea apposizione della formula. Solo due anni dopo, il 10.2.2003, al passaggio in giudicato della sentenza, dopo la decisione della Corte di Cassazione, la D'. aveva ottenuto copia della sentenza in forma esecutiva.

5. Nemmeno questo motivo merita accoglimento.

Come si è detto a proposito dell'esame del precedente motivo di ricorso, la decisione del giudice di appello sull'affidamento dei figli minori è, per sua natura, suscettibile di esecuzione forzata ed è anche immediatamente esecutiva.

Ne deriva la piena validità del titolo esecutivo posto a base del procedimento iniziato dalla D', mentre è irrilevante la diversa indicazione successivamente fornita dal cancelliere in ordine alla ritenuta erroneità dell'apposizione della formula esecutiva, essendo tale indicazione in contrasto con la valutazione effettuata in sede giudiziaria.

6. Il ricorso deve essere, pertanto, rigettato.

Le spese del giudizio di cassazione, liquidate come nel dispositivo, vanno poste a carico del ricorrente in ragione della soccombenza.

Non sussistono le condizioni per accogliere la richiesta della controricorrente di condanna del D. al risarcimento dei danni ex art. 96 c.p.c., - per asserita colpa grave consistente nell'assoluto difetto nel ricorso per cassazione di ogni elemento di logicità, di razionalità e di motivazione - considerato che la tesi del ricorrente è comunque basata su argomentazioni giuridiche, le quali avevano anche trovato accoglimento in primo grado.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al rimborso delle spese del giudizio di cassazione, liquidate in Euro 2.100,00 per onorari ed Euro 200,00 per esborsi, oltre alle spese generali ed accessori di legge.

Così deciso in Roma, il 27 febbraio 2008.

Depositato in Cancelleria il 17 aprile 2008