

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 14/11/2014

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/36667-origini-e-caratteristiche-del-provvedimento-cautelare-d-urgenza-art-700-c-p-c>

Autore: Francesca Saccaro

Origini e caratteristiche del provvedimento cautelare d'urgenza (art. 700 c.p.c.).

ORIGINI E CARATTERISTICHE DEL PROVVEDIMENTO CAUTELARE D'URGENZA (art. 700 c.p.c.).

SOMMARIO: - 1. Elaborazioni dottrinali precodicistiche e studio sistematico dal codice di procedura civile del 1940 alla introduzione del procedimento cautelare uniforme. Riforme successive. - 2. Generalità, funzioni e struttura. I presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*. Il rapporto tra il provvedimento cautelare d'urgenza e gli altri provvedimenti cautelari tipici. - 3. La rilevanza della tutela cautelare nella prospettiva costituzionale. Breve confronto con le esperienze europee dei sistemi processuali tedesco e francese.

1. Elaborazioni dottrinali precodicistiche e studio sistematico dal codice di procedura civile del 1940 alla introduzione del procedimento cautelare uniforme. Riforme successive.

Attualmente il provvedimento d'urgenza è disciplinato dal codice di procedura civile nell'ambito dei procedimenti sommari cautelari (Libro IV, Titolo I, Capo III, Sez. V, art. 700).

Per spiegarne la collocazione odierna sarà utile preliminarmente ripercorrere il vivace dibattito della dottrina precodicistica fondato su origine e configurazione dell'istituto processuale in esame.

A partire dalla tradizionale distinzione, all'interno della funzione giurisdizionale, tra cognizione ed esecuzione, i provvedimenti cautelari furono a lungo intesi, soprattutto dalla dottrina tedesca, quale appendice della seconda.

Successivamente, quando in determinati provvedimenti cautelari o in alcune fasi di essi fu invece evidente la presenza anche di caratteri propri della funzione cognitiva, anzichè prospettare un criterio atto a dar loro una autonoma collocazione sistematica fu unicamente prevista la annessione al processo di cognizione di una parte della materia cautelare, operandone così una reale svalutazione.

Si era anche pensato ma non in modo del tutto convincente, di poter desumere un'utile distinzione dei provvedimenti cautelari dagli altri attraverso un criterio sostanziale fondato sul contenuto degli stessi e sui loro effetti giuridici.

Si doveva evitare di considerare oggetto della azione cautelare lo stesso diritto (cautelando) al contempo oggetto dell'azione di cognizione ordinaria, in modo da non identificare le due azioni e da poter conseguentemente sostenere l'autonomia concettuale dell'una rispetto all'altra.

Tuttavia non sembrava possibile rompere il diretto collegamento tra la tutela cautelare e il diritto sostanziale poiché altrimenti si sarebbe rischiato di espungere la prima dal sistema della tutela giurisdizionale dei diritti, non avendo essa ad oggetto nè il diritto soggettivo sostanziale né la funzione di proteggerlo direttamente.

Sembrava non potersi evitare la rigida alternativa tra negare la natura di giurisdizione contenziosa alla tutela cautelare oppure propendere per la sua natura di mera azione.

Per P. CALAMANDREI la caratteristica tipica dei provvedimenti cautelari sarebbe consistita nel non essere “*mai fini a se stessi ma immancabilmente preordinati all’emanazione di un ulteriore provvedimento definitivo*”¹ cui preventivamente avrebbero assicurato la fruttuosità pratica.

L’Autore, pur evitando di qualificare la tutela cautelare quale *tertium genus*, non intendeva negare che questa fosse una distinta categoria processuale di misure formanti un raggruppamento empirico basato sulla natura del diritto sostanziale fatto valere con esse. Egli affermava anzi la inconfondibile fisionomia processuale dei provvedimenti cautelari e la loro collocazione nella sistematica del processo, giungendo a elaborare due categorie di processo cautelare: una definita “strumentale”, per garantire i mezzi del processo definitivo e un’altra “finale”, per assicurare la pratica utilità dello stesso.

G. CHIOVENDA invece ritenne di partire dall’insegnamento secondo cui l’attuazione della legge nel processo possa non solo assumere le forme della cognizione e della esecuzione ma anche quella denominata “forma di conservazione”, intendendo quindi autonoma la funzione cautelare.

Anche F. CARNELUTTI riteneva il processo cautelare autonomo rispetto a quello di cognizione: quest’ultimo consisteva nell’accertamento della sussistenza del diritto di cui nel processo cautelare si domandava tutela in via urgente.

Di diverso avviso, come sopra anticipato, era invece P. CALAMANDREI il quale negava l’autonomia dei provvedimenti cautelari rispetto a quelli di merito dato che i primi, definiti “strumenti dello strumento”, risultavano emanati in vista della efficacia del provvedimento definitivo, a sua volta necessario per attuare il diritto.

Infatti l’Autore sosteneva che il processo cautelare servisse mediatamente allo scopo di comporre una lite mentre il suo fine immediato si sarebbe dovuto esplicare nell’assicurare lo svolgimento o il risultato di un diverso processo.

Egli inoltre sottolineava come cautelare potesse essere, anziché un intero processo, anche un atto (provvedimento) del processo definitivo.

¹ P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, Napoli, 1983, IX, p. 175.

A.PROTO PISANI sosteneva che, davanti al superamento della concezione chiovendiana dell'azione in generale come potere o diritto all'emanazione di un provvedimento di merito favorevole, la tesi della azione cautelare quale "mera azione" sarebbe poi definitivamente entrata in crisi. Essa sarebbe divenuta manifestazione della azione generale atipica di cognizione solo in funzione di una forma non definitiva ma provvisoria di protezione del diritto sostanziale, tale da impedire i danni derivanti dalla durata o anche a causa della durata, del processo a cognizione piena.

La tutela cautelare "*mira dunque come i provvedimenti che il diritto inglese comprende sotto la denominazione di Contempt of Court, a salvaguardare l'imperium judicis*"², impedendo così che il concetto di sovranità dello Stato rimanga unicamente a un livello astratto.

Esercitando l'azione cautelare si deduce, nel relativo processo, lo stesso diritto sostanziale che ha costituito o che costituisce, l'oggetto del giudizio principale di merito.

G.CHIOVENDA individuava l'oggetto dell'azione cautelare nel potere di chiedere e di ottenere un provvedimento atto a mantenere lo *status quo* e tale da consentire "*il futuro soddisfacimento di un possibile diritto*"³ dopo il suo accertamento.

In questo modo l'Autore tracciava la teoria della autonomia della tutela cautelare, cui prima si è accennato, basata sui requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*.

Egli inoltre, pur rilevando nella legge processuale del suo tempo l'assenza di "*una disciplina generale sulle misure cautelari provvisorie*"⁴, aveva desunto, da una serie di accenni in singole norme, l'esistenza della figura generale del provvedimento provvisorio cautelare, la cui opportunità e natura si sarebbero dovute completamente rimettere al giudice, anticipando in tal modo la formulazione dell'odierno art. 700 c.p.c.

Anteriormente al 1940, il cessato codice di rito (non diversamente da quanto previsto nei codici preunitari), tanto vicino per molti aspetti alla cultura del processo francese, si discostava dal modello d'oltralpe sulla disciplina delle misure provvisorie, prevedendo unicamente, oltre alla tradizionale tutela del possesso, la possibilità di ottenere provvedimenti conservativi o anticipatori tipici.

Il giudice non aveva un potere cautelare generale in virtù del quale provvedere sempre, anche oltre i limiti fissati per istituti cautelari singoli e specificamente regolati *ex lege*, nelle fattispecie in cui si fosse manifestata la possibilità di un danno in attesa del provvedimento principale.

² P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, Napoli, 1983, IX, p. 252.

³ S. RECCHIONI, *L'oggetto del processo cautelare civile nell'epoca dell'omologazione europea*, in <http://judicium.it/news/ins041108/Recchioni,%20nuovi%20saggi.html>.

⁴ P. C. FAZIO, *La riforma del procedimento cautelare*, in <http://www.tesonline.com/intl/preview.jsp?id=21155>.

Gli interpreti avevano avvertito questa lacuna ritenendo però possibile integrare l'ambito della tutela cautelare tipica con l'inserimento di provvedimenti innominati e non tramite uno specifico meccanismo di tutela preventiva atipica.

Quanto al riconoscimento di un potere generale per il giudice civile su misure cautelari anche non espressamente previste dalla legge, cui si è accennato, G. CHIOVENDA si dichiarava favorevole, riportando anche l'esempio della legislazione tedesca (*einstweilige Verfügung* della CPO germ., paragg. 935-945).

P. CALAMANDREI aveva riconosciuto i rilevanti e vantaggiosi aspetti pratici che tale soluzione avrebbe presentato ma non aveva ritenuto di poterla sostenere dato che il diritto positivo del tempo definiva esattamente e tassativamente le forme entro cui poter far valere l'azione cautelare.

L'Autore inoltre non aveva condiviso l'orientamento chiovendiano che mirava a legare indissolubilmente la proposizione di una domanda giudiziale, volta a evitare il danno da ritardo, alla sussistenza dell'interesse ad agire: non sembrava bastare per un provvedimento giudiziale non previsto dalla legge.

Egli, quindi, considerava *iure condito* "eccezionali" tutti i provvedimenti cautelari le cui caratteristiche distintive si sarebbero dovute ravvisare nella strumentalità e nella conseguente provvisorietà, neutralizzando gli effetti negativi eventualmente scaturiti durante il tempo occorrente per espletare la funzione giurisdizionale.

Nonostante la previsione, sostenuta dal progetto Carnelutti (art. 324), di introdurre nel nostro ordinamento un simile potere generale di cautela, il codice lo ha poi limitato "ai contenuti del provvedimento cautelare, senza estenderlo ai presupposti [...]".⁵

La dottrina ha sempre tenuto in alta considerazione tale progetto, sottolineandone le differenze rispetto alla configurazione della disposizione di cui all'art. 700 c.p.c.

Ampia esposizione sulla tutela cautelare ad opera di CHIOVENDA era stata affidata al paragrafo IX della prima edizione dei *Principi* del 1906 in cui si enunciava, in via inedita, il concetto di "azione assicurativa" quale forma a sé stante di azione per attuare la legge e come potere giuridico di ottenere un simile provvedimento.

L'azione assicurativa è provvisoria e ciò comporta che, di regola, si eserciti a rischio e pericolo dell'attore il quale sarà responsabile, in caso di revoca o di desistenza, dei danni causati dal provvedimento, a prescindere dall'elemento soggettivo della colpa. È infatti più equo che sopporti il danno la parte che abbia richiesto a proprio vantaggio il provvedimento, rimasto poi senza giustificazione, anziché invece la controparte se essa nulla abbia commesso per attirare su di sé il danno e se non fosse stata precedentemente tenuta ad alcunchè per evitarlo.

⁵ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, IV, Torino, 2009, XX, p. 323, nota 1.

L'azione assicurativa generale si configura in base al principio per cui “è possibile estendere le forme di tutela ‘fino alle estreme conseguenze praticamente possibili’ ”⁶.

A.PROTO PISANI, nell'ambito dell'opera chiovendiana intitolata “Istituzioni”, aveva notato un notevole progresso, rispetto alla trattatistica precedente, consistente nel tentativo, a suo parere solo in parte riuscito, di ricavare, dalla frammentaria disciplina delle singole misure cautelari, le linee generali di queste ultime per poi elaborarne una prima razionalizzazione.

Fermo restando dunque l'innovativo apporto di CHIOVENDA in tema di tutela cautelare, che comunque è risultato marginale nella sua opera, sarebbe in seguito toccato a F. CARNELUTTI e a P. CALAMANDREI sviluppare e portare a compimento legislativo le idee del Maestro.

Nel 1940 il codice di procedura civile, all'interno dell'art. 700, ha recepito l'azione assicurativa come figura generale. Sembravano quindi esaurite, in materia cautelare, le influenze della riflessione chiovendiana dato che ormai la atipicità della suddetta tutela aveva trovato una propria collocazione e quindi non aveva bisogno, per essere riconosciuta, della attività interpretativa sui principi generali di atipicità del diritto d'azione, di carattere pubblico della giurisdizione e di effettività della tutela giurisdizionale.

Secondo A.PROTO PISANI, però, la dinamicità del sistema ideato da CHIOVENDA avrebbe richiesto, da parte degli operatori pratici e teorici suoi contemporanei, una troppo progredita capacità di comprensione, forse inesigibile nei primi decenni del XX secolo. Il panorama sarebbe stato sufficientemente maturo solo a partire dalla entrata in vigore del testo costituzionale e, in modo particolare, grazie all'apporto degli artt. 3 e 24 della suddetta Carta.

Grazie all'evoluzione della portata di queste disposizioni ancora negli anni '80 era possibile cogliere la dinamicità dell'analisi chiovendiana in tema di tutela cautelare.

Durante la vigenza del codice postunitario del 1865 la dottrina più tradizionale non reputava ammissibili provvedimenti anticipatori degli effetti della sentenza di merito: di volta in volta, quindi, la tutela cautelare risultava concessa discrezionalmente dal legislatore.

La dottrina era convinta che per avere un titolo giurisdizionale idoneo a procedere all'esecuzione forzata fosse necessaria l'affermazione in modo certo e assoluto del diritto: di conseguenza non sarebbe stata mai possibile la produzione di effetti in un momento antecedente all'accertamento definitivo.

In realtà, all'interno del codice sopra richiamato, esistevano ipotesi di provvedimenti emanati nel corso del processo e idonei ad anticipare alcuni effetti della sentenza finale: la dottrina però manifestava grande incertezza sul loro inquadramento.

⁶ M. SICA, *Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimento d'urgenza nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1991, p.62.

Per CHIOVENDA l'accertamento pieno del diritto oggetto del processo precedeva, di norma, l'esecuzione anche se, in alcuni casi, per la particolare certezza del diritto o per la sua natura speciale, si sarebbe potuta anticipare l'esecutorietà del provvedimento rispetto all'accertamento definitivo: il riferimento era ai cosiddetti "accertamenti con prevalente funzione esecutiva" indicanti la materiale realizzazione dell'esecuzione forzata quale unico scopo dell'accertamento e il cui elemento differenziatore rispetto alla cautela era rappresentato dalla diversità del pregiudizio che il ritardo avrebbe potuto comportare.

P.CALAMANDREI riteneva che le finalità delle misure cautelari fossero correlate non tanto all'interesse dei singoli quanto invece all'amministrazione della giustizia, per garantirne "*il buon funzionamento e anche, si potrebbe dire, il buon nome*"⁷.

Ogni provvedimento cautelare sarebbe stato legato da un rapporto cosiddetto di strumentalità o di sussidiarietà al provvedimento definitivo in vista del quale il primo era stato emanato, ponendo quindi in evidenza la connessione tra i due.

L'Autore auspicava un rafforzamento del sistema cautelare e ravvisava soprattutto la mancanza di un potere cautelare generale, in capo al giudice, per superare i circoscritti limiti dei mezzi cautelari appositamente precostituiti, oltre all'assenza di un tipo uniforme di procedimento sommario cautelare tale da permettere una più rapida e semplice tutela assicurativa in qualunque caso.

Egli riteneva che la presenza di un potere generale di cautela del giudice, al di là dei singoli istituti disciplinati dalla legge, avrebbe avuto un forte interesse pratico ogni qual volta si fosse verificata una situazione caratterizzata dal *periculum in mora* e priva di un apposito mezzo cautelare espressamente preordinato all'interno del diritto positivo.

La critica di CALAMANDREI si rivolgeva sia al piano di carattere testuale sia agli stessi principi generali del diritto processuale.

Era fautore di una prospettiva e di una interpretazione diversa della normativa processuale ma soprattutto non era favorevole ad ammettere un potere generale di cautela come invece era stato previsto da CHIOVENDA attraverso il concetto di "azione assicurativa generale".

Calamandrei avrebbe voluto evitare che un simile potere fosse collocato al di fuori di qualunque confine normativo e che l'adozione di un provvedimento giudiziario all'interno di un procedimento dotato di minori garanzie rispetto a quello ordinario, si riflettesse negativamente sul diritto di difesa e, in generale, sulle posizioni soggettive di libertà.

Secondo quanto prima accennato, il provvedimento cautelare d'urgenza aveva trovato finalmente una sua propria collocazione sistematica nell'art. 700 del codice di rito del 1940, inizialmente parte della Sezione IV del Capo III all'interno del Titolo dedicato ai "Procedimenti sommari", incardinata

⁷ P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, Napoli, 1983, IX, p. 252.

nel Libro IV che si rifaceva al Libro III del codice postunitario del 1865 dedicato ai “Vari procedimenti speciali”.

La materia relativa al processo cautelare era stata ordinata secondo un criterio empirico e non era quindi stata usata la distinzione funzionale tra “strumentale” e “finale”: risultato questo determinato dal fatto che la conoscenza scientifica dell’istituto non era al tempo sufficientemente progredita. Dal confronto tra le formule dei “provvedimenti d’urgenza” e quelle delle sezioni ad essi precedenti emerge l’approssimazione dell’espressione “urgenza”, tipica e propria dell’intera materia cautelare. In mancanza, non si sarebbe avvertita la necessità di un provvedimento diverso da quello definitivo. La materia raggruppata nel Libro IV sui procedimenti speciali era necessariamente eterogenea: merita rilievo, per la sua novità solo apparente, dato che in realtà aveva rappresentato il ritorno alle nostre migliori tradizioni, il raggruppamento intitolato “Procedimenti sommari”, denominazione richiamante il significato etimologico precedente alla riforma del 31 marzo 1901.

Il perfezionamento dei vari procedimenti cautelari è andato di pari passo con il rafforzamento dei poteri del giudice.

Per quanto si siano poi accelerati i tempi del processo di cognizione o semplificate le forme del processo di esecuzione, la tutela giurisdizionale non potrà mai rispondere nello stesso istante in cui è invocata: quanto dovrebbe essere evitato è che tra il momento in cui il richiedente si rivolge alla giustizia e quello in cui vi si provveda effettivamente, passi un periodo tanto lungo da rendere in certi casi meno fruttuoso o addirittura inefficace il provvedimento.

Secondo il legislatore del 1940, nell’ambito del nuovo codice, alla lentezza dei meccanismi giudiziari che tanto discredito nell’opinione comune provocavano e che comunque era stata notevolmente ridotta, seppure mai del tutto eliminabile, si sarebbe dovuta porre, quale efficace rimedio, la celerità del sistema cautelare. In tal modo il giudice avrebbe potuto, anche prima dell’inizio del procedimento ordinario, prendere in via d’urgenza le misure provvisorie atte a mantenere immutato lo stato di fatto per tutta la durata del procedimento ordinario, assicurando così la proficuità del provvedimento definitivo.

È vero però che l’innovazione non ebbe in realtà l’ampiezza e la profondità che il legislatore aveva ritenuto prima necessaria e poi da attuare. Il precetto dell’art. 700 del codice non conferiva al giudice il generico potere di emanare provvedimenti d’urgenza ogni volta in cui non fossero prevedibili efficacemente misure cautelari tipiche regolate all’interno del Libro IV ma conferiva il più limitato potere di intervenire attraverso gli strumenti processuali atipici fuori dei casi regolati nelle precedenti Sezioni di quel Capo.

È risultata pertanto legittima la riflessione della dottrina sulla effettiva o meno introduzione nel nostro ordinamento, grazie alla previsione dei provvedimenti cautelari d'urgenza, di un "potere generale di cautela" affinché il giudice adito possa tutelare cautelatamente ogni diritto soggettivo.

Non è possibile affermare che i provvedimenti cautelari urgenti diano vita a un potere generale di cautela autonomamente dato che l'art. 700 limita notevolmente la possibilità di ricorrere a simili misure. E' comunque possibile constatarne la presenza analizzando l'insieme sistematico dei provvedimenti cautelari previsti nel nostro ordinamento.

Il potere generale di cautela di cui si è detto è posto in simmetrica corrispondenza concettuale rispetto al principio dell'atipicità della azione ordinaria che tutela i diritti e che ha fondamento costituzionale nell'art. 24, c.1 Cost.

Nel 1940, in sede di redazione del codice di procedura civile, non fu introdotta la clausola cautelare generale proposta da CARNELUTTI in base alla quale *"quando dallo stato di fatto di una lite sorga ragionevole timore che i litiganti commettano violenza, ovvero che si compiano prima della decisione atti tali da poter ledere in modo grave e non facilmente riparabile un diritto controverso, ovvero che nel processo una delle parti si trovi in condizioni di grave inferiorità di fronte all'altra, il giudice può prendere i provvedimenti provvisori idonei a evitare che il pericolo si avveri. In particolare, e ferma ogni disposizione speciale della legge, può disporre il sequestro di una cosa mobile o immobile, vietare o autorizzare il compimento di certi atti, assegnare somme provvisoriali, imporre cauzioni"*⁸. Emerge dunque l'intenzione restrittiva dei *conditores*, volta a non introdurre una clausola cautelare generale che in seguito è invece avvenuto tramite la elaborazione dell'art. 700 c.p.c.

Solo con la Legge 26 novembre 1990, n. 353, mediante l'inserimento della Sez. I sui "Procedimenti cautelari in generale" del Capo III, è stato introdotto il "procedimento cautelare uniforme", una disciplina organica del procedimento cautelare, "generale" perché applicabile a tutti i procedimenti cautelari (tranne nel caso della istruzione preventiva) e destinata a integrarsi con le specifiche disposizioni proprie dei singoli provvedimenti cautelari delle Sezioni successive.

Tale regolamentazione dell'azione cautelare si articola in tre fasi: autorizzazione per il provvedimento cautelare, attuazione o esecuzione di quest'ultimo ed eventuale sua impugnazione con reclamo. Tale terza e ultima fase è stata introdotta *ex novo* ed è sostitutiva della fase di convalida prevista dalla previgente disciplina sui sequestri.

È stato quindi netto il cambiamento rispetto a quanto previsto in origine quando ci si limitava a illustrare l'esistenza dei due momenti in cui si articolavano generalmente i procedimenti cautelari:

⁸ L. DITTRICH, *Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in (a cura di) G. TARZIA e A. SALETTI, *Il processo cautelare*, Padova, 2008, p. 285, nota 65.

una fase, assimilabile alla cognizione, consistente nella autorizzazione del giudice alla misura e una successiva, rapportabile all'esecuzione, in cui l'autorizzazione concessa dal giudice assumeva un ruolo paragonabile a quella del titolo esecutivo nell'ambito della esecuzione forzata.

Scopo del legislatore del 1990, dunque, era stato quello di riordinare il procedimento cautelare intorno a un unico modello applicabile a tutte le misure cautelari, tipiche o atipiche, conservative o anticipatorie, *lite pendente* o *ante causam*.

Con la suddetta Legge n. 353 è rimasta, all'interno dell' art. 700 c.p.c, la disciplina delle "Condizioni per la concessione" e quindi la configurazione sia della funzione sia dell'ambito di operatività dell'istituto mentre sono stati abrogati gli artt. 701 e 702 c.p.c. relativi a profili propriamente procedurali e sostituiti *ex artt.* 669 *bis* e seguenti.

In seguito è intervenuta la modifica operata dalla Legge 14 maggio 2005, n.80, in parte recuperante soluzioni contenute nel D.lgs. 17 gennaio 2003, n.5 sul nuovo processo societario. Dopo poco più di un decennio dall'entrata in vigore della Legge n. 353, sono state in tal modo apportate significative modifiche alla normativa inerente il procedimento cautelare uniforme: attraverso le riforme del processo societario nel 2003 e del processo ordinario nel 2005 si è attenuato il nesso di rigida strumentalità relativo a misure cautelari anticipatorie o a provvedimenti *ex art.* 700 c.p.c.

Le Leggi n. 80 e n. 263 del 2005, quest'ultima comportante interventi correttivi alle modifiche in materia processuale civile introdotte con la precedente Legge n.80, hanno permesso l'ingresso nell'ordinamento del principio di "stabilità" del provvedimento cautelare grazie a cui quest'ultimo può divenire definitivo e quindi regolare i rapporti tra le parti anche senza che vi sia stata la previa instaurazione del relativo giudizio di merito.

In tal modo si è seguita la necessità, avvertita in dottrina e in funzione essenzialmente deflattiva, di dar vita a forme di tutela cautelare stabili e non necessariamente legate a un giudizio a cognizione piena.

Quindi grazie all'intervento legislativo del 2005 si è registrato il nuovo regime della strumentalità attenuata anche per provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell'art. 700 che, se emanati *ante causam*, risultano comunque efficaci indipendentemente dall'instaurazione, entro un certo termine, del relativo giudizio di merito.

Di conseguenza, da quel momento, la prosecuzione nel merito si è resa necessaria solo per alcuni provvedimenti cautelari, essendo invece negli altri casi meramente eventuale e a discrezione della parte che intenda richiedere la riforma del provvedimento cautelare.

In linea con tale innovazione, il comma 7 dell'art. 669 *octies* c.p.c., introdotto con la Legge 18 giugno 2009, n. 69, espressamente prevede che il provvedimento cautelare efficace debba contenere la pronuncia sulle spese anche senza la proposizione, successivamente, della causa di merito.

L'impianto originario del procedimento cautelare uniforme, così come previsto nel 1990 *ex artt. 669 bis e seguenti del c.p.c.*, non è stato però stravolto del tutto: le innovazioni della Legge del 2005 si proponevano come naturale prosieguo del procedimento cautelare uniforme, lungi dal voler rappresentare invece una radicale revisione della disciplina. Proprio a tal fine sono state apportate modifiche per “*attribuire centralità ed autonomia alla tutela sommaria, soprattutto quella cautelare*”⁹, ispirandosi all'esperienza del *référé* francese, procedura speciale sommaria che oltralpe è utilizzata per ottenere provvedimenti assai eterogenei.

A differenza dell'ordinamento italiano, quello francese non conosce la distinzione fra tutela sommaria cautelare e non cautelare: di conseguenza il *référé* sopra citato prevede in sé una disciplina unitaria che può essere applicata ai provvedimenti propriamente cautelari ma anche a quelli sommari anticipatori.

Il legislatore italiano prospetta la possibilità di introdurre nuove figure di procedimenti tipici in modo da impedire che il giudice possa arbitrariamente decidere l'applicazione di una misura cautelare urgente, potere che invece è intrinseco e tipico delle norme di chiusura.

Il giudice dell'urgenza è dotato, rispetto al giudice del merito, di una discrezionalità maggiore, ineliminabile, solo in parte subordinata alla tipicità della tutela erogabile e atta a valutare i due requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*.

Se il giudice operasse al di là dei poteri conferitigli dalla legge, abusandone, sarebbe lecito impugnare il provvedimento come unico rimedio possibile, in specie *ex art. 669 terdecies c.p.c.*, così come previsto dalla più volte richiamata Legge del 1990.

Inoltre, per la continua emersione e diffusione nelle moderne società di sempre nuove esigenze di protezione, pervenire a un sistema cautelare composto da provvedimenti tipici potrebbe essere un obiettivo quasi irraggiungibile e comunque da integrare tramite una norma di chiusura quale appunto l'art. 700 c.p.c.

L'utilizzo di quest'ultima norma ha avuto notevoli risvolti, a livello di tutela giurisdizionale, per nuovi diritti costituzionalmente protetti che altrimenti avrebbero visto la relativa domanda di tutela limitata al solo giudizio ordinario di cognizione: specialmente a partire dagli anni '60 il suo utilizzo è divenuto assai frequente o talvolta addirittura abnorme ed esasperato, svolgendo di fatto una funzione che certamente non sarebbe stata pensabile per il legislatore degli anni '40 del XX secolo. È possibile constatare infine la rilevanza che la giurisprudenza di merito ha avuto in relazione alla portata dell'art. 700, specie in mancanza di una “*vera e propria definizione, da parte del giudice di*

⁹ J. V. D'AMICO, *Novità in tema di tutela cautelare in Italia alla luce dell'esperienza francese dei référé*, in http://judicium.it/news/ins_06_09_06/SaggioRefere.pdf.

legittimità, dei requisiti descritti dalla norma che fungono da condizione per la concessione della tutela”¹⁰.

2. Generalità, funzioni e struttura. I presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*. Il rapporto tra il provvedimento cautelare d’urgenza e gli altri provvedimenti cautelari tipici.

Fin dalla disciplina regolata dal codice di rito del 1940 è stato configurato un particolare tipo di provvedimento cautelare, poi mantenuto dalle successive riforme del diritto processuale civile, con collocazione sistematica *ex art. 700 c.p.c.*

La Legge n. 353 del 1990 aveva disciplinato unitariamente i rapporti tra la tutela cautelare e il processo di merito prevedendo che quest’ultimo si dovesse avviare a seguito della emanazione di un provvedimento cautelare, efficace se emanato entro il termine perentorio stabilito dal giudice e comunque non superiore a 60 giorni.

In seguito sono state apportate modifiche di rilievo ad opera del Decreto legislativo n. 5 del 2003 e della Legge n. 80 del 2005, che hanno distinto tra provvedimenti cautelari denotati da una “strumentalità necessaria” (o “strumentalità forte”) e quindi dalla necessaria successiva instaurazione della fase di merito, proprio come previsto nella disciplina più risalente, e provvedimenti cautelari caratterizzati invece da una “strumentalità attenuata” (o “strumentalità debole”), in quanto l’instaurazione del successivo giudizio di merito è divenuto solo eventuale e quindi gli effetti prodotti da tali misure si mantengono senza limiti temporali.

Il legislatore di riforma del 2005, aggiungendo il comma 6 all’ art. 669 *octies* c.p.c., ha escluso l’applicabilità delle disposizioni precedenti, concernenti la necessaria introduzione della fase di merito, per i provvedimenti d’urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, per gli altri provvedimenti cautelari previsti dal codice civile o da leggi speciali e idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, nonché per i provvedimenti emessi a seguito della denuncia di nuova opera o di danno temuto.

F. LUISO sostiene che, con riferimento alla “strumentalità debole”, il comportamento scaturente da un provvedimento cautelare anticipatorio sia misurato in base a una *regula iuris* del diritto sostanziale al cui ambito si ricollegano anche l’assetto degli interessi e la situazione raggiunti tramite l’adempimento spontaneo del debitore o la tutela esecutiva operata dalla misura cautelare. La “strumentalità forte” è invece riservata ai provvedimenti cautelari conservativi perché in tal caso la situazione creata, che trova corrispondenza solo nell’ambito del diritto processuale, non dovrebbe protrarsi indefinitamente.

¹⁰ R. GIOVAGNOLI e S. CAPITANO, *I procedimenti cautelari*, Milano, 2010, p. 154.

Per altri Autori la “strumentalità attenuata” appare applicabile a ogni misura cautelare che comporti effetti praticamente corrispondenti e non necessariamente identici a quelli che si sarebbero conseguiti con la sentenza nel merito.

Conclusivamente si può affermare che l’innovazione introdotta dalla Legge n.80 del 2005 non abbia però del tutto superato la regola della strumentalità. Infatti le misure cautelari continuano a essere subordinate all’esito del giudizio di merito, se instaurato, come si ricava sia dalla previsione che quest’ultimo possa comunque essere promosso dalle parti, *ex art. 669 octies*, c.6, ultima parte c.p.c., sia dal permanere dell’ art. 669 *novies*, dichiarato non applicabile ai provvedimenti d’urgenza, ai provvedimenti cautelari che anticipano gli effetti della sentenza di merito e alle denunce di nuova opera e di danno temuto, anche se solo in riferimento al comma 1.

In base al comma 8 dell’ art. 669 *octies* del codice di rito, l’autorità del provvedimento cautelare non è invocabile in un diverso processo e quindi non avrà efficacia dichiarativa, anche se i relativi effetti potranno essere modificati o revocati in sede cautelare e solo ricorrendo determinate condizioni: esiste un “giudicato cautelare” che, però, deve essere inteso in senso atecnico dato che il giudicato in quanto tale è proprio della sola funzione dichiarativa.

Di conseguenza, in tale ambito, è stato temperato il carattere della provvisorietà e, dato che le misure d’urgenza possono essere definitive e regolare i rapporti tra le parti del procedimento, pur senza la successiva instaurazione del relativo giudizio di merito, è stata superata la regola, pacifica in dottrina e in giurisprudenza, relativa al carattere provvisorio dell’ordinanza cautelare.

In ogni caso è sempre e solo il giudice, cui è chiesto di dichiarare l’inefficacia del provvedimento *ex art. 669 novies* c.p.c., a stabilire se un provvedimento cautelare sia anticipatorio o a strumentalità attenuata, oppure se sia conservativo o a strumentalità forte.

La elasticità del contenuto dell’ art. 700 c.p.c. permette al giudice di contemperare il fine di assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito e la presenza delle diverse tipologie di provvedimenti cautelari, per poi individuare tra queste la misura in concreto più idonea. La disposizione in esame, quando interpretata, subisce limitazioni a causa della genericità dei poteri attribuiti al giudice e impedisce l’adozione di provvedimenti che l’ordinamento vieta con altre e differenti norme, specie se di rango costituzionale.

Il compito proprio del giudice si deve considerare più complesso e delicato quando i diritti azionati dagli attori-ricorrenti abbiano rilievo costituzionale, nella prospettiva che possano eventualmente subire limitazioni o compressioni a causa di confliggenti interessi di pari rango. “*L’esigenza di contemperamento dei contrapposti interessi delle parti si rende tanto più necessaria ove la misura*

*cautelare sia emessa inaudita altera parte e/o sia totalmente anticipatoria della prevedibile futura sentenza di merito*¹¹.

Occorrerebbe inoltre plasmare il contenuto del provvedimento d'urgenza per minimizzare il rischio della irreversibilità dei suoi effetti, anche ricorrendo alla contro-cautela delle cauzioni.

Una esigenza oramai sempre più avvertita è quella di ottenere decisioni giudiziali in tempi rapidi: ciò ha comportato la preferenza per procedure e misure strutturate in modo semplificato, soprattutto quando, per la natura del diritto o della lesione arrecata, la durata del processo renderebbe tardiva e inutile la concessione della tutela richiesta.

I provvedimenti di tutela sommaria cautelare hanno, a volte, finalità conservative riguardo alla situazione di diritto e di fatto che potenzialmente, durante il processo, potrebbero subire pregiudizi; altre volte invece il contenuto delle misure cautelari, al fine di assicurare la piena effettività e utilità della sentenza nel merito, ha finalità in tutto o in parte anticipatorie degli effetti di quest'ultima pronuncia.

E' possibile confermare che la categoria del fenomeno anticipatorio sia tanto eterogenea da legittimare le difficoltà che la dottrina ha incontrato per giungere a una definizione unitaria delle complesse e numerose fattispecie ivi contenute e a un sistematico inquadramento delle stesse.

Il legislatore non ha inteso attribuire una natura specifica al contenuto dei provvedimenti d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* e, in forza della generica nozione di anticipazione degli effetti della decisione di merito, ha permesso di confermare l'ampiezza di tali misure di cui alcune regolano provvisoriamente determinati momenti della situazione controversa attraverso il meccanismo della anticipazione degli effetti della decisione definitiva oppure mediante una disciplina intermedia. Dato che i provvedimenti cautelari d'urgenza si applicano in vista di *pericula* non espressamente previsti dal legislatore, sono definiti "sussidiari" e "atipici" in relazione ai presupposti cui sono subordinati e agli effetti prodotti.

"Atipicità" indica che i provvedimenti in esame siano destinati a far fronte a pregiudizi atipici, in quanto non codificati, attraverso effetti atipici.

"Sussidiarietà" è termine che riflette l'intervento dei provvedimenti d'urgenza laddove manchi una tutela cautelare tipica e che si riferisce soprattutto al contenuto, non predeterminato *ex lege*, della misura che il giudice dovrà individuare in base alle circostanze del caso concreto e al criterio della idoneità dello stesso ad assicurare provvisoriamente gli effetti della futura decisione sul merito, sempre "fuori dei casi regolati" dalle Sezioni II, III, IV del Capo III (intitolato "Procedimenti cautelari"). Si deve però precisare che il riferimento non debba limitarsi alle sole misure di tali Sezioni ma in generale a tutte le ipotesi di tutela cautelare previste dall'ordinamento.

¹¹ R. GIOVAGNOLI e S. CAPITANO, *I procedimenti cautelari*, Milano, 2010, p. 168.

Non si può prescindere dalla individuazione della situazione sostanziale e del pericolo che quest'ultima corra: infatti, nonostante sia la stessa disposizione all'art. 700 c.p.c. a prendere in considerazione il tempo occorrente per far valere il diritto in via ordinaria, sarà cura del ricorrente individuare sia la situazione sostanziale controversa sia la misura cautelare idonea a tutelarne l'effettività, in quanto il paventato pregiudizio e gli effetti richiesti devono attenersi a un diritto soggettivo e a un oggetto della domanda giudiziale (*petitum*) determinati.

La disposizione di cui all'art. 700 c.p.c. delimita assai ampiamente il proprio ambito di operatività con l'espressione "diritto (suscettibile di tutela) in via ordinaria", escludendo in tal modo gli interessi legittimi e gli interessi di mero fatto.

La distinzione tra diritti soggettivi e interessi di mero fatto trova spesso sede privilegiata proprio nell'ambito dei procedimenti *ex art. 700* per la duttilità che caratterizza l'istituto.

Riguardo l'ambito di applicazione, un orientamento dottrinale risalente agli Anni '50, minoritario perché considerava solo il profilo strutturale, ha espresso posizioni decisamente limitative ritenendo che il provvedimento cautelare d'urgenza potesse essere utilizzato unicamente per situazioni sostanziali definite "finali", cioè quelle in cui il titolare è soddisfatto quando esercita *erga omnes* i poteri insiti nel suo diritto.

Al contrario, nelle situazioni sostanziali "strumentali" il cui scopo è raggiunto attraverso un comportamento altrui, mai si avrebbe la irreparabilità che lo stesso art. 700 c.p.c. richiede: quindi non sono state ritenute tutelabili in via d'urgenza le obbligazioni e i diritti potestativi, in quanto non potrebbero, se non in fatto, essere oggetto di un pregiudizio irreparabile.

Sono stati invece ritenuti tali i diritti assoluti e quelli che hanno per oggetto, o che tendono a conseguire, un bene infungibile.

La corretta prospettiva nell'adozione dell'istituto deve essere, pertanto, non solo strumentale ma anche funzionale: pur ammettendo che un diritto relativo non sia suscettibile di pregiudizio in sé, "ciò che può essere leso irreparabilmente è l'interesse alla soddisfazione del quale il diritto di credito è finalizzato"¹².

A.PROTO PISANI ha ritenuto che il provvedimento *ex art. 700 c.p.c.* fosse adatto a tutelare diritti a contenuto non patrimoniale e anche diritti a contenuto patrimoniale benchè finalizzati a soddisfare esigenze non patrimoniali (come nel caso del diritto alla retribuzione, funzionalmente collegato al diritto di condurre una esistenza libera e dignitosa).

L'art. 669 *duodecies* c.p.c. distingue le misure cautelari aventi a oggetto una somma di denaro e altre che invece sono volte all'adempimento degli obblighi di consegna, di rilascio, di fare e di non fare.

¹² F. LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, *I processi speciali*, Milano, 2009, p. 261.

Con riferimento a questi ultimi è prevista la cosiddetta “esecuzione in via breve”, che contempla non una distinzione ma una sostanziale unitarietà delle fasi di concessione e di attuazione della misura, sotto il controllo del giudice tutelare o del magistrato che abbia precedentemente pronunciato il provvedimento da eseguire.

Per i provvedimenti cautelari consistenti nel pagamento di somme di denaro è invece previsto l'utilizzo degli artt. 491 e ss c.p.c., in quanto compatibili, che comportano l'inizio del procedimento di espropriazione forzata (pignoramento, vendita del bene, distribuzione del danaro).

Con puntuale riferimento ai provvedimenti cautelari d'urgenza, una caratteristica in materia deve essere ravvisata nella sommarietà: se per emanarli fossero fin da subito necessarie tutte le attività istruttorie previste a tal fine, essi sarebbero tanto tardivi da non risultare più utili.

Al contempo, però, è vero si debba comunque formare, nel rispetto del principio del contraddittorio, “un qualche convincimento” in capo al giudice, in modo da persuaderlo, anche sommariamente, dell'esistenza del diritto da cautelare.

I provvedimenti cosiddetti “sommari” rispondono allo scopo di evitare una eccessiva durata del processo ordinario, specie quando la sua instaurazione non appaia giustificata da una contestazione effettiva del diritto o se risulti fin da subito evidente la infondatezza della pretesa di una delle parti.

Il giudice dell'urgenza deve operare un temperamento relativo agli interessi contrapposti nell'ambito del procedimento.

Il riferimento è ai due requisiti strutturalmente ineludibili nell'ambito della cognizione cautelare in generale e dei provvedimenti d'urgenza in particolare: da un lato, al *periculum in mora*, cui si riferisce la stessa “atipicità” e che indica il rischio, qualificato dal prodursi di un danno imminente e irreparabile per l'eccessivo protrarsi di un giudizio ordinario, a carico di chi invoca giustizia e, dall'altro, al *fumus boni iuris*, consistente nella probabile fondatezza della pretesa avanzata.

Tali due requisiti devono sussistere contemporaneamente ed essere valutati anche in base al comportamento della controparte, collaborativo o meno, e in relazione ai mezzi finanziari a sua disposizione.

Il *periculum in mora* deve necessariamente trovare fondamento in un fatto concreto, in astratto accettabile, o anche in più fatti univoci e concordanti, in modo da risultare “oggettivato” e non semplicemente un mero timore soggettivo.

La imminenza del pregiudizio insito nel cosiddetto *periculum in mora* è, secondo tesi dottrinale, valutato dal giudice in maniera sostanzialmente discrezionale: la tutela d'urgenza dev'essere azionata quando già i fatti costitutivi della fattispecie pregiudizievole abbiano iniziato a prodursi o quando sia sufficientemente e oggettivamente certa la prossima realizzazione di tali fatti prima della

pronuncia della sentenza di merito o ancora quando il tempo intercorrente tra il paventato evento e il verificarsi effettivo di esso sia oggettivamente breve.

Il requisito della irreparabilità non è mai stato interpretato nel suo stretto significato letterale ma la dottrina più moderna è giunta a elastiche definizioni in tale ambito. Si è sottolineata da ultimo, quale elemento portante per la identificazione del requisito del *periculum in mora*, la funzione che un determinato diritto è chiamato a svolgere e la centralità della persona titolare del diritto.

Quanto alle caratteristiche del *periculum*, si può constatare che la imminenza sia la stessa prevista dagli altri provvedimenti cautelari mentre la irreparabilità necessita di precisazioni.

Infatti per le situazioni definite “strumentali” la valutazione della suddetta irreparabilità, la cui nozione varia a seconda del tempo e del luogo, dovrà aver riguardo all’interesse conseguito mediante la soddisfazione di queste mentre per le situazioni definite “finali” il riferimento è direttamente all’interesse dalle stesse protetto.

E’ opportuno osservare che, ragionando *per absurdum*, in caso di ritardo nel soddisfacimento di un diritto, l’interesse della parte lesa dall’altrui condotta non sarà mai del tutto risarcibile per equivalente a causa del semplice passaggio di tempo tra il momento del doveroso adempimento, poi mancato, e quello della realizzazione della prestazione, la quale potrà essere tardiva ma spontanea, oppure invece forzata.

È possibile, davanti a una esagerata relativizzazione del diritto considerato leso, ritenere sempre sussistente un pregiudizio irreparabile e questo pericolo non è solo teorico ma anzi risulta ben dimostrato dalla giurisprudenza che ha ammesso il ricorso alla cautela urgente anche laddove il ricorrente possa evitare, con minimo sforzo, un qualunque pregiudizio prima della sentenza di merito.

Non si deve svincolare del tutto la caratteristica della “irreparabilità” dall’ambito oggettivo, per subordinarla soltanto al “*persistere di un ipotetico ‘stato di insoddisfazione’ per definizione non suscettibile di risarcimento per equivalente*”¹³.

La maggioranza della dottrina e della giurisprudenza costruisce tale caratteristica in termini relativi, considerando il danno non del tutto o non facilmente riparabile una volta conclusa la fase di merito: in tal modo l’attenzione è focalizzata sul diritto di cui è chiesta tutela cautelare e sulla funzione che quest’ultimo svolge in funzione degli interessi concreti del ricorrente.

Il *periculum in mora* è stato distinto in pericolo da tardività e in pericolo da infruttuosità.

Nel primo caso la lesione del diritto è conseguenza diretta del tempo di svolgimento del processo e si risolve nella sua insoddisfazione protratta per l’intera durata di esso. Nel secondo, la lesione si

¹³ L. DITTRICH, *Il provvedimento d’urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in (a cura di) G. TARZIA e A. SALETTI, *Il processo cautelare*, Padova, 2008, p. 272, nota 37.

risolve nella circostanza che, durante il corso del processo, eventualmente, si verificano fatti tali da rendere impossibile o molto più difficoltosa la pratica attuazione della sentenza.

Partendo da questa distinzione si sono potuti separare i provvedimenti anticipatori o innovativi da quelli conservativi.

Si ritiene ammissibile e legittimo che un provvedimento anticipatorio permetta di ottenere la stessa utilità sostanziale della relativa sentenza di merito nel caso in cui sussistano i presupposti potenzialmente a fondamento di una pronuncia di merito. Analogo risultato potrebbe ottenersi anche se da tali presupposti emergesse sia la probabile sussistenza del diritto stesso sia lo stato di urgenza a fronte di un eventuale pregiudizio che il diritto potrebbe subire. In quest'ultimo caso è proprio l'esistenza del *periculum in mora* a giustificare la possibile anticipazione degli effetti della sentenza in mancanza o prima che vi sia l'accertamento del diritto. Di conseguenza i due presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* devono considerarsi inscindibili dato che il secondo è il fondamento del primo e permette di considerare sufficiente, ai fini dell'anticipazione, anche la semplice verosimiglianza del diritto.

Attraverso il procedimento d'urgenza si anticipa solo l'effetto della sentenza ma non si attua necessariamente l'accertamento pieno di un diritto, che è condizione necessaria per la incontrovertibilità della pronuncia di merito ma non anche per l'utilità sostanziale che il provvedimento giurisdizionale è idoneo a fornire.

Allo stato attuale si può affermare che la tutela cautelare non sia solo volta ad assicurare, a livello puramente strumentale, l'effettività della tutela dichiarativa ma che essa intenda piuttosto offrire una soluzione alla fisiologica e connaturale durata del processo.

Da quanto precede si trae la conclusione per cui, con riguardo soprattutto a ben determinati settori, l'obiettivo primario sia di giungere rapidamente, attraverso l'esperimento di una misura effettivamente attuabile, alla definizione della controversia posta in essere pur senza aver ottenuto la incontrovertibilità del giudicato sostanziale; in tali casi giungere all'esito di un processo a cognizione ordinaria, di per sé, sarebbe invece estremamente poco utile.

L'accertamento del giudice sulla verosimiglianza del diritto, che si riporta al *fumus boni iuris*, va operata con particolare attenzione per la sussistenza di effetti atipici.

Bilanciare le esigenze di tutela cautelare di una parte con l'interesse della controparte a non subire un pregiudizio a sua volta irreparabile, necessita di accertare l'esistenza del diritto da cautelare con un maggior grado di certezza.

Si è sostenuto che il requisito del *fumus* vada considerato in relazione al contenuto del provvedimento d'urgenza: tanto più quest'ultimo si avvicina a quello della statuizione futura sul merito, tanto più rigorosa sarà la suddetta valutazione di verosimiglianza.

Il dato letterale dell'art. 700 c.p.c., rubricato sotto il Titolo "Condizioni per la concessione", prescrive "Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito".

Le tipologie di provvedimenti cautelari previsti alle Sezioni II, III, IV del Capo III del Libro IV del codice di rito sono definite "tipiche" in relazione sia ai presupposti cui sono subordinate sia agli effetti che producono, mentre i provvedimenti d'urgenza sono "atipici", cioè riguardanti *pericula* diversi da quelli tipicamente previsti dal legislatore e, in quanto tali, integrativi, non sostitutivi o aggiuntivi, del sistema.

Le misure tipiche hanno un *nomen* proprio che le denota in funzione del loro contenuto mentre non è stato normativamente disciplinato alcun contenuto per l'istituto di cui all'art. 700 c.p.c. che, quindi, potrà essere il più vario anche in mancanza di una sua individualizzazione all'interno di un *nomen*.

Il provvedimento d'urgenza, secondo alcuni Autori, potrebbe essere utilizzato al fine di neutralizzare un pregiudizio imminente e irreparabile emerso nel periodo intercorrente tra il deposito dell'atto processuale introduttivo e l'udienza presidenziale, nonché prima della pendenza della lite, per ottenere i provvedimenti atti a garantire l'efficacia o la fruttuosità della decisione di merito.

Il legame sussistente tra la tutela tipica e quella atipica può valutarsi in base a due elementi concorrenti: da un lato al diritto oggetto di tutela, dall'altro al tipo di pregiudizio che ogni provvedimento cautelare mira a prevenire.

Di conseguenza tale rapporto di sussidiarietà non si deve risolvere in un rapporto di esclusione poiché in tal modo non si potrebbero cogliere appieno le potenzialità applicative della tutela urgente, costruita dal legislatore come strumento utile non solo quando non esistano misure nominate ma anche quando tali misure non appaiano efficaci.

In questo senso si è prima detto che la tutela cautelare d'urgenza svolga una funzione integratrice delle forme di tutela cautelare per consentire il soddisfacimento del bisogno di protezione cautelare quando la disciplina delle misure nominate sia lacunosa oppure di scarsa efficacia.

Ciò nonostante il suddetto meccanismo evita di ampliare troppo l'ambito della sua applicazione poichè il ricorso alla tutela cautelare generale deve pur sempre avvenire nel rispetto delle rigorose condizioni previste dall'art. 700 c.p.c.

Se, da un lato, si ammette che il ricorso al provvedimento atipico sia possibile solo in mancanza di misure cautelari nominate, dall'altro, nel momento in cui le necessità della tutela urgente sono soddisfatte tramite specifici strumenti non cautelari, l'utilizzo di questo tipo di procedimento non potrà sussistere per il venir meno dell' "*interesse ad avvalersi dell'azione generale di cautela, essendo offerto dall'ordinamento altro e specifico rimedio.*"

Da un altro punto di vista, in questi casi, viene meno la stessa irreparabilità del pregiudizio lamentato se è vero che essa sussiste quando il titolare del diritto non possa in altro modo soddisfare il proprio interesse"¹⁴.

Di conseguenza, quindi, se il pericolo è tipico vi corrisponderà una tutela cautelare tipica ma qualora il primo fosse invece divergente da quanto statuito dal legislatore, il giudice potrebbe consentire l'adozione di un provvedimento d'urgenza.

È possibile considerare, anche sotto il profilo temporale, i rapporti tra provvedimenti cautelari urgenti e provvedimenti cautelari nominati: alcuni tra questi ultimi, a differenza delle misure *ex art. 700 c.p.c.*, possono essere concessi dal giudice unicamente qualora il giudizio di merito sia pendente e mai *ante causam*.

Dottrina e giurisprudenza sono risultate concordi nell'ammettere che si ricorra *ante causam* al provvedimento cautelare d'urgenza una volta ravvisata la impossibilità di evitare il pregiudizio temuto mediante uno dei provvedimenti nominati che devono essere necessariamente pronunciati in corso di causa.

Nel caso in cui al giudice sia richiesta l'adozione di un provvedimento cautelare tipico, predeterminato dal legislatore nel suo contenuto, la relativa discrezionalità risulta limitata: per concederlo l'organo competente dovrà valutare unicamente la sussistenza dei presupposti a tal fine previsti dalla legge.

"Fuori dei casi regolati dalle precedenti sezioni di questo capo" è un inciso volto ad attribuire alla disposizione *ex art. 700 c.p.c.* un carattere residuale, essendo una norma di chiusura del sistema cautelare, così circoscrivendo l'ambito di applicazione della suddetta disposizione alle fattispecie in cui eventuali altri provvedimenti disciplinati dal codice di rito non potrebbero essere utilmente concessi.

Proprio per questo la "sussidiarietà" è una delle caratteristiche che connotano la misura cautelare d'urgenza.

¹⁴ F. TOMMASEO, voce: "*Provvedimenti di urgenza*", in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 867.

L'espressione che ricorre nel testo stesso dell'art. 700 c.p.c. "*al di fuori dei casi previsti*", nonostante alcune incertezze nei primi anni di vigenza del codice, è stata intesa dalla dottrina in modo estensivo, fino a comprendere il diritto tutelato e il pregiudizio alla cui prevenzione sono predisposti i provvedimenti cautelari.

Dalla lettera dell'art. 700 si evince quale sia l'elemento qualificante che caratterizza le misure innominate rispetto alle altre tipiche: dato che i diritti tutelabili dalle prime non sono predeterminati *ex lege*, il giudice ha in tal ambito una discrezionalità notevole, seppure limitata variamente, specie ad opera della dottrina, che precisa i limiti di applicazione del provvedimento d'urgenza.

Il rapporto rispetto agli altri provvedimenti cautelari, solo citati in apertura dell'art. 700 c.p.c., con il riferimento alle "*precedenti sezioni*" del Capo III, prevede che i provvedimenti d'urgenza intervengano laddove non vi sia tutela cautelare tipica.

Se fosse violata la regola della sussidiarietà, il rigore delle conseguenze scaturenti sarebbe però temperato dalla possibilità, ravvisata a livello giurisprudenziale, che il giudice corregga la qualificazione del ricorrente relativa all'azione cautelare proposta, applicando così il principio *iura novit curia*.

Quanto invece alle condizioni di ammissibilità, differentemente rispetto agli altri provvedimenti cautelari tipici, si ammette la cautela urgente solo se il *periculum in mora* sia imminente e potenzialmente configurato in modo tale da provocare un "pregiudizio irreparabile".

Non sono disciplinati nell'ambito del codice di procedura civile attuale numerosi altri provvedimenti cautelari, denominati per questo "estravaganti": esempi in tal senso sono "*il sequestro giudiziario e conservativo di cui agli artt. 682 ss. e 1074 cod.della navigazione; la descrizione, il sequestro e l'inibitoria previsti dagli artt. 128,129,131 del Codice della proprietà industriale*"¹⁵.

A tal proposito la dottrina ha affrontato e risolto negativamente il problema di verificare l'ammissibilità del provvedimento d'urgenza per fattispecie già disciplinate dai provvedimenti cautelari tipici "estravaganti".

Il contrasto di questo unanime orientamento con la lettera dell'art. 700 c.p.c. ("*Fuori dei casi previsti dalle precedenti sezioni di questo capo...*") è solo apparente poiché, anche se non si è esplicitamente vietato l'utilizzo della misura d'urgenza in presenza di "altri provvedimenti cautelari non previsti dal codice di rito", il legislatore probabilmente *minus dixit quam voluit*.

In base alla sentenza della Cass.Civ., Sez. II, 15 giugno 1999, n. 5925 si deve verificare se in astratto (e quindi indipendentemente dalle ragioni che in concreto ostano all'esercizio dell'azione o

¹⁵ L. DITTRICH, *Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in (a cura di) G. TARZIA e A. SALETTI, *Il processo cautelare*, Padova, 2008, p. 254.

la rendono infondata nel merito) l'ordinamento appresti una forma di tutela tipica tale da consentire il conseguimento, in via d'urgenza, della tutela innominata prevista dal codice di rito.

È esclusivamente del giudice il compito di qualificare il rapporto su cui la domanda sia fondata e l'istanza volta a richiedere la concessione di un provvedimento d'urgenza sulla base del presupposto di un *periculum* temuto porta a instaurare la procedura *ex artt. 688 ss. c.p.c.* anche qualora la parte abbia avanzato tale istanza a norma dell'art. 700 c.p.c.

Con riferimento alla natura giuridica, non si registrano differenze tra i provvedimenti di cui agli artt. 688 ss. c.p.c da un lato e all'art. 700 c.p.c. dall'altro: entrambe tali tipologie di istituti sono volte alla stessa funzione giurisdizionale di carattere cautelare per evitare che un evento qualificato come possibile o probabile possa pregiudicare irrimediabilmente interessi che il diritto tutela.

Il giudice deve e può concedere provvedimenti che siano previsti dalle norme di legge qualora nelle circostanze e nei fatti prospettati dalla parte sussistano con evidenza gli estremi collegati dal legislatore all'emanazione di una determinata misura tipica, a nulla valendo la richiesta di un provvedimento *ex art. 700 c.p.c.*

L'atipicità dell'istituto in esame permette di configurarlo come uno strumento cui il legislatore affida l'effettività stessa della tutela giurisdizionale quando la parte abbia fondato motivo di temere che, durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, quest'ultimo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile.

Tale collegamento strumentale, presentato attraverso l'esigenza di attuare il principio d'effettività della giurisdizione, mostra che l'ambito oggettivo di applicazione dei provvedimenti d'urgenza debba essere identico a quello della tutela giurisdizionale di cognizione, ossia alla via ordinaria di tutela dei diritti soggettivi.

È possibile dunque affermare non solo che le misure cautelari d'urgenza possano essere previste indistintamente per tutti i diritti soggettivi, di qualunque natura, ma anche che siano strumentali a tutte le forme di tutela giurisdizionale "in via ordinaria", senza farne dipendere l'ammissibilità dalla tipologia di azione di cognizione cui risultano connesse.

3. La rilevanza della tutela cautelare nella prospettiva costituzionale. Breve confronto con le esperienze europee dei sistemi processuali tedesco e francese.

Il giurista A.PROTO PISANI nel 1985 ha pubblicato un articolo finalizzato a conferire rilevanza costituzionale al principio chiovendiano "*secondo cui la durata del processo non deve andare a*

danno dell'attore che ha ragione”¹⁶, enunciato per la prima volta in Italia partendo dall’analisi della *ratio* di istituti e norme vari ed eterogenei all’interno dei codici civile e di procedura civile, seguendo indicazioni in tal senso da parte della dottrina tedesca.

Tale principio, da intendersi quale “aspirazione di opportunità”, è stato dapprima posto genericamente a fondamento della tutela cautelare considerata in senso ampio e poi ha trovato la sua massima esplicazione, sotto il profilo della legislazione ordinaria, proprio nell’art. 700 c.p.c.

In Costituzione non è previsto uno specifico modello di tutela giurisdizionale e quindi disciplinare la materia spetta al legislatore ordinario, che è stato esplicito nel circoscrivere tale ambito.

In mancanza di indicazioni legislative sarà l’interprete a verificare se la misura cautelare adottata presenti le caratteristiche proprie della tutela giurisdizionale consentita dall’ordinamento e se queste siano tali da renderla ammissibile.

Nonostante si sia accennato all’assenza nella Carta fondamentale di regole processuali specificamente cautelari in tema di tutela giurisdizionale, i principi costituzionali influiscono direttamente sulle scelte del legislatore: sono considerati necessari il diritto di agire in giudizio e l’effettività della tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi (art. 24 Cost.), quest’ultima connessa a una concezione unitaria dei rapporti tra diritto sostanziale e diritto processuale, derivante dal fatto che la tutela giurisdizionale sia indispensabile per attuare il diritto sostanziale, a sua volta imprescindibile e ulteriore passaggio rispetto al semplice riconoscimento di una posizione soggettiva.

Nei confronti dei cosiddetti “diritti fondamentali” il nostro ordinamento non ha approntato una tutela differenziata, come è invece tipico nel sistema di altri Paesi e, conseguentemente, rinviare alla tutela d’urgenza è apparso decisivo per assicurare una protezione giurisdizionale effettiva.

M.CAPPELLETTI ha tracciato una evoluzione per le norme costituzionali, nella percezione di quelli che risultano essere i valori protetti e la loro “graduazione”.

*“La griglia dei principi fondamentali che troviamo nel testo della Costituzione è quindi irrinunciabile punto di riferimento per orientare legislatore, giurisprudenza e dottrina nell’opera di costruzione, applicazione e interpretazione della disciplina del processo civile, un’opera che deve essere, nel suo insieme, costituzionalmente orientata per dare alle parti quello che viene chiamato ‘il dovuto processo legale’”*¹⁷.

¹⁶ A. PROTO PISANI, *Rilevanza costituzionale del principio secondo cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione*, in *Foro it.*, 1985, II, p. 1884.

¹⁷ F. TOMMASEO, *Il fondamento costituzionale della tutela cautelare*, in *STUDI IN ONORE DI CARMINE PUNZI*, Torino, 2008, pp. 415-416.

È stata la crisi della giustizia ad attribuire rilevanza centrale al principio di effettività, ormai divenuto scopo da raggiungere e misura di confronto per valutare l'idoneità del sistema processuale a permettere un pieno esercizio, da parte di ogni cittadino, dei poteri costituzionalmente garantiti di agire e di difendersi in giudizio.

Il suddetto principio di effettività è stato definito quale "super principio" con radici nella riflessione chiovendiana le cui caratteristiche fondamentali, grazie al testo costituzionale, hanno ricevuto un riconoscimento definitivo e una affermazione all'interno, e non solo, del sistema processuale civile. La motivazione al diffondersi della tutela cautelare come correttivo del sistema è riscontrabile nell'esasperante durata dei processi che ha portato a cercare forme alternative di composizione delle controversie.

La gravità di tale situazione fu confermata da varie sentenze della Corte di Strasburgo con cui l'Italia è stata condannata per aver violato la norma *ex art. 6 par.1* della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, laddove tale disposizione stabilisce il diritto di ogni persona "a che la sua causa sia esaminata [...] entro un termine ragionevole". Dopo che la Legge costituzionale 23 novembre 1999 n. 2 ha riscritto l'art. 111 della nostra Carta fondamentale, "costituzionalizzando" il diritto alla "ragionevole durata" del processo, è stata prevista un'equa riparazione per la violazione di tale diritto nell'ambito della legge 24 marzo 2001, n.89 (cosiddetta "Legge Pinto").

L'attenzione verso i provvedimenti d'urgenza, in modo particolare, è scaturita dalla cultura dell'emergenza nata a fronte degli effetti negativi causati proprio dalla durata dei giudizi civili di cognizione e che ha permesso a tali misure di acquisire un ruolo di sempre maggior rilievo. Nell'evoluzione di tale rinnovato interesse, il primo passaggio risale al periodo compreso tra gli Anni '70 e '80, in cui si sono potuti registrare, specialmente nel campo delle controversie con la Pubblica Amministrazione, un notevole incremento della domanda di giustizia, significativi sviluppi e interessanti aperture per una protezione più adeguata a favore del cittadino.

*"Fatta eccezione per i provvedimenti interdittali e quasi-possessori, la tutela cautelare non era in origine al servizio dell'urgenza a provvedere, bensì strumento di processi la cui durata era fisiologica"*¹⁸; nonostante ciò il requisito dell'urgenza è stato ritenuto essenziale per la concessione della tutela cautelare.

Solo in un secondo momento i provvedimenti cautelari hanno assunto forme anticipatorie che avevano avuto grande fortuna applicativa con la giurisprudenza pretorile degli Anni '60 e che poi hanno ricevuto compiuta sistemazione e disciplina attraverso le riforme della tutela cautelare sulla

¹⁸ F. TOMMASEO, *Il fondamento costituzionale della tutela cautelare*, in STUDI IN ONORE DI CARMINE PUNZI, Torino, 2008, p. 409.

possibilità o meno di instaurare il giudizio di merito dopo la emanazione di un provvedimento d'urgenza o comunque di una misura che anticipasse gli effetti della sentenza di merito.

Sono state quindi poste le basi per un uso alternativo della tutela cautelare.

La Corte di Giustizia comunitaria ha ritenuto di poter annoverare, tra le misure cautelari in senso proprio, solo quelle dal carattere provvisorio emanate sulla base del presupposto dell'urgenza inteso come rischio, sempre provato dal ricorrente, di un imminente danno grave e irreparabile.

Nell'esperienza giuridica comunitaria, con riferimento a tale ultima nozione di danno, un pericolo di pregiudizio assume la connotazione della irreparabilità qualora, verificandosi, non vi si possa rimediare tramite indennizzo *a posteriori* o quando, in mancanza del provvedimento cautelare, la situazione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio potrebbe essere compromessa in modo irreversibile anche ad opera della decisione di merito.

Quanto appena esposto assume particolare rilievo nel caso in cui il ricorrente deduca, per mancata concessione della richiesta misura, il pericolo di subire un pregiudizio di natura esclusivamente pecuniaria, considerato che il denaro sia un bene sostanzialmente fungibile: situazione piuttosto frequente dato che il danno pecuniario è oggetto tipico del processo comunitario, nel cui ambito risulta spesso allegato.

La tutela cautelare rientra in quel generale principio del processo in virtù del quale, al termine di quest'ultimo, la parte costretta a rivolgersi al giudice deve essere posta, se ha avuto ragione, nella stessa situazione in cui si sarebbe trovata se non avesse dovuto ricorrere all'intervento giurisdizionale. Lo stesso principio vale, ovviamente, anche per la parte nei cui confronti sia stata infondatamente attuata la tutela richiesta.

L'esatto soddisfacimento della prestazione dovuta è il fine precipuo della politica legislativa che governa il traffico giuridico, senza che la prestazione debba essere necessariamente coercibile.

L'ordinamento italiano ovviamente impedisce al soggetto che abbia ragione di procedere unilateralmente alla propria tutela e offre invece la possibilità di richiedere tutela giurisdizionale ai sensi del prima citato art. 24 Cost.

Tassello indispensabile a tal fine appare proprio la tutela cautelare generalizzata: tutta una serie di norme è stata dichiarata incostituzionale perché non prevedeva adeguate forme di tutela cautelare. Con specifico riferimento all'art. 700 del codice di rito, si deve ricordare l'ordinanza del Pretore di Genova del 18 novembre 1977, che ha sanzionato la suddetta disposizione laddove non prevedeva *“la possibilità di tutelare in via d'urgenza ‘diritti derivanti da norme costituzionali ed elisi da norme di legge ordinaria’ in violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale ex art*

24 *Cost*¹⁹. Nonostante ciò la Corte non ha inteso seguire l'impostazione dell'ordinanza accennata giudicando irrilevante la questione di costituzionalità riferita all'art. 700 c.p.c.

L'applicazione delle misure d'urgenza per conferire effettività alla tutela giurisdizionale non è confliggente con la struttura e la funzione delle prime ma anzi, data la mancata introduzione nel nostro ordinamento del controllo costituzionale "diffuso", si esalterebbe così il ruolo del giudice dell'urgenza che deve individuare il criterio normativo per disciplinare il rapporto in pendenza del giudizio di merito.

La tutela cautelare è divenuta, quindi, componente essenziale e ineliminabile della tutela giurisdizionale che, altrimenti, sarebbe lesa irrimediabilmente nella sua efficienza e si porrebbe in contrasto a quanto postulato in Costituzione.

Tale realtà, oggi indiscussa, non è stata immediatamente percepita se solo si pensa che la Corte Costituzionale, ancora all'inizio degli Anni Ottanta, più volte aveva affermato che la mancanza di potestà cautelare non avrebbe rilevato sul piano della legittimità costituzionale.

A tal proposito è possibile richiamare la sentenza, in ambito tributario, n. 63 del 1 aprile 1982, molto criticata dalla dottrina, che presenta aspetti di grande interesse quanto al fondamento costituzionale della tutela cautelare: il giudice costituzionale ha ivi negato che un potere di cautela potesse sussistere senza avere il proprio fondamento in un'espressa previsione di legge e che la potestà cautelare costituisca una componente essenziale della tutela giurisdizionale *ex artt. 24 e 113 Cost.*, in quanto parlare di "effettività della tutela" non significava "*necessariamente*" anticipazione delle conseguenze di una pronuncia (solo eventualmente) favorevole ma che, invece, la pretesa fatta valere in giudizio avrebbe dovuto, se fondata, trovare concreta soddisfazione.

Il giudizio cautelare è solo una fase eventuale causata dall'eccessiva durata del processo di merito che potrebbe ledere l'utilità effettiva della decisione. Non ricorrendo, invece, gli estremi del *periculum in mora* si attenderà il termine del processo di merito senza rischiare la pronuncia di una misura cautelare che comunque sarebbe lacunosa sul piano del diritto di difesa, come rilevava P.CALAMANDREI.

Le critiche nei confronti della sentenza suddetta erano state causate dalla sottovalutazione delle diverse forme in cui si sarebbe potuto presentare il *periculum in mora* ma anche per la ingiustificata sopravvalutazione delle effettive misure alternative a una tutela cautelare giurisdizionale nel sistema tributario.

¹⁹ M. MAGIONCALDA, *Incidente di costituzionalità e procedimento d'urgenza: un problema ancora aperto*, in (a cura di) P. COSTANZO, *Percorsi attuali della giustizia costituzionale*, Milano, 1995, p. 107; Pret. Genova, 18 novembre 1977, in *Giur. cost.*, 1978, II, pp. 139 ss.

Si è voluto ravvisare nell'uso del termine “*necessariamente*”, all'interno del testo della sentenza, l'intenzione della Corte di sottolineare che, a volte, l'attuazione di una misura cautelare non sia essenziale e che, di conseguenza, pur non sussistendo il relativo provvedimento provvisorio, il cittadino si consideri comunque adeguatamente tutelato attraverso la pronuncia di merito.

E' soltanto con la storica sentenza costituzionale n. 190 del 1985 che si è registrata una radicale inversione di rotta nella giurisprudenza della Consulta e proprio a partire da quel momento la tutela cautelare ha assunto, progressivamente, un ruolo essenziale nella prospettiva dell'effettività della tutela giurisdizionale, trovando fondamento in una norma non scritta del diritto processuale comune.

Di tale tutela l'art. 700 c.p.c. costituisce una specifica applicazione nell'ambito del processo civile secondo le regole positive che il legislatore ha dettato.

In relazione al circoscritto ambito delle controversie su diritti soggettivi in regime di giurisdizione esclusiva fu dichiarato illegittimo sul piano costituzionale l'originario testo dell'art. 2 della Legge 6 dicembre 1971 n. 1034 laddove non consentiva al giudice amministrativo di adottare provvedimenti innominati per concedere al ricorrente che ne avesse fatto richiesta forme di tutela interinale identiche, per funzione e contenuto, a quelle che avrebbe potuto ottenere dal giudice civile: la sentenza n. 190 ha affermato che i provvedimenti d'urgenza fossero un istituto di portata generale applicabile anche in processi diversi da quello civile, nonostante le profonde differenze.

E' evidente la solidità della copertura costituzionale prevista per la tutela cautelare atipica ma tale assunto si fonda non sulla concretizzazione dell'art. 24 c.1 Cost. ma “sulla ‘direttiva di razionalità tutelata dall'art 3, c.2 Cost.’”²⁰, permettendo che il principio chiovendiano richiamato inizialmente, a favore della posizione dell'attore che abbia ragione, possa intendersi quale valore costituzionalmente protetto e principio generale desumibile dalla legislazione ordinaria sul processo civile e quindi immediatamente attivabile.

Nell'ambito della sentenza costituzionale del 1985 non fu prevista anche la possibilità di una tutela cautelare *ante causam*, che poi tra l'altro fu discussa davanti alla Corte di Giustizia comunitaria per verificare se il sistema italiano fosse compatibile con l'art. 2, comma primo lett. a) della direttiva generale ricorsi 21.12.1989, n. 665 CEE, che obbliga tutti gli Stati membri a garantire che l'autorità nazionale investita delle relative controversie possa adottare, in via d'urgenza, i provvedimenti provvisori per riparare un danno subito e per impedire che siano causati altri danni agli interessi coinvolti. La dottrina fu favorevole a tale decisione dato che da tempo si auspicava l'introduzione di una tutela cautelare *ante causam* nel processo amministrativo; inoltre, grazie ad essa, nel 2006 fu

²⁰ A. PROTO PISANI, *Rilevanza costituzionale del principio secondo cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione*, (nota adesiva a Corte cost., sentenza 28 giugno 1985, n. 190), in Foro it., 1985, I, p. 1884.

emanato il D.lgs. n. 163, denominato “Codice degli appalti”, con cui il sistema italiano si è adeguato, almeno nel relativo settore degli appalti pubblici, a quanto statuito dalla Corte di Giustizia.

Si è già accennato al fatto che la sentenza n. 190 escludesse la tutela *ante causam*, poi inserita nel giudizio amministrativo, non ricorrendo invece l’argomento della Corte Costituzionale secondo cui la suddetta limitazione fosse legittimata dal carattere celere ed efficiente dell’accesso alla giurisdizione amministrativa, addirittura tale da impedire a priori una eventuale richiesta di tutela cautelare *ante causam*.

In Costituzione non esiste riferimento, nemmeno indiretto, alla tutela cautelare ma è vero che tale testo fondamentale non prescrive forme di tutela giurisdizionale specifiche e che raramente sono presenti al suo interno norme immediatamente precettive atte a costruire la disciplina del processo civile.

Il diritto di azione, che la Costituzione garantisce, ha la finalità di instaurare un processo connotato da una durata ragionevole e volto a tutelare in via effettiva la parte istante senza al contempo escludere l’eventualità di accedere alla tutela ordinaria cognitiva per poi approdare alla situazione di certezza propria del giudicato.

Precedentemente alla riforma del 2005 il reclamo, ora consentito avverso l’ordinanza sia di accoglimento che di rigetto della richiesta di provvedimento cautelare, non era previsto in quest’ultimo caso e nemmeno nei confronti dei decreti *inaudita altera parte*. Tuttavia la Corte Costituzionale, già nella sentenza n. 253 del 1994, aveva dichiarato la illegittimità costituzionale dell’ art. 669 *terdecies* nella parte in cui non era prevista tale forma di impugnazione anche contro, appunto, il provvedimento di rigetto della domanda cautelare, basandosi sul principio di parità di posizioni tra le parti verso cui le stesse norme costituzionali orientano.

Il principio appena menzionato prospetta un contemperamento tra l’attuazione della tutela cautelare, a favore del ricorrente, e la necessaria protezione nei confronti dell’intimato, che può essere soddisfatta attraverso uno strumento di riequilibrio quale la cauzione per l’eventuale risarcimento dei danni. Pertanto si dovranno contemperare da un lato la concessione e la attuazione della misura cautelare a favore del ricorrente e, dall’altro, le esigenze di protezione nei confronti dell’intimato che, nonostante la richiesta avanzata dalla controparte, non dovrà a sua volta subire un danno irreparabile.

Mentre, da un lato, la concessione del reclamo avverso il provvedimento di accoglimento della richiesta di misura cautelare permetteva, in favore della parte interessata, il controllo di un giudice diverso dal primo al riguardo, dall’altro l’aver limitato tale strumento a uno solo dei protagonisti del

processo comportava “una amputazione” del diritto di difesa a danno della parte lesa dall’aver inutilmente chiesto il provvedimento cautelare.

Per tutelare il diritto di difesa è necessario rispettare il principio del contraddittorio, regola positiva immediatamente precettiva ai sensi dell’art. 24 Cost., derogabile solo per valide ragioni giustificative.

Con sentenza n. 144 del 16 maggio 2008, la Corte Costituzionale ha dichiarato la incostituzionalità dell’art. 669 *quaterdecies* nella parte in cui non prevedeva la reclamabilità del provvedimento di rigetto dell’istanza per l’assunzione preventiva dei mezzi di prova *ex* artt. 692 e 696 c.p.c., assumendosi violati gli artt. 3, 24 e 111 Cost. e quindi il principio di uguaglianza, il diritto di difesa e il diritto a un giusto processo.

Attraverso le norme costituzionali, alla luce del principio di effettività, ricaviamo che gli strumenti di tutela con funzione cautelare siano necessari ma anche che la struttura formale del procedimento si debba adeguare ai principi del giusto processo di cui all’art. 111 appena accennato del testo fondamentale.

Dunque occorre una disciplina processuale dei provvedimenti cautelari per garantire i requisiti minimi previsti agli artt. 3 e 24 della Carta fondamentale su contraddittorio, obbligo di motivazione e posizione di parità tra le parti nell’esercizio dei diritti di cui sono titolari.

Nella motivazione della sentenza n. 253 del 1994 è stato precisato che la possibilità a disposizione degli interessati di utilizzare misure cautelari si riferisca al più volte menzionato principio per cui “*la durata del processo non deve andare a danno dell’attore che ha ragione*” e che all’interno di un processo civile il principio di uguaglianza *ex* art. 3, c.1 Cost. comporti anche un piano di paralleli doveri e oneri processuali tra le parti coinvolte. La Corte ha inoltre affermato che tale equivalenza nell’attribuzione dei mezzi processuali sia necessariamente connessa al diritto di azione e di difesa di cui all’art. 24 Cost., che sempre dovranno essere garantiti per evitare pregiudizi alle parti.

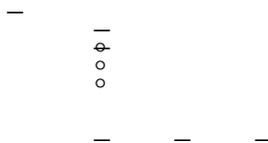
Come ancora rilevato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 122 del 1970 “*l’articolo 700, proprio a causa della genericità dei poteri che conferisce al giudice, incontra tutti i limiti desumibili da una sua interpretazione del sistema vigente e –come esattamente pone in rilievo la difesa dello Stato- non consente, quindi, che siano adottate misure che risultino vietate da altre norme dell’ordinamento: a maggior ragione se si tratti di norme di rango costituzionale*”²¹.

Il giudice, cui spetta eventualmente l’emanazione di un provvedimento d’urgenza, dovrà rispettare limiti sia di natura processuale che sostanziale concretizzati nei principi della libertà della persona *ex* art. 13 c.2, della libertà di domicilio *ex* art. 14, della libertà di circolazione e di soggiorno *ex* art.

²¹ C.Cost. 9 luglio 1970, n. 122, in <http://www.giurcost.org/decisioni/1970/0122s-70.html>.

16 e della libertà di stampa di cui all'art. 21 c.2. Cost e infine nel principio del contraddittorio, impedendo quindi che tali misure siano previste contro soggetti non partecipanti al procedimento sommario.

Le menzionate cautele saranno legittimate qualora il ricorrente intenda richiedere cautela per un diritto soggettivo e il comportamento illegittimo della sua controparte minacci in concreto un pregiudizio imminente e irreparabile.



Analogamente a quanto accade nell'ambito dell'ordinamento processuale italiano, anche nella prospettiva del sistema comunitario devono sussistere, cumulativamente, i due presupposti del *periculum in mora* e del *fumus boni iuris* perché sia accolto un ricorso cautelare.

Un ulteriore requisito da considerare è quello “*della prevalenza dell'interesse del richiedente rispetto ad altri interessi rilevanti nella specie, secondo il criterio del bilanciamento degli interessi in gioco, frutto di elaborazione giurisprudenziale*”²². Pertanto, il giudice comunitario effettuerà una valutazione comparativa tra l'interesse del richiedente e quello della controparte o dei soggetti terzi, per evitare pregiudizi arrecati dalla attuazione della misura cautelare.

La tutela cautelare non gode, quindi, unicamente di copertura costituzionale ma anche di una speculare attenzione da parte della giurisprudenza comunitaria.

Assicurare al cittadino la effettività della tutela giurisdizionale è uno degli obiettivi fondamentali di ogni sistema giuridico, così come riportato nella sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee del 19 giugno 1990, c. 213/89, *House of Lords v. Factortame*, in cui è stato elaborato il principio in base al quale il giudice nazionale disapplica le regole interne di ostacolo alla concessione di misure cautelari a tutela di diritti fondati su norme comunitarie.

Per l'affermazione, nella giurisprudenza comunitaria, del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva quale espressione di un principio generale di diritto desumibile dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, il necessario riferimento è agli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, in vigore dal 3 settembre 1953.

Il primo dei citati articoli stabilisce che chiunque ha diritto a una soluzione per la propria causa in un tempo ragionevole in quanto, altrimenti, si determinerebbe una rilevante influenza nella valutazione di ogni forma di tutela giurisdizionale.

²² M. CONDINANZI e R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, p. 450.

Tale disposizione ha un duplice valore: in primo luogo, il termine per giungere all'esito della controversia dev'essere congruo e quindi non oltrepassare certi limiti, a meno che non si sia in presenza di particolari difficoltà; da un altro punto di vista, sono predisposte misure provvisorie proprio per evitare il prodursi di eventuali pregiudizi legati al fattore tempo.

In base alla seconda norma citata, l'art. 13 CEDU, si prevede che *“Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale [..]”*.

Riferimento al “ricorso effettivo” e al “termine ragionevole” si ha anche *ex art. 47* della Carta di Nizza, la quale racchiude i diritti fondamentali dell'Unione Europea e che è stata solennemente proclamata prima nel 2000 a Nizza e successivamente a Strasburgo nel 2007.

La caratteristica dell'accessorietà sussistente tra la tutela cautelare e quella di merito, nel processo comunitario, implica che il giudice della tutela cautelare, prima di decidere, debba necessariamente considerare gli eventuali motivi di irricevibilità del ricorso principale.

Di conseguenza, in tale ambito, i limiti del diritto di accesso al giudice possono incidere notevolmente anche sulla possibilità per i singoli di ottenere tutela cautelare.

Nei casi in cui venga in rilievo il diritto comunitario e un giudice nazionale sia davanti alla prospettiva di accogliere la richiesta di misura cautelare a fronte della quale dovrebbe disapplicare provvisoriamente norme interne a favore di quelle comunitarie, la Corte evidenzia il dovere di quest'ultimo di concedere la tutela richiesta secondo le norme processuali interne, con ciò affermando la sussistenza del principio di autonomia processuale degli Stati membri, temperato dal tradizionale limite dell'effetto utile del diritto comunitario.

Invece nel caso in cui i giudici nazionali fossero davanti alla alternativa tra concedere o meno tutela cautelare disapplicando un atto interno emanato in attuazione di una norma comunitaria apparentemente illegittima, la Corte si è espressa in senso negativo: in tal caso la concessione di provvedimenti cautelari richiede, in primo luogo, che sussistano gli stessi presupposti per la concessione di una misura cautelare nel processo comunitario e, inoltre, che il cosiddetto *“fumus boni iuris”* si concreti necessariamente in seri dubbi sulla validità della norma da disapplicare e, in relazione al bilanciamento degli interessi, che la concessione della misura cautelare non debba essere tale da compromettere l'effettività del diritto comunitario.

Conclusivamente la Corte ha inteso soprattutto tutelare il principio del primato del diritto comunitario su quello interno e solo in secondo luogo assicurare invece una effettiva tutela giurisdizionale ai singoli.

Prendendo in considerazione la situazione inversa, cioè il caso in cui sia il diritto comunitario a ledere le posizioni giuridiche soggettive individuali, con le decisioni *Zuckerfabrik* e *Atlanta* la Corte

di Giustizia ha stabilito limiti tanto restrittivi per la tutela cautelare da rendere in concreto impossibile ai giudici nazionali di accordarla.

Confrontando il potere del giudice italiano di emanare provvedimenti di urgenza e il generale potere di cautela invece attribuito al giudice tedesco per concedere le misure provvisorie *einstweilige Verfügungen*, di cui al par. 935 ZPO (*Zivilprozessordnung*), si avverte con assoluta immediatezza la limitazione imposta dai nostri *conditores legum* nel formulare l'art. 700 c.p.c.²³

E' possibile registrare, nell'ambito dell'esperienza giuridica tedesca, relativamente alla tutela cautelare, una evoluzione in funzione anticipatoria e analoga, per certi aspetti, a quanto avvenuto in Italia.

Oltre alla misura dell'*Arrest*²⁴, vale a dire il sequestro conservativo, disciplinato dai parr. 916-934 Z.P.O., sono i provvedimenti interinali, *einstweilige Verfügungen*, ad avere ormai un'applicazione assai ampia²⁵, disposti in base all'idoneità a garantire l'effettivo esercizio dei diritti delle parti minacciati o posti in pericolo dal comportamento altrui, a discrezione della Corte (*das Gericht*) o, in casi di particolare urgenza, del *Amtsgericht*.

Attraverso tali provvedimenti il giudice possiede, come prima accennato, un potere cautelare generale che gli consente di emanare provvedimenti volti ad assicurare, conservativamente, l'oggetto della situazione cautelanda nel caso non possa concedersi l'*Arrest* e anche per regolare una situazione di fatto provvisoriamente e con funzione cautelare.

L'ordinamento processuale germanico, quindi, permette al giudice civile di intervenire conservativamente ogni volta sia ipotizzabile che una situazione soggettiva favorevole, in astratto, possa essere irrimediabilmente travolta oppure che l'evolversi della situazione di fatto possa poi rendere estremamente improbabile o difficoltosa la realizzazione della situazione giuridica favorevole²⁶.

²³ Sul punto vedi le corrette considerazioni di L. QUERZOLA, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, Bologna, 2006, p. 83.

²⁴ W. GRUNSKY, voce: "*Processo civile (Germania)*", in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XV, 1997, p. 163, parla di "due tipi di procedimenti cautelari: il primo a tutela di un credito pecuniario o di un diritto che può essere trasformato in un credito pecuniario, termina con un provvedimento di sequestro (parr. 916-934 ZPO); ed il procedimento per provvedimento d'urgenza (parr. 935- 944 ZPO). Tra i due non vi sono profonde differenze, come si può già rilevare dalla considerazione che nel procedimento per provvedimento d'urgenza si applicano le stesse disposizioni del procedimento per sequestro (par. 936 ZPO)"; così anche R. CAPONI, *La tutela cautelare nel processo civile tedesco*, in (a cura di) S. PATTI, *Annuario di diritto tedesco*, Milano, 1998, p. 322.

²⁵ Vedi R. CAPONI, *La tutela cautelare nel processo civile tedesco*, in (a cura di) S. PATTI, *Annuario di diritto tedesco*, Milano, 1998, p. 345.

²⁶ Il § 935 ZPO recita: "Einstweilige Verfügung bezüglich Streitgegenstand Einstweilige Verfügungen in Bezug auf den Streitgegenstand sind zulässig, wenn zu besorgen ist, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechts einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte".

Quanto ai presupposti per il rilascio delle *einstweilige Verfügungen*, è possibile registrare una analogia rispetto a quanto previsto per i provvedimenti cautelari in Italia: si deve accertare la probabile esistenza del diritto del ricorrente (*Verfügungsanspruch*) e anche il *periculum in mora* (*Verfügungsansgrund*), i quali non necessariamente dovranno essere “provati” bensì unicamente risultare “credibili”.

L’istituto delle *einstweilige Verfügungen* non presenta un nesso di strumentalità rigido in quanto la fase di merito avrà inizio entro un termine perentorio unicamente nel caso di una specifica richiesta in tal senso dalla parte al giudice.

La tutela cautelare nel processo tedesco si è sviluppata, come anche in Italia, in funzione satisfattiva delle pretese e garantisce, oggettivamente o secondo il giudizio delle parti, il diritto di difesa e di pervenire a una decisione giusta: in tal senso, addirittura, esiste una dichiarazione, che le parti redigono per iscritto, per sancire l’accordo relativo alla decisione, che sarebbe provvisoria in quanto emessa in sede cautelare, come fosse definitiva.

E’ evidente che il potere cautelare assegnato al giudice italiano in base all’art. 700 c.p.c. abbia un ambito più limitato e ristretto rispetto a quanto previsto per il giudice tedesco²⁷: infatti i nostri provvedimenti cautelari d’urgenza integrano il sistema cautelare solo dal punto di vista quantitativo, non qualitativo, consentendo al giudice di intervenire con misure atipiche per evitare un pregiudizio imminente e irreparabile.

Infine la riflessione sul ricorso alla tutela cautelare nell’esperienza tedesca, con le finalità appena descritte, è ancora più interessante considerando che l’ordinamento giuridico in questione è relativamente celere ed efficiente; in quanto tale, quindi, non sarà sicuramente motivato in tal senso dalle medesime problematiche che invece hanno spinto e ancora muovono il legislatore italiano. Quest’ultimo, nell’ambito delle recenti riforme processuali, si è ispirato soprattutto al modello del *référé* francese disciplinato in via generale e nei suoi tratti essenziali nel primo Libro del *Nouveau code de procédure civile* (N.c.p.c.), Titolo quattordicesimo, agli artt. 484 – 492, attraverso norme applicabili, almeno in linea tendenziale, a tutte le forme di giurisdizione, anche se da integrare con le disposizioni per i singoli *référé* di ogni giurisdizione.

²⁷ R. CAPONI, *La tutela cautelare nel processo civile tedesco*, cit., p. 316: “Alla controversia si arriva in Germania, di regola, al massimo dopo due anni. Sebbene la durata dei processi civili sia relativamente breve, se paragonata a quella italiana, si deve registrare negli ultimi decenni anche nella Repubblica Federale Tedesca un aumento dell’importanza pratica della tutela cautelare. In questo settore la giurisprudenza viene incontro alle necessità della prassi, anche nei casi in cui ciò sembrerebbe difficilmente conciliabile con le norme di diritto positivo. In settori notevoli, come ad esempio in quello del diritto della concorrenza, essa ha praticamente soppiantato il processo di cognizione”.

In modo particolare è il *référé classique* (o *référé en cas d'urgence*) a costituire l'istituto che più risulta simile al ricorso *ex art. 700 c.p.c.*, nonostante l'evidente diversità, per ruolo e limiti, in tema di "atipicità", tra il nostro art. 700 c.p.c. e il francese art. 808 N.c.p.c.

A esaltare la loro differente vocazione sono, da un lato, la collocazione sistematica che le disposizioni ricevono nei rispettivi contesti di tutela sommaria e, dall'altro, il loro diverso grado di tipizzazione normativa: il provvedimento cautelare d'urgenza italiano ha una funzione residuale e di chiusura mentre il *référé en cas d'urgence* è collocato in una disposizione di apertura della Sezione dedicata ai poteri presidenziali, priva sia di una definizione normativa dell'urgenza sia dell'indicazione dei parametri della sua rilevanza giuridica.

Il termine *référé* connota una procedura speciale sommaria che può essere concessa anche prima che il processo di merito sia instaurato, in tal modo ottenendo provvedimenti di natura assai eterogenea, caratterizzati da presupposti e finalità conservativi e cautelari, anticipatori e non cautelari, oppure paragonabili, nonostante le opportune e doverose differenze, ai nostri provvedimenti d'urgenza.

L'art. 808 N.c.p.c. ("*Dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend*") tramanda l'elemento che tradizionalmente caratterizza l'istituto del *référé classique*, cioè l'urgenza, e che comunque, pur costituendo il suo primo e imprescindibile presupposto, non esaurisce le condizioni cui è subordinata la concessione della misura. Queste ultime infatti sono, in alternativa, l'ipotesi della "assenza di contestazioni serie" o quella della "esistenza di una controversia".

Al momento della formulazione dell'art. 808 N.c.p.c., il legislatore francese del 1975 ha riproposto la atipicità dell'istituto senza normativamente individuare le situazioni sostanziali suscettibili di tutela, il tipo di *periculum* che la misura intendeva scongiurare e il contenuto di quest'ultima.

L'espressione "*tous les cas d'urgence*" è il punto di riferimento in forza del quale individuare l'ambito di applicazione della norma considerata: il *référé classique* può quindi essere utilizzato per tutte le materie in cui sia ravvisabile l'urgenza e per questo lo si può avvicinare più di altri, come prima accennato, al ricorso *ex art. 700* del codice di procedura civile italiano.

Oggetto dell'istituto di cui all'art. 808 N.c.p.c. sono sia i diritti assoluti che i diritti obbligatori mentre invece restano al di fuori le questioni interpretative e le limitazioni previste nell'ordinamento italiano ai sensi dell'art. 700 c.p.c., a partire dal carattere di irreparabilità del pregiudizio tipico di questa disposizione.

Con specifico riferimento ai diritti obbligatori è possibile sottolineare che questi possano essere di contenuto assai vario: il giudice interviene attraverso il *référé* di cui all'art. 808 N.c.p.c. nonostante

la presenza del *référé provision*, tipologia prevista per tutelare le obbligazioni pecuniarie o le obbligazioni implicanti un “fare”.

Gli ambiti di applicazione del *référé d’urgence* e del cosiddetto *référé de remise en état*, emanato per prevenire un danno imminente o per far cessare una turbativa manifestamente illecita, si possono sovrapporre “*per la vicinanza, rispetto all’urgenza, della nozione di dommage imminent, ovvero di trouble manifestement illicite assunti quali condizioni alternative di emissione della misura dall’articolo 809, comma 1, N.c.p.c.*”²⁸.

Il *référé classique* è utilizzato in una serie ampia ed eterogenea di fattispecie e ha contenuto anticipatorio o conservativo. La possibilità di anticipare il contenuto e gli effetti della sentenza di merito si presenta, però, in modo assai differente nei provvedimenti degli ordinamenti italiano e francese, probabilmente per via dei diversi presupposti, eccezion fatta per l’urgenza, cui entrambi tali provvedimenti risultano subordinati.

Il giudice italiano procede a verificare la verosimile fondatezza del diritto mentre per il giudice francese non è possibile, attraverso il *référé classique*, risolvere una questione di merito e valutare la attendibilità del diritto ma solo verificare la assenza di una seria contestazione.

Il giudice che deve pronunciarsi sul *référé* non può fondare il provvedimento sulla soluzione della controversia e nemmeno risolverla attraverso il provvedimento cautelare d’urgenza, poteri questi unicamente di competenza del giudice di merito.

Nell’ambito dell’ordinamento francese le misure provvisorie possono assumere un contenuto conservativo o anticipatorio, che può identificarsi con un istituto tipico o con una misura che il giudice stesso “crea” in relazione alle esigenze del caso concreto.

Il *référé* rappresenta la fonte principale ma non l’unica, delle misure provvisorie che si possono ottenere in via autonoma rispetto al procedimento di merito.

Dal punto di vista quantitativo e qualitativo, proprio per le sue numerose possibilità di impiego, il *référé* è maggiormente utilizzato rispetto agli istituti tipici e ciò conferisce un carattere prevalentemente atipico all’intero sistema francese di tutela sommaria.

Da quanto ora premesso, è ravvisabile un ribaltamento della prospettiva adottata invece dall’ordinamento italiano, in cui il legislatore ha affidato la tutela sommaria, cautelare e non, a un insieme di istituti di cui sono stati tipizzati i presupposti, la situazione tutelata e il contenuto del provvedimento: l’unico spazio di atipicità residuale è rappresentato dai provvedimenti cautelari d’urgenza previsti nell’ambito dell’ art. 700 c.p.c., pur ancorati al rigido limite della sussistenza di un pregiudizio imminente e irreparabile.

²⁸ C. SILVESTRI, *Il référé nell’esperienza giuridica francese*, Torino, 2005, p. 173.

Capitolo II

LA TEMATICA DELLE OBBLIGAZIONI E LA NOZIONE DI INFUNGIBILITA' NELL'AMBITO NELLA PROSPETTIVA CAUTELARE.

SOMMARIO: – 1. Premessa. – 2. Il concetto di obbligazione. Le obbligazioni di fare e di non fare. – 3. Evoluzione e caratteristiche della esecuzione forzata in forma specifica. – 4. Tra definizione positiva e ipotesi ricostruttive della nozione di “infungibilità”.

1. Premessa.

Per poter affrontare le problematiche riconducibili all'ammissibilità della tutela cautelare in materia di obblighi di “fare infungibile” occorre ripercorrere i profili di diritto strettamente sostanziale relativi alle nozioni stesse di “obbligazione” e di “infungibilità”.

Entrambe devono essere precisamente contestualizzate in quanto emergenti con evidenza nello specifico ambito processualistico oggetto di studio.

Tale considerazione, sia pure sinteticamente svolta, risulta opportuna in particolare a fronte dello scarso rigore con cui è talvolta definito l'elemento oggettivo delle obbligazioni.

La disciplina inerente è quindi analizzata in base al vincolo che si esplica nella schematica sequenza debitore-oggetto-creditore che deve essere qualificata in modo consapevole e senza imprecisioni tecniche entro il relativo contesto giuridico.

2. Il concetto di obbligazione. Le obbligazioni di fare e di non fare.

Il termine “obbligazione” si riferisce etimologicamente al rapporto giuridico che vincola il soggetto passivo-debitore a eseguire una prestazione patrimoniale nei confronti di un determinato soggetto attivo-creditore.

A fronte quindi del potere giuridico di quest'ultimo di esercitare un proprio diritto sussiste il dovere giuridico del debitore relativo all'adempimento dell'obbligazione. Il termine “giuridicità” riassume in sé il diritto vantato dal creditore e la corrispondente pretesa azionabile in giudizio in caso di inadempienza.

È da rilevare come la prospettiva propria del termine “obbligazione” sia soprattutto passiva e dunque considerata secondo il punto di vista del debitore gravato dall'impegno di soddisfare il diritto di credito altrui.

Il codice civile italiano apre il Libro IV con l'art. 1173, intitolato "Fonti delle obbligazioni", una norma elastica dal contenuto puramente descrittivo e interpretata alla luce del principio di atipicità delle fonti delle obbligazioni.

Nonostante la previsione di ulteriori disposizioni, ad esempio ai sensi degli artt. 1174 e 1175 c.c., sul "Carattere patrimoniale della prestazione", sul "Comportamento secondo correttezza" e anche altre relative ai temi dell'adempimento e delle modifiche del rapporto obbligatorio, non è presente alcuna definizione dell'istituto né delle proprietà essenziali in materia, date per presupposte dall'ordinamento.

L'unica eccezione riguarda alcuni tratti qualificanti dell'obbligazione: l'esistenza di un rapporto regolato dal diritto e la facoltà del creditore di pretendere, anche giudizialmente, l'esecuzione della prestazione attesa, purchè economicamente valutabile, possibile, lecita, determinata o determinabile.

Per essere possibile, la prestazione deve consistere in un'azione o in un risultato astrattamente e oggettivamente suscettibile di realizzazione sia "materiale", perchè consentita dalla natura delle cose, sia "giuridica", in quanto consentita dall'ordinamento.

In termini di liceità, la prestazione non deve contrastare con quanto prescritto dal legislatore né con l'ordine pubblico o il buon costume. Il riferimento normativo è all'art. 1343 c.c., richiamato non solo in tema di prestazione dell'obbligazione o in ambito contrattuale ma anche in diverse altre sedi del *corpus* normativo.

La specifica e necessaria individuazione, da effettuarsi con certezza, del comportamento in capo al debitore, è strettamente connessa ai requisiti di determinatezza e di determinabilità, la quale ultima ricorre quando la prestazione, se non determinata, è rimessa al giudice o alle parti. Non risulta infatti necessario che essa sia effettivamente precisata al momento di insorgenza del rapporto obbligatorio poiché vi si potrà comunque ottemperare in base a criteri legali o convenzionali.

L'interesse del creditore, in ogni caso, deve risultare dal titolo in suo possesso ed essere conosciuto anche dal debitore, oltre ad avere una duplice funzione sia come parametro per la determinazione della prestazione, se non è specificata nel titolo, sia quale criterio atto a valutare la prestazione eseguita.

È poi imposto al debitore l'obbligo di collaborare e quindi di soddisfare il diritto della controparte adempiendo regolarmente la prestazione dovuta, ossia quanto specificamente il creditore può pretendere in base al contenuto del suo diritto.

In caso di mancata ottemperanza, a carico del soggetto passivo, sorge una responsabilità personale e patrimoniale diretta a garantire la soddisfazione del creditore.

La ragione che può aver indotto il legislatore a rinunciare a definire l' "obbligazione" si ravvisa nel voler evitare che una scelta in senso contrario risultasse poi di scarsa utilità pratica e dogmatica. Si è così rifuggita l'eventuale costruzione di astratte categorie concettuali, privilegiando invece una maggiore attenzione ai singoli aspetti dell'istituto.

La teoria generale delle obbligazioni verte sullo studio del relativo rapporto nel suo svolgimento, indipendentemente dalla fonte prevista *ex art.* 1173 c.c., dall'interesse creditorio e dalla considerazione di soggetti e oggetto propri dell'obbligazione.

Nell'ambito della letteratura giuridica italiana furono avanzate, a titolo orientativo, diverse proposte definitorie, nonostante sia stata infine approvata la scelta negativa del legislatore.

L'esplicarsi del rapporto obbligatorio non è stato circoscritto entro i confini di una definizione predeterminata *ex lege* e quindi, a differenza di quanto si riscontra per i diritti reali, è caratterizzato dalla atipicità.

Duttilità ed elasticità sono due aspetti volti a permettere l'utilizzo di tale istituto in un sempre maggior numero di fattispecie, secondo il mutare e il continuo progredire della realtà economico-sociale odierna.

Questo vantaggio è tradizionalmente tipico della disciplina obbligatoria, non avendo neppure gli stessi giuristi romani fornito una esaustiva definizione del concetto di "obbligazione" in generale. Il codice civile italiano vi dedica gli artt. 1173-1320, che nel loro sviluppo prospettano una forte innovazione sistematica rispetto al codice postunitario del 1865. Quest'ultimo, come il *Code civil* francese sul quale evidentemente si modellava, includeva l'istituto in esame nell'ambito dei modi di acquisto della proprietà.

Al riguardo altre norme sono *ratione materiae* collocate nel codice, ad esempio in tema di azione surrogatoria, di azione revocatoria e di sequestro conservativo (artt. 2900-2906 c.c.).

Il legislatore italiano non ha previsto una parte generale come invece il BGB tedesco o il diritto inglese ma all'interno del nostro codice principi e disposizioni cosiddetti "generali" sono stati inseriti nei singoli settori dei rapporti privati.

L'assenza di una "parte generale" nel *corpus* normativo del 1942 può essere giustificata sotto molteplici profili, a partire dall'influenza del codice napoleonico, all'epoca ancora esercitata, sulla nostra tradizione legislativa e nonostante il rilievo che, secondo la prevalente dottrina, la riflessione tedesca aveva ormai assunto.

In secondo luogo si temeva che disposizioni a carattere generale offrissent alla classe politica la possibilità di elaborare affermazioni di principio ricavate dall'ideologia dell'epoca.

Il legislatore ha comunque introdotto, per numerosi istituti regolati dal codice civile, "disposizioni generali" o "in generale".

L'aggettivo "generale" è però presente anche nei primi due Titoli del Libro IV del codice, sui quali è possibile fondare in astratto una teoria delle obbligazioni e del contratto.

La letteratura tedesca ha trattato, proprio per l'inserimento sistematico del suddetto termine nel nostro codice, il diffuso svolgimento del contratto, dell'illecito e degli altri fatti produttivi di obbligazioni.

Partendo dalla constatazione di carattere storico secondo cui il *Code Napoléon* inseriva l'obbligazione tra i modi di acquisto della proprietà, è possibile tracciare una netta distinzione tra la odierna materia dei diritti reali e quella delle obbligazioni, facenti entrambe parte della più ampia categoria dei diritti soggettivi.

I diritti reali sono caratterizzati dalla "immediatezza" in quanto, in genere, implicano un rapporto diretto ed esclusivo tra il titolare del diritto e il bene oggetto di quest'ultimo.

Affermandosi l'esigenza che i terzi non ostacolino l'esercizio di tale titolarità, è prevista non una condotta positiva ma un dovere negativo di astensione ricondotto, in pratica, alle più elementari esigenze della convivenza.

Secondo parte della dottrina i rapporti di diritto reale risolvono i problemi relativi all' "avere" e inerenti alla attribuzione di beni: il titolare li esercita impedendo qualunque interferenza da parte di chi potrebbe di fatto entrare in contatto con la cosa e senza che quindi tali diritti si debbano necessariamente intendere *erga omnes*.

E' ravvisato dunque un rapporto di appartenenza correlato a esclusione o ad astensione, in modo da esercitare un potere di difesa contro eventuali turbative di terzi.

I diritti di obbligazione sono uno strumento di cooperazione che necessita invece di una predeterminata condotta da parte del soggetto passivo, il quale così assume un rilievo centrale nella soddisfazione del creditore.

Le obbligazioni, secondo il profilo prima delineato, risolvono specularmente i problemi relativi al "dover avere" e ai temi della cooperazione o della riparazione nella responsabilità aquiliana.

Tale cooperazione è garantita attraverso i beni componenti il patrimonio del debitore o prevedendo la imposizione di sanzioni.

Se ai diritti reali si riconducono doveri negativi di astensione, i diritti di credito sono connessi a condotte positive: tuttavia è anche possibile riscontrare sporadiche norme che, a fronte di un diritto reale altrui, prevedono obblighi analoghi a quelli da ultimo indicati.

Proprio per la sussistenza di simili disposizioni e dato che i rapporti di diritto reale e di credito potrebbero risultare caratterizzati dal medesimo comportamento, parte della dottrina ha inteso ricondurli a unità.

Non sarebbe dunque corretto sostenere che i diritti reali siano fini a se stessi e che invece nei rapporti obbligatori sia riscontrabile una situazione giuridica strumentale: ogni rapporto giuridico è di conseguenza qualificato come strumento di tutela di interessi nella vita di relazione.

La categoria delle obbligazioni comprende il profilo strumentale appena rilevato e un profilo strutturale relativo all'obbligo stesso gravante sul debitore. Esaltare il primo non significa però svalutare quest'ultimo.

L'interesse del debitore non rileva come elemento costitutivo del rapporto obbligatorio ma solo, ad esempio, nell'applicazione di alcune regole in tema di solidarietà o ai fini della surrogazione legale.

Il diritto reale segue la cosa cui si riferisce, presso chiunque si trovi collocata, in senso fisico o giuridico, dando vita alla cosiddetta "assolutezza" contrapposta alla "relatività" propria dei diritti di credito.

Quest'ultima nozione assume grande importanza per i diritti di pegno e di ipoteca e comunque non impedisce al titolare, eccezionalmente, di pretendere l'adempimento anche da terzi diversi dal debitore-obbligato.

Si tratta di una modalità particolare e atipica in base alla quale il titolare del diritto ottiene il potere soddisfacente di chiedere a un terzo la prestazione in via indiretta e con modalità alquanto articolate, anziché invece direttamente.

Dal punto di vista funzionale i diritti reali devono garantire forme di appartenenza o di godimento e di uso dei beni mentre i diritti di obbligazione concernono le forme giuridiche con cui si effettua lo scambio e la circolazione di beni e di servizi.

Si è in presenza, quindi, di una situazione dinamica tradotta nella modifica dei patrimoni dei soggetti interessati: in linea generale, quando il creditore persegue con successo il proprio interesse, specularmente il debitore subisce un cambiamento in senso negativo nel suo stesso patrimonio.

Successivamente a tale modificazione giuridica può sussistere una sul mondo esterno o anche solo ideale.

È comunque possibile ravvisare un contatto tra le due aree appena delineate quando il godimento di un bene risulta garantito da contratti obbligatori.

Parte della dottrina sostiene che, in realtà, non sia esatto considerare il godimento della cosa quale oggetto dei diritti reali ma che questi ultimi consistano piuttosto nell'appartenenza indisturbata della cosa, intendendola come fenomeno della vita sociale.

La prestazione cui il debitore si è impegnato può anche consistere nell'astensione dal compiere un atto o dallo svolgere una certa attività: in tali casi il confine tra diritti reali e diritti di credito sembra attenuato proprio perché i primi sono caratterizzati da un dovere di astensione tale da permettere piena soddisfazione al titolare del diritto reale.

La distinzione è mantenuta perché nell'ambito delle obbligazioni negative il dovere di astensione dev'essere rispettato solo da uno o, eventualmente, da più debitori determinati.

*“Nell’obbligazione il vincolo del debitore è la premessa del diritto del creditore; nel diritto reale, per contro, la limitazione del soggetto passivo è la conseguenza del diritto del titolare”*²⁹.

Questo è, secondo parte della dottrina, il motivo per cui l'interesse del diritto reale non può mai consistere in un contegno altrui che potrebbe, al massimo, essere condizione per realizzare eventualmente l'utilità attesa dal creditore e l'esercizio del relativo diritto.

A conclusione della ricostruzione delle due categorie, dei diritti reali e dei diritti obbligatori, è possibile affermare che l'ambito giuridico stesso serva, in ogni sua forma, a proteggere interessi umani.

Premesso quanto appena considerato, è da sottolineare anche come autonomia e priorità logica dell'obbligazione rispetto al contratto abbiano richiesto lo sviluppo di una nuova teoria generale delle obbligazioni e focalizzato l'attenzione sulla necessità di una rilettura costituzionalmente orientata dell'istituto.

In tal senso si è sviluppato il ragionamento delle SS.UU della Corte di Cassazione³⁰ che ha valorizzato in modo nuovo il contenuto del principio di buona fede, oltre ad affermare che nel rapporto obbligatorio vada attribuito rilievo anche all'interesse debitorio.

Per favorire la circolazione dei beni in modo più rapido e sicuro, l'antitesi prima analizzata tra diritti reali e diritti di credito può essere sfumata e quindi non intesa in termini di assoluta rigidità.

A tale differenziazione è connessa quella tra diritti di obbligazione e diritti potestativi, i quali ultimi attribuiscono al titolare il potere di modificare una situazione giuridica con atto unilaterale i cui effetti si producono in capo a tutti gli interessati, indipendentemente dalla loro cooperazione. A un diritto potestativo corrisponde la soggezione dei contro-interessati mentre a fronte di un diritto di credito è il debitore a dover adempiere la relativa prestazione.

Con riferimento a un eventuale inadempimento si sottolinea che nel caso di particolari fattispecie di obbligazioni, definite “naturali”, il creditore risulti privo di azione per richiederne l'esecuzione e che il debitore adempiente non possa ripetere quanto già prestato.

Infine, argomento a parte dovrebbe essere dedicato alla cosiddetta “obbligazione *propter rem*”, che presenta una struttura affine alle obbligazioni ove necessita di una condotta doverosa del debitore per soddisfare il creditore.

L'obbligazione *propter rem* ha natura ambulatoria dato che la persona del debitore può mutare automaticamente con il trasferimento, a qualunque titolo, *inter vivos* o *mortis causa*, del diritto reale

²⁹ E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 17.

³⁰ Cfr. Cass., Sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726.

sottostante. L'elemento di distinzione di questa categoria consiste quindi nello stretto rapporto tra il soggetto passivo e il titolare del diritto di proprietà o di altro diritto reale sulla cosa.

Il contenuto di tali obbligazioni può risolversi in un "fare" o in un "non fare" ma la situazione del soggetto passivo è ricollegata a una posizione di diritto reale.

Con specifico riguardo all'oggetto delle obbligazioni³¹ e ai suoi requisiti, rilievo fondamentale acquisisce il carattere "patrimoniale" che la prestazione deve presentare e che si esplica attraverso la traduzione nel relativo valore economico-monetario di questa. Tale aspetto di per sé non contrasta con la possibile corrispondenza della prestazione a un interesse creditorio non patrimoniale bensì morale, affettivo o religioso.

E' questo un tratto comune a ogni tipo di prestazione: perfino il Digesto già prevedeva "*ea enim in obligatione consist(unt) quae pecunia lui praestarique possunt*"³².

Gli obblighi giuridici di prestazione vanno distinti dagli obblighi di mera cortesia ma la giuridicità dei primi non sarebbe esclusa sia qualora fossero assunti a titolo gratuito e in base a un interesse rilevante del soggetto obbligato, previsto direttamente ed espressamente dalle norme di legge sulle obbligazioni, sia ancora nel caso in cui l'attività svolta fosse dotata di una natura particolare. Prestazioni inizialmente prive di un intrinseco carattere economico lo acquisiscono se dedotte in contratto quale corrispettivo di prestazioni dal contenuto patrimoniale: prevedendo una controprestazione a fronte di una prestazione di per sé non patrimoniale, le parti hanno attribuito a quest'ultima un valore economico equivalente al contenuto della prima.

La valutazione economica può essere parametrata su criteri oggettivi oppure concordata tra le parti, eventualmente pattuendo un corrispettivo per la prestazione o una clausola penale in caso di inadempimento. "*Nel diritto applicato, quindi, la patrimonialità della prestazione non pare essere un autonomo requisito delle obbligazioni derivanti da contratti sinallagmatici*"³³.

Ex art. 1174 c.c. il punto di maggior rilievo non attiene alla misurabilità di un valore economico oggettivamente parametrato sul prezzo di mercato o tramite altri criteri: una simile operazione non appare essenziale sotto il profilo giuridico ma riguarda invece la possibilità di prestazioni oggetto di scambio economico che, al contempo, non contrastino con principi etici o propri del costume sociale.

In tal modo "*la legge intende rispettare la libertà dell'uomo in quello stesso ambito che la comune coscienza vuole sottratto alla logica del denaro*"³⁴.

³¹ Vedi, tra gli altri, M. BIANCA, *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, Milano, 1993, p. 67.

³² Vedi D. 40. 7. 9 (*Ulpianus ad Sabinum*).

³³ A. CHIANALE, *L'obbligazione in generale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XII, Torino, 1995, p. 340.

³⁴ P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2009, p. 94.

Il requisito della patrimonialità delimita i confini del concetto di obbligazione all'interno del più ampio ambito dell'obbligo giuridico che, anche se privo di contenuto patrimoniale e dotato invece di un titolo legale o negoziale valido, è comunque giuridicamente vincolante e disciplinato dalle norme propriamente previste per le obbligazioni.

Al fine di individuare le tipologie di prestazioni che formano l'intera materia obbligatoria non si deve far riferimento solo alle procedure esecutive a queste espressamente ricondotte, in quanto esse attengono a un numero limitato e non esaustivo di prestazioni tradizionalmente disciplinate.

I rimedi che il soggetto attivo del rapporto può esperire non risultano necessariamente incardinati e circoscritti nell'ambito della rinomata tripartizione tra obblighi di "dare", di "fare" e di "non fare", in tal modo contribuendo all'emersione di ulteriori problemi interpretativi.

Oggetto del rapporto obbligatorio, peraltro disciplinato dal legislatore quale elemento essenziale del contratto stesso, è la prestazione, ossia il comportamento che il debitore deve adottare e porre in esecuzione nell'interesse della sua controparte.

Il suddetto interesse deve sussistere non solo alla nascita del rapporto ma anche durante lo sviluppo di questo: tali valutazioni dovranno infatti rivolgersi al complessivo programma negoziale elaborato dai soggetti coinvolti e non ai loro singoli interessi.

Il termine "oggetto", più volte utilizzato, è da intendersi in un significato tanto estensivo quanto restrittivo. In primo luogo si fa riferimento al contenuto dell'obbligazione, dal punto di vista passivo e attivo, in un'accezione globale; in secondo luogo la nozione di "oggetto" indica restrittivamente il bene materiale cui attengono il diritto, la pretesa del creditore o, più specificamente, la prestazione esatta gravante sul debitore.

La prestazione può consistere in una serie eterogenea di contenuti in quanto non sono predeterminati *ex lege* ma liberamente individuabili dalle parti. E' possibile, in generale, distinguere un momento soggettivo, relativo alla cooperazione richiesta al debitore, e un momento oggettivo riguardante l'utilità che, a partire dall'attività realizzata dal debitore, dovrebbe incontrare la sfera del creditore.

Proprio in base al contenuto della prestazione è stato possibile elaborare la classificazione tra obbligazioni di "dare", di "fare" e di "non fare".

*"Ad un livello più generale si situa la suddivisione tra le obbligazioni positive, che impongono al debitore di tenere un comportamento commissivo (dare o fare), e quelle negative, che gli impongono invece l'astensione da un determinato comportamento (non dare o non fare)"*³⁵.

³⁵ A. CHIANALE, *L'obbligazione in generale*, cit., p. 342.

La distinzione da ultimo citata fu affiancata dal diritto comune germanico alla tripartizione romana originaria del *dare*, del *facere* e del *praestare*. Tale aggiunta ebbe grande importanza sistematica nell'epoca successiva.

La tripartizione delle obbligazioni in *donner, faire, ne pas faire*, propria dell'art. 1101 del *Code Napoléon*, formulata in base al contributo di R.J.POTHIER, fu privilegiata rispetto alla bipartizione che riconosceva prestazioni "positive" e "negative".

L'ordinamento italiano postunitario del 1865 accolse la differenziazione tra prestazioni di "dare", di "fare" e di "non fare".

La direzione intrapresa dai compilatori del codice civile del 1942 è stata invece nel senso di rafforzare l'orientamento critico, specialmente verso le classiche distinzioni tra prestazioni di "dare" e di "fare".

Nell'ambito delle obbligazioni di "dare" alcuni Autori ritengono che la riacquistata autonomia da esse presentata potrebbe legittimare anche una corrispondente categoria di obbligazioni di "non dare".

Le prestazioni di "dare", nel senso tecnico proprio dei sistemi di *civil law*, presuppongono la stipulazione di un atto traslativo solutorio tra debitore e creditore in modo che quest'ultimo acquisti la proprietà di una cosa o altro diritto.

Al loro interno grande rilievo è attribuito alle "obbligazioni pecuniarie", fungibili o generiche, definite anche "debiti di valuta", il cui oggetto consiste nel pagamento di una somma di denaro e alle quali si applica rigidamente il principio nominalistico.

In tali fattispecie, che presentano una disciplina parzialmente divergente da quella sulle obbligazioni in generale, il ritardo nell'adempimento provoca al creditore sia un danno causato dalla perdita di potere d'acquisto della moneta, incorso nel periodo temporale tra la nascita del diritto di credito e la sua esigibilità, sia il cosiddetto lucro cessante, inteso quale mancato guadagno.

Sul fronte opposto, in genere, si contrappongono le "obbligazioni di valore", il cui oggetto è diverso dal denaro e rapportato a un valore reale calcolato al momento dell'adempimento.

È possibile che una obbligazione dapprima pecuniaria si converta in una obbligazione di valuta tramite liquidazione consensuale o giudiziale del debito.

"Il debitore di dare, sino all'atto traslativo, assume un ruolo fiduciario e resta proprietario nell'interesse del creditore (es. promittente acquirente, mandante, legatario): ciò provoca il fenomeno della dissociazione della proprietà, posto di recente all'attenzione della dottrina.

L'obbligazione di dare può essere dedotta in contratto dai privati: essa coesiste quindi nell'ordinamento con il principio consensualistico, accolto dall'articolo 1376 c.c."³⁶.

Alcuni interpreti italiani hanno voluto intendere l'obbligazione di "dare" come obbligazione di "consegnare", senza riferirsi necessariamente a una vicenda reale, partendo dalla negazione dell'autonomia per esse. Infatti l'obbligo di procurare l'acquisto di un diritto rientrerebbe nel confine delle obbligazioni di "fare", che si risolvono in una prestazione specifica di natura materiale o giuridica del debitore.

In esse rientrano le attività di consegna dei beni mobili o di rilascio dei beni immobili e le obbligazioni di "fare" in senso stretto, per l'esecuzione di opere o di attività.

La stessa prestazione può presentare sia i connotati del "fare materiale" sia del "fare" o del "dare giuridico", con preminenza degli uni o degli altri a seconda delle fattispecie.

Ove il debitore abbia l'obbligo di tenere un comportamento attivo che si traduca in una vera e propria attività, è richiamata la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato³⁷, che principalmente focalizza l'attenzione sul momento dell'adempimento e che, essendo mera esecuzione di una obbligazione già esistente, rimane fuori dal campo dell'autonomia negoziale e della eventuale responsabilità per l'inadempimento.

Proprio in relazione alle prestazioni di "fare" la suddetta bipartizione è stata per molto tempo un punto di riferimento essenziale della teoria generale delle obbligazioni: inizialmente elaborata dai giuristi francesi, fu in seguito recepita anche in Italia.

³⁶ A. CHIANALE, *L'obbligazione in generale*, cit.

³⁷ Vedi in tal senso M. BIANCA, *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, cit., pp. 71 ss.; L. MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, Milano, 1954, pp. 1 e ss: "Una distinzione delle obbligazioni, enunciata senza soverchia insistenza dal Demogue, è diventata un tema alla moda nella dottrina francese: 'obbligazioni di risultato' e 'obbligazioni di mezzo'. Molti scrittori, incoraggiati dalla Cassazione, l'hanno accolta con favore, se non addirittura con entusiasmo. Ma non sono poche le voci contrarie, tra cui quella autorevolissima del Capitant. D'altra parte, coloro che riconoscono in principio l'esattezza della classificazione, si trovano poi in disaccordo quando si tratta di precisarne l'importanza teorica e pratica, nonchè di decidere sull'appartenenza di una serie di rapporti obbligatori all'una o all'altra categoria. Gli stessi termini verbali sono discussi."; e anche E. CARBONE, *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, Torino, 2007, pp. 28 ss.: "La ricezione della divisio tra obbligazioni di risultato ('obligation de resultat', "duty to achieve a specific result", 'obligacion de resultado', 'Pflicht einen bestimmten Erfolg zu erzielen', nelle varie versioni linguistiche) ed obbligazioni di mezzi ('obligation de moyens', 'duty of best efforts', 'obligacion de emplear los mejores esfuerzos', 'Pflicht zum Einsatz aller Kräfte') entro il corpo dei Principi (art. 5.4 nell'edizione del 1994, art. 5.1.4 nell'edizione del 2004) potrebbe sorprendere, quindi, l'osservatore che fosse persuaso della natura intimamente nazionale della dicotomia. Essa rappresenta, invece, una significativa conferma della matrice europea e della vocazione internazionale di quello schema bipartito, conferma tanto più eloquente a misura che i Principi UNIDROIT, mentre ambiscono ad un'applicazione senza limiti geografici, affidano l'ampiezza della loro diffusione soltanto alla persuasività delle regole proposte, secondo il modello proprio del *soft law*".

Le obbligazioni di mezzi considerano rilevante,⁴⁸ essenzialmente, il contegno dovuto dal debitore

e l'attività cui egli si sia obbligato, a prescindere dall'effettivo raggiungimento del risultato finale; per qualificare "esatto" l'adempimento si avrà riguardo al comportamento diligentemente tenuto dal debitore entro cui si esaurisce la doverosa prestazione.

Quanto alle obbligazioni di risultato, invece, lo scopo specifico dovuto dal soggetto passivo identifica la prestazione. Il semplice mancato conseguimento oggettivo di quest'ultima sarà fonte automatica di inadempimento, a prescindere dalla eventuale diligente condotta tenuta.

Le due ipotesi presentano anche, tra i soggetti coinvolti nel rapporto, una diversa distribuzione del rischio per la mancata realizzazione del risultato: nelle obbligazioni di mezzi il rischio in questione grava sul creditore mentre, nelle seconde, sul debitore.

La distinzione operata tra obbligazioni di mezzi e di risultato non coincide con quella tra obbligazioni il cui oggetto consiste nella esecuzione di servizi, da un lato, e obbligazioni invece risoltesi nella esecuzione di opere, dall'altro.

Ferma restando la linea di confine tra le obbligazioni di mezzi e di risultato, il mancato raggiungimento dello scopo è del tutto irrilevante nelle obbligazioni di mezzi, ove assume invece importanza il principio della diligenza³⁸.

La distinzione, quindi, emerge soprattutto quanto alle peculiarità delle rispettive discipline: se il risultato dell'attività compiuta fosse negativo, la relativa valutazione dovrebbe essere condotta in base a parametri diversi nell'uno e nell'altro caso.

L'onere della prova, ad esempio, nelle ipotesi di obbligazioni di risultato è spostato a carico del debitore. Se il soggetto gravato dimostra che la prestazione cui era tenuto sia divenuta impossibile per causa a lui non imputabile, provando quindi il caso fortuito, la forza maggiore, un eventuale fatto del terzo o del creditore o qualunque altro fatto che abbia reso impossibile la prestazione, sarà liberato di conseguenza.

³⁸ Vedi L. MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, Milano, 1954, pp. 9 ss.: "La 'diligentia' è una qualità soggettiva di una attività, significa cura, sollecitudine, sforzo, studio, attenzione al fine: la funzione tecnica della diligenza riguarda non tanto l'adempimento, quanto la conservazione della possibilità di adempiere. Il momento determinante dell'adempimento è invece la 'bonitas' o 'utilitas', cioè una qualità inerente al risultato dell'azione, un giudizio oggettivo di valore che implica la coincidenza del risultato materiale con gli elementi del risultato dovuto. La diligenza è una funzione della volontà (..)”. E ancora: “la diligenza è soltanto una modalità del contenuto del vincolo, un presupposto dell' (esatto) adempimento. Giammai l'oggetto di una obbligazione di comportamento si riduce nei termini di un mero dovere di sforzo per riuscire a far bene. Qui la buona fede oggettiva, che è norma dell'adempimento (art. 1375), non esige l'attuazione dello scopo finale a cui mira l'obbligazione, ma nemmeno si accontenta di una tensione della volontà, di uno sforzo per quanto energico in direzione di tale scopo”.

Per quanto attiene alle obbligazioni di mezzi, l'onere grava sul creditore chiamato a dimostrare la negligenza di controparte. In caso di colpa presunta del debitore inadempiente, egli potrebbe non incorrere in responsabilità provando di aver tenuto una condotta diligente, perita e prudente.

Attualmente sembra abbandonarsi la duplice classificazione in oggetto, perchè considerata prevalentemente descrittiva, nonostante essa permetta una migliore sistemazione delle obbligazioni di “fare”.

Con riferimento alle prestazioni di “non fare”, quando contenute in una obbligazione, il creditore attende, per essere soddisfatto, un determinato comportamento collaborativo da parte dell'obbligato e corrispondente al suo stesso interesse. Il contenuto di queste si distingue nettamente dai doveri extracontrattuali riconducibili al brocardo latino “*neminem laedere*”, connotati infatti dalla genericità perché previsti rispetto al singolo portatore di interessi protetti dalla legge.

Se l'oggetto dell'obbligazione negativa, ossia il precetto giuridico negativo, gode di una posizione autonoma, non ci sarà confusione con gli obblighi negativi correlati a una posizione giuridica di vantaggio o a una prestazione complessa, né con le determinazioni accessorie di un ufficio³⁹.

Nelle obbligazioni di “non fare”, che comunque non sono sempre così nettamente distinte rispetto a quelle di “fare”, l'interesse del creditore è soddisfatto tramite la inazione del debitore: è quindi il caso degli obblighi di non alienazione *ex art. 1379 c.c.* o di non concorrenza *ex art. 2301 c.c.*

Il soggetto passivo deve quindi tenere un comportamento di tolleranza o più semplicemente, appunto, di “non fare”, la cui realizzazione non si percepisce all'esterno per tutto il tempo in cui il debitore correttamente vi adempie.

In tali casi l'onere della prova grava sempre sul creditore che si supponga leso dall'inadempimento della controparte: egli dovrà dimostrare sia la fonte negoziale o legale del proprio diritto, sia il mancato rispetto dell'obbligo da parte del debitore. Diversamente infatti sussisterebbe in capo a quest'ultimo una *probatio diabolica*.

E' comune alle obbligazioni di “fare” e di “non fare” l'esigenza di una limitazione del vincolo nel tempo, che emerge laddove la condotta imposta consista nello svolgimento di una attività oppure nella astensione dall'agire.

Come prima accennato, in forza del rapporto obbligatorio, il debitore è tenuto a eseguire esattamente una determinata prestazione, consistente nel comportamento a vantaggio e a soddisfazione del creditore.

E' utilizzato il termine “adempimento” con riguardo all'attività di esecuzione della prestazione oggetto dell'obbligazione.

³⁹ Vedi M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, cit., pp. 120 e 121.

In realtà, se lo si considera quale esatta esecuzione del dovere di prestare, esso libera il debitore senza che si debba necessariamente verificare, a favore del creditore, l'effettivo conseguimento del profitto o del vantaggio intrinseci alle finalità del rapporto.

Per gli obblighi di “fare” si è registrata la prevalenza dell'uso della misura risarcitoria in sostituzione dell'adempimento in natura. Sarebbe la “inesecuzione” di cui parla lo stesso art. 1142 del *Code Napoléon* a convertirli in obblighi di risarcimento: anzi, per gli obblighi di “fare” sarebbero superati e non considerati tanto il primo passaggio nell'art. 1218, relativo all'esecuzione esatta della prestazione, quanto, solo in caso di inadempimento, la necessità di risarcire il danno⁴⁰. Affinchè l'adempimento sia effettivo e utile è richiesto un determinato comportamento da parte del debitore, che spesso risulta impossibile senza la cooperazione del soggetto attivo-creditore, il quale in genere la presta, essendo prevista nel suo stesso interesse.

Qualora fosse altrimenti, potrebbero essere pregiudicati gli interessi legittimi del debitore, specialmente nel caso in cui quest'ultimo si attendesse vantaggi indiretti dall'esecuzione della prestazione.

Se, come parte della dottrina ha ritenuto⁴¹, non è propriamente possibile la definizione di “obbligo” del creditore a ricevere la prestazione, altri Autori hanno inteso possibile parlare di “onere” di cooperazione per non subire la perdita del vantaggio della prestazione o eventuali altre svantaggiose conseguenze⁴².

La critica nei confronti di quest'ultima elaborazione è incentrata sulla mancata attribuzione di rilievo alle esigenze debitorie, in tal modo del tutto volte a realizzare unicamente le istanze creditorie.

Se l'una o l'altra delle due teorie fosse accolta, sarebbe vanificata la qualificazione del rapporto obbligatorio quale relazione tra due situazioni soggettive correlate tra loro e complesse proprio in quanto costituite da posizioni, in capo al debitore, non solo passive ma anche attive.

Per le obbligazioni di “fare” ex art. 1217 c.c. “*il creditore è costituito in mora (1206) mediante l'intimazione di ricevere la prestazione o di compiere gli atti che sono da parte sua necessari per renderla possibile. L'intimazione può essere fatta nelle forme d'uso (1214; 80 att.)*”.

Nonostante il meccanismo di mora sia più spesso associato al comportamento del debitore inadempiente o in ritardo, che comporta il verificarsi di un illecito contrattuale e l'insorgenza di una

⁴⁰ Vedi C. TURCO, *Lezioni di diritto privato*, Milano, 2011, p. 194.

⁴¹ L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1946, p. 863.

⁴² Vedi in tal senso M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, cit., pp. 377 ss. : “In conclusione, la posizione del creditore non è disciplinata come posizione di debito, e se si parla comunemente di un dovere di cooperare, di accettare la prestazione, di prendere in consegna i beni, ecc., ciò deve intendersi nel senso di un dovere strumentale, ossia di un comportamento che il creditore deve tenere quale condizione obiettiva per evitare che il suo diritto si converta in un potenziale generatore di conseguenze negative. Appropriato è dunque il richiamo alla nozione di onere (n.9).”.

responsabilità in capo a tale soggetto, esso si applica anche alla situazione atipica ove il creditore ostacoli o rifiuti l'adempimento della controparte, cercando di mantenere una posizione di supremazia nei suoi confronti⁴³.

A tale proposito può essere legato il discorso sull'offerta reale, la quale consente al debitore di adempiere, liberandosi dal vincolo, e che può intendersi quale meccanismo corrispondente all'esecuzione coattiva effettuata dal creditore sul patrimonio del debitore che non abbia adempiuto. *Ex art. 1222 c.c.*, in caso di inadempimento delle obbligazioni negative, è prevista la disapplicazione delle norme sulla mora che, essendo *in re ipsa*, è automaticamente prevista.

Nelle prestazioni di "dare" e di "fare" l'inadempimento non è per forza l'unico aspetto patologico, in quanto è anche possibile una situazione di minore gravità causata dal semplice ritardo che, non essendo qualificato appunto come "inadempimento", potrebbe eventualmente essere tollerato dal creditore, salvo risarcimento del danno.

Nelle obbligazioni negative non è concettualmente possibile prevedere il ritardo nella realizzazione del dovere giuridico.

*"Sono inoltre caratteristiche delle obbligazioni di non fare la temporaneità e la relatività del vincolo. Il nostro ordinamento non vede con favore le obbligazioni negative, tanto che prescrive che l'obbligo di astenersi dallo svolgimento di una determinata attività non possa essere assunto senza limitazione temporale"*⁴⁴, in base all'art. 2596 c.c.

Si sottolinea, però, che la relatività di questo tipo di obbligazioni non sia assoluta: esistono istituti analoghi, come il patto di prelazione, che possono presentare carattere sia obbligatorio che reale.

Secondo alcuni Autori la ragione potrebbe consistere nella impossibilità di configurare un ritardo in questa categoria di obbligazioni, anche se altri sono in disaccordo e ritengono non sia socialmente usuale che nel caso di obbligazioni negative il creditore tolleri il ritardo nell'adempimento.

In caso di inadempimento non irreparabile e solo temporaneo di una obbligazione negativa, il creditore potrà pretendere l'adempimento della stessa e chiedere i danni per il mancato rispetto dell'impegno anche in mancanza della preventiva messa in mora.

Con riferimento alle sopra menzionate obbligazioni pecuniarie, qualora il debitore fosse in ritardo nell'adempimento della dazione pecuniaria, la mora opererebbe automaticamente, alla scadenza del debito, senza bisogno di alcuna formalità.

⁴³ Vedi E. BETTI, *La teoria generale delle obbligazioni*, cit., pp. 862 ss.: "Le due applicazioni della mora sono in realtà collegate dall'unico concetto fondamentale di un intervento legislativo diretto a tutelare ciascun contraente – creditore e debitore – contro le conseguenze di una non attuata prestazione (...). Ma i presupposti – così come le forme della tutela legislativa sono diversi".

⁴⁴ T. TORRESI, *Elementi costitutivi del rapporto obbligatorio. Le obbligazioni naturali e reali*, in (a cura di) P. FAVA, *Le obbligazioni*, I, Milano, 2008, p. 352.

Ex art. 1218 c.c. *“Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile”*: l'adempimento, oggettivamente e soggettivamente esatto, oltre che conforme all'impegno assunto, rappresenta dunque l'esito fisiologico e naturale del rapporto obbligatorio.

L'esecuzione della prestazione relativa si qualifica, infatti, come “atto dovuto” a fronte del quale, tuttavia, il legislatore non ha previsto alcuna specifica definizione, spesso anzi adoperando il termine “pagamento” in modo da far apparire più forte il legame con le obbligazioni pecuniarie.

La “conformità” dell'adempimento comporta una totale identità tra la prestazione cui si era obbligato il debitore e quella effettivamente adempiuta, che dovrà risultare dalla condotta diligente richiesta al debitore e di conseguenza presentare le caratteristiche qualitative, quantitative, di luogo e di tempo previste nella prestazione su cui i soggetti coinvolti abbiano in precedenza raggiunto l'accordo.

Il soggetto passivo dovrà adempiere con la diligenza del buon padre di famiglia sancito dall'art. 1176 c.c., al fine di garantire in modo esatto, idoneo ed esauriente la prestazione attesa; pertanto si dovrà aver riguardo alla natura della singola attività esercitata, conseguente anche alla eventuale insorgenza di problemi tecnici di speciale difficoltà ma anche alle circostanze del rapporto in concreto considerato.

È da rilevare come la “diligenza” e specialmente la “buona fede oggettiva” possano *“determinare una dilatazione della stessa nozione di ‘esatto’ adempimento, svincolandola dalla mera ‘conformità’ o corrispondenza formale all’obbligo assunto ed includendovi in via del tutto eccezionale la c.d. utilità creditoria”*⁴⁵, che include necessità e interessi aggiuntivi generalmente estranei a quanto il soggetto attivo si aspetta dall'adempimento e che però non comportano per il debitore un apprezzabile sacrificio al di là dei normali parametri di diligenza e di correttezza cui è necessariamente vincolato.

Prudenza, perizia e competenza sono ulteriori specifiche componenti della diligenza e parametro per valutare oggettivamente, senza adottare alcuno schema assoluto e costante, la complessiva condotta del debitore inteso come uomo medio tenuto all'adempimento di uno specifico obbligo di “dare”, di “fare” o di “non fare”.

3. Evoluzione e caratteristiche della esecuzione forzata in forma specifica.

⁴⁵ C. TURCO, *Lezioni di diritto privato*, cit., p. 328.

I rapporti obbligatori possono essere intesi quale “strumento di cooperazione”, sottolineandosi in tal modo l’importanza della posizione collaborativa del debitore per soddisfare il titolare del diritto di credito.

La “cooperazione” dovrebbe essere prestata spontaneamente dal soggetto passivo ma nella prassi possono verificarsi casi che concorrono a integrare e a completare la fenomenologia giuridica di questo concetto: “a) la cooperazione estorta; b) la cooperazione ricattata; c) la cooperazione rifiutata; d) la cooperazione surrogata”⁴⁶.

L’impegno di cooperazione, dovuto nell’interesse altrui, è fondato sul basilare principio di buona fede, variamente inteso nell’ambito dello stesso codice civile. Infatti esso è previsto per obbligazioni e contratti ma anche in materia di possesso (appunto “di buona fede”) o di acquisti di terzi da chi solo apparentemente ma non realmente sia legittimato a trasmettere il diritto.

Il suddetto principio può essere speculato sia sotto un profilo negativo, per esigenze di convivenza, secondo il criterio dell’*alterum non laedere*, sia sotto un profilo positivo, imponendo una collaborazione e quindi una condotta attiva che però non per questo ha escluso il riferimento alle obbligazioni di “non fare”.

Dalla buona fede, in base alla teoria di E. BETTI, si sarebbe dovuta distinguere la cosiddetta correttezza, sancita dall’art. 1175 c.c e che in genere imporrebbe solo doveri di carattere negativo. Secondo la ormai prevalente dottrina, invece, le due nozioni esprimerebbero sostanzialmente un identico concetto⁴⁷ inteso quale espressione del principio di solidarietà scaturito dall’art. 2 Cost.: la “correttezza” è considerata “clausola generale” che non si esaurisce in singoli richiami normativi ma che è dotata di valenza programmatica e precettiva⁴⁸, oltre a costituire un criterio di valutazione dell’attività esplicita dalle parti al fine di una concreta realizzazione degli impegni reciproci.

In sede di esecuzione del contratto il fondamentale concetto di buona fede è sinteticamente previsto dall’art. 1375 c.c., nei termini di un vero e proprio dovere giuridico.

Fin dal codice civile postunitario del 1865 era previsto, *ex art.* 1124⁴⁹, un riferimento, seppure isolato, alla regola del comportamento secondo buona fede.

All’ interno del *corpus* suddetto, però, non vi erano disposizioni affini all’art. 1175 del codice civile attuale, il quale ha permesso di applicare il principio di correttezza all’intero ambito obbligatorio.

⁴⁶ E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 29.

⁴⁷ Vedi U. NATOLI, *La regola della correttezza e l’attuazione del rapporto obbligatorio (art. 1175 c.c.)*, in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, p. 129.

⁴⁸ Vedi C. NOBILI, *Le obbligazioni*, Milano, 2008, p. 30.

⁴⁹ Il testo dell’art. 1124 del codice civile postunitario recitava: “I contratti debbono essere eseguiti di buona fede, ed obbligano non solo a quanto è nei medesimi espresso, ma anche a tutte le conseguenze che secondo l’equità, l’uso o la legge ne derivano”.

Inoltre, particolari disposizioni specifiche sul principio di buona fede contrattuale sono state inserite solo a partire dal 1942, in tal modo segnando una netta differenza rispetto al codice precedente.

Se la prestazione oggetto di un rapporto obbligatorio è eseguita rispettando la buona fede oggettiva, il debitore è liberato dal vincolo attraverso l'esplicarsi del cosiddetto "adempimento", previsto all'art. 1176 c.c., normale *iter* per attuare il programma obbligatorio ed estinguere di conseguenza il rapporto in precedenza sorto.

Sono compiutamente disciplinati dal codice civile anche ulteriori e diversi modi di estinzione, tra i quali alcuni soddisfano il solo interesse del debitore a vedersi liberato, come la confusione, l'offerta liberatoria per mora del creditore o il pagamento al creditore apparente; altri invece sono strumentali alla soddisfazione dell'interesse del soggetto attivo senza che sia contestualmente liberato il debitore.

Esistono infine meccanismi estintivi dell'obbligazione in capo al debitore senza che sia realizzato nè l'uno nè l'altro degli interessi accennati, come ad esempio nel caso della novazione.

Lo scioglimento del vincolo creato dal sorgere del credito si ha solo se il contenuto dell'obbligazione risulta soggettivamente e oggettivamente eseguito in modo esatto e secondo le modalità previste.

Con riferimento specifico alla struttura giuridica della posizione del debitore, parte della dottrina ritiene sia di mera soggezione rispetto agli obblighi assunti mentre per altri studiosi la tutela diretta o indiretta, prevista in favore dell'interesse del debitore all'adempimento, ravvisa in capo a quest'ultimo un diritto soggettivo ad adempiere.

Attualmente sembra da seguire la soluzione dottrinale, avallata dalla giurisprudenza di merito, che coniuga da un lato il dovere del creditore di rispettare i principi di buona fede o di correttezza e dall'altro l'interesse ad adempiere del debitore il quale trova, in tal modo, tutela diretta.

In relazione alla natura giuridica dell'adempimento è da registrare il definitivo tramonto sia della concezione negoziale sia di quella che lo considerava un atto dovuto.

L'adempimento è da intendere formato da attività diverse, dotate di una qualificazione giuridica autonoma, le quali rispondono a uno schema operativo programmato nell'obbligazione.

Il creditore può trovare soddisfazione anche con l'attività giurisdizionale di esecuzione forzata⁵⁰, disciplinata all'interno del Libro III del codice di procedura civile⁵¹.

⁵⁰ Vedi C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, IV, Torino, 2009, pp. 11 ss.

⁵¹ V. C. MANDRIOLI, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano, 1953, pp. 6 ss. In nota 20, p. 9 MANDRIOLI afferma: "Anche l'esigenza di risarcimento, come esigenza economica, e soltanto come tale, a me sembra che sorga all'atto della violazione, insieme (in senso alternativo, s'intende) con quella della restituzione. E' solo in un momento successivo, almeno logicamente, che previa valutazione intorno alle concrete possibilità di restaurazione diretta, l'ordinamento giuridico attribuisce rilevanza all'una o all'altra. (..)".

Il fondamento del processo giurisdizionale cui si è appena accennato è previsto nell' art. 24, c.1 Cost., norma che consente di agire a tutela dei propri diritti e che ricomprende il diritto di azione volto ad attuare e a rendere effettiva la posizione su cui sia affermata e dimostrata, da parte dell'attore, la titolarità.

Anche il principio del “giusto processo”, previsto dall'art. 111 della medesima Carta, rientra tra le garanzie costituzionali del sistema esecutivo, volte ad assicurare il contraddittorio, la posizione di terzietà del giudice competente, la ragionevole durata e la regolamentazione per legge del processo. Questi sono i parametri di riferimento idonei a valutare la legittimità costituzionale delle norme processuali sull'esecuzione forzata.

Il processo esecutivo si affianca, spesso in rapporto di strumentalità, al processo cognitivo, il quale ultimo è invece rivolto all'accertamento del diritto, a ottenere una sentenza di condanna e alla finalità di costituire, modificare o estinguere un rapporto giuridico.

Presupposto processuale dell'esecuzione forzata è il titolo esecutivo, che legittima formalmente il creditore qualora intenda esercitare l'azione esecutiva.

La funzione del processo esecutivo è volta alla realizzazione di un interesse altrui, non soddisfatto dal debitore e connotato dalla dignità di situazione sostanziale protetta.

In tale contesto non sarà mai possibile valutare l'esistenza della situazione da tutelare, che quindi è irrilevante nella prospettiva del processo esecutivo. L'esecutato può contestare l'esistenza del diritto vantato dalla controparte non attraverso il processo esecutivo ma solo con l'opposizione all'esecuzione, prevista all'art. 615 c.p.c.

A fronte di un inadempimento non occorre ottenere tutela in via dichiarativa ma anzi attribuire all'avente diritto poteri sostanziali tali da permettergli di sostituirsi all'obbligato sul piano del diritto sostanziale e di ricevere quindi conseguente e congrua soddisfazione⁵². Qualora poi il diritto sostanziale fosse impotente, l'avente diritto potrebbe richiedere la relativa utilità introducendo il meccanismo esecutivo.

Pur essendosi accennato alla tutela dichiarativa, si sottolinea come la fase dell'esecuzione non sia sempre necessaria e antecedente a questa.

A differenza del processo cognitivo, che ha funzione dichiarativa e struttura decisoria, il processo esecutivo non stabilisce i diritti e gli obblighi delle parti nè qualifica autoritativamente, da un lato, le condotte lecite e, dall'altro, quelle doverose⁵³ ma ha invece il compito di giungere all'emissione o al rifiuto del provvedimento richiesto dal creditore insoddisfatto.

⁵² Vedi F. LUISO, *Diritto processuale civile*, III, *Il processo esecutivo*, Milano, 2009, p. 5.

⁵³ Vedi F. LUISO, *Diritto processuale civile*, III, *Il processo esecutivo*, cit., p. 55.

I processi esecutivi sono di unico grado e quindi si concludono con provvedimenti non assoggettabili a impugnazioni diverse dai rimedi interni all'esecuzione.

Il codice civile e di rito italiani prevedono, in riferimento alla categoria degli obblighi di “fare” e di “non fare”, lo strumento dell'esecuzione forzata in forma specifica⁵⁴, rispettivamente agli artt. 2931, 2933, essenzialmente riguardanti il momento sanzionatorio del diritto sostanziale, e agli artt. 612614.

La qualifica che forse meglio connota l'istituto regolato dalle citate norme è “reintegrazione forzata”, piuttosto che “trasformazione forzata” così come adottata da F.CARNELUTTI.

Questa tipologia di esecuzione si aggiunge alla espropriazione per i crediti di somme di denaro e alla esecuzione per consegna o rilascio di beni mobili e immobili; i limiti a essa relativi sono correlati alla possibilità naturale o giuridica di realizzare un determinato comportamento a prescindere dalla volontà dell'obbligato.

Inquadrare in un panorama chiaro i problemi processuali sulla tutela esecutiva in forma specifica, distinti rispetto a quelli propri del diritto sostanziale, è essenziale per comprendere, in ottica moderna, possibilità e limiti di questa tutela.

L'esecuzione forzata in forma specifica si differenzia dal risarcimento del danno nella forma “per equivalente” in quanto, pur avendo la medesima funzione, in quest'ultimo non si prevede il ripristino “in forma specifica” ma il pagamento di una somma di denaro.

L'esigenza del risarcimento persegue un obiettivo generico e permette quindi un collegamento all'interesse violato soltanto in via mediata.

Attraverso l'esercizio dei meccanismi dell'esecuzione “in forma specifica” il creditore otterrebbe la stessa identica utilità prevista a seguito dell'adempimento spontaneo perchè invece con l'esecuzione “in forma generica”, ricevendo un'utilità solo equivalente, sarebbe soddisfatto in diverso modo. In tale ipotesi, quindi, la relativa somma di denaro coincide con il valore del danno subito dal creditore a fronte dell'inadempimento di controparte⁵⁵.

L'adempimento in forma specifica risulta di maggiore opportunità nel caso di beni che siano infungibili, di difficile reperimento sul mercato o quando siano da distruggere opere dannose. Si

⁵⁴ M. CARBONI, *Concetto e contenuto dell'obbligazione nel diritto odierno*, Torino, 1912, p. 199 scriveva: “La forza coattiva dell'obbligazione si manifesta in modo vario, a seconda che sia o no possibile il suo compimento specifico nonostante la contraria volontà del debitore. Quando tal possibilità si abbia, è evidente che la tutela del creditore è assoluta (..)”.

⁵⁵ Vedi però M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, 1968, p. 196, il quale, affermando la distinzione tra esecuzione in forma specifica ed esecuzione per equivalente, scriveva: “..ciò che il creditore raggiunge mediante l'esecuzione forzata, non può in verità considerarsi l'oggetto della prestazione ma piuttosto un surrogato di esso (..). Si osserva inoltre, il che ha certo maggiore peso, che non sempre il creditore raggiunge, mediante l'esecuzione forzata, l'oggetto della prestazione, e che molte volte egli deve contentarsi di un bene diverso, di un surrogato di quello”.

evita così il rischio derivante dalla liquidazione della prestazione nell' equivalente in denaro che poi risulti invece insufficiente per il creditore.

La scelta dell'avente diritto chiaramente sarà a favore del risarcimento per equivalente quando la prestazione promessa e inadempita non possa essere oggetto di esecuzione in forma specifica.

È possibile ravvisare un rapporto di fungibilità tra l'esecuzione forzata e l'adempimento operato dal debitore qualora il creditore ottenga, tramite la prima modalità, lo stesso esatto risultato eventualmente raggiunto con la spontanea realizzazione dell'obbligo atteso.

L'azione rivolta a chiedere l'adempimento, se è mancato, non dev'essere confusa con quella per la reintegrazione in forma specifica, prevista per la riparazione di un "cattivo adempimento".

Alcuni Autori, animati da propositi di organicità, cercano di ricondurre a unità i rimedi della reintegrazione in forma specifica e del risarcimento per equivalente. Sono state anche elaborate tesi per ricostruire in via autonoma l'uno e l'altro meccanismo, partendo dalla netta separazione, sul piano sostanziale, tra illecito e danno: il primo sarebbe perseguito con l'inibitoria mentre il danno potrebbe essere riparato tramite richiesta di risarcimento.

La dottrina ha ravvisato una gerarchia tra i due istituti pur non essendoci accordo su quale sia prevalente e nonostante il riferimento, in entrambi i casi, all'art. 2058 c.c.

Accanto alle eterogenee posizioni nel panorama dottrinale si riscontrano incertezze a livello giurisprudenziale, determinate forse anche dall'inadeguatezza delle ipotesi ricostruttive tradizionali. Il principio fondamentale relativo al risarcimento prevede che il soggetto del rapporto leso debba essere posto nella situazione economica equivalente a quella in cui si sarebbe trovato in caso di esatto adempimento della controparte. Il risarcimento ha per oggetto il cosiddetto "interesse positivo" (o "interesse all'adempimento")⁵⁶.

Alla procedura di esecuzione "in forma generica" si ricorre quando la modalità "in forma specifica" prevista nel codice civile non sia esperibile o si sia verificata la distruzione del bene.

Potrebbe apparire scorretta la qualifica "in forma specifica" attribuita all'esecuzione di determinate prestazioni se si ritenesse che in realtà ogni obbligo, genericamente e potenzialmente, possa essere parte della categoria delle obbligazioni di "fare".

È vero anche che la disposizione sull'esecuzione degli obblighi di "fare" e di "non fare" risulti non essere la norma di chiusura dell'intero sistema esecutivo ma che anzi siano numerosi gli ambiti lasciati scoperti, come nel caso delle prestazioni "infungibili", in quanto tali non surrogabili da parte di terzi.

Data la natura surrogatoria dell'esecuzione forzata degli obblighi di "fare" e di "non fare", in relazione a questi ultimi è garantito il ripristino della situazione *quo ante* grazie a una attività

⁵⁶ P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, p.83.

di “fare”; “la mera violazione dell'obbligo, non tradotta nella realizzazione di un'attività materiale suscettibile di distruzione, non può trovare tutela esecutiva nelle forme di cui agli artt. 612 e ss. cod.proc.civ.”⁵⁷.

In sede esecutiva rileva il comportamento da surrogare e non la sua qualificazione giuridica.

Nel caso di violazioni delle prestazioni di “non fare”, non concretizzatesi nella realizzazione di un'opera suscettibile di eliminazione, l'esecuzione forzata prevista dall'art. 612 c.p.c. consisterà nella distruzione di quanto compiuto violando l'obbligo di astensione.

Se però non sussiste alcun “fare” da poter surrogare, l'unico strumento possibile è dato dall'esecuzione indiretta di tipo sanzionatorio e quindi dalla applicazione di sanzioni atte a dissuadere l'obbligato da qualunque forma di inadempimento.

Se il rimedio previsto a fronte della violazione di una prestazione di “non fare” appare non pregiudizievole all'economia nazionale, l'art. 2933 c.2 del codice civile, molto legato all'ideologia degli Anni '40 del XX secolo, prevede la possibilità di ordinare la distruzione della cosa oggetto della violazione. Altrimenti, invece, questo risultato non sarebbe realizzabile e l'avente diritto potrebbe solo conseguire il risarcimento del danno; comunque sia, le uniche decisioni più recenti in argomento non hanno ritenuto operante tale limite nelle fattispecie concrete presentatesi.

In dottrina è stato osservato che la norma del codice citata sia in realtà rubricata in modo scorretto: in caso di violazione di un obbligo di “non fare”, la previsione di una esecuzione diretta si potrebbe avere solo tramite l'ordine di ripristino dello *status quo ante* qualora l'attività lesiva relativa abbia prodotto un risultato da rimuovere.

L'ordine di cessazione, altra opzione del giudice per violazione di uno di tali obblighi, è “infungibile” e quindi inesequibile in via diretta.

Il limite delineato all'art. 2933 c.c. è esplicito ma la legge ne prevede altri, deducibili dalla stessa disciplina e logica dell'istituto: per esempio si ritiene che con le espressioni “eseguire” e “distruggere” *ex art. 612 c.p.c.*, venga esclusa l'attività negoziale come contenuto dell'obbligo di “fare” e che solo qualora l'opera realizzata fosse suscettibile di essere distrutta si potrebbe dar luogo all'esecuzione forzata dell'obbligo di “fare”.

Quando la prestazione è di “fare” non è escluso che l'attività dovuta, pur se fine a se stessa, venga prestata da un terzo e non dal soggetto obbligato.

Sia l'oggettiva possibilità di esecuzione forzata, che in quanto tale avviene contro la volontà dell'obbligato inadempiente, sia la natura, negoziale o inerente a un diritto reale o ancora a un

⁵⁷ V. DE GIOIA, *Il nuovissimo processo civile dopo le riforme del 2010*, Forlì, 2010, p. 361.

diritto della personalità, relativa al rapporto che ha dato vita a una prestazione di “fare” o di “non fare”, limitano l’utilizzo della procedura esecutiva di cui all’art. 612 c.p.c.

Proprio con riferimento agli obblighi di “fare” e di “non fare” ha assunto un importante rilievo storico la cosiddetta esecuzione indiretta o per coazione, a lungo trascurata all'interno dell'ordinamento giuridico italiano in mancanza di una previsione generale in tal senso.

È anche vero, però, che nel meccanismo obbligatorio maggiore spazio abbia acquisito la nuova prospettiva secondo cui l’adempimento in senso tecnico risulta essere solo uno dei mezzi per raggiungere la soddisfazione del creditore e senza che si risolva in un mero *pacti* dal lato passivo.

Ai fini dell’analisi della esecuzione forzata degli obblighi di “fare” e di “non fare” è opportuno un breve *excursus* storico per comprendere l’evoluzione di tale procedimento.

Se in epoca classica il diritto romano non conosceva una tutela specifica per le obbligazioni ma anzi solo condanne pecuniarie, la spiegazione risiede nella poca rilevanza attribuita al “*momento teleologico nel rapporto obbligatorio e dalla conseguente incapacità del risultato promesso dal debitore a fungere da modello della sanzione esecutiva*”⁵⁸.

Di conseguenza il processo romano non permetteva al creditore insoddisfatto di conseguire il bene stesso oggetto dell’obbligo sostanziale del debitore.

In epoca successiva, con lo sviluppo del modello della *cognitio extra ordinem* e la distinzione tra l’obbligazione e la persona stessa del debitore, emerse la figura del *pignus in causa iudicati captum*, una fase della specifica procedura esecutiva per le condanne a somme di denaro, oltre alla possibilità di richiedere una *condemnatio in ipsam rem*, conseguendo in natura l’oggetto della prestazione di “dare” non pecuniaria mediante l’intervento di ausiliari denominati *apparitores* o *executores*.

Fermo quanto appena esposto, relativamente alla sanzione pecuniaria propria del diritto romano classico, è da sottolineare che sebbene la prospettiva della perdita dell’intero patrimonio potesse indurre l’obbligato ad adempiere, lo scopo primario non era quello di coercirlo per far conseguire al creditore la *res* che gli sarebbe spettata in forza del rapporto obbligatorio. Dunque tale previsione, che semplicemente consisteva nella trasformazione dell’originaria prestazione nel suo equivalente in denaro, non può essere posta a fondamento delle codificazione delle misure coercitive indirette.

“*L’accentuarsi del momento oggettivo dell’obbligazione, in corrispondenza con la nuova visione dei rapporti economici nel più tardo diritto romano, rese naturale la possibilità di conseguire in via*

⁵⁸ G. BORRE’, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, Napoli, 1966, p. 4; C. MANDRIOLI, ne *L’esecuzione forzata in forma specifica*, Milano, 1953, a p. 16, afferma: “In diritto romano, che non conosceva l’esecuzione forzata come istituto generale, l’indagine può anzi essere portata solo sul terreno dell’obbligazione”.

forzata, attraverso un attivo intervento dell'organo giurisdizionale, il risultato dedotto nel rapporto obbligatorio"⁵⁹.

È qui che si registra una netta differenza tra gli obblighi di "dare" e quelli di "fare" o di "non fare": se da un lato *manu militari officio iudicis possessio transfertur*⁶⁰ e quindi a fronte di una obbligazione di consegna di una *res* se ne operava la sottrazione al debitore, attribuendola poi alla controparte, analoga conseguenza non si ebbe nel campo della seconda tipologia di obbligazioni. Sono stati invece il diritto comune e il diritto canonico, seguiti dagli ordinamenti formatisi sulla loro base, fino alle codificazioni tipiche del diritto intermedio, a costruire una vasta tutela per le obbligazioni di "fare", tramite gli strumenti di esecuzione indiretta.

Con riferimento invece alle moderne obbligazioni di "fare", la procedura dell'esecuzione diretta è stata esclusa prevedendo l'estensione a tale categoria del fortunato brocardo "*nemo ad factum praecise cogi potest*"⁶¹. All'inizio del XIX secolo il concetto tradizionale di "incoercibilità del fatto umano" ha trovato una sua collocazione nell'ambito del *Code Napoléon*, ove una delle linee direttrici era quella di non attentare alle libertà individuali rivendicate dalla rivoluzione francese, respingendo quindi anche la possibilità di prevedere la coercibilità specifica degli obblighi di "*facere*".

Al contempo però un concetto nuovo si era ormai formato, qualche decennio prima, con la riflessione di R.J.POTHIER, relativa alla sostituzione dell'operato del debitore con l'intervento di altri, permettendo così l'adempimento della prestazione e la soddisfazione del soggetto attivo anche in presenza dell'inerzia dell'obbligato, senza però prevedere una vera e propria esecuzione forzata. Quanto più rileva è la corrente giurisprudenziale relativa all'esecuzione indiretta e alle misure delle *astreintes*, integrando il *ius conditum* in un modo che mai aveva conosciuto precedenti se non forse nella giurisprudenza creativa del pretore romano.

⁵⁹ G. BORRE', *Esecuzione forzata*, cit., p. 9.

⁶⁰ D.6.1.68 (*Ulp., 51 ad ed.*): "*Qui restituere iussus, iudici non paret, contendens se non posse restituere: si quidem habeat rem, manu militari officio iudicis ad eo possessio transfertur (..)*".

⁶¹ Per la prima volta formulato da A. FABRE, Président du Sénat de Savoie, verso la fine del XVI secolo, come riferisce BARDA; si legga inoltre in http://theses.univ-lyon3.fr/documents/getpart.php?id=lyon3.2007.huchet_g&part=222249: "L'adage 'Nemo praecise cogi potest ad factum' est traditionnellement présenté comme étant à l'origine de l'article 1142 du Code civil. L'héritage de la formulation actuelle de la maxime vient du Président du Sénat de Savoie, Antoine Fabre. Celle-ci a connu au cours de l'histoire diverses interprétations contradictoires 478 : 'Mais cette négation absolue de l'exécution en nature, due à une analyse discutable du Digeste par les glossateurs, s'avéra vite embarrassante, et l'on s'efforça d'en limiter les applications, si bien qu'à la fin de la monarchie, l'état de l'Ancien droit pouvait se résumer ainsi : le fait promis est in obligatione ; toutes les obligations de faire et de ne pas faire doivent être exécutées en nature. Le Code civil cependant, ne semble pas avoir enregistré cette évolution'."

La disciplina francese degli obblighi di “fare” e di “non fare” fu ripresa dal codice civile italiano postunitario, il quale però non voleva negare tutela specifica alle obbligazioni di “*facere*”, come era stato proprio della concezione del diritto intermedio e dell’art. 1142 del *Code civil*, ben ricollegata al brocardo “*nemo ad factum praecise cogi potest*”.

Attualmente il codice civile italiano del 1942 afferma la possibilità di eseguire in forma specifica gli obblighi di “fare” e di “non fare” stabilendo che, in caso di inadempimento, il creditore potrà pretendere, a spese dell’obbligato, la relativa prestazione oppure la distruzione di quanto realizzato. La prestazione, quale oggetto del rapporto obbligatorio, deve essere eseguita esattamente rispettando ogni modalità e quindi adempiendo integralmente proprio quanto previsto dalle parti coinvolte, nel tempo e nel luogo concordati. In mancanza, si avrebbe una forma di inadempimento o di adempimento inesatto.

Al verificarsi di una di queste ultime situazioni il problema di fondo consiste nel tutelare il creditore insoddisfatto il cui interesse rappresenta la sostanza dell’obbligazione stessa, pur dovendosi ormai considerare anche le ragioni del debitore. Quest’ultima indicazione è incardinata nell’ottica che i sistemi giuridici odierni hanno da ultimo assunto e quindi assai diversamente rispetto alle epoche passate.

La protezione del creditore può avvenire in modi diversi, anche cumulabili, secondo le conseguenze giuridiche dell’inadempimento: attraverso l’istituto della mora del debitore, specialmente per i casi di ritardo, oppure tramite il risarcimento del danno, qualora sia imputabile al debitore il mancato adempimento.

E’ infine prevedibile anche l’ipotesi della obbligazione nata da contratto e della sua contro-obbligazione, che conosce i rimedi dell’eccezione d’inadempimento e della risoluzione contrattuale. Quest’ultima verrà richiesta dal creditore nel caso abbia perso interesse a ottenere l’adempimento in forma specifica, preferendo quindi ottenere una somma pari al suo equivalente valore.

Con riferimento all’esattezza della prestazione, tale problema si pone spesso a posteriori e in negativo, configurandosi nei termini di responsabilità per inadempimento dell’obbligazione: il creditore ha ricevuto la prestazione ma non la ritiene conforme all’aspettativa perchè difettosa.

Quando il debitore non soddisfa il suo creditore sul piano del diritto sostanziale, contravvenendo all’obbligo che l’ordinamento stesso gli impone, realizza un cosiddetto illecito.

Il creditore potrà, in tali circostanze, agire in sede giurisdizionale richiedendo una esecuzione diretta o, se in presenza di obblighi “infungibili”, indiretta.

La prima comporta l’intervento dell’ufficio esecutivo a fronte dell’inerzia del debitore, a prescindere dalla sua volontà, con cui il creditore dovrebbe ottenere esattamente (non più né meno

di) quanto si sarebbe aspettato di ricevere per la sua soddisfazione⁶², attraverso una attività esecutiva omogenea rispetto a quella che il soggetto passivo avrebbe dovuto effettuare. L'ordinamento giuridico italiano ha costruito tre diverse tecniche di tutela esecutiva diretta: l'espropriazione forzata per i crediti di denaro; l'esecuzione per consegna di cose mobili o per rilascio di immobili; infine, in via residuale, l'esecuzione per obblighi di "fare fungibile".

Dalla lettera dell'art. 612 c.p.c. la sentenza di condanna è indicata come unico mezzo per fondare l'esecuzione in forma specifica, su cui dovrà effettuarsi una valutazione di fungibilità dell'obbligo in quanto sarà poi contenuto nel successivo provvedimento giudiziario emesso.

Nonostante una sentenza interpretativa di rigetto della Corte costituzionale del 2002, che ha ragionato in termini negativi sull'eventualità di equiparare il verbale di conciliazione giudiziale alla sentenza idonea a dar vita a una effettiva procedura esecutiva, la conferma che anch'essi siano titoli esecutivi deriva ad esempio dalla nuova dizione dell'art. 474 c.2 n.1 c.p.c.

In realtà però l'oggetto della procedura in questione non è il provvedimento-sentenza ma il diritto, che viene attuato e tutelato in via esecutiva⁶³.

La esecuzione in forma specifica si applica nei soli casi in cui debba soddisfarsi un diritto la cui lesione richiede una tutela "reale" o "specificata": si tratta dei diritti assoluti in genere e di quelli reali in specie ma è apparsa controversa la possibilità di includervi anche obbligazioni aventi a oggetto beni determinati.

Non sono invece ivi considerati gli obblighi relativi a cose generiche.

L'esecuzione in forma specifica rappresenta l'ultimo strumento a favore del creditore per essere effettivamente e finalmente soddisfatto, nonostante il previo inadempimento del debitore: tale punto di arrivo sarebbe però inammissibile, secondo alcuni interpreti, qualora il soggetto attivo potesse raggiungere il medesimo risultato esercitando i suoi poteri sostanziali e senza una invasione della sfera giuridica di controparte, vietata dal codice penale *ex artt.* 392 e 393 salvo espresse eccezioni. Una fra queste è ricavata dall'art. 896 c.c., in cui il creditore è dotato del potere di autotutela⁶⁴. Per altri, invece, l'esecuzione in tali casi perderebbe rilevanza, seppure in astratto configurabile.

⁶² Vedi G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1944, pp. 41-42 e M. CARBONI, *Concetto e contenuto dell'obbligazione nel diritto odierno*, cit., p. 200.

⁶³ Vedi F. LUISO, *Diritto processuale civile*, III, *Il processo esecutivo*, cit., p.231.

⁶⁴ F. LUISO, in *Diritto processuale civile*, III, *Il processo esecutivo*, cit., a p. 219 afferma che nel codice civile del 1865 "la tutela dei diritti correlati ad obblighi di fare inadempiti si realizzava attraverso l'attività di diritto sostanziale dell'avente diritto (...). Non vi era, quindi, una esecuzione forzata in forma specifica, ma una autotutela dell'avente diritto, previamente autorizzato dalla sentenza e con l'eventuale intervento della forza pubblica, nel caso che l'obbligato si opponesse materialmente".

Oggetto di tale tipo di esecuzione forzata possono essere anche gli obblighi consistenti in un “*pati*”, ossia in un atteggiamento di astensione o di tolleranza correlato al diritto del creditore di invadere la sfera giuridica del primo.

Essi differiscono dagli obblighi di “non fare”, costituiti da una mera omissione, dato che l'esplicarsi degli obblighi di “*pati*” si sviluppa nello svolgimento di attività protette all'interno della sfera giuridica del soggetto passivo⁶⁵.

Se nell'obbligo di “non fare” l'invasione della sfera giuridica altrui, operata dall'avente diritto, è patologica, nel caso di un atteggiamento di tolleranza, invece, è fisiologica.

F. LUIISO consapevolmente distingue, nella suddetta categoria, gli obblighi di sopportare correlati a un diritto il cui interesse consiste nel risultato dell'attività e per cui è possibile utilizzare il meccanismo dell'esecuzione diretta, dagli obblighi con correlato interesse all'attività stessa anziché al risultato, ove è invece necessario ricorrere all'esecuzione indiretta⁶⁶.

In base all'ultimo comma dell'art. 26 c.p.c., nel processo di esecuzione in forma specifica degli obblighi di “fare” e di “non fare” è competente il giudice del luogo in cui deve essere adempiuta la prestazione stessa, al quale il soggetto interessato presenta ricorso secondo il principio della domanda.

Di conseguenza il giudice dell'esecuzione, così individuato, fisserà con decreto in calce al ricorso l'udienza per l'audizione delle parti: ricorso e decreto sono notificati a cura dell'istante.

Il magistrato avrà il compito di determinare le modalità della procedura esecutiva entro i 10 giorni successivi alla notifica, di attuare il diritto consacrato in modo certo nel titolo esecutivo, dirigendo le udienze in cui il processo si articola e infine di risolvere le difficoltà emerse nel corso del procedimento.

Nel 1999 la Suprema Corte⁶⁷ ha prescritto che qualora la sentenza o il provvedimento da eseguire avesse presentato in sé gli elementi fondamentali di tali modalità di esecuzione, senza bisogno quindi di provvedervi in fase esecutiva, l'allora pretore non avrebbe potuto operare diversamente da quanto già previsto con il provvedimento *ex art.* 612 c.p.c., limitandosi eventualmente solo a completarlo.

In tal modo la Corte di Cassazione ribadiva che se il giudice dell'esecuzione avesse inteso determinare le modalità di esecuzione forzata degli obblighi di “fare” e di “non fare”, la natura del provvedimento sarebbe stata di “ordinanza” mentre se la pronuncia fosse stata rivolta a modificare

⁶⁵ G. BORRE', in *Esecuzione forzata degli obblighi di fare di non fare*, cit., a pag. 157 (nota 222), afferma che L. COVIELLO (*L'obbligazione negativa*) reputi in realtà coincidenti l'obbligo di non fare e l'obbligo di astensione in oggetto. Un simile accostamento risulta anche dalla analisi di sistemi positivi come quello germanico.

⁶⁶ F. LUIISO, in *Diritto processuale civile*, III, *Il processo esecutivo*, cit., pp. 221-222.

⁶⁷ Cfr. Cass. Civ., Sez. III, 27 agosto 1999, n. 9012.

il contenuto del titolo esecutivo a danno del creditore o del debitore, sarebbe stata di “sentenza appellabile”.

Necessario, a questo scopo, risultava quindi chiarire preliminarmente i rapporti tra il provvedimento emesso e il titolo esecutivo: l'ordinanza non avrebbe potuto surrogare una sentenza di condanna, avendo la prima, rispetto a quest'ultima, una finalità diversa consistente solo nella fissazione delle modalità pratiche della procedura e non nell'accertamento di una situazione giuridica sostanziale. L'esecuzione forzata può instaurarsi soltanto se il possessore di un titolo esecutivo, che abbia precedentemente intimato alla controparte di adempiere, intenda procedere in tal senso e farlo valere. A tal fine sarà necessario instaurare un seppur limitato contraddittorio, dal quale non è possibile prescindere in caso di controversia tra le parti, che gode di rilevanza costituzionale e che è tipico del processo esecutivo in generale.

In un secondo momento, quindi, il giudice pronuncia eventualmente una ordinanza, modificabile e revocabile finché non sia eseguita e con la quale vengono stabilite le modalità effettive d'esecuzione, la nomina dell'ufficiale giudiziario e di coloro che dal punto di vista tecnico dovranno provvedere al compimento dell'opera non eseguita o all'eliminazione di quanto illecitamente ormai compiuto.

Per gli obblighi di “dare” l'esecuzione in forma specifica si attua con la consegna o con il rilascio *ex art. 2930 c.c.*, il quale rinvia alle disposizioni del codice di rito.

Tale percorso è seguito nel caso in cui oggetto della procedura sia un bene parte del patrimonio del debitore o che potrebbe essere acquisito dal creditore.

Se così invece non fosse, si dovrebbe procedere con l'espropriazione e conseguire l'equivalente in denaro del valore del bene non ottenuto o ricevuto con ritardo.

In tal modo è però evidente che il risultato consisterebbe in una distinta obbligazione risarcitoria e non nell'equivalente della prestazione ineseguita, né tantomeno nell'oggetto originario di essa.

Per gli obblighi di “fare” e di “non fare” le modalità consistono nell'attuazione o nella distruzione dell'opera cui si riferiva la prestazione rimasta poi inadempita.

La natura particolare delle prestazioni di “non fare” permette eventualmente di ravvisare una impossibilità di inadempimento non imputabile al debitore, soggetto alle regole generali della responsabilità per inadempimento ma impedisce di configurare un adempimento inesatto dal punto di vista dell'esecuzione della prestazione, qualificandolo “inadempimento non definitivo”.

In base alla suddetta considerazione, le disposizioni su mora, quantità e qualità del prestatore non si applicano alle obbligazioni negative.

La procedura descritta rientra in un ambito particolare ma è di applicazione frequente in quanto si registra una sempre maggiore tendenza del soggetto soccombente a non adempiere quanto prescritto dal giudice in sentenza, oltre a una carenza di specificazione degli obblighi che egli deve rispettare. *Ex art. 613 c.p.c.* è possibile che nel corso dell'esecuzione sorgano difficoltà, di ordine prettamente tecnico o pratico (ma non giuridico), intese a trasformare il diritto del precedente in risarcimento del danno.

Una tale eventualità appare elevata per la natura altamente conflittuale con cui si sviluppano le situazioni ove operano l'esperto e l'ufficiale giudiziario nominato dal giudice.

Se fossero posti in atto comportamenti ostruzionistici e dilatori, l'ausiliario incaricato dovrebbe informarne sia l'ufficiale giudiziario, che a tal fine potrà farsi assistere dalla forza pubblica, sia il magistrato competente, il quale a sua volta potrebbe assumere i provvedimenti *ad hoc* opportuni, spesso così risolvendo, in via preventiva, le problematiche emerse a norma dell'art. 612 c.p.c.

Da ultimo è da rilevare la caratteristica "tipicità" della esecuzione in forma specifica: S.SATTA sosteneva che in tal modo potessero essere tutelati unicamente gli obblighi correlati a diritti assoluti poichè, in caso di inadempimento, il rimedio concreto sarebbe stato solo il risarcimento previsto dall'art. 1218 c.c.

La debolezza di questo orientamento, che peraltro tende a minare il concetto di unità dell'esecuzione forzata, consiste nella irrilevanza a fini esecutivi del tipo di diritto da tutelare e della correlazione dell'obbligo inadempito, da surrogare a un diritto reale, personale di godimento oppure di credito.

---^{ooo}

Nel corso degli Anni '80 è stato possibile rilevare scarsa attenzione nei confronti del processo esecutivo all'interno delle proposte per l'attuazione di riforme urgenti.

Un simile atteggiamento del legislatore non si può giustificare o spiegare con la assenza di problematiche nel terreno dell'esecuzione forzata.

Forse infatti una risposta può essere fornita partendo dalla profonda e grave crisi vissuta, allora come oggi, dal processo di cognizione. Solo a causa del gravissimo stato in cui versava la fase cognitiva, dunque, si era attribuito minore rilievo alla sfera esecutiva, pur considerando che, come anche prima si è detto, cognizione ed esecuzione non risultano sempre e necessariamente collegate in un rapporto di dipendenza cronologica.

Il legislatore ha mostrato minore sensibilità verso l'area esecutiva perchè è sempre stata l'eccessiva durata del processo di cognizione a destare preoccupazione nell'opinione pubblica.

Con la L. 26 novembre 1990, n. 353 si intervenne sull'art. 495 c.p.c., relativo all'istituto della conversione del pignoramento, in tal modo operando il più incisivo, seppure statisticamente marginale, intervento nel campo dell'esecuzione.

Anche la nuova legge, quindi, poco si è occupata di riformare il processo esecutivo, prevedendo solo marginali modifiche nei settori che tradizionalmente apparivano più bisognosi di rivisitazione. Del resto le carenze riscontrabili nel campo dell'esecuzione forzata non si sarebbero potute certamente risolvere attraverso un settoriale e urgente intervento sulla disciplina processuale.

I risultati deludenti della riforma del 1990 hanno poi sottolineato le obiezioni mosse in tale ambito, inducendo infine il legislatore a intervenire nuovamente con la Legge 3 agosto 1998, n. 302, un intervento correttivo anch'esso comunque non immune da incongruenze e considerato dalla stampa specializzata "mini riforma" dell'espropriazione immobiliare.

G. TARZIA, alle soglie del ventunesimo secolo, rilevava che tra le problematiche più discusse in quegli anni, a monte della disciplina del processo, vi fosse anche quella relativa alla distinzione fra obbligazioni "fungibili" e "infungibili", con riflessi di conseguenza sul campo di applicazione del meccanismo descritto negli artt. 612 ss. c.p.c.⁶⁸.

La eccessiva lentezza, divenuta quasi elemento imprescindibile del processo civile di cognizione, è propria anche del processo esecutivo e ascrivibile solo in modo circoscritto a difetti dello schema procedimentale così come configurato dal codice di rito; la motivazione è da ravvisare soprattutto nelle lacune strutturali o nelle disfunzioni organizzative degli uffici giudiziari e amministrativi o a causa di poco efficaci scelte di politica legislativa che non hanno saputo valorizzare le finalità dell'esecuzione.

Si è, di conseguenza, limitata l'esecuzione al rango di attività burocratica e amministrativa estranea allo *ius dicere* spettante a magistrati con scarsa esperienza specifica.

La stessa rigidità del procedimento esecutivo impedisce una modifica tale da ristrutturare radicalmente la sua disciplina.

Durante la XIV legislatura (dal 2001 al 2006) il codice di procedura civile ha conosciuto un'ampia opera riformatrice sviluppatasi attraverso numerosi interventi normativi, distinti e separati, senza però un'organizzazione unitaria e sistematica che, pertanto, ha generato spesso confusione e incertezza negli operatori del diritto.

Con la Legge 14 maggio 2005, n.80 si è infatti realizzata la trasformazione dell'intero sistema delle esecuzioni: l'*iter* in questione ha trovato conclusione alla vigilia dello scioglimento del Parlamento per la fine della legislatura, con la Legge 24 febbraio 2006, n. 52, che ha sistematizzato *in toto* la

⁶⁸ *Nuovo processo civile e giudice unico- la giustizia civile tra crisi e riforme* - atti del Convegno, Napoli, 67-8 novembre 1998, Milano, 2000, p. 235.

disciplina delle esecuzioni mobiliari e che ha però portato a evidenti difficoltà interpretative e di coordinamento sistematico, maggiori e più diffuse rispetto alle riforme operate su altre materie. L'intervento in questione, che ha conosciuto modifiche con la Legge 28 dicembre 2005, n. 263, è considerato l'unica vera riforma sistematica del Libro III del codice di rito fin dalla sua entrata in vigore nel 1942.

Nonostante la riforma abbia abbracciato tutti i principali istituti del processo esecutivo, generali e speciali, la sua vastità si è poi condensata e concretizzata in pochi principi.

Ulteriori modifiche al codice di procedura civile sono state da ultimo introdotte attraverso la Legge 18 giugno 2009, n. 69, che presentava la finalità di operare una incisiva modifica del processo.

Sicuramente ha rappresentato una novità di rilievo l'introduzione del nuovo art. 614 *bis* c.p.c., relativo alle misure coercitive indirette ma ancora non si è giunti a una efficace riforma per risolvere i problemi, fisiologici e soprattutto patologici, connessi alla giustizia civile.

Parte della dottrina ha ritenuto di ravvisare nel suddetto prodotto legislativo interventi tra loro eterogenei e dotati di diversa valenza tecnica, che in quanto tali poco potranno incidere sui temi che più interessano il cittadino, ossia durata e costi dei giudizi stessi.

4. Tra definizione positiva e ipotesi ricostruttive della nozione di “infungibilità”.

Per un primo inquadramento sistematico è utile nuovamente affermare che la tradizionale tripartizione delle obbligazioni di “dare”, di “fare” e di “non fare” sia stata determinata in base al differente tipo di prestazione che ne costituisce oggetto⁶⁹.

Se la prestazione è di “dare”, il comportamento a carico dell'obbligato può essere la consegna materiale al creditore di beni specifici e infungibili oppure di beni generici e fungibili; tale consegna si traduce poi nel trasferimento o nella costituzione di un diritto.

Nel 1956 F. CARNELUTTI scriveva che, grazie alla procedura esecutiva, si sarebbero potute eliminare le lesioni eventualmente arrecate per mancanza di collaborazione a fronte di un rapporto obbligatorio: di conseguenza, quanto non fosse stato doverosamente fatto si sarebbe dovuto realizzare e quanto fosse stato effettuato, contrariamente all'impegno preso, si sarebbe invece dovuto disfare.

Il primo risultato, a differenza del secondo, sembra potersi ottenere solo quando il concorso del debitore non sia necessario: in base a questo assunto le obbligazioni “fungibili”, in cui è indifferente

⁶⁹ Vedi M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, cit., pp. 107 ss.

la persona adibita al “fare”, si distinguono da quelle “infungibili”, il cui profilo non è individuato positivamente dall’ordinamento ma può essere ricostruito secondo diverse accezioni dottrinali.

Il concetto di “infungibilità” è stato inteso come uno tra i più enigmatici dell’intricata materia, senza che vi sia, al riguardo, alcuna convenzione stipulativa.

Individuare “fungibilità” e “infungibilità” attiene al campo dell’interpretazione, non limitato alla volontà dei soggetti ma anzi rivolto direttamente all’oggetto della prestazione o, mediatamente, ai valori sociali ed economici dei beni.

In primo luogo occorre quindi risolvere il problema semantico sul senso degli aggettivi “fungibile” e “infungibile”, per individuare il giusto significato applicabile tra i tanti che, almeno inizialmente, appaiono prevedibili e possibili.

Ritenendo caratterizzante e determinante ravvisare la “fungibilità” o la “infungibilità” delle prestazioni considerate, si potrebbe individuare per ogni singola fattispecie il preciso tipo negoziale corrispondente.

Strutturalmente, in presenza di beni “fungibili”, non è possibile distinguere, in ragione dell’elasticità della configurazione in argomento, quale tra essi sia dovuto e quale invece sia solo sostitutivo di quanto originariamente concordato; entrambi sono infatti sullo stesso piano e presentano pari attitudine soddisfattoria dell’interesse creditorio. Si determina in tal caso una possibilità di scelta nell’ambito della prestazione.

Il soggetto passivo potrà realizzare l’una o l’altra prestazione e, nel caso in cui sia necessario per attuare l’obbligo, dovrà sostituire quella originariamente prevista.

Più precisamente, il problema da considerare in via preliminare per alcune qualificazioni, quale quella in argomento, è individuare il significato terminologico della qualifica dal punto di vista propriamente giuridico. Il riferimento risulta essere, di conseguenza, alla norma e agli istituti in cui i concetti di “fungibilità” e di “infungibilità” siano occasionalmente presenti, pur non esistendo una definizione normativa di riferimento. Essi quindi si ricavano dalle applicazioni nella prassi e, non avendo precisi limiti di diritto positivo, sono rivolti a non ben definite situazioni di fatto.

L’attenzione è stata incentrata anche sull’art. 1175 c.c. in modo da ravvisarvi un’eventuale utilità di rilievo in tema di “fungibilità” e di “infungibilità” e, specialmente, per tutelare l’interesse creditorio. Tuttavia, se il creditore rifiutasse una prestazione eguale o equivalente a quella dovuta o se invece il debitore non intendesse operare la sostituzione, sarebbe impossibile invocare tutela a fronte della violazione delle regole di correttezza previste dalla suddetta disposizione, altrimenti permettendo una alterazione dell’oggetto della prestazione.

Il principio di correttezza è stato inteso anche in altro modo: la sostituzione interverrebbe quando, nonostante il perimento dell’oggetto della prestazione, creditore o debitore continuino ad avere

interesse all'adempimento nella forma concordata senza però potersi incorrere in un eccessivo pregiudizio dell'altrui interesse⁷⁰.

E' comunque possibile comprendere le qualifiche di “fungibilità” e di “infungibilità” intendendole quale caratteristica pregiuridica dei beni, poi dalla dottrina estesa, in termini di rilevanza giuridica, anche ad attività e persone.

Successivamente si deve individuare a quali rapporti le stesse siano riferite.

A entrambe le nozioni non sempre si riconosce un significato autonomo: ad esempio può non distinguersi tra “fungibilità” e “genericità” o, specularmente, tra “infungibilità” e “determinatezza”.

Il codice civile menziona la qualifica della “fungibilità” solo per alcuni rapporti obbligatori, ad esempio *ex artt.* 1243, 1782 e 1813 (rispettivamente vertenti su “Compensazione legale e giudiziale”, “Deposito irregolare” e “Nozione” di mutuo).

Il rapporto obbligatorio è stato considerato campo d'applicazione per eccellenza del concetto di “fungibilità” e quindi sarebbe quantomeno limitativo circoscrivere le nozioni in esame a mero livello di “teoria dei beni”.

L'oggetto della prestazione cui i suddetti concetti sono riferibili, essendo uno degli elementi del rapporto obbligatorio, è solitamente permeato da un atteggiamento di perfezionismo e nonostante questo è spesso apparso di fatto trascurato.

Uno stesso bene può essere “fungibile” o “infungibile” a seconda della vicenda giuridica entro cui è inserito e della qualifica di “sostituibilità” o di “insostituibilità” riscontrabile nel rapporto concretamente considerato.

Secondo un orientamento tradizionale⁷¹ se il ricorrente pretende l'esecuzione di un “fare infungibile” non è possibile applicare le norme dell'esecuzione forzata ma solo quelle relative alle misure coercitive di recente codificazione o al risarcimento del danno, risolvendosi quindi nella soddisfazione della prestazione dovuta mediante consegna dell'equivalente in denaro.

La giurisprudenza rileva che, ritenendosi impossibile l'esecuzione in forma specifica di una prestazione “infungibile”, non sarebbe parimenti ammessa la previsione normativa attributiva di provvisoria esecutività a un ordine comportante un “*facere infungibile*”.

Si era anche delineata la possibilità dell'alternativa, a scelta del debitore, tra adempiere spontaneamente o subire l'imposizione di mezzi di coazione indiretta, di natura economica o penale, pur senza che, comunque, una simile previsione avesse alcun fondamento giuridico.

⁷⁰ In tal senso vedi M. CARBONI, *Concetto e contenuto dell'obbligazione nel diritto odierno*, cit., p. 199, secondo cui talvolta “(..) all'oggetto, alla prestazione originaria, si sostituisce una somma commisurata all'utilità dovuta, in modo che per tal sostituzione il debitore non trovi aggravata la propria condizione”.

⁷¹ Non sono state univoche le posizioni giurisprudenziali in argomento. Per la inammissibilità della sentenza di condanna ad una prestazione di *facere infungibile*, vedi tra le altre Cass., 24 agosto 1994, n.7500; diversamente hanno affermato ad es. Cass. 13 ottobre 1997 n.9957 e Cass. 17 luglio 1992 n.8721.

E' vero però che *ex art. 483 c.p.c.* si riscontra nel nostro ordinamento un principio generale “*che consente addirittura il cumulo di più azioni esecutive a tutela di uno stesso diritto*”⁷².

Di conseguenza la sola previsione di una sanzione penale volta a realizzare una coazione indiretta non consentirebbe di affermare inequivocabilmente la incoercibilità, con mezzi diretti, della prestazione da adempiere.

La qualifica di prestazione “infungibile” si spiega in relazione alla figura dell'autore dell'adempimento, il cosiddetto “debitore”: il codice civile stesso, *ex art. 1180*, stabilisce infatti che l'obbligazione possa essere realizzata da un terzo anche contro la volontà del creditore ma solo qualora costui non abbia interesse a che sia il debitore stesso a eseguire personalmente la prestazione.

Quest'ultima espressione individua dunque il vero e proprio elemento oggetto d'indagine per determinare l'applicazione della norma.

Alcuni Autori hanno elaborato la teoria per cui l'adempimento operato dal terzo sarebbe ammissibile nel caso di prestazioni di “dare”, ove l' *intuitus personae* appare meno stringente rispetto a quelle connotate dal “fare”.

Le obbligazioni si qualificano “fungibili” o “infungibili” a seconda della possibilità o meno per il loro oggetto di sostituirsi con altra prestazione equivalente o di essere appunto adempiuto da un soggetto diverso dal debitore, che sarebbe impossibilitato in tal senso solo dall'eventuale opposizione del creditore.

Nonostante ciò, l'avente diritto potrebbe volere che la prestazione, pur “fungibile”, sia adempiuta dal debitore ove il terzo non riesca potenzialmente a garantire una concreta soddisfazione.

Si potrebbe dedurre che l'attenzione venga sempre incentrata sulla figura del creditore, sull'interesse satisfattorio che egli intenda raggiungere e sulla concezione e qualifica di costui relative all'oggetto dell'adempimento: in tal modo si potrebbe correttamente attribuire o meno il carattere di “sostituibilità” alla prestazione considerata, evitando al contempo qualsiasi pretesa di classificazioni predeterminate e indipendenti dal concreto volere del soggetto attivo.

La “fungibilità” rappresenta un attributo che non può essere desunto solo dall'intrinseca natura della prestazione perché costituisce appunto il riflesso dell'autonomia privata.

“Fungibilità” e “infungibilità” si contrappongono soprattutto con riguardo alle prestazioni di “dare”, distinte da quelle di “fare” che contengono in quanto tali un “fatto”⁷³, un risultato del comportamento diretto a produrre una certa utilità in favore del creditore.

⁷² Pret. Legnano, 19 ottobre 1982, in *Foro it.*, 1984, I, p. 3042.

⁷³ Vedi R. CICALA, *Concetto di divisibilità e di indivisibilità dell'obbligazione*, Napoli, 1953, p. 81 e pp. 213 ss.

Anche per le prestazioni di “fare” è ripresa la distinzione tra prestazione e suo oggetto, che non è sempre di agevole individuazione e al cui riguardo la dottrina si è divisa.

Talvolta il “fare” è rivolto alla produzione di una cosa e proprio in simili fattispecie il confine tra prestazione e suo oggetto è più evidente e marcato.

Talaltra, invece, quando la cosa preesiste al rapporto e quindi l’attività ha per oggetto una utilità che riguarda la cosa, la distinzione in esame, pur possibile, necessita del riferimento a un fatto immateriale.

Questa bipartizione, spesso anche accompagnata da una prestazione di “dare” il cui oggetto coincide con la “cosa”, non esaurisce il panorama: esistono infatti altre ipotesi ove i due elementi, prestazione e suo oggetto, rappresentano una stessa realtà all’interno del mondo dei fenomeni⁷⁴.

Con riferimento alla prestazione di “dare” prima accennata, prevista a seguito del “*facere*”, si deve sottolineare come essa stessa rappresenti la conclusione dell’attuazione del rapporto *in toto* considerato.

Nelle prestazioni di “*facere*” l’individuazione della “fungibilità” o della “infungibilità” non è problematica se riferita alle cose promananti dall’attività, “*riferimento oggettivo della prestazione di fare ed oggetto della prestazione di dare che conclude l’iter di attuazione del rapporto*”⁷⁵, mentre sarebbe impossibile una soluzione nel caso si considerasse la prestazione in sé. Il discorso appare però diverso nel caso in cui la prospettiva sia quella dei soggetti obbligati.

Nelle prestazioni di “fare” si è soliti individuare, da un lato, una “infungibilità” oggettiva che è fondata sulla natura della prestazione di per sé non surrogabile con altra e, dall’altro, una “infungibilità” soggettiva individuata dall’espressione “*intuitus personae*”, relativa all’identità e alle qualità del debitore e che comunque risulta essere una formula non in grado di stabilire privilegi nell’attività umana.

In applicazione di tale criterio è ritenuta “infungibile” la prestazione del professionista in quanto tale, caratterizzata dall’*intuitus* e quindi dal carattere fiduciario del rapporto.

Spesso gli accennati confini della prestazione, “oggettivo” e “soggettivo”, sono molto labili in quanto essa stessa può risultare “infungibile” a entrambi i livelli.

Inoltre il carattere dell’*intuitus personae* è stato ravvisato in qualsiasi prestazione di “fare” proprio in virtù del collegamento tra l’attività che il debitore deve espletare e l’utilità attesa dal creditore.

Secondo la concezione dell’obbligazione e del processo esecutivo vigente negli Anni '60, la “infungibilità”, facente capo alla persona e alla libertà del debitore, si sarebbe potuta ravvisare solo

⁷⁴ Vedi A. ZARRELLI, *Fungibilità ed infungibilità nell’obbligazione*, Napoli, 1969, pp. 92 ss.

⁷⁵ A. ZARRELLI, *Fungibilità ed infungibilità*, cit., p. 96.

in relazione alle obbligazioni di “fare”, ferma la eventualità che operasse anche in caso di obbligazioni risoltesi poi nel pagamento di una somma di denaro.

In realtà però la contrapposizione tra “fungibilità” e “infungibilità” si può riferire, sotto il profilo oggettivo, anche alle obbligazioni consistenti in prestazioni di “dare materiale” o “giuridico” e il punto di riferimento dev’essere solo la natura del bene che ne sia oggetto.

In tale prospettiva *“sono oggettivamente e per loro natura obbligazioni fungibili o generiche le obbligazioni di dare o trasferire beni o cose parimenti fungibili e cioè sostituibili con altrettante quantità di beni dello stesso genere e qualità (..); mentre sono infungibili o specifiche quelle in cui l’oggetto del dare sia un bene o cosa altrettanto infungibile”*⁷⁶.

All’interno della categoria delle obbligazioni “fungibili” sono comprese, com’è logico, quelle consistenti in una somma di denaro, anche se attualmente questo bene mobile “materiale” ha perso gran parte della sua rilevanza giuridica ed è sempre meno usato nelle operazioni di pagamento che preferiscono invece l’*iter* informatico: è il terreno della cosiddetta dematerializzazione della moneta.

La nozione di “fungibilità” indicherebbe semplicemente la possibilità di sostituire l’attività di un terzo, organo giurisdizionale ed esecutivo dello Stato, a quella del debitore, con effetto soddisfacente⁷⁷.

Attraverso il suo intervento, lo Stato opera d’autorità realizzando gli effetti giuridici propri del contratto senza bisogno di alcun consenso da parte del soggetto passivo, ma anche lo stesso creditore talvolta può soddisfare il proprio interesse con autodifesa autorizzata e quindi pur in mancanza di una pronuncia del giudice, come nel caso della “vendita coattiva”.

Il fatto che la legge non si soffermi in via espressa al riguardo si può spiegare intendendo tale requisito *in rerum natura*.

Parte della dottrina ha affermato che non esistano criteri oggettivi atti a individuare la “fungibilità” della prestazione, che potrebbe qualificarsi tale solo qualora il creditore ritenesse possibile il meccanismo dell’esecuzione in forma specifica. La prospettiva è quindi fondata su una base soggettiva.

Qualora l’avente diritto richiedesse e poi fossero applicate, le norme proprie di quest’ultima tipologia esecutiva, la relativa prestazione dovrebbe essere “fungibile”.

⁷⁶ C. TURCO, *Lezioni di diritto privato*, cit., p. 275.

⁷⁷ Vedi però M. GIORGIANNI, *L’obbligazione*, cit., p. 197: “Non deve infatti prendersi alla lettera quanto talvolta si trova detto e cioè che a mezzo dell’esecuzione forzata in forma specifica il creditore ottiene che lo Stato si sostituisca al debitore inadempiente compiendo, attraverso i suoi organi, la medesima attività cui era tenuto il debitore, o un’attività analoga”.

Secondo una considerazione di F. BORRE' in realtà la suddetta decisione operata dal creditore “*da cui dovrebbe emergere, come un posterius, la infungibilità o la fungibilità della prestazione, non sarebbe altro che scelta fra puro e semplice risarcimento del danno e risarcimento del danno in forma specifica, ed allora è logico che essa sia libera (..)*”⁷⁸.

Sarebbe invece il debitore reale titolare di poteri tali da renderlo esclusivo legittimato, sul piano sostanziale, alla realizzazione di quella precisa e specifica prestazione atta a soddisfare la controparte.

Se l'obbligazione di “fare” è “infungibile” la prestazione in essa contenuta si intende inseparabile dalla persona del debitore vincolato e il senso dell'obbligazione originaria sarebbe snaturata da ogni eventuale forma di surrogazione.

In presenza di prestazioni “infungibili” il debitore subirebbe di conseguenza una compressione arbitraria della propria libertà personale, conseguendone quindi la impossibilità per soggetti terzi di eseguire la prestazione.

In proposito è stata registrata una costante giurisprudenza nelle sentenze della Suprema Corte qualificanti “infungibile” l'obbligo di reintegrazione a favore del lavoratore⁷⁹, creditore in senso lato, che richieda un comportamento incoercibile di carattere organizzativo e funzionale del datore di lavoro.

In primo luogo la nozione di “infungibilità” si riferisce alla libertà del debitore: il riferimento è a comportamenti altamente connotati e qualificati da specifiche e precise attitudini che sono proprie del solo soggetto obbligato e quindi non è possibile ritenere equivalenti eventuali comportamenti tenuti da altri soggetti. Gli unici risvolti pratici potranno ravvisarsi tramite la esecuzione in forma indiretta.

Qualora in tali casi si attuasse invece il meccanismo coattivo dell'esecuzione forzata, sarebbe sacrificata la libertà del debitore. La scelta stessa tra esecuzione specifica e risarcimento del danno non può essere operata dal creditore perchè non rileva solo l'interesse risarcitorio di quest'ultimo ma anche l'interesse debitorio a mantenere integra la propria sfera possessoria, dando altrimenti vita a un danno ingiusto a fronte di una surrogazione oggettivamente inadeguata.

In secondo luogo la “infungibilità” rileva in riferimento al bene cui guarda l'attività dovuta.

Il debitore è titolare di poteri che non saranno eliminati con le sole forze del diritto sostanziale del creditore ma attraverso il processo, con una soddisfazione in via forzata.

⁷⁸ F. BORRE', *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, cit., p. 128.

⁷⁹ Vedi ad esempio Cass., Sez. lav., 4 settembre 1990, n. 9125.

“In definitiva, dunque, libertà e possesso, come espressioni primordiali di un ius impediendi del debitore, costituiscono il nucleo logico delle due ipotizzabili direzioni della tutela degli obblighi di fare o di non fare, in quanto tutela coattiva”⁸⁰.

Il dibattito sull’adempimento degli obblighi di “fare” e le relative pronunce giurisprudenziali sono del tutto caratterizzati dalla perenne problematica di conciliare il più possibile sia il diritto del creditore all’esatta realizzazione della prestazione sia il principio dell’intangibilità della sfera di autonomia e di libertà della sua controparte.

All’interno della più ampia categoria delle obbligazioni consistenti in un “*facere infungibile*” si può distinguere tra “infungibilità materiale” e “infungibilità giuridica”.

La prima tipologia, definita “naturale” da P. CALAMANDREI, consiste in prestazioni materialmente o naturalmente “infungibili”, ove il bene anelato è talmente connesso alle qualità individuali del debitore da non essere possibile conseguirlo *in rerum natura* senza la cooperazione dell’obbligato.

La seconda si ha invece quando la legge attribuisce al debitore il potere esclusivo di produrre determinati effetti solo con la propria volontà, traducendosi poi, in sede esecutiva, nella costruzione o nella ricostruzione di rapporti giuridici.

Per i casi di “infungibilità” materiale sono stabilite misure coercitive indirette che, senza trascurare la possibilità di una sentenza di condanna all’esecuzione della prestazione rimasta inadempita, sono volte al superamento dell’ostacolo posto dal principio *nemo ad faciendum praecise cogi potest*, antico brocardo del diritto romano che opera nei confronti sia dei provvedimenti cautelari sia delle sentenze di condanna.

Tale principio ha costituito un fondamentale riferimento per le obbligazioni di “fare” ed è stato costantemente condiviso dalla giurisprudenza di legittimità.

Con riferimento invece alla “infungibilità giuridica”, diversi sono i casi in cui un provvedimento giurisdizionale, spesso caratterizzato dall’urgenza, prevede che il debitore inadempiente esegua prestazioni dotate, del tutto o in parte, di tale tipologia di “infungibilità”.

Alcuni Autori ritengono non possibile applicare le disposizioni sull’esecuzione forzata in forma specifica all’instaurazione di rapporti giuridici mentre altri sostengono di poter distinguere, all’interno della prestazione dell’obbligato, momenti “infungibili”, che non possono essere eseguiti coattivamente, da altri invece consistenti in un “fare materiale” o in un “*pati*”, sottoponibili alla esecuzione forzata *ex artt. 612 ss. c.p.c.*

P. CALAMANDREI, in contrapposizione a G. CHIOVENDA, considerava tra le ipotesi di “infungibilità giuridica” la prestazione consistente in una dichiarazione di volontà, con conseguente

⁸⁰ F. BORRE’, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, cit., pp. 129-130

inapplicabilità, davanti all'inadempimento del debitore, sia dell'art. 1220 c.c. sia di qualunque altra norma che non fosse l'art. 1218.

“Infungibilità” meramente “giuridica” si sarebbe quindi avuta qualora la legge avesse concesso alla persona del debitore il potere esclusivo di produrre certi effetti giuridici che mai si sarebbero potuti produrre in mancanza di una volontà in tal senso del soggetto passivo.

Nel caso in cui sorga l'obbligo di emettere una simile dichiarazione, la volontà del soggetto vincolato, intesa a produrre gli effetti giuridici previsti *ex lege*, è da considerarsi “giuridicamente infungibile”.

Se l'obbligazione in questione non fosse poi spontaneamente adempiuta, la relativa procedura di esecuzione forzata in forma specifica sarebbe “giuridicamente impossibile”.

Infatti, secondo il ragionamento dell'Autore, pur perseguendo il creditore la propria soddisfazione, questa sarebbe stata infine raggiunta senza intaccare la sfera giuridica del soggetto passivo inadempiente e quindi senza disporre in mancanza o contro la sua volontà, tanto da impedire il configurarsi di una lesione della personalità debitoria.

In conclusione, quindi, la sentenza giudiziale, in mancanza di espresse norme di legge, di disposizioni su casi speciali o di norme generiche comprendenti tutti i casi possibili, potrebbe condannare il debitore soltanto a risarcire i danni per il comportamento irrimediabile tenuto e non invece permettere al giudice di sostituirsi a lui tramite esecuzione forzata in forma specifica.

CALAMANDREI sottolineava che, da un lato, in casi di naturale “infungibilità” e “inimitabilità” di certe attitudini naturali, il giudice non avrebbe potuto effettivamente soddisfare il creditore istante e, dall'altro, sarebbe riuscito a convertire una prestazione solo giuridicamente “infungibile” in una di tipo “fungibile”.

Conseguenza ma anche premessa di tale ragionamento è che “*nel campo del diritto lo Stato può tutto*”⁸¹.

La caratteristica fondante è data in questi casi dalla sostituzione della volontà negoziale del debitore con quella statale.

Per tutelare un diritto reale si potrebbe anche, eventualmente, ricorrere all'impiego della forza fisica, a differenza del caso dell'inadempimento di una obbligazione in cui scopo della esecuzione forzata è di trasformare il debitore in un *non domino*, modificando il mondo giuridico e permettendo così al giudice la sostituzione.

Problemi relativi alla natura giuridica della sentenza emessa si sono presentati invece nell'ambito di vigenza del *pactum de contraendo*, che rappresenta il caso tipico di obbligazione (nella prassi più frequente) a emettere una dichiarazione di volontà negoziale.

⁸¹ P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, Napoli, 1983, IX, p. 351.

In tal modo una prestazione, in origine “infungibile”, diviene per legge “fungibile” attraverso l'opera del giudice e quindi l'adempimento del debitore cessa di essere indispensabile per conseguire l'aspettativa creditoria.

Il confine tra obbligazioni “fungibili” e “infungibili” spesso appare incerto, specialmente quando le difficoltà per attuare l'esecuzione forzata risultano solo materiali o parziali.

Sembrerebbe necessaria, quindi, una previa valutazione da parte del giudice sulla natura della prestazione processualmente considerata, attraverso la sentenza menzionata *ex art. 612 c.p.c.*, titolo esecutivo giudiziale cui oggi è equiparato anche il verbale di conciliazione, di formazione stragiudiziale.

L'accertamento delle qualità proprie dell'oggetto dell'obbligazione che permette l'attuazione dell'esecuzione forzata inerisce, per le obbligazioni di “fare”, alla “fungibilità” del comportamento dell'obbligato mentre, per le obbligazioni di “non fare”, attiene alla non contrarietà della prestazione agli interessi economici nazionali.

Non è il creditore a dover e a poter individuare, in concreto, il limite della surrogabilità del comportamento debitorio, ammettendo o negando l'esecuzione in via diretta; in base a un orientamento giurisprudenziale la natura “fungibile” o meno della prestazione può essere oggetto di pronuncia dichiarativa esclusivamente da parte del giudice ordinario.

Laddove poi dovesse pendere un appello avverso la sentenza di primo grado applicativa di una misura coercitiva indiretta, l'eventuale giudizio di opposizione all'esecuzione, instauratosi nelle more del giudizio di secondo grado, potrà essere la sede idonea per riproporre *ex latere debitoris* le stesse doglianze contenute in appello relative alla natura “fungibile” o meno dell'obbligazione.

In tal modo si otterrebbe la sospensione del giudizio di opposizione *ex art. 615 c.p.c.* e di conseguenza anche dell'intera procedura esecutiva; lo scopo non sarebbe invece ottenere un nuovo e diverso accertamento di origine giudiziale circa la “fungibilità” della prestazione.

Nel caso in cui la sentenza applicativa della misura coercitiva indiretta fosse oggetto di gravame, il giudice dell'esecuzione dovrebbe ritenere non irrimediabilmente definitivo l'accertamento operato dal primo giudice sulla natura della prestazione. Vi sarà invece vincolato solo in caso di mancata impugnazione della pronuncia giudiziale di primo grado.

Ammettendosi poi che una sentenza di condanna all'adempimento specifico possa esistere pur senza l'attitudine a dar vita alla fase esecutiva, il problema del limite di surrogabilità potrebbe anche non emergere nel giudizio in cui fosse accertato l'inadempimento.

Proprio in relazione all'esigenza che sia il giudice a individuare la “fungibilità” della prestazione, V. DENTI riteneva non possibile concepire titoli esecutivi diversi dalla sentenza nell'ambito della esecuzione forzata degli obblighi di “fare”.

Qualora fosse un obbligo di “non fare” a essere violato, il creditore non potrebbe mai soddisfarsi con gli strumenti promananti dalla propria autonomia sostanziale. Tenendo ben distinti i seguenti due profili, se dall'inadempimento derivasse una *necessitas delendi* il soggetto attivo potrebbe ricorrere al processo esecutivo; se invece la mancata realizzazione di un obbligo di astensione non si concretasse in una simile operazione di eliminazione ma solo nell'astensione da un “fare”, per la caratteristica della “infungibilità”, sarebbe esclusa una surrogazione dal punto di vista tanto sostanziale quanto processuale.

La distinzione tra “fungibilità” e “infungibilità” è stata impiegata anche nel campo della responsabilità civile e precisamente in tema di risarcibilità del danno extracontrattuale *ex art. 2043 c.c.* ove la lesione del credito sia determinata a seguito della estinzione dell'obbligazione in precedenza sorta, “*nella quale si è quindi ravvisato l'evento dannoso della peculiare fattispecie di torto aquiliano*”⁸².

Nonostante le differenze, non è sempre facile individuare una netta linea di demarcazione tra “fungibilità” e “infungibilità”, soprattutto quanto più la prestazione considerata si presenti complessa.

Peraltro, all'interno di un simile comportamento, si dovranno necessariamente individuare e separare le prestazioni “fungibili”, suscettibili di esecuzione in forma specifica, e quelle che comportano invece un “fare” strettamente personale dell'obbligato e che sono, quindi, “incoercibili” in base al principio di tutela della libertà personale⁸³.

Esistono anche obbligazioni “infungibili” che al loro interno presentano sottoprestazioni “fungibili”, creando così ulteriore confusione tra i due concetti.

Oltre a queste fattispecie, alcune obbligazioni non completamente “infungibili” sono di complicata attuazione, come in tema di violazione del diritto alla protezione dei dati personali.

Sarebbe scorretto ritenere del tutto vanificata la tutela della posizione dell'avente diritto, il quale può pretendere anche solo un adempimento parziale di prestazioni connotate da autonoma rilevanza.

Possono qualificarsi “infungibili” gli obblighi di “fare” materialmente tali, gli obblighi complessi che includono anche “infungibili” prestazioni, i casi denotati da *intuitus personae*, gli obblighi di “fare” che, pur essendo materialmente “fungibili”, presentino particolari difficoltà dal punto di vista qualitativo nell'ambito dell'esecuzione operata da terzi.

⁸² R. PARTISANI, *Fungibilità e infungibilità nelle diverse specie di obbligazioni*, in (a cura di) M. FRANZONI, *Le obbligazioni*, I, *L'obbligazione in generale (1173-1320 c.c.)*, 2004, p. 1546.

⁸³ Vedi in tal senso M. CARBONI, *Concetto e contenuto dell'obbligazione nel diritto odierno*, cit., p. 136 e pp. 200 ss., ove si parla anche di “diritto di personalità inviolabile, che il creditore non può in nessun modo toccare”.

Infine “infungibili” sono anche “*situazioni di vantaggio il cui godimento è assicurato dall'adempimento di obblighi di fare o non fare a carattere continuativo o periodico*”⁸⁴, ove la condanna prevede l’eliminazione della violazione realizzata e la garanzia che l’adempimento sarà effettivamente realizzato.

Nel caso delle obbligazioni “fungibili” non sussiste il requisito della “rigidità oggettiva”, tipico e presente invece in quelle “infungibili”.

Inoltre, dato il già menzionato rilievo che per “fungibilità” e “infungibilità” assume l’ampiezza dell’oggetto della prestazione, la qualifica nell’uno o nell’altro senso serve a stabilire l’esattezza dell’adempimento.

Nel caso di una impossibilità sopravvenuta della prestazione, il rapporto è estinto e determina la liberazione dal relativo vincolo per il soggetto passivo qualora non sia imputabile al debitore.

Se il soggetto passivo si è impegnato a procurare al creditore una determinata quantità di cose appartenenti a un genere, il “perimento” in senso materiale intervenuto sarà di più difficile configurazione, pur se non da escludere in assoluto.

In questi casi maggiori problematiche sono invece causate dall’analisi del comportamento dei soggetti coinvolti nel rapporto.

I due concetti di “fungibilità” e di “infungibilità” possono anche servire a delineare una diversa disciplina del fenomeno del perimento fortuito.

Se si estingue l’oggetto della prestazione “infungibile”, determinato o generico che sia, il rapporto sarà di conseguenza inattuabile.

Proprio in relazione a tali qualifiche emerge il problema della responsabilità per inadempimento a seguito del perimento dell’oggetto della prestazione.

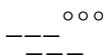
Riuscire ad applicare in modo esatto “fungibilità” e “infungibilità” permette di individuare il soggetto che nelle singole vicende connotate dal perimento fortuito dovrebbe sopportare le conseguenze.

Esiste un’intima correlazione tra “infungibilità” della prestazione e impedimento a che quest’ultima sia adempiuta: qualora l’impedimento fosse tanto intenso da comportare una impossibilità oggettiva e assoluta di mantenere quanto il creditore si attenda, il debitore verrebbe conseguentemente esonerato da responsabilità.

La concezione dell’impedimento personale, cui si è fatto cenno, appariva in passato molto più rigorosa di quanto non sia oggi, epoca in cui sono ormai presenti ben delineati fini di solidarietà

⁸⁴ F. DI LORENZO, *Osservazioni minime in tema di tutela cautelare degli obblighi infungibili e mezzi coercitivi indiretti*, in http://mediazione_civile.diritto.it/materiali/processuale_civile/dilorenzo.html.

sociale e in cui si avvertono i risultati dell'elaborazione della teoria relativa alla inesigibilità del credito⁸⁵.



In conclusione, nel codice civile attuale non è possibile ravvisare una definizione né di “obbligazione” né di “fungibilità” della prestazione. La ragione giustificativa può forse esplicitarsi nel fatto che su tali concetti si sia a lungo e approfonditamente avuta una elaborazione dogmatica cui nulla avrebbe potuto aggiungere il legislatore. In tal modo, senza una norma giuridica di riferimento, l’ambito relativo e il campo di applicazione correlato sono apparsi maggiormente duttili, elastici, non costretti entro i termini e i concetti che eventualmente il *corpus* avrebbe indicato. Premesso questo, però, sono altrettanto innegabili le problematiche sorte circa i contorni della “fungibilità”, lasciati indefiniti proprio a causa della mancanza di una norma relativa. Questo risvolto è tanto più inspiegabile quanto più si rifletta sull’importanza che il binomio in esame abbia presentato e presenti tuttora in molteplici ambiti con riferimento, ad esempio, agli effetti del risarcimento per equivalente, all’attributo della patrimonialità o anche al requisito stesso della determinabilità della prestazione di genere.

⁸⁵ R. PARTISANI, *Fungibilità e infungibilità*, cit., p. 1545.

Capitolo III

TUTELA COATTIVA DEGLI OBBLIGHI DI FARE INFUNGIBILE E DI NON FARE.

SOMMARIO: – 1. Il concetto di “misura coercitiva indiretta”: orientamenti dottrinali e legislativi nell’evoluzione dell’istituto. – 2. Profili comparatistici: il modello francese delle *astreintes*. Brevi cenni alle esperienze di misure coercitive indirette in altri Paesi europei. – 3. La riforma del processo civile italiano con specifico e puntuale riferimento al nuovo art. 614 *bis*.

1. Il concetto di “misura coercitiva indiretta”: orientamenti dottrinali e legislativi nell’evoluzione dell’istituto.

Per comprendere il rilievo della novella apportata dalla Legge 18 giugno 2009, n. 69, che ha inserito l’art. 614 *bis* all’interno del c.p.c. italiano, occorre ricordare come l’espressione “processo esecutivo” individui un *genus* costituito da più *species*.

L’esecuzione forzata consiste in un’attività prevalentemente pratica che risente delle caratteristiche concrete dell’oggetto cui si applica: di conseguenza è possibile la tripartizione in esecuzione per espropriazione, esecuzione per consegna o rilascio e, da ultimo, esecuzione relativa a obblighi di fare e di non fare.

In particolare si distingue anche tra esecuzione “diretta” e “indiretta”, in base alla sussistente o meno possibilità per il creditore di essere soddisfatto attraverso l’attività compiuta da un ufficio esecutivo in sostituzione del soggetto obbligato.

Al fine di realizzare una esecuzione forzata “diretta”, l’obbligo oggetto di questa deve essere surrogabile e quindi indifferentemente realizzabile dal soggetto passivo stesso oppure da un terzo.

Operando a un livello di astrazione molto elevato si era pervenuti ad accostare misure esecutive dirette e indirette proprio a fronte dell’uso della forza in caso di inadempimento dell’obbligo assunto e nonostante fosse possibile parlare, come già previsto dai processualisti tedeschi dell’800, di *vis compulsiva* nel primo caso e di *vis ablativa* nel secondo.

F. CARNELUTTI, negli Anni ’30 del XX secolo, sosteneva che chi avesse considerato le misure coercitive *sub specie* dell’esecuzione, distinguendo tra esecuzione diretta ed esecuzione indiretta, avrebbe commesso “*uno sbaglio di teoria generale*”⁸⁶.

⁸⁶ F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, p. 181.

Collegare le due tipologie avrebbe permesso di analizzare *in toto* i meccanismi sanzionatori previsti dall'ordinamento in caso di inadempimento degli obblighi scaturiti da sentenze civili, potendosi così apprezzare anche il rapporto dialettico tra esecuzione diretta e indiretta.

È quindi di rilievo la sottolineatura secondo cui le misure coercitive siano nettamente distinte dai mezzi esecutivi in quanto la finalità delle prime consiste nell'indurre il debitore ad adempiere, altrimenti prevedendo, sul patrimonio e/o sulla persona dell'obbligato, conseguenze negative ulteriori rispetto a quelle subite adempiendo.

I procedimenti esecutivi, invece, prescindono del tutto dalla volontà e dall'attività del soggetto passivo: in tal caso infatti sono l'avente diritto e gli organi giurisdizionali pubblici ad attuare quanto previsto nel titolo esecutivo. Il debitore semplicemente subisce l'attività esecutiva posta in essere, la quale si qualifica, di conseguenza, "forzata".

In dottrina, gli studiosi G. BORRE' e S. CHIARLONI si sono confrontati proprio sul carattere di alternatività connesso al rapporto tra esecuzione per surrogazione ed esecuzione indiretta: secondo BORRE', in presenza della prima, l'esecuzione indiretta non avrebbe potuto trovare applicazione (e viceversa)⁸⁷.

CHIARLONI, analizzando l'esperienza di ordinamenti diversi dal nostro, ha affermato la possibilità (ma da una prospettiva unicamente storica), di impiegare determinate misure esecutive indirette ove mancasse un procedimento di esecuzione diretta.

A prescindere da una simile specifica considerazione, l'Autore non ha però incontrato alcun nesso logico che impedisse il cumulo tra esecuzione forzata diretta e indiretta⁸⁸.

A sostegno dell'opportunità di prevedere misure coercitive anche in presenza di meccanismi di esecuzione in forma specifica, è stato detto che qualora il debitore fosse indotto ad adempiere, si

⁸⁷ G. BORRE', *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, Napoli, 1966, p.136 (nota 188); v. anche G. MONTELEONE, *Recenti sviluppi nella dottrina dell'esecuzione forzata*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 297 e D. AMADEI, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, in http://judicium.it/news/ins_18_09_09/Amadei%20riforma.html.

⁸⁸ S. CHIARLONI in *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980, pp. 15 ss. (nota 22) ha rilevato come in Francia, ad esempio, "ai sensi dell'art. 2069 *Code Napoléon*, in materia di *contrainte par corps* 'l'exercice de la contrainte par corps n'empêche ni ne suspend les poursuites et les exécutions sur les biens'. E la stessa prassi giurisprudenziale delle *astreintes* si è affermata – contrariamente a quanto sembra ritenere BORRE' – anche con riferimento ad obblighi in relazione ai quali l'esecuzione forzata per surrogazione è prevista, rivelandosi così erroneo, se inteso in senso assoluto e non come semplicemente rappresentativo di una linea di tendenza, l'asserto secondo il quale alle *astreintes* si ricorre quando sia impossibile far conseguire il risultato dell'adempimento mediante l'esecuzione forzata (...)" ; in aggiunta, si può ricordare, sulle caratteristiche della misura dell'*astreinte* francese, B. CAPPONI, *Astreintes nel processo civile italiano?*, in *Giust. civ.*, 1999, II, p.163: "Va sottolineato che il pagamento, anche a seguito di espropriazione forzata, dell'*astreinte* non fa venir meno l'obbligazione principale (non vi è, in altri termini, un rapporto di alter natività tra condanna principale e condanna accessoria a seguito della liquidazione dell'*astreinte*): può anzi darsi il caso di un duplice processo esecutivo, l'uno per l'esecuzione forzata dell'obbligazione principale (che può anche essere una condanna al pagamento di somme), l'altro per l'*astreinte* (concorso tra esecuzione 'diretta' ed esecuzione 'indiretta)'".

eviterebbe il ricorso a procedimenti di esecuzione diretta notoriamente poco economici quanto a tempo e risorse.

Da ciò risulta che la funzione delle misure coercitive sia non solo quella di supplire alla mancanza di strumenti esecutivi in forma specifica ma anche e specialmente di indurre l'obbligato ad adempiere, prescindendo dalla possibilità o meno di attuare coattivamente in via diretta la relativa prestazione.

La regolazione dell'esecuzione forzata per surrogazione degli obblighi di fare e di non fare rappresentava una lacuna nell'ordinamento postunitario di cui la dottrina ha in seguito auspicato una soluzione, utilizzando il noto principio chiovendiano *“il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire”*⁸⁹. Tale problematica, già lamentata da L. FERRARA all'inizio del XX secolo, è stata poi affidata agli artt. 2931 e 2933 del vigente codice civile.

Dal 1942, fino agli Anni '60, una serie importante di contributi dottrinali ha concentrato l'attenzione essenzialmente sull'esecuzione in forma specifica⁹⁰ e quindi sull'intervento degli organi giurisdizionali esecutivi, perchè il diritto violato fosse ripristinato, pur in mancanza di una volontà in tal senso da parte dell'inadempiente debitore dell'obbligo di fare o di non fare.

Il problema delle misure coercitive, fenomeno nuovo per il nostro ordinamento giuridico, ha acquisito particolare rilievo per la emersione di esigenze di tutela che non si sarebbero potute soddisfare attraverso il sistema della tutela esecutiva in vigore.

Le novità in ambito di tutela giurisdizionale degli obblighi di fare e di non fare non si sono però limitate alla disciplina dell'esecuzione in forma specifica: proprio per l'implicita esigenza avvertita in giurisprudenza, volta ad ampliare la sfera di applicazione dei sequestri oltre il dettato legislativo del 1865 e per ulteriori altre sollecitazioni da parte della dottrina, il codice di rito del 1940 ha introdotto una norma di chiusura nel sistema dei provvedimenti cautelari, relativa ai *“provvedimenti d'urgenza”*.

Pur non trattandosi ancora della (sia pure auspicata) concessione al giudice di un generale potere di cautela, si sarebbero in tal modo evitati, con una provvisoria anticipazione degli effetti della decisione sul merito, eventuali irreparabili pregiudizi ai diritti azionati.

Gli studiosi più attenti hanno compreso come le violazioni, cui intenderebbe porre rimedio la cautela in esame, siano comunque relative a obblighi di *facere* o di *non facere*: *“più precisamente, relative ad obblighi di non fare, sia infungibili che fungibili, nonché ad obblighi di fare fungibili*

⁸⁹ G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1912 (ristampa inalterata, Napoli, 1965), p. 81.

⁹⁰ Vedi, tra gli altri, N. RESTAINO, *L'esecuzione coattiva in forma specifica*, Roma, 1948.

(ivi compresa, in quest'ultima categoria, l'obbligazione pecuniaria, quando abbia natura alimentare)⁹¹.

Anche a fronte di una rilevante identità di funzioni, nonostante la natura rispettivamente diversa, i provvedimenti d'urgenza sono stati accostati agli strumenti di esecuzione forzata specifica degli obblighi di fare e di non fare.

Da un lato, il mezzo preventivo richiede l'esistenza dei requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*; dall'altro, invece, il mezzo repressivo e riparatorio presuppone l'accertamento della già avvenuta lesione da parte dell'autorità giurisdizionale.

Il meccanismo previsto ai sensi dell'art. 700 c.p.c. non può essere considerato quale mezzo di esecuzione indiretta perché manca la minaccia dell'entrata in funzione dell'apparato coercitivo statale, tendente a indurre il debitore all'adempimento. Malgrado ciò non si può escludere che gli accertamenti d'urgenza abbiano in sé una efficace forza compulsoria.

Ove si incontri il limite oggettivo della infungibilità del comportamento dell'obbligato, l'unico rimedio possibile sarebbe una misura coercitiva che inducesse quest'ultimo ad adempiere.

Nonostante tale delimitazione, che non permette di risolvere in modo definitivo il problema dell'inadempimento del debitore di un *facere* infungibile e che è intrinseca alla formula *nemo ad factum praecise cogi potest*, risulta inconcepibile l'inerzia dell'ordinamento in casi simili: infatti necessita di tutela qualunque situazione giuridica non patrimoniale sottintendente valori e interessi di fondamento costituzionale.

Inoltre, in prospettiva di riforma, un problema verteva anche sull'alternativa tra costruire le misure coercitive in forma atipica (generalizzata) oppure in forma tipica (per singole fattispecie): la questione era inscindibilmente legata alla natura propria di tali meccanismi e quindi al differente utilizzo di misure incidenti sulla persona o sul patrimonio del debitore.

Con specifico riguardo alla seconda tipologia suddetta, sarebbe stato opportuno prevederla in via generale per tutti gli obblighi infungibili e non invece come *ex art. 24* del Progetto di legge delega elaborato nel 1981, secondo cui le misure coercitive patrimoniali si sarebbero dovute impiegare solo per “obbligazioni da determinarsi comunque per legge”⁹².

Corollario di una simile impostazione era l'esigenza di evitare ogni eccesso della misura coercitiva, disciplinandone le modalità di applicazione e giustificando in tal modo la previsione, accolta nel Progetto, della necessaria istanza di parte, dell'attribuzione al giudice del potere discrezionale di non applicare la misura coercitiva in funzione della natura delle parti o delle circostanze particolari

⁹¹ S. CHIARLONI, *Misure coercitive*, cit., p. 112.

⁹² Così il Progetto Liebman, poi recepito nel d.d.l. delega del 1981 per la riforma del codice di rito, al punto 24.

del caso concreto e infine dei limiti fissati dal legislatore all'entità della sanzione pecuniaria stabilita dal giudice.

Durante gli Anni '70, l'attenzione si è concentrata in modo particolare sulla eseguibilità forzata, *ex artt. 612 ss. c.p.c.*, dell'ordine di reintegra previsto all'art. 18 della Legge 20 maggio 1970, n. 300 ("Statuto dei lavoratori"), in caso di declaratoria di illegittimità del licenziamento.

Da molti si riteneva che l'ordine in questione non fosse specificamente eseguibile o che, comunque, l'accompagnamento coattivo sul posto di lavoro non risultasse sufficiente a tutelare in modo adeguato il lavoratore illegittimamente licenziato. Di conseguenza, parte della dottrina considerò la possibilità di impiegare, in simili fattispecie, il sistema della "esecuzione processuale indiretta", ossia di misure coercitive che per loro natura potessero influire sulla volontà dell'obbligato.

In realtà però neanche tale ordine di reintegra del lavoratore era assistito da minacce coercitive; la sanzione indiretta si sarebbe potuta individuare, nonostante la mancata attività lavorativa corrispettiva, solo nell'ulteriore corresponsione salariale. Inoltre avrebbe beneficiato del risultato di tale imposizione il Fondo adeguamento pensioni, così attribuendo all'istituto una colorazione maggiormente pubblicistica.

La grande attenzione per l'esecuzione indiretta profilatasi in Italia a inizio Anni '70 ha accompagnato l'intensificarsi del ricorso ai provvedimenti d'urgenza, il cui collegamento con l'ambito esecutivo risultava ormai risalente.

Infatti proprio a seguito della emanazione della L. 300/70 la giurisprudenza, in contrasto con opinioni dottrinali, ha ritenuto utilizzabile l'art. 700 soprattutto "*in materia di licenziamenti, di sanzioni disciplinari, di tutela della salute, di integrazione di decurtazioni del salario illegittime, di riconoscimento delle mansioni effettivamente svolte, di assunzioni obbligatorie, di trasferimenti*"⁹³.

La funzionalità esecutiva dei provvedimenti d'urgenza giustifica il sempre più diffuso ricorso all'art. 700 quale mezzo di tutela giurisdizionale in sé e per sé, connotato da risvolti deflattivi: una volta ottenuto il provvedimento d'urgenza, infatti, non si intenderà instaurare o proseguire il relativo giudizio ordinario, essendosi ormai raggiunti e ottenuti gli effetti desiderati.

Fino a epoca recente la previsione di forme di esecuzione indiretta rappresentava, nell'ordinamento italiano, un fenomeno episodico, disciplinato da leggi speciali e legato a specifici ambiti quali appunto la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro⁹⁴, la tutela dei diritti di proprietà industriale e intellettuale⁹⁵ o la tutela degli interessi dei consumatori.

⁹³ S. CHIARLONI, *Misure coercitive*, cit., pp. 117 e 118.

⁹⁴ Art. 18, u.c. della Legge 20 maggio 1970, n. 300: "Nell'ipotesi di licenziamento dei lavoratori di cui all'articolo 22, il datore di lavoro che non ottempera alla sentenza di cui al primo comma ovvero all'ordinanza di cui al quarto comma, non impugnata o confermata dal giudice che l'ha pronunciata, è tenuto

Con specifico riferimento al Decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, “*il nostro legislatore, ha modulato negli artt. 37 e 140 del codice del consumo*”⁹⁶, in armonia con la direttiva comunitaria

anche, per ogni giorno di ritardo, al pagamento a favore del Fondo adeguamento pensioni di una somma pari all'importo della retribuzione dovuta al lavoratore”.

⁹⁵ Già gli artt. 86, c. 1 del r.d. 29 giugno 1939, n. 1127 sui brevetti per invenzioni industriali e l' art. 66, c.2, r.d. 21 giugno 1942, n. 929 in materia di brevetti per marchi d'impresa, una volta accertata la violazione dei diritti di brevetto di invenzione industriale o la contraffazione del marchio, attribuivano al giudice il potere di fissare “una somma dovuta per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata e per ogni ritardo nella esecuzione dei provvedimenti contenuti nella sentenza”. Inoltre, attualmente, la disposizione secondo cui “Pronunciando l'inibitoria, il giudice può fissare una somma dovuta per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata o per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento” è parimenti contenuta negli artt. 124, c.2 e 131, c.2 del Decreto Legislativo 10 febbraio 2005, n. 30, “Codice della proprietà industriale, a norma dell'articolo 15 della legge 12 dicembre 2002, n. 273” oltre che nell'art. 163, c.2 della Legge 22 aprile 1944, n. 633 su “Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio”.

⁹⁶ Art. 37 del Decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206 (“Codice del consumo”): “Azione inibitoria: 1. Le associazioni rappresentative dei consumatori, di cui all'articolo 137, le associazioni rappresentative dei professionisti e le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, possono convenire in giudizio il professionista o l'associazione di professionisti che utilizzano, o che raccomandano l'utilizzo di condizioni generali di contratto e richiedere al giudice competente che inibisca l'uso delle condizioni di cui sia accertata l'abusività ai sensi del presente capo.

2. L'inibitoria può essere concessa, quando ricorrono giusti motivi di urgenza, ai sensi degli articoli 669-*bis* e seguenti del codice di procedura civile.

3. Il giudice può ordinare che il provvedimento sia pubblicato in uno o più giornali, di cui uno almeno a diffusione nazionale.

4. Per quanto non previsto dal presente articolo, alle azioni inibitorie esercitate dalle associazioni dei consumatori di cui al comma 1, si applicano le disposizioni dell'articolo 140”.

Art. 140 del Decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206: “Procedura: 1. I soggetti di cui all'articolo 139 sono legittimati ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti richiedendo al tribunale:

a) di inibire gli atti e i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti;

b) di adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate;

c) di ordinare la pubblicazione del provvedimento su uno o più quotidiani a diffusione nazionale oppure locale nei casi in cui la pubblicità del provvedimento può contribuire a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate.

2. Le associazioni di cui al comma 1, nonché i soggetti di cui all'articolo 139, comma 2, possono attivare, prima del ricorso al giudice, la procedura di conciliazione dinanzi alla camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura competente per territorio, a norma dell'articolo 2, comma 4, lettera a), della legge 29 dicembre 1993, n. 580, nonché agli altri organismi di composizione extragiudiziale per la composizione delle controversie in materia di consumo a norma dell'articolo 141. La procedura è, in ogni caso, definita entro sessanta giorni.

3. Il processo verbale di conciliazione, sottoscritto dalle parti e dal rappresentante dell'organismo di composizione extragiudiziale adito, è depositato per l'omologazione nella cancelleria del tribunale del luogo nel quale si è svolto il procedimento di conciliazione.

4. Il tribunale, in composizione monocratica, accertata la regolarità formale del processo verbale, lo dichiara esecutivo con decreto. Il verbale di conciliazione omologato costituisce titolo esecutivo.

5. In ogni caso l'azione di cui al comma 1 può essere proposta solo dopo che siano decorsi quindici giorni dalla data in cui le associazioni abbiano richiesto al soggetto da esse ritenuto responsabile, a mezzo lettera raccomandata con avviso di ricevimento, la cessazione del comportamento lesivo degli interessi dei consumatori e degli utenti.

6. Il soggetto al quale viene chiesta la cessazione del comportamento lesivo ai sensi del comma 5, o che sia stato chiamato in giudizio ai sensi del comma 1, può attivare la procedura di conciliazione di cui al comma 2 senza alcun pregiudizio per l'azione giudiziale da avviarsi o già avviata. La favorevole conclusione, anche

98/27 (ora 2009/22/CE), una tutela di tipo prettamente inibitorio, che rappresenta lo strumento principe della consumer protection”.

I suddetti artt. 37 e 140 del “Codice del consumo” sono prevalentemente invocati dalle associazioni dei consumatori per anticipare gli effetti del provvedimento finale⁹⁷.

Avendo la legge espressamente previsto singole fattispecie, la loro disciplina non si sarebbe potuta applicare estensivamente in via analogica.

È interessante osservare che il primo tentativo di tipizzazione generale di una forma di esecuzione indiretta sia stata elaborata nell'ambito del Progetto Carnelutti del 1926, ove *ex artt.* 667 e 668⁹⁸ era previsto che, in caso di mancata esecuzione di un obbligo di fare o di non fare, l'avente diritto avrebbe potuto domandare la condanna dell'obbligato al pagamento di una somma di denaro per ogni unità temporale di ritardo, a partire dal giorno stabilito dal giudice.

nella fase esecutiva, del procedimento di conciliazione viene valutata ai fini della cessazione della materia del contendere.

7. Con il provvedimento che definisce il giudizio di cui al comma 1 il giudice fissa un termine per l'adempimento degli obblighi stabiliti e, anche su domanda della parte che ha agito in giudizio, dispone, in caso di inadempimento, il pagamento di una somma di denaro da 516 euro a 1.032 euro, per ogni inadempimento ovvero giorno di ritardo rapportati alla gravità del fatto. In caso di inadempimento degli obblighi risultanti dal verbale di conciliazione di cui al comma 3 le parti possono adire il tribunale con procedimento in camera di consiglio affinché, accertato l'inadempimento, disponga il pagamento delle dette somme di denaro. Tali somme di denaro sono versate all'entrata del bilancio dello Stato per essere riassegnate con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze al fondo da istituire nell'ambito di apposita unità previsionale di base dello stato di previsione del Ministero delle attività produttive, per finanziare iniziative a vantaggio dei consumatori.

8. Nei casi in cui ricorrano giusti motivi di urgenza, l'azione inibitoria si svolge a norma degli articoli da 669-*bis* a 669-*quaterdecies* del codice di procedura civile.

9. Fatte salve le norme sulla litispendenza, sulla continenza, sulla connessione e sulla riunione dei procedimenti, le disposizioni di cui al presente articolo non precludono il diritto ad azioni individuali dei consumatori che siano danneggiati dalle medesime violazioni.

10. Per le associazioni di cui all'articolo 139 l'azione inibitoria prevista dall'articolo 37 in materia di clausole vessatorie nei contratti stipulati con i consumatori, si esercita ai sensi del presente articolo.

11. Resta ferma la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di servizi pubblici ai sensi dell'articolo 33 del decreto legislativo 31 marzo 1988, n. 80.

12. Restano salve le procedure conciliative di competenza dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni di cui all'articolo 1, comma 11, della legge 31 luglio 1997, n. 249”.

⁹⁷ Vedi anche G. DE MARZO, *Legge comunitaria 2001 e tutela del contraente debole*, in *Corr. giur.*, 2002, pp. 681 ss.

⁹⁸ Art. 667 Progetto Carnelutti: “Della pena pecuniaria per l'inadempimento di un obbligo di fare o di non fare: Se l'obbligo consiste nel fare e nel non fare, il creditore può chiedere che il debitore sia condannato a pagargli una pena pecuniaria per ogni giorno di ritardo nell'adempimento a partire dal giorno stabilito dal giudice. Tale condanna può essere pronunciata con la sentenza che accerta l'obbligo o con altra successiva”. Art. 668 Progetto Carnelutti: “Liquidazione della pena pecuniaria: Il creditore, che ha ottenuto la condanna prevista dall'articolo precedente, può chiedere che l'ufficio esecutivo liquidi la pena pecuniaria per il ritardo già verificatosi, salvo il suo diritto per il ritardo ulteriore. Ove gli sia proposta tale domanda, l'ufficio convoca il creditore e il debitore giusta l'art. 498. Se il debitore non compare o, comparando, ammette il ritardo, il capo dell'ufficio esecutivo gli ordina di pagare la somma dovuta per il ritardo già verificatosi. L'ordinanza ha valore di titolo esecutivo e non è soggetta a reclamo. Se il debitore contesta il suo obbligo, il capo dell'ufficio esecutivo rimette le parti avanti al giudice competente per la decisione della lite”.

La vera e propria innovazione del suddetto Progetto consisteva quindi nella previsione di una pena pecuniaria comminata in caso di inadempimento degli obblighi di fare o di non fare, mediante la quale si sarebbe sostanzialmente accolto nel nostro ordinamento giuridico il sistema giurisprudenziale delle *astreintes* francesi.

Oltre alla previsione di un ufficio esecutivo, istituito presso ogni tribunale e pretura, ad ausilio del giudice e per l'attuazione dei suoi pronunciati, il Progetto prevedeva l'esecuzione forzata di tutte le categorie di obbligazioni i cui limiti erano fissati nell'art. 459⁹⁹, il cui scopo precipuo era l'adempimento in forma specifica di ogni categoria di obbligazione.

Invece, in seguito, il legislatore ha previsto, in presenza di un danno economicamente apprezzabile, la possibilità di ricorrere al solo risarcimento dei danni, mai però considerato sufficiente a soddisfare il creditore leso dall'inadempimento di una prestazione connotata dalla insostituibile e imprescindibile personalità del soggetto controparte suo debitore o anche in presenza di particolari ragioni che potessero orientare il soggetto attivo a preferire il fatto determinato rispetto alla equivalente somma di denaro.

Il d.d.l. Reale del 1975, recante "Provvedimenti urgenti relativi al processo civile", prevedeva l'inserimento nel codice di rito dell'art. 279 *bis* per risarcire i danni e far cessare il comportamento illegittimo dell'obbligato attraverso la fissazione di una somma per ogni violazione, inosservanza *ex post* constatata o ritardo nell'esecuzione dei provvedimenti contenuti in sentenza.

Decaduto tale d.d.l, a seguito dello scioglimento della VI Legislatura, il 6 dicembre 1978 fu nominata con decreto del Ministro di Grazia e Giustizia una commissione, presieduta dal Prof. E.T. Liebman, con il compito di elaborare lo schema di un organico disegno di legge delega al governo per un nuovo codice di procedura civile e di revisionare conseguentemente le norme relative agli istituti connessi.

Qualche anno prima un'altra commissione, sempre presieduta da Liebman, si era dedicata invece alla predisposizione di un testo contenente una nuova disciplina del processo cognitivo. Al riguardo si ritenne di dover approntare una profonda e radicale riforma per così incidere sulla reale causa all'origine della crisi della giustizia civile: la lentezza dei giudizi.

Il Progetto Liebman ha previsto una serie di norme volte a innovare il diritto delle prove¹⁰⁰: speciale rilievo è stato attribuito, ad esempio, all'attuazione del provvedimento con cui il giudice dispone

⁹⁹ Art. 459 Progetto Carnelutti: "Limiti dell'esecuzione forzata: Di qualunque obbligo può essere richiesta, nelle forme previste dal secondo libro, esecuzione forzata quando non sia vietata dalla legge o materialmente impossibile, purchè l'obbligo sia scaduto e il debitore non vi adempia spontaneamente".

¹⁰⁰ Al riguardo vedi L. MONTESANO, *Le prove*, in *Incontro sulla riforma del processo civile*, Milano, 1979, pp. 32 e ss: "Unificazione nel c.p.c. della disciplina delle prove, aumento dei poteri istruttori officiosi del magistrato, drastica riduzione dei limiti legali al libero convincimento del giudice (i giuramenti decisori e suppletori sono aboliti, le prove legali sono ridotte a quelle documentali, ma con deroghe ben più ampie delle

l'esibizione di documenti. Le conseguenze in caso di mancata ottemperanza a tale ordine sono diverse a seconda che l'inadempiente sia una parte oppure un terzo.

Il giudice, per quest'ultima eventualità, ha un'ampia possibilità di reazione: l'esecuzione in forma specifica dell'ordine o, in alternativa, la previsione di una sanzione pecuniaria adeguata alla circostanza, di cui determini discrezionalmente anche l'entità, per colpire il soggetto precedentemente impegnatosi a una determinata esibizione¹⁰¹.

Il Progetto per la riforma del codice di procedura civile elaborato nel 1981, al già menzionato punto 24, prevedeva che il giudice, ove avesse accertato l'inadempimento di obbligazioni di fare o di non fare infungibili, non connotate da particolari abilità professionali nè relative ai diritti della personalità, avrebbe avuto il potere di condannare l'obbligato, su istanza di parte, a pagare pene pecuniarie fissate *ex lege* per ogni giorno di ritardo nell'adempimento.

È fondamentale però rilevare che in tal caso il riferimento fosse al ritardo nell'adempimento e non all'inosservanza della sentenza: il giudice avrebbe potuto comminare la sanzione suddetta solo a seguito dell'ormai accertata inadempienza e se la parte lesa l'avesse *a priori* richiesta.

Quindi la sanzione prevista si sarebbe potuta avere in un tempo anche assai antecedente rispetto a quello dell'emanazione della sentenza, avvicinandosi al meccanismo della clausola penale convenzionale.

“Pur ridondando in ogni caso a vantaggio del creditore, l'esecuzione indiretta può avere, alla sua base, diverse filosofie: essa può essere intesa come presidio della decisione giudiziaria in quanto tale, cioè come espressione dell'esigenza che non resti inosservato un atto di sovranità; oppure può essere costruita, per così dire, in modo selettivo, in funzione di una forte tensione all'adempimento specifico, che certe obbligazioni, più di altre, presentano, ovverosia in funzione della particolare rilevanza dell'interesse primario del creditore e della sua più difficile riducibilità al livello secondario del risarcimento, e ciò o attraverso la tipizzazione legislativa delle ipotesi di

attuali), forte rilievo alle dichiarazioni delle parti come fonti d'informazione ai fini probatori, sono le caratteristiche essenziali della proposta di riforma delle prove civili, che si collegano, in coerente disegno, alla progettata ristrutturazione del processo civile di cognizione in chiave di oralità”.

¹⁰¹ Un sostanziale “scarso interesse dei *sapientes*” per la specifica materia è lamentato da V. ANDRIOLI, *Intorno al disegno di legge delega per il nuovo codice di procedura civile*, in *Dir. giur.*, 1983, p. 820: “Il dibattito ha evidenziato lo scarso interesse dei *sapientes*, se si escludono gli interventi di MONTESANO sull'insufficienza del vigente a. 612 e di VELLANI sull'inefficienza dell'assegno alimentare provvisorio previsto dall'a. 46 c.c., su cui si è intrattenuto il relatore nella replica. Tale essendo lo stato degli atti, non rimane che attendere quel che il Governo e, ove la delega decadrà nè sarà prorogata o rinnovata, il Parlamento statuiranno”.

*obbligazione, per le quali l'esecuzione indiretta è ammessa, o mediante l'affidamento al giudice di un potere discrezionale in proposito*¹⁰².

Nonostante si sia ipotizzata la possibilità di utilizzare le misure coercitive anche ove le prestazioni fossero direttamente eseguibili, in realtà il campo di applicazione privilegiato delle stesse sembrava relativo agli obblighi infungibili: infatti le aperture *de iure condendo*, in passato, come il medesimo punto 24 del Progetto Liebman, hanno mostrato la tendenza a introdurre un sistema di misure coercitive limitato ai soli obblighi infungibili.

Tali testi sono stati ricordati nella relazione al Progetto di d.d.l delega della Commissione Tarzia del 1996.

Al punto 25 si prevedeva che il giudice, in caso di accertata violazione di un obbligo di fare o di non fare e con l'esclusione degli obblighi del lavoratore autonomo o subordinato e anche di quello per consegna o rilascio, non derivante da contratto di locazione a uso abitativo, potesse fissare una somma di denaro *pro* creditore e prevedere il risarcimento dei danni, per ogni giorno di ritardo nell'adempimento, anche con decorrenza successiva alla sentenza o tramite un provvedimento *ex post*.

A differenza di quanto avvenuto a inizio Anni '80, il progetto della Commissione Tarzia non è mai stato trasfuso in un d.d.l di iniziativa ministeriale e quindi al riguardo non si è potuto parlare di una vera e propria proposta governativa.

Invece, durante la XIV Legislatura è intervenuta sull'argomento la Commissione ministeriale presieduta dal Prof. R. Vaccarella, il cui d.d.l è stato approvato dal Consiglio dei Ministri in data 24 ottobre 2003.

Il relativo art. 44 prevedeva, secondo determinati principi, forme di esecuzione indiretta a tutela di diritti correlati a obblighi infungibili: “*a) fissazione dell’obbligo di pagamento di una somma di denaro per ogni frazione di tempo nel ritardo all’adempimento dell’obbligo; b) previsione di un procedimento sommario per la verifica del ritardo e la liquidazione di quanto previsto nella comminatoria, da attivarsi ad istanza dell’avente diritto; c) previsione che la sanzione pecuniaria sia versata nelle forme del deposito giudiziario o in altre analoghe; d) previsione che le somme così versate siano destinate a risarcire l’avente diritto del danno prodotto dall’inadempimento dell’obbligo, e che il residuo vada allo Stato*”.

In seguito, prima della conclusione anticipata della XV Legislatura repubblicana, avvenuta il 18 giugno 2008, il Consiglio dei Ministri aveva approvato in data 16 marzo 2007 il d.d.l. recante “Disposizioni per la razionalizzazione e l’accelerazione del processo civile”, il cui art. 44

¹⁰² A. PROTO PISANI, *Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria*, in *Foro it.*, V, 1983, pp. 141 ss.

riguardava uno strumento di coercizione indiretta per l'adempimento degli obblighi di fare infungibili o di non fare.

La sentenza di accoglimento della domanda di condanna all'adempimento di tali obblighi avrebbe dovuto contenere anche la determinazione dell'entità della sanzione a beneficio del creditore e sarebbe stata titolo esecutivo per riscuotere le somme dal giudice già liquidate e dovute per ogni violazione o inosservanza successiva alla pronuncia¹⁰³.

--- °°° ---

Le due forme che in sede giurisdizionale consentono di reagire all'inadempimento, “esecuzione diretta” ed “esecuzione indiretta”, si sono evolute prescindendo progressivamente dal solo risarcimento del danno, come invece previsto nel diritto romano più antico¹⁰⁴ per qualunque tipologia di prestazione non soddisfatta¹⁰⁵.

Una volta abolita la concezione risalente dell'assoggettamento del debitore alla potestà di controparte, per effetto dell'operare dell'istituto del *nexum*, emerse l'alternativa della esecuzione sul patrimonio dell'obbligato per i casi di inadempimento¹⁰⁶.

Nel momento in cui si è affermato il diritto postclassico sono stati elaborati sia la “espropriazione particolare”, modellata sull'entità del debito e all'origine dell'istituto del *pignus in causa iudicati captum*, sia la possibilità di conseguire in natura l'oggetto dell'obbligo di *dare* non pecuniario (~~*condemnatio in ipsam rem*~~ e relativa esecuzione specifica).

¹⁰³ Vedi al riguardo F. P. LUIISO, *Prime osservazioni sul disegno Mastella*, in http://judicium.it/news/ins_02_04_07/PLuisoPrimeOsservazioniMastella.html: “L'articolo 44 del disegno introduce – finalmente ! – anche nel nostro ordinamento l'esecuzione indiretta per gli obblighi di fare infungibili e per gli obblighi di non fare. La scelta è caduta sulla tecnica francese delle *astreintes*, individuando nell'avente diritto il beneficiario della pena pecuniaria.

L'intentio legis è dunque da approvare incondizionatamente: non così, invece, la tecnica di determinazione dell'*astreinte*, in quanto si prevede che la misura esecutiva sia stabilita dal giudice della cognizione, quanto emette un provvedimento di condanna. Con ciò vengono tagliati fuori dall'esecuzione forzata indiretta tutti i titoli esecutivi diversi dai provvedimenti di condanna: col risultato di costringere la parte, che pure ha un titolo esecutivo, a proporre una domanda in sede dichiarativa al solo fine di ottenere la misura esecutiva; e col risultato di scoraggiare la conciliazione, giudiziale e soprattutto stragiudiziale, della controversia. Una corretta tecnica, invece, dovrebbe prevedere che l'avente diritto, munito di titolo esecutivo e persistendo l'inadempimento, si rivolga al giudice dell'esecuzione per ottenere da lui la determinazione della somma dovuta dall'obbligato per ogni frazione di tempo di ritardo nell'adempimento dell'obbligo di fare infungibile, ovvero per ogni violazione dell'obbligo di non fare”.

¹⁰⁴ V. anche N. RESTAINO, *L'esecuzione*, cit., pp. 1 ss.

¹⁰⁵ Gaio, *Inst.*, IV, 48: “Ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est”.

¹⁰⁶ In base alla *Lex Poetelia Papiria* del 326 a.C.: “pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esse”.

Rileva comunque osservare come, probabilmente, nonostante contrastanti riflessioni, le negative conseguenze della perdita della propria vita o dell'intero patrimonio, previste a seguito dell'inadempimento delle obbligazioni, non avessero propriamente l'obiettivo, che si ravvisa nella "esecuzione indiretta" odierna, di indurre il debitore a soddisfare le legittime pretese della controparte ma fossero l'unica conseguenza prevista dai giuristi classici in mancanza di strumenti di esecuzione patrimonialmente più funzionali.

La possibilità di conseguire in via forzata il risultato della prestazione, tramite un intervento attivo dell'organo giurisdizionale, iniziò a essere concepito e attuato a fronte del generalizzarsi dell'espropriazione particolare, appunto attraverso il *pignus in causa iudicati captum* e per la conseguente possibilità di eseguire in forma specifica la condanna *in ipsam rem*.

Un simile intreccio di fenomeni ha provocato l'accentuarsi del momento oggettivo dell'obbligazione, nel panorama ormai mutato dei rapporti economici tipici del più tardo diritto romano.

E' però da ricordare che tanto il diritto postclassico quanto il diritto giustiniano non abbiano previsto l'esecuzione diretta degli obblighi di fare e di non fare né la introduzione di alcun mezzo di esecuzione processuale indiretta. Non si era quindi sostanzialmente superato il principio della condanna pecuniaria.

Del tutto opposto fu invece il contributo offerto dal diritto intermedio, tramite gli statuti suggeriti dai trattatisti o le decisioni giurisprudenziali, per quanto attiene alla esecuzione forzata indiretta dell'obbligazione di fare.

Importante obiettivo era quello di garantire il prestigio della giurisdizione, altrimenti menomato dalla protratta e persistente inosservanza del comando del giudice: peraltro tale principio, oltre a essere già previsto nel Digesto¹⁰⁷, ha poi trovato ampio utilizzo nel diritto anglosassone.

Accanto alle misure per l'adempimento dell'obbligo di fare furono elaborate anche quelle per la tutela indiretta delle obbligazioni di non fare, come ad esempio le *cautiones de non amplius turbando, impediendo, attentando, offendendo*, codificate nel XIX secolo¹⁰⁸.

Sul finire dell'età moderna, con l'avvento del codice napoleonico, il concetto tradizionale di incoercibilità del fatto umano, *ne homini libero vis fiat*, ha trovato la propria collocazione nella legislazione francese, caratterizzata dalla mancata previsione di mezzi esecutivi e di una regolamentazione processuale dell'istituto stesso.

A questo *corpus*, come già in precedenza sottolineato, era particolarmente legato il codice civile italiano postunitario, specie in tema di obblighi di fare e di non fare.

¹⁰⁷ Dig., II, 3, 1: "Omnibus magistrati bus non tamen duumviris, secundum ius potestatis suae concessum est iurisdictionem suam defendere poenali iudicio".

¹⁰⁸ V. G. BORRE', *Esecuzione forzata*, cit., pp. 12 e 13.

L'art. 1218 del codice ottocentesco menzionato non presentava l'ambiguità del suo modello. Pur essendosi considerata l'esperienza scaturita dall'applicazione dell'art. 1142 del *Code civil*, il principio generale relativo all'esatto adempimento di tutte le categorie di obbligazioni non ha in realtà conosciuto strumenti di garanzia processuale a tal fine sufficienti.

Nel periodo compreso tra il 1870 e il 1914, i nostri giudici ritennero di poter risolvere il problema dell'esecuzione forzata in forma specifica di obbligazioni incoercibili attraverso il sistema adottato Oltralpe: ne scaturirono precedenti di comminatorie atte a far sì che quanto statuito dalla legge non fosse vano comando.

In altri casi, come per le penalità di mora¹⁰⁹ esse furono invece negate perché sprovviste di una base legale di riferimento.

Si stavano sviluppando tentativi volti a trovare, al più, una giustificazione dogmatica all'esecuzione indiretta, di cui la dottrina cercava di dimostrare la compatibilità rispetto ai principi generali dell'ordinamento italiano.

L'esigenza di un rimedio esecutivo adeguato era tuttavia avvertita, soprattutto in presenza di una resistenza da parte del debitore non solo passiva (*ex art. 1220*) ma anche attiva, effettuata tramite opposizione agli atti di esecuzione materiale del creditore.

Altra problematica verteva sulle modalità con cui offrire a quest'ultimo idonea protezione esecutiva per distruggere ciò che la controparte avesse realizzato contravvenendo all'obbligazione di "non fare".

Tra i contributi dottrinali italiani BORRE' ha ricordato la riflessione di FERRARA, il quale seppe fornire una base teorica all'esecuzione indiretta¹¹⁰.

De iure condendo la dottrina auspicava la elaborazione di uno specifico regime di esecuzione indiretta per le obbligazioni di fare e di non fare: L. MORTARA, ad esempio, intravedeva la possibilità di utilizzare lo strumento (comunque necessariamente sobrio e preciso per le varie categorie di prestazioni derivanti da obblighi di fare) della sanzione pecuniaria per coercire determinati doveri di diritto pubblico. Tra questi, in modo da costringere ad adempiere l'obbligo di testimoniare, egli riteneva possibile l'impiego della pena pecuniaria e del risarcimento dei danni *ex art. 239 del c.p.c. postunitario*, a carico dei testimoni renitenti: la suddetta disposizione si sarebbe

¹⁰⁹ A. FRIGNANI, *Le penalità di mora e le astreintes nei diritti che si ispirano al modello francese*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, p.521: "Nell'ambito legislativo è utile ricordare che penalità di mora erano espressamente previste nell'art. 7 del disegno di legge sulla repressione della concorrenza sleale predisposto dalla Commissione Reale il 28 febbraio 1911, come pure nell'art. 1, comma 3, dell'analogo disegno elaborato nella stessa materia dalla Commissione Reale del 1919 (...)".

¹¹⁰ G. BORRE', *L'esecuzione forzata*, cit., p. 29 (nota 31): "il risultato, cui l'Autore perviene, è quello di concepire la sanzione compulsoria civile come rivalsa del danno morale provocato dall'inadempimento, danno che cresce col persistere della resistenza dell'obbligato e che è determinato preventivamente in funzione del suo eventuale verificarsi".

dunque potuta considerare quale riferimento normativo per un sistema applicabile all'esecuzione di qualsiasi obbligazione di fare strettamente personale.

Alcuni Autori¹¹¹ hanno concordato sull'opportunità di concedere legislativamente al giudice un potere di comminatoria; altri, come BETTI, hanno teorizzato la corrispondenza di un siffatto sistema allo spirito posto alla base dell'evoluzione tendente a una maggiore cooperazione economico-sociale del rapporto obbligatorio.

Il riflesso di tali risultati, in seguito, si ebbe anche nel già citato Progetto Carnelutti per il codice di procedura civile.

In Francia, nonostante la carenza di un istituto di vera e propria esecuzione diretta degli obblighi di fare e di non fare, la giurisprudenza si concentrava sul rispetto per le convenzioni legalmente formate (art. 1134 c.c. francese), la cui esecuzione non sarebbe potuta rimanere affidata al mero arbitrio degli obbligati.

Dall'altro lato, però, la impraticabilità dell'esecuzione forzata di alcune categorie di obbligazioni, per considerazione d'ordine materiale e morale, portava inevitabilmente ad avvertire l'utilità di un mezzo di coazione indiretta capace di agire quale fattore determinante nel campo della libera volontà del debitore: era la cosiddetta *astreinte*.

In Italia, invece, non si era nel frattempo sviluppato un fenomeno parallelo, a parte alcune settoriali decisioni prevedenti una sanzione pecuniaria tanto maggiore quanto più dilatato fosse stato il tempo dell'inadempimento.

Solo tra gli Anni '30 e '40 maturarono, nel nostro ordinamento giuridico, le condizioni necessarie alle prime introduzioni legislative delle *astreintes*; nonostante ciò, la giurisprudenza non ha per lungo tempo riconosciuto la presenza di tale istituto, ritardando il processo di avvicinamento a quanto avvenuto Oltralpe.

La ragione di questo mancato allineamento era spiegabile osservando l'ossequio ai limiti del potere giurisdizionale e alle disposizioni legislative di diritto processuale che in Italia tradizionalmente prevalevano.

Nonostante lo scarso numero di comminatorie giudiziali, degna di nota è stata ad esempio la sentenza della Corte di Appello di Catania del 12 marzo 1915, la quale, a proposito dell'esecuzione di una obbligazione di non fare, decise che il giudice potesse assicurare l'esecuzione del giudicato mediante la comminatoria di una penale.

¹¹¹ G. BORRE' in *Esecuzione forzata*, cit., p. 29, ricorda studiosi quali GIORGI, POLACCO, ARE e SARFATTI.

A parte questi sporadici casi però non si sono registrati altri autorevoli precedenti giurisprudenziali, ragion per cui è evidente la mancanza di una costante pratica giudiziaria in materia di esecuzione processuale indiretta¹¹².

Ancora negli Anni '40, all'interno del codice di rito italiano, vigevo la estraneità di misure simili alle *astreintes* francesi, unanimemente respinte dagli Autori italiani salvo qualche tentativo di giustificazione e di ricostruzione scientifica.

La legge, invece, concedeva ampia discrezione nella preventiva determinazione del danno tramite pena convenzionale ma riservando tale facoltà alle parti e non al magistrato.

La sentenza emessa da un' autorità giurisdizionale, infatti, mai avrebbe potuto imporre a scopo comminatorio o di indiretta coazione una somma superiore all'entità dei futuri reali danni, altrimenti attribuendo al risarcimento un carattere punitivo.

Fino alla novella del 2009 il legislatore italiano non ha mai previsto misure esecutive indirette: in realtà queste ultime avrebbero costituito un mezzo necessario al creditore per ottenere sul piano giuridico concreto la soddisfazione di obblighi di fare infungibili o per tutelarsi preventivamente rispetto alla violazione degli obblighi di non fare.

Nell'ambito delle obbligazioni di fare contratte *intuitu personae* e quindi non surrogabili, si riteneva che il diritto di usufruire del meccanismo esecutivo confliggesse con limitazioni di ordine sia soggettivo che oggettivo.

Confrontando brevemente l'impostazione del c.c. del 1865 e la disciplina vigente, si può sottolineare come l' *iter* seguito in passato, *ex artt.* 1220 e 1222, concedesse all'avente diritto un mezzo di autotutela per obblighi di fare e di non fare.

A tal proposito è però necessario ravvisare la differenza rispetto a sistemi di altri Paesi, tra cui la Germania, in cui un simile procedimento è configurato quale fenomeno di vera e propria esecuzione forzata, anche in presenza di una "autorizzazione" mediante la quale lo stesso creditore possa provvedere al fare o al distruggere.

Invece, nell'allora vigente codice italiano, l'autorizzazione del creditore non costituiva parte integrante del sistema della tutela esecutiva ma era anzi la fase finale del giudizio di cognizione.

¹¹² V. N. RESTAINO, *L'esecuzione coattiva*, cit., p. 20: è datata 13 dicembre 1946 la sentenza della Corte di Cassazione con cui è stata cassata una sentenza della Corte di Appello di Milano del giugno 1941 che "nel prescrivere alla Ditta Rabarbaro Zucca l'obbligo di aggiungere alle denominazioni ed ai marchi Zucca e Carlo Zucca le parole 'fu Gerolamo', nel termine di sessanta giorni dalla notifica della sentenza, aveva ritenuto di comminare, per il caso di inosservanza, una penale di lire cento per ogni giorno di ritardo, senza che peraltro la Ditta istante Carlo Zucca avesse chiesto la comminatoria di una penale qualsiasi". Dal punto di vista della motivazione, la Suprema Corte ha affermato: "La Corte di merito ha violato il precetto secondo il quale il giudice non può pronunciare oltre i limiti della domanda, e perciò la denunciata sentenza, essendo in questa parte viziata di '*ultra petita*', dovrebbe, non fosse che per tale motivo, essere limitatamente alla parte stessa, cassata".

Dopo la condanna non era previsto un distinto esercizio dell'azione esecutiva nella forma di una richiesta del creditore per essere così autorizzato a surrogarsi, ottenendo soddisfazione ma anzi la cosiddetta autorizzazione era oggetto della stessa pronuncia dichiarativa.

Operando una analisi dell'art. 1222, in particolare, si è ritenuta possibile non solo la menzionata autorizzazione ma anche la possibilità per il soggetto attivo di chiedere la distruzione di quanto fatto da controparte contravvenendo all'obbligazione di non fare.

Condanna e autorizzazione rappresentavano dunque parallele e distinte alternative e non invece l'una il presupposto dell'altra (come è tipicamente configurato il rapporto tra condanna ed esecuzione forzata).

La prospettiva divenuta in seguito vigente è stata opposta, presupponendo, dopo la condanna, una alternativa fra adempimento spontaneo e tutela esecutiva ai sensi dell'art. 612, indipendente rispetto al processo di cognizione.

Una delle maggiori carenze del processo civile esecutivo appariva comunque data dall'assenza di previsione di specifici strumenti a tutela degli obblighi infungibili: il solo risarcimento, infatti, non forniva al creditore l'esatta utilità che invece sarebbe stata necessariamente dovuta¹¹³.

Le misure coercitive indirette avrebbero rappresentato un istituto non tanto caratterizzato dalla finalità risarcitoria, in ciò differenziandosi dalla clausola penale, quanto indirettamente volto a fornire una tutela specifica incidendo sulla volontà del debitore per vincere la sua resistenza e rendere più conveniente l'adempimento.

L'obiettivo non è riparare il pregiudizio subito dal creditore ma sanzionare la disobbedienza a un ordine del giudice, così confermando come tale strumento sia volto all'esercizio sul soggetto passivo di pressione e intimazione necessarie a uno spontaneo adempimento da parte sua. In tale dimensione, il tema dei mezzi coercitivi indiretti si lega con quello delle "pene private", minacciate e imposte in un giudizio civile su richiesta di una parte e a suo vantaggio.

Ne è dunque esaltata non la funzione risarcitoria ma quella sanzionatoria, anche se esse rimangono misure civili individuabili solo in quanto espressamente previste *ex lege*¹¹⁴.

A prescindere dal breve *excursus* storico appena percorso, è da ricordare come, prima del recente intervento in ambito processuale, siano stati utilizzati anche gli artt. 388 e 650 del codice penale¹¹⁵, in modo da sanzionare gli inadempimenti colpevoli dei doveri infungibili, qualificandoli "reato".

¹¹³ Il riferimento è ancora una volta al noto principio *nemo ad factum praecise cogi potest*, fondamentale riferimento nel dibattito dottrinale e recepito poi anche dalla giurisprudenza.

¹¹⁴ V. F. D. BUSNELLI, *Verso una riscoperta delle pene private?*, in *Resp. civ. e prev.*, 1984, pp. 26 ss.: proprio tra gli Anni '70 e '80 si è assistito a un risveglio di interesse in dottrina per le "pene private", antico istituto su cui però si sono sviluppati atteggiamenti di diffidenza e addirittura di ostilità. "Per pena (privata) giudiziale si intende solitamente una sanzione (prevista dalla legge, ma) determinata nella sua misura e/o nelle sue modalità dal giudice (...)".

A. PROTO PISANI aveva proposto un'interpretazione estensiva di tali due disposizioni¹¹⁶, ritenuta però inattuabile non solo attraverso “*argomentazioni puramente valutative, ma anche con obiezioni di carattere tecnico giuridico che ne colpiscono alcuni aspetti essenziali*”¹¹⁷.

Egli, richiamando un testo di G. VASSALLI del 1938 (peraltro in seguito abbandonato dal suo stesso Autore), ha innanzitutto cercato di dimostrare che l'art. 388 c.p. potesse essere imposto per tutelare qualunque fattispecie sprovvista del rimedio dell'esecuzione forzata e in secondo luogo ha inteso la norma come fosse idonea a garantire piena attuazione alla tutela di condanna in ambito civile a fronte del fatto che fosse l'autorità della decisione giudiziaria il bene protetto dalla norma e non invece l'efficacia esecutiva della sentenza in senso stretto.

Il suddetto comma è prospettato quale rimedio di portata generale particolarmente utile nell'ipotesi di condanna a obblighi infungibili o quando la condanna, oltre a reprimere gli effetti di una già compiuta violazione, miri a esplicare una funzione preventiva.

In tali casi sembra sussistere quel medesimo grado di efficacia e di generalità che caratterizza il rimedio coercitivo angloamericano del *Contempt of Court*.

Argomento a sfavore del collegamento tra le sfere civile e penale potrebbe essere il conseguente eccessivo squilibrio pubblicistico, malgrado la presenza di un obbligo di tipo civile: la stessa

¹¹⁵ Art. 650 c.p.: “Inosservanza dei provvedimenti dell'autorità: Chiunque non osserva un provvedimento legalmente dato dall'autorità per ragione di giustizia o di sicurezza pubblica o d'ordine pubblico o d'igiene, è punito, se il fatto non costituisce un più grave reato, con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda fino a euro 206”.

Art. 388 c.p.: “Mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice: Chiunque, per sottrarsi all'adempimento degli obblighi civili nascenti da una sentenza di condanna, o dei quali è in corso l'accertamento dinanzi l'autorità giudiziaria, compie, sui propri o sugli altrui beni, atti simulati o fraudolenti, o commette allo stesso scopo altri fatti fraudolenti, è punito, qualora non ottemperi alla ingiunzione di eseguire la sentenza, con la reclusione fino a tre anni o con la multa da euro 103 a euro 1.032.

La stessa pena si applica a chi elude l'esecuzione di un provvedimento del giudice civile, che concerna l'affidamento di minori o di altre persone incapaci, ovvero prescriva misure cautelari a difesa della proprietà, del possesso o del credito.

Chiunque sottrae, sopprime, distrugge, disperde o deteriora una cosa di sua proprietà sottoposta a pignoramento ovvero a sequestro giudiziario o conservativo è punito con la reclusione fino a un anno e con la multa fino a euro 309.

Si applicano la reclusione da due mesi a due anni e la multa da lire sessantamila a lire seicentomila se il fatto è commesso dal proprietario su una cosa affidata alla sua custodia e la reclusione da quattro mesi a tre anni e la multa da euro 51 a euro 516 se il fatto è commesso dal custode al solo scopo di favorire il proprietario della cosa.

Il custode di una cosa sottoposta a pignoramento ovvero a sequestro giudiziario o conservativo che indebitamente rifiuta, omette o ritarda un atto dell'ufficio è punito con la reclusione fino ad un anno o con la multa fino a euro 516.

La pena di cui al quinto comma si applica al debitore o all'amministratore, direttore generale o liquidatore della società debitrice che, invitato dall'ufficiale giudiziario a indicare le cose o i crediti pignorabili, omette di rispondere nel termine di quindici giorni o effettua una falsa dichiarazione.

Il colpevole è punito a querela della persona offesa”.

¹¹⁶ A. PROTO PISANI, *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, pp. 174 ss.

¹¹⁷ C. SILVESTRI e M. TARUFFO, voce: “*Esecuzione forzata e misure coercitive*”, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1988, p. 8.

disposizione legislativa subordina la punizione dell'inadempiente alla previa ingiunzione del creditore affinché il debitore esegua la sentenza emessa in suo favore e la prevista procedibilità a querela riequilibra il rapporto tra l'interesse pubblico collettivo, teso all'osservanza degli obblighi accertati in una sentenza civile di condanna e quello privato, relativo all'attuazione del provvedimento giurisdizionale.

G. MONTELEONE all'inizio degli Anni '80 ha anche evidenziato le negative conseguenze che deriverebbero dalla introduzione di un siffatto sistema, quasi "poliziesco", correlato a un pressoché illimitato potere politico esercitabile nei confronti dei singoli cittadini¹¹⁸. Il risultato dell'analisi condotta dall'Autore dimostra come l'utilizzo auspicato da PROTO PISANI degli artt. 388 e 650 c.p. sarebbe infondato e contrario al diritto positivo¹¹⁹.

In dottrina si è negata la possibilità di estendere l'applicazione dell'art. 388 c.p. in via analogica, in ragione del principio di tassatività tipico del campo penale, circoscrivendolo invece alle sole ipotesi di condanna eseguibili in forma specifica o tramite la configurazione del reato in quanto diretto contro l'esecuzione forzata del provvedimento del giudice e quindi tenendo in considerazione solo i casi in cui l'esecuzione forzata risulti, almeno potenzialmente, esperibile.

Problematiche ulteriori presentava anche l'elemento psicologico richiesto dal comma 1 dell'art. 388 c.p., il cui reato si sarebbe perfezionato qualora l'autore avesse manifestato la precisa volontà di eludere il provvedimento del giudice con modalità particolarmente riprovevoli. L'ambito di applicabilità della norma sarebbe così notevolmente limitato.

Nonostante si possa constatare che, invece, la norma contenuta nel comma 2 della disposizione codicistica richieda solo l'elemento del dolo generico (a differenza, quindi, della necessaria commissione di atti fraudolenti e della presenza del dolo specifico, propri del comma 1 del medesimo articolo), è vero anche che la norma si riferisca tassativamente all'inesecuzione di misure cautelari o di provvedimenti concernenti l'affidamento dei minori.

L'unica conseguenza, quindi, dovrebbe essere la previsione *ex lege* di una adeguata tutela per i provvedimenti di cui all'art. 700 c.p.c. ma non si può certamente giungere a considerare la norma sulla "Mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice" quale rimedio a portata generale.

PROTO PISANI¹²⁰, aveva ritenuto che anche l'art. 650 c.p. potesse essere applicato alla generalità delle fattispecie in concreto verificatesi e precisamente laddove non sussistessero gli estremi di un

¹¹⁸ V. G. MONTELEONE, *Recenti sviluppi nella dottrina dell'esecuzione forzata*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 284.

¹¹⁹ V. G. MONTELEONE, *Recenti sviluppi*, cit., p. 300.

¹²⁰ V. A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978, II, p. 1175.

più grave reato come quanto previsto ad esempio *ex art. 388 c.p.* e senza la necessità dei requisiti soggettivi della frode, della simulazione e del dolo specifico¹²¹.

Esaminando singolarmente le varie espressioni terminologiche che ricorrono nell'art. 650 c.p., è facile attribuire al termine “*Autorità*” anche il significato di “autorità giudiziaria”, così come all'inciso “*provvedimenti dati per ragione di giustizia*” il valore di “sentenza”.

In un simile contesto è molto importante ricordare quanto perviene dalle tecniche di interpretazione¹²², cercando quindi di evitare qualsivoglia confusione mentale: l'espressione “*provvedimenti dati per ragione di giustizia*”, la cui inosservanza è punita dall'art. 650 c.p., si rivolge infatti a provvedimenti oggettivamente amministrativi a prescindere dal soggetto loro autore.

Un ulteriore elemento di critica nei confronti dell'applicazione dell'art. 650 c.p., all'interno dell'ambito in esame, promana dalla considerazione per cui esso, in quanto reato contravvenzionale, sarebbe incapace di costituire un rimedio coercitivo indiretto efficace.

È vero però che la sussistenza di una contravvenzione piuttosto che di un delitto rappresenti un fattore positivo di vantaggio, in quanto, ai sensi dell'art. 42 c.p., “*Nelle contravvenzioni ciascuno risponde della propria azione od omissione cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa*” e dunque risulta sufficiente l'elemento psicologico della colpa per applicare la relativa sanzione. CHIARLONI¹²³ si è pronunciato in totale disaccordo con VASSALLI¹²⁴, il quale ultimo aveva dedicato una monografia al tema della mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice, *ex art. 388 c.p.*

Critiche sono dunque derivate anche nei confronti del tentativo di PROTO PISANI di riaccreditare la versione della citata opera di fine Anni '30.

MONTELEONE ha espressamente affermato che, una volta verificatosi l'inadempimento, il creditore non potrebbe mai, attraverso i mezzi giurisdizionali, essere soddisfatto in via specifica ma solo conseguire il corrispettivo economico-patrimoniale della prestazione¹²⁵.

Attraverso l'*iter* svolto, secondo l'Autore, si giungerebbe all'effettiva operazione concettuale condotta dai fautori delle misure coercitive e penali in tema di obbligazioni civili. L'obiettivo non sembrerebbe dunque permettere al creditore di conseguire al meglio il diritto soggettivo di cui sia titolare ma di penetrare significativamente nel sistema delle libertà civili, realizzando una

¹²¹ A. PROTO PISANI, *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, p. 178.

¹²² R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, p. 4.

¹²³ S. CHIARLONI, *Misure coercitive*, cit., pp. 177 ss.

¹²⁴ G. VASSALLI, *La mancata esecuzione di provvedimento del giudice*, Torino, 1938.

¹²⁵ G. MONTELEONE, *Recenti sviluppi*, cit., p. 289.

regressione ai sistemi tipici dell'epoca medievale o romano-arcaica, ove si riteneva che il vincolo si incentrasse direttamente sulla persona fisica dell'obbligato.

Non si considererebbero così in alcun modo le conquiste raggiunte nel passaggio alla moderna coscienza civile e giuridica, il cui presupposto è stato radicare le conseguenze dell'inadempimento eventualmente concretizzatosi nell'ambito patrimoniale e non più personale.

Il senso invece della introduzione dell'art. 614 *bis*, dedicato alle misure coercitive indirette, è espressione anche di alcuni fondamentali principi previsti in Costituzione, come uguaglianza e difesa, a tutela dei creditori che non possano avvalersi dello strumento dell'esecuzione in forma specifica.

In tale ambito, la Legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2 ha inserito il principio del “giusto processo” nell'art. 111 della Carta fondamentale¹²⁶, inducendo ad analizzare l'incidenza in concreto della norma sulla tutela esecutiva.

N. TROCKER, riportando quanto affermato dal giurista M. CAPPELLETTI, nel commento alla sentenza n. 70 del 1961, in materia di art. 24 Cost., ha affermato che *“Come espressione di un modello di processo che trae la sua legittimazione non da particolari pregi tecnici ma da valori costituzionalmente condivisi, la nozione di 'giusto processo' viene usata anche da quella parte della dottrina processualistica che – a partire dagli inizi degli anni '60 e per almeno un ventennio – sulla scia degli scritti anticipatori di Calamandrei (e degli studi di Eduardo Couture) contribuisce alla concretizzazione delle garanzie processuali costituzionali (anche attraverso l'impiego delle esperienze di diritto comparato) e dialoga con la giurisprudenza sul terreno della legittimità costituzionale verificata nel concreto”*¹²⁷.

Inoltre, sempre considerando le parole di CAPPELLETTI, si è affermato come il processo debba necessariamente e obbligatoriamente essere garantista in quanto, altrimenti, non si potrebbe configurare quale *due process of law*¹²⁸.

Proprio il diritto all'esecuzione dei provvedimenti è diventato, nell'ottica della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo¹²⁹, la terza grande garanzia da assicurare in giudizio. Al fine di concretizzare il diritto di azione e il principio del giusto processo dev'essere necessariamente conseguita l'effettività della tutela realizzatrice del bene della vita richiesto.

¹²⁶ V. N. TROCKER, *Il valore costituzionale del “giusto processo”*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2001, pp. 381 ss.

¹²⁷ N. TROCKER, *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, I, Milano, 2001, p. 385.

¹²⁸ M. CAPPELLETTI, *Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale. Art. 24 Costituzione e “due process of law clause”*, in *Giur. cost.*, 1961, pp. 1286 ss.

¹²⁹ V. Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950.

L'auspicata effettività della tutela esecutiva richiama il tema delle misure coercitive, ritenendosi ormai superata l'endiadi condanna-esecuzione forzata prevista nelle forme del Libro III del c.p.c. In passato si era posto l'interrogativo circa l'opportunità di introdurre nel nostro ordinamento una previsione generale di pena pecuniaria per i casi di inadempimento di ordini giudiziali, ricollegando tale esigenza al disegno di attuazione del precetto costituzionale dell'effettività della tutela esecutiva¹³⁰.

Il testo della Costituzione italiana non prevede direttamente disposizioni volte ad assicurare l'effettività della tutela ma nessun dubbio può muoversi riguardo la sua essenzialità per il diritto di azione e per la nozione stessa di "giusto processo".

Quanto al ritardo con cui fino a tempi recenti è rimasta insoddisfatta l'esigenza di colmare, attraverso misure coercitive, i vuoti lasciati da forme di esecuzione diretta non del tutto adeguate, probabilmente la relativa motivazione è fondata proprio sulla difficoltà di scegliere se configurare le misure di coazione quali pene esecutive o quale forma di risarcimento del danno provocato dall'inadempimento o dal ritardo nell'adempiere.

A lungo si sono succedute soluzioni più o meno condivisibili relative a una interpretazione, estensiva o analogica, di norme già previste in specifici settori dell'ordinamento giuridico e intese a soddisfare le diverse situazioni giuridiche prospettate.

Soltanto nel 2009, però, il legislatore è intervenuto in via definitiva, tramite la L. n. 69, ponendo così rimedio al grave e risalente *vulnus* in materia.

2. Profili comparatistici: il modello francese delle *astreintes*. Brevi cenni alle esperienze di misure coercitive indirette in altri Paesi europei.

La tutela coattiva degli obblighi di fare e di non fare ha conosciuto una lenta e problematica evoluzione.

A metà degli Anni '90 del XX secolo R. PERROT¹³¹ prospettava il sistema delle misure coercitive indirette quale *tertium genus* rispetto, da un lato, all'esecuzione del "buon" debitore che in quanto tale avesse pagato spontaneamente i propri debiti e, dall'altro, all'esecuzione del debitore "cattivo", soggetto quindi alle misure forzose prescritte.

¹³⁰ V. B. CAPPONI, *Astreintes nel processo civile italiano?*, cit., pp. 157 ss.; V. DENTI, *A proposito di esecuzione forzata e di politica del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, pp. 130 e ss; M. TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, pp. 142 ss.

¹³¹ R. PERROT, *La coercizione per dissuasione nel diritto francese*, in *Riv. dir. proc.*, II, Padova, 1996, pp. 658 ss.

Ripercorrendo dagli albori tale *iter*, è necessario concentrare l'attenzione sulla soluzione giurisprudenziale delle cosiddette *astreintes*, elaborata e adottata all'interno dell'ordinamento giuridico francese e che tradizionalmente trova la propria origine in una sentenza del Tribunale di Cray del 1811 con cui il giudice competente condannava il convenuto¹³² al compimento di una ritrattazione pubblica e, in mancanza, al pagamento conseguente di tre franchi per ogni giorno di ritardo.

Da quando la Corte di Cassazione nel 1825 ha consacrato l'istituto delle *astreintes*, esso ha trovato una sempre più vasta applicazione nella pratica giudiziaria.

L'*astreinte*¹³³ consiste in una sanzione pecuniaria accessoria alla condanna principale, pronunciata dal giudice anche d'ufficio, in modo da costringere il debitore all'adempimento. Se così invece non fosse, l'autorità giurisdizionale in primo luogo minaccia al condannato il pagamento di una somma fissa di denaro per ogni giorno (o altra unità di tempo) di ritardo nell'esecuzione della prestazione dovuta, eventualmente considerando, nel caso di obbligazioni a carattere continuativo, ogni infrazione *ex post* commessa.

Il relativo ammontare è rapportato non ai danni subiti dal creditore ma all'entità che il giudice ritenga idonea a indurre il soggetto passivo all'adempimento¹³⁴.

La fonte è dunque esclusivamente giudiziale e l'autorità competente ha un'ampissima discrezionalità nell'adottarla e nel determinarne in concreto le modalità, senza alcuno specifico obbligo di motivazione.

Nel periodo successivo alla sentenza prima citata del 1811, i giudici francesi ne hanno fatto un uso sempre più ampio fino alla regolamentazione della Legge 5 luglio 1972, n. 626, che ha permesso di trasformare l'*astreinte* in *mesure de contrainte*, a disposizione di ogni giudice civile.

Essendo tale misura coercitiva strettamente collegata all'obbligazione principale, ne deriva che se quest'ultima risultasse illecita, impossibile, inesistente o se comunque venisse meno per qualunque altra ragione, la prima, quale obbligazione accessoria, ne seguirebbe la sorte¹³⁵.

Tale innovazione giurisprudenziale era posteriore solo di pochi anni all'entrata in vigore del *Code Napoléon*, che codificava *ex art. 1142* il principio *nemo ad factum praecise cogi potest* e quindi il divieto di esecuzione forzata in caso di prestazioni a carattere personale.

¹³² L. MARAZIA, *Astreintes e altre misure coercitive per l'effettività della tutela civile di condanna*, in *Riv. esec. forz.*, 2004, p. 338.

¹³³ S. GUINCHAR e T. MOUSSA, *Droit et pratique des voies d'exécution*, Paris, 2004, p. 278: "Toutes les obligations que consacrent les jugements, sentences et arrêts sont susceptibles d'être assorties d'une astreinte. L'astreinte, qui vise à l'exécution d'un acte de l'autorité publique, se cumule sans contradiction avec les sanctions prévues contractuellement entre les parties; intérêts moratoires".

¹³⁴ V. A. PROTO PISANI, *Condanna (e misure coercitive)*, in *Foro.it.*, III, 2007, p. 3.

¹³⁵ F. DE STEFANO, *L'esecuzione indiretta: la coercitoria, via italiana alle "astreintes"*, in *Corr. merito*, 2009, Milanofiori Assago, p. 1181.

La concomitanza cronologica non è affatto casuale e induce a considerare l'*astreinte* come la risposta della giurisprudenza ai compilatori napoleonici che, in nome dell'impostazione liberale incentrata sul netto rifiuto di ogni mezzo esecutivo contro la persona del debitore, avevano di fatto sacrificato le legittime aspettative di tutela del creditore.

Le *astreintes* sono originariamente nate in riferimento al solo adempimento degli obblighi di fare e di non fare ma è anche vero che, in seguito, la loro applicazione ha riguardato altri ambiti, persino in caso di condanne per le quali lo stesso codice ammetteva espressamente l'esecuzione specifica oppure l'esecuzione di misure diverse dalle sentenze di condanna. Il riferimento è ai provvedimenti cautelari o prevedenti obblighi di natura processuale.

B. CAPPONI, quanto al rapporto tra i meccanismi dell'*astreinte* e del provvedimento cautelare, ne ha rilevato la differenza ad esempio constatando che quest'ultimo, diversamente dal primo, richieda e presupponga una sommaria valutazione sulla probabile fondatezza della pretesa avanzata (*fumus boni juris*) e sull'imminenza del pregiudizio (*periculum in mora*).

L'Autore ha inoltre aggiunto che la misura coercitiva presuppone la conclusione del giudizio di merito, essendo la prima una condanna accessoria pronunciata *causa cognita* e che, comunque, l'*astreinte* può accompagnare la pronuncia del provvedimento cautelare.

Una delle maggiori problematiche in tema ha riguardato il fondamento giuridico dell'istituto: per quasi tutto il XIX secolo larga parte della dottrina lo ha infatti considerato illegale e arbitrario.

Data la mancanza di una base testuale precisa su cui fondare la nuova pratica, molte decisioni giurisprudenziali invocavano le norme previste per il risarcimento dei danni.

Sono ormai ferme le distinzioni tra i due meccanismi: il risarcimento provvede a riparare un pregiudizio subito, l'*astreinte* invece a vincere la resistenza del debitore che persista nell'inadempimento.

La differenza è però stata chiaramente e precisamente stabilita solo dal 1947, attraverso una serie di decisioni della Corte di Cassazione e delle giurisdizioni inferiori che ne hanno sancito la definitiva separazione.

È necessario inoltre distinguere, a seconda delle funzioni svolte, tra *astreinte* “provvisorie” e “definitive”.

L'*astreinte* “provvisoria”, altrimenti detta “comminatoria”, tende a intimidire il debitore e a indurlo all'adempimento spontaneo: il giudice, nel disporla, esercita ampi poteri nella modifica delle basi di calcolo stabilite al momento della pronuncia, per tener conto del comportamento del debitore che si sia o meno sottoposto all'esecuzione volontaria.

In Francia le fasi del meccanismo in esame sono due: “irrogazione” e successiva “liquidazione”.

È dunque possibile affermare che le misure del primo tipo siano emesse “allo stato degli atti”, che possano essere in seguito riviste o modificate fino alla fase della liquidazione e che pur essendo “provvisorie” costituiscano una condanna effettiva.

Per le *astreintes* “definitive”, invece, il giudice deve rispettare i termini fissati nelle decisioni che le adottano e deve liquidarle con un semplice calcolo aritmetico, a prescindere dalle condizioni del debitore; tali *astreintes*, essendo a sostegno e aggiuntive rispetto all’esecuzione del provvedimento giudiziale, possono aversi solo dopo una misura di tipo provvisorio.

Il rapporto tra le due tipologie si spiega con il passaggio dal ruolo preventivo a quello esecutivo delle misure stesse.

Quando ci si riferisce alla prima categoria descritta, è possibile parlare di “pena privata” solo dopo la fase di liquidazione, essendo fino a quel momento una condanna di carattere appunto “provvisorio” tendente all’esecuzione di una decisione giudiziaria.

L’*astreinte* muta o meno in “pena” a seconda del comportamento tenuto dal debitore: ove costui ottemperi all’ingiunzione del giudice, la minaccia non ha più ragion d’essere, in quanto priva ormai del proprio oggetto; diverso è invece il caso in cui eventualmente mancasse il rispetto della previa ingiunzione in tal senso o la sua tempestiva esecuzione.

L’ammontare della pena inflitta dovrebbe sempre rientrare nell’ambito della somma annunciata come minaccia oppure potrebbe essere, entro tale limite, ridotta.

L’*astreinte* non è connotata dallo scopo tipico del risarcimento del danno e quindi non ripara il pregiudizio subito dal creditore a causa dell’inadempimento o del mancato tempestivo adempimento bensì tende a sanzionare la intervenuta disobbedienza a un ordine giudiziale.

È in ogni caso necessario che l’*astreinte* sia ormai giunta alla fase della liquidazione per poter dar luogo a esecuzione, anche se la provvisoria esecutorietà di una condanna principale si estende al capo che commina l’*astreinte* e la riforma della prima travolge la seconda, dando eventualmente luogo alle restituzioni.

La domanda di *astreinte* può essere per la prima volta formulata in appello, non integrando una domanda nuova.

L’impugnazione in appello è sempre ammessa contro la condanna ma limitatamente al capo che prevede l’*astreinte*, dato che, in caso di rifiuto, è comunque possibile riproporre l’istanza al medesimo giudice o rivolgersi all’autorità giurisdizionale competente per l’esecuzione.

Obiezioni si erano inizialmente sviluppate contro decisioni a sostegno del carattere penale della misura, in quanto si sarebbe in tal modo violato il principio generale *nulla poena sine lege*.

Era poi da altri ravvisato anche un contrasto rispetto al carattere definitivo della cosa giudicata. A tale ultimo proposito fu A. ESMEIN a trovare una giustificazione, rinvenendo le radici del diritto

del giudice di rafforzare l'ordine ineseguito nell'ambito dei cosiddetti *ordinatoria iudicii*, inclusi in quanto tali nella *jurisdictio* propria del potere giurisdizionale.

Nonostante ciò, il riferimento normativo che costituiva la base legale dell'*imperium* del giudice, ossia l'art. 1036 del codice di rito francese, non si sarebbe potuto utilizzare per concretizzare il fondamento giuridico delle *astreintes* stesse, di origine puramente pretoria e previste per soddisfare necessità pratiche.

Nella seconda metà dell'800, con le prime esperienze del fenomeno in esame, la tendenza tra gli studiosi era in ampia misura sfavorevole all'istituto, a causa delle difficoltà inerenti all'inquadramento delle *astreintes* a livello sistematico.

In dottrina però l'elaborazione relativa divenne più complessa solo a fine secolo, quando la prassi delle *astreintes* appariva ormai consolidata a livello giurisprudenziale.

Sin dall'analisi della genesi storica dell'istituto emerge un profilo di netta differenziazione rispetto ai modelli di diritto tedesco e anglosassone, con riferimento alla funzione eminentemente privatistica assegnata alla misura d'Oltralpe, diretta a riequilibrare la disciplina del rapporto obbligatorio e ad assicurare, almeno in via tendenziale, l'adempimento spontaneo, tempestivo e integrale delle obbligazioni.

La misura adottata in Francia è stata criticata anzitutto per ragioni di equità. Il creditore, infatti, si sarebbe arricchito ingiustamente soprattutto laddove l'*astreinte* fosse stata liquidata per un più elevato ammontare, motivato dal semplice bisogno di intimidire il soggetto obbligato.

Salvo casi eccezionali, quindi, la prassi giudiziale avrebbe conseguentemente ridotto l'entità della sanzione, azzerandone la forza intimidatrice.

In relazione a siffatta considerazione, il progetto prodromico alla Legge n. 9 luglio 1991, n. 650, sulle procedure civili d'esecuzione, conteneva all'art. 36 la seguente prescrizione: “*Il giudice può decidere che una parte dell'astreinte non sia versata al creditore. Questa parte va a favore del Fondo nazionale d'aiuto sociale*”¹³⁶.

Il menzionato progetto iniziale fu in Francia all'origine dell'opposizione tra le due assemblee parlamentari e quindi indusse la Commissione mista a respingerlo.

Per tutto il XIX secolo la dottrina d'Oltralpe ha mostrato diffidenza e ostilità verso la nuova figura, costringendo la giurisprudenza a cimentarsi nello sforzo dogmatico di individuare un riferimento di diritto positivo cui associarla. Il risultato è stato un fuorviante accostamento dell'istituto di origine pretoria ai *dommages-intérêts*, decisivo per rinvenire la relativa copertura legale *ex art.* 1142 del *Code Civil*.

¹³⁶ In tal modo riportato da R. PERROT, *La coercizione*, cit., p. 669.

Contra una simile ricostruzione, in primo luogo, è possibile affermare che essa sminuisca la portata innovativa della creazione giurisprudenziale, annullandone il valore pratico in chiave compulsoria: nessuna efficacia intimidatoria può infatti essere affidata alla minaccia del pagamento di una somma destinata comunque a non superare l'importo del risarcimento al quale il debitore sapeva già, sin dal momento del sorgere del vincolo obbligatorio, di dover far fronte in caso di inadempimento.

Vi è inoltre un ulteriore importante elemento che milita contro il suddetto accostamento: mentre l'ammontare del risarcimento è strettamente collegato all'entità del danno subito dal creditore, la liquidazione dell'*astreinte*, che può essere disposta anche nell'ipotesi in cui il creditore non abbia sofferto alcun pregiudizio (a fronte dell'ormai estinto interesse alla prestazione), è invece legata ad altri parametri, tra cui in primo luogo le condizioni economiche del debitore ma anche la sua ostinazione nella renitenza ad adempiere e la colpevolezza dell'inadempimento.

In ordine ai soggetti, l'*astreinte* è ormai un beneficio concesso a creditori di qualunque natura. Nell'ambito della giustizia amministrativa, però, le posizioni sono più variegata e si registra una maggiore resistenza alla relativa concessione, a causa della previsione istituzionale di altri mezzi di coercizione in capo ai creditori pubblici.

Sempre dal punto di vista passivo, in assenza di un'espressa pronuncia in tal senso, nè il debitore solidale nè il garante può essere automaticamente sottoposto a un'*astreinte* che sia stata pronunciata contro il debitore principale.

In alcuni settori è la legge a prevedere espressamente l'imposizione dell'istituto coercitivo che comunque è stato esteso sia ai capi di condanna civile in sede penale sia a quelli in senso stretto penali, con sviluppi però radicalmente diversi in quest'ultimo caso rispetto alla disciplina civilistica. La caratteristica secondo cui l'entità della sanzione è commisurata alla consistenza patrimoniale del soggetto obbligato confermerebbe la struttura essenzialmente coercitiva delle *astreintes*.

La L. 626/72 ha definitivamente recepito in via legislativa il meccanismo dell'*astreinte*. Numerosi aspetti controversi della disciplina relativa sono stati risolti e razionalizzati grazie a questo ma anche ad altri e più recenti interventi del legislatore francese¹³⁷.

La riforma di tale strumento è intervenuta con la L. 650/91 (e il successivo decreto di attuazione del 31 luglio 1992), la cui Sez. VI è appunto intitolata "*L'astreinte*".

Il legislatore francese ha chiaramente delimitato i contorni della misura esecutiva, distinguendola dal risarcimento del danno e stabilendo che l'ammontare della *astreinte* provvisoria sia liquidato

¹³⁷ Si pensi, ad esempio, alla Legge 16 luglio 1980, n. 539, che ha esteso l'applicazione dell'istituto al contenzioso amministrativo.

tenendo conto del comportamento del destinatario del comando e delle difficoltà di porre in essere l'esecuzione.

Si è così operata una pressione sul debitore senza ricorrere alla coercizione materiale e in modo da responsabilizzarlo, quantomeno, se non per virtù, in base a una motivazione razionale.

Il criterio di valutazione è dunque la sussistente o meno resistenza colposa del debitore nell'eseguire la condanna per la quale un'*astreinte* sia stata previamente pronunciata. Nella prima ipotesi, la misura sarà liquidata in una somma molto elevata, superiore e quindi non corrispondente all'entità effettiva del danno subito dal creditore.

Qualora invece il debitore avesse tentato di eseguire il più rapidamente possibile la condanna emessa nei suoi confronti, pur non riuscendovi, la minaccia iniziale si ridurrebbe a una pena molto bassa e anzi ben inferiore all'importo annunciato come massimo, nonostante il concreto e rilevante pregiudizio a carico del creditore.

La disciplina prevede la generalizzazione dell'ambito di operatività dell'*astreinte*, la cui pronuncia è consentita quindi non solo in relazione a condanne concernenti obblighi non suscettibili di esecuzione forzata ma anche a quelle aventi a oggetto prestazioni di *facere* fungibile o somme di denaro¹³⁸.

È questo un profilo da sottolineare con particolare interesse in quanto dimostra la lungimiranza del legislatore francese nel cogliere l'utilità pratica delle *astreintes* quale mezzo alternativo all'esecuzione forzata ove questa fosse impraticabile e nel considerarla anche come strumento concorrente capace di prevenire l'attivazione dei meccanismi ordinari dell'adempimento coattivo. L'*astreinte* è soprattutto ammessa, coerentemente con la previsione originaria, nel campo delle obbligazioni di fare, in cui si richiede la cooperazione del debitore. Tuttavia queste ultime non esauriscono il panorama: infatti è necessario riferirsi anche alla materia patrimoniale e di tutela dei diritti reali, di locazioni¹³⁹, di obbligazioni contrattuali e di obblighi infungibili come la reintegrazione nel posto di lavoro o la consegna di documenti, oltre infine alle obbligazioni di non *facere* successive o continuative, talvolta anche extrapatrimoniali.

La consegna di cose è ammessa solo per dar vita a una effettiva esecuzione degli effetti contrattuali, normalmente stipulati tra le parti coinvolte. Larga applicazione infine è prevista quanto alle obbligazioni pecuniarie, salvo ricordare le perplessità suscitate dalla previsione del tipico strumento della espropriazione.

¹³⁸ A tale ultimo proposito si ricordi una decisione della Corte di Cassazione del 29 maggio 1990, n. 224, che ha esteso l'applicazione dell'*astreinte* proprio alle obbligazioni pecuniarie.

¹³⁹ Esclusi gli obblighi abitativi e relativi allo sfratto del locatario, come indicato su http://shop.wki.it/documenti/00109380_DEM.pdf.

A titolo di esempio si è specificato come l'*astreinte* sia inammissibile ove l'obbligazione principale consista in una prestazione a carattere personale o coinvolgente la libertà di disposizione del proprio corpo mentre, al contrario, essa risulta utilizzata, nel campo dei diritti reali, per evitare immissioni nocive, per ottenere il rilascio di un immobile da parte dell'occupante senza titolo e per garantire il rispetto di una servitù, oltre ai casi finalizzati alla restituzione di un minore e ad assicurare l'obbligo di alloggio o l'esercizio di un diritto di visita in materia familiare.

Tale istituto è fondamentalmente basato sul potere di coercire il comportamento del debitore prospettando svantaggi patrimoniali più qualificati del puro e semplice risarcimento del danno.

L'etimo della parola è il termine latino "*adstringere*" che appunto rivela l'indole coattiva del procedimento in esame. Il prefisso "*ad*" attribuisce all'azione prevista un significato più preciso e chiaro, tendente a individuare la necessità di realizzare un ben determinato obiettivo.

Infatti, come prima accennato, l'*astreinte* è tradizionalmente una condanna pecuniaria pronunciata per ogni giorno di ritardo (o per altra unità di tempo) e destinata a ottenere dal debitore l'esecuzione di una obbligazione di fare¹⁴⁰ a fronte della minaccia di una pena considerevole e quindi capace di aggravarsi indefinitamente.

Proprio la caratteristica del previsto aumento della entità della misura, in modo direttamente proporzionale rispetto al prosieguo nel tempo dell'inadempimento e della conseguente mancata soddisfazione del creditore, dovrebbe indurre la controparte a porre fine a una situazione evidentemente negativa per entrambi i soggetti coinvolti.

Nell'ambito degli obblighi di non fare, invece, la sanzione di coazione è costruita come condanna preventiva al pagamento di un'indennità per ogni successiva violazione, nonostante possa prevedersi il peggioramento, a livello pecuniario, della revisione per il verificarsi di ulteriori violazioni¹⁴¹.

Potrebbe sembrare singolare, almeno inizialmente, che un fenomeno simile si sia sviluppato proprio nell'ordinamento francese la cui stessa legge teorizza il risolversi dell'obbligazione di fare in una obbligazione di risarcimento. E' stato invece ritenuto prioritario l'obiettivo del conseguimento in natura del risultato dell'obbligazione: il creditore leso non è interessato al risarcimento per equivalente pecuniario ma all'esecuzione in natura di quanto promesso dal debitore.

¹⁴⁰ L. BOYER, *Le astreintes nel diritto francese*, in *Jus*, I, 1954, p. 421.

¹⁴¹ G. BORRE', *Esecuzione forzata*, cit., p. 22: "Nel campo degli obblighi di non fare, invece, la misura di coazione assume la forma di condanna preventiva al pagamento di una indennità per ogni violazione futura, salvo a disporsi che, dopo un certo numero di violazioni, il provvedimento debba essere riveduto, onde eventualmente aumentare l'importo dell'indennità".

Proprio in relazione alla suddetta problematica si inserisce l'utilizzo della "coercizione per dissuasione"¹⁴² ove si solleciti la volontà del soggetto passivo e si giunga poi alla situazione di soddisfazione e di adempimento che in realtà già si sarebbe dovuta delineare per effetto della sola e semplice promessa in tal senso del debitore. "Dissuasione" è un termine usato per sottolineare come la misura coercitiva vada configurata per evitare che l'obbligato eventualmente resista.

Con l'espressione "qualunque giudice" si intende che ogni autorità giurisdizionale, anche monocratica, competente a emettere una decisione di merito, possa, in fase cognitiva, pronunciare l'*astreinte*¹⁴³.

I riferimenti sono al giudice dei *référés*, a quello del *Tribunal d'Instance*, a giurisdizioni penali e amministrative, ad autorità competenti alla messa in stato di decisione, al giudice dell'esecuzione per le sue stesse decisioni e infine alla corte d'appello in caso di riconoscimento di una sentenza straniera, di un lodo arbitrale o di un provvedimento del Presidente del Consiglio dell'Ordine Forense.

Il giudice dell'esecuzione ha lo speciale potere di pronunciare tale misura nei confronti delle decisioni rese da altri giudici ma non munite di *astreinte*, salvo alcuni casi in materia di concorrenza e determinate previsioni giurisprudenziali relative alla esclusività di tale competenza qualora la prima condanna non abbia comportato la misura in esame.

Il giudice francese può pronunciare l'*astreinte* sia su domanda di parte sia d'ufficio: infatti egli gode di amplissima discrezionalità riguardo le modalità, la durata e l'ammontare della sanzione, che dovrà essere tale da esercitare adeguata pressione psicologica sul debitore sia pure necessariamente in rapporto alle concrete condizioni patrimoniali dell'ingiunto e quindi alle verosimili aspettative di deterrenza effettiva.

Nel caso di persistente inadempimento, il creditore potrà rivolgersi all'*huissier de justice*, cioè al soggetto corrispettivo dell' "ufficiale giudiziario" previsto nel nostro ordinamento, dotato del titolo proprio di avvocati e notai.

Sulla base della constatazione di tale professionista, si avrà la fase di liquidazione, operata poi dal giudice dell'esecuzione che quantifica la sanzione privata e accessoria sulla cui base sorgerà un nuovo titolo esecutivo di pagamento.

¹⁴² V. R. PERROT, *La coercizione*, cit., p. 660.

¹⁴³ B. CAPPONI, *Astreintes nel processo civile italiano?*, cit., p. 163: "Qualsiasi giudice può pronunciare l'*astreinte* (juges professionnels, prud'homaux, consulaires, échevinaux); lo può fare l'arbitro, così come il Batonnier dell'Ordine degli Avvocati, presente in ogni Tribunale, relativamente alla materia disciplinare e di contestazione degli onorari professionali. Dopo la legge 95-125 dell'8 febbraio 1995, può farlo il giudice amministrativo alla stessa stregua di quello civile ordinario, salvo che, di norma, il giudice amministrativo si mostra restio a provvedere d'ufficio".

Per la fase di liquidazione è indispensabile la richiesta del creditore che abbia valutato il momento opportuno in cui agire. Gli è consentito comunque di circoscrivere la propria domanda di liquidazione alla richiesta di fare il punto sul progredire della inesecuzione e di ottenere la liquidazione circoscritta al periodo trascorso fino a quel momento, con un provvedimento anche di modifica delle condizioni dell'*astreinte* non oltre la richiesta di liquidazione finale.

La misura suddetta non è un risarcimento del danno, ne prescinde quasi del tutto, se non ai fini della sua determinazione ma non è una clausola penale nè una determinazione anticipata del danno derivante dall'inadempimento.

Secondo la concezione d'Oltralpe, l'*astreinte* è una alternativa ulteriore e accessoria rispetto all'esecuzione, quando possibile, e rispetto ai *dommages-intérêts*, cioè al risarcimento del danno.

In tal senso l'art. 34, c.1 della L. 650/91 aveva definitivamente chiarito che la misura coercitiva in questione fosse "*indépendante*" rispetto ai *dommages-intérêts*.

L'appello ordinario è l'unico *iter* possibile per impugnare i provvedimenti di *astreinte*, nonostante siano ammessi appelli separati sul punto.

Ove, eventualmente, la pronuncia di tali misure sfociasse in risultati aberranti, potrebbe essere soppressa con un semplice provvedimento emesso dal giudice dell'esecuzione, in ciò caratterizzandosi quale particolarità del tutto francese.

Nonostante la previsione di due fasi, il tempo previsto per l'esecuzione della *astreinte* potrà avere durata variabile tra i 4 e gli 8 mesi. Una volta liquidata, tale misura costituirà titolo esecutivo di pagamento.

Il debitore deve necessariamente adempiere, salvo il caso di abuso del diritto da parte del creditore o di imprevedibili difficoltà gravanti sullo stesso soggetto obbligato.

Altra caratteristica nonchè elemento di forza dell'*astreinte* è rappresentato dalla progressività dell'entità della sanzione, individuata tramite meccanismi aritmetici o geometrici.

In realtà, secondo parte della dottrina, il modello italiano si ispirerebbe soprattutto alla versione dell'*astreinte* introdotta, a fine Anni '70, in Lussemburgo, Olanda e Belgio¹⁴⁴.

Tale misura presenta notevoli differenze rispetto a quella francese: ad esempio non può essere disposta d'ufficio e dal suo ambito di applicazione sono stati esclusi i rapporti di lavoro. Entrambe però possono essere comminate da qualunque giudice a protezione, da un lato, dell'interesse

¹⁴⁴ E. SILVESTRI, *Rilievi comparatistici in tema di esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, in *Riv. dir. civ.*, I, Padova, 1988, p. 536: "Con la Convenzione Benelux di legge uniforme sull'*astreinte*, stipulata nel 1973 ed entrata in vigore nei tre Stati firmatari nel periodo compreso tra il 1976 ed il 1980, è stato dato riconoscimento legislativo ad una prassi che già da tempo, imitando l'esempio dei giudici francesi, la giurisprudenza, soprattutto in Olanda e nel Lussemburgo, aveva iniziato a seguire, sia pure con alterne vicende".

pubblico al rispetto dei provvedimenti dell'autorità giudiziaria e, dall'altro, dell'interesse privato del creditore alla prestazione.

Se il debitore provvedesse subito all'adempimento, la misura non sarebbe utilizzata, fermandosi al livello di semplice minaccia¹⁴⁵.

Sempre su un piano di comparazione, inoltre, ulteriore differenza è data dalla possibilità di revisione che negli ordinamenti giuridici della regione europea del Benelux incontra limitazioni. Ivi sussiste infatti solo qualora sopravvenga la dichiarazione di fallimento, la morte del debitore o divenga impossibile l'esecuzione della prestazione principale.

In Francia la misura coercitiva patrimoniale può accompagnare la condanna al pagamento di somme pecuniarie mentre in Benelux una simile eventualità non è prevista.

L'avvenuto pagamento dell'*astreinte* d'Oltralpe, anche a seguito di espropriazione forzata, non estingue l'obbligazione principale perchè manca un rapporto di alternatività tra condanna principale e condanna accessoria.

Potrà essere previsto un duplice processo esecutivo: sia per l'esecuzione forzata dell'obbligazione principale (eventualmente consistente anche nella condanna a pagare una somma di denaro) sia per l'*astreinte* stessa. E' dunque ivi ammesso il concorso tra esecuzione diretta ed esecuzione indiretta.

L. BOYER nel 1954 scriveva che l'uso delle *astreintes* fosse impedito solo per obbligazioni illecite o immorali e ove l'adempimento in forma specifica di una obbligazione apparisse impossibile per forza maggiore o per condotta colposa del debitore. In tale ultimo caso la condanna a risarcire i danni si sarebbe dovuta pronunciare subito¹⁴⁶.

Nonostante la evidente importanza del tema, PERROT ha però rilevato come fosse in realtà raramente studiato dagli operatori del diritto¹⁴⁷.

Ad esempio, le uniche e interessanti applicazioni di un simile istituto nel nostro ordinamento sono state inserite negli artt. 124, c.2 e 131, c.2 del Decreto Legislativo 10 febbraio 2005, n. 30 e nell'art. 163, 2 comma della Legge 22 aprile 1941 n. 633, secondo cui “(..) il giudice può fissare una somma

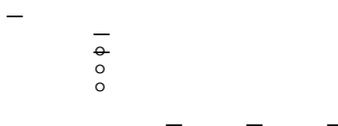
¹⁴⁵ N. VENTURA, *L'esecuzione in forma specifica*, in (a cura di) G. MICCOLIS e C. PERAGO, *L'esecuzione forzata riformata*, Torino, 2009, p. 474: “il giudice della cognizione commina, in via accessoria alla condanna, la c.d. *astreinte* provvisoria che consiste soltanto nella minaccia di condanna al pagamento di una sanzione pecuniaria in caso di mancato o tardivo adempimento alla sentenza; nel caso in cui l'inottemperanza si verifichi in concreto, sarà il giudice dell'esecuzione a comminare la c.d. *astreinte* definitiva, convertendo la misura provvisoria e liquidandone il definitivo ammontare (salvo che il giudice della cognizione non si sia espressamente riservato tale potere)”.

¹⁴⁶ L. BOYER, *Le astreintes*, cit., p. 420.

¹⁴⁷ V. R. PERROT, *La coercizione*, cit.

dovuta per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata e per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento”.

L'istituto recepito in Italia è simile a quanto previsto in Francia anche se più limitato e, per certi versi, contraddittorio: nonostante il miglioramento ottenuto nell'ambito del recupero di effettività per le decisioni giudiziali e della responsabilizzazione del debitore, già iniziata con il ruolo attivo impostogli dalla riforma del 2006, nella fase della ricerca dei beni pignorabili, tra i due contesti esaminati sono ancora rilevabili differenze tanto culturali quanto strutturali.



Già a metà degli Anni '80, era ormai evidente, a livello internazionale, la grande attualità del tema dell'esecuzione coattiva dei cosiddetti *non money judgments*.

A tal proposito possono ricordarsi numerosi congressi, connessi all'esecuzione forzata delle decisioni di condanna all'adempimento di prestazioni di fare o di non fare, tenutisi in Francia, in Svezia e perfino nelle città australiane di Sydney e Melbourne.

Il modello cui le misure di coercizione sembrano ispirarsi con maggiore frequenza è rappresentato dalle *astreintes* francesi ma la comparazione giuridica offre un secondo esempio di tutela efficace: le *Zwangsstrafen* delineate dai paragrafi 888 e 890 della Z.P.O. germanica del 1877.

Si tratta di sanzioni pecuniarie non a carattere generale ma previste a fronte dell'inadempimento di una condanna imposta tramite sentenza per obblighi di fare infungibili e di non fare, dipendenti dalla volontà del soggetto passivo. In generale esse non si applicano agli obblighi suscettibili di esecuzione forzata e quindi “fungibili”.

Un aspetto peculiare “*risiede nella marcata colorazione pubblicistica dell'istituto, la cui funzione prevalente viene identificata nel rafforzamento del prestigio e dell'autorità delle decisioni giudiziarie. Ciò è confermato dalla destinazione allo Stato (e non al creditore, come invece accade nel sistema delle astreintes francesi) delle somme pagate a titolo di comminatoria*”¹⁴⁸.

I parr. 888 ss. della Z.P.O. tedesca prevedono misure coercitive di natura sia pecuniaria (*Zwangsgeld*) che personale (*Zwangshaft*): il giudice, su istanza del creditore, dichiara che il debitore sia tenuto ad adempiere, condannandolo altrimenti al pagamento di una somma pecuniaria o anche all'arresto, di cui si suppone e si auspica un uso comunque limitato da parte delle competenti autorità tedesche, solo laddove la somma prevista e inflitta non fosse corrisposta.

I tratti caratteristici cui da ultimo è giunto l'ordinamento giuridico tedesco sono stati plasmati anche in base agli sviluppi storici: in tal senso larga parte ha avuto la abolizione, sia pure tardiva,

¹⁴⁸ L. MARAZIA, *Astreintes*, cit., p. 337.

dell'ordinamento degli organi ufficiali rappresentativi dei ceti, gli *Stände*, e degli ultimi rapporti di dipendenza personale, unitamente alla recezione, sia pure contraddittoria e faticosa, dei valori liberali.

In riferimento a obblighi di fare fungibile, numerose leggi processuali della I metà del XIX secolo prevedevano che il creditore potesse scegliere tra chiedere l'applicazione di misure coercitive sulla persona del debitore, per costringerlo ad adempiere, o domandare invece l'autorizzazione a procurarsi il risultato della prestazione dovuta tramite un terzo e a spese del debitore.

La Z.P.O. unitaria ha invece poi abolito tale facoltà, mettendo a disposizione del creditore, in caso di *vertretbare Handlungen*, solamente la seconda alternativa, ai sensi del par. 887, nonostante il parere contrario di alcuni studi dottrinali.

Questo percorso ha avuto rilievo durante il processo storico che ha progressivamente abolito le misure coercitive sulla persona del debitore, sostituendovi, in via esclusiva, ove possibile, pratiche esecutive per surrogazione.

L'analisi di meccanismi coercitivi previsti in altri Paesi europei comporta un riferimento anche all'istituto del *Contempt of Court* degli ordinamenti di *common law*, mediante il quale la condotta inadempiente, a seconda della sua maggiore o minore gravità, è penalmente sanzionata in via detentiva o pecuniaria.

La giustizia elitaria dei sistemi anglosassoni è connotata dall'esistenza di un ristretto numero di giudici togati depositari di una radicata e ormai salda tradizione di integrità e di prestigio.

Il *Contempt of Court*, frutto dell'esercizio di una discrezionalità tanto ampia come quella insita nel *contempt power*, non è compatibile con i principi del nostro ordinamento e, configurando per i giudici un siffatto potere, è suscettibile di essere potenzialmente in conflitto con il pacifico esercizio dei diritti fondamentali.

In Germania e Francia si garantisce, tendenzialmente, l'adempimento in natura mentre il sistema da ultimo esaminato, inteso in senso stretto, prevede che, a fronte della mancata esecuzione di una prestazione dovuta *ex contractu*, il soggetto attivo non soddisfatto possa agire solo per il "*breach of contract*", per il mero risarcimento del danno in denaro.

La prospettiva tradizionale degli ordinamenti di *common law*, in caso di inadempimento e quale rimedio eccezionale, è orientata alla prigionia per l'obbligato, pertanto escludendosi che la legge possa forzarlo alla realizzazione della prestazione¹⁴⁹.

Negli ordinamenti anglosassoni le forme di coercizione indiretta previste derivano dallo sviluppo del sistema di tutela parallelo e complementare a quello tradizionale del *common law*, rinomato

¹⁴⁹O. W. HOLMES, *The Common law*, New York, 1991, originally published Boston, 1881, p. 301: "the only universal consequence of a legally binding promise is that the law makes the promisor pay damages if the promised act does not come to pass".

attraverso il termine “equità”. In tal modo si sono attribuite garanzie giurisdizionali a diritti nuovi ove non possa farsi luogo alle tecniche surrogatorie del terzo incaricato di compiere o di controllare, in qualità di *officer of the Court*, le attività a tal fine necessarie.

In simili fattispecie il risultato è dunque raggiunto attraverso un rimedio di carattere generale consistente nella pronuncia di una *injunction* la cui mancata esecuzione da parte del debitore è sanzionata con la condanna a pagare una somma pecuniaria per un ammontare fissato in modo discrezionale dal giudice che abbia previamente pronunciato la sentenza, rimasta poi ineseguita, o la condanna alle misure di carcerazione e di sequestro dei beni.

Proprio il *Contempt of Court* presenta una doppia natura¹⁵⁰: le sue forme possono infatti essere di “*civil contempt*” in caso di inadempimento di obblighi imposti da un provvedimento definitivo o provvisorio oppure di “*criminal contempt*”, quando sia sanzionato un determinato comportamento rilevante sul piano dell’interesse pubblico generale al corretto funzionamento dell’amministrazione della giustizia.

Un avvicinamento, anche se dubbio, tra il *Contempt of Court* e l’art. 388 del c.p. italiano è stato ravvisato qualificando il primo non come “rimedio esecutivo” ma quale strumento per comminare una sanzione afflittiva e penale a seguito della mancata obbedienza a un ordine giurisdizionale da parte del debitore.

L’obiezione che si pone *contra* la suddetta ricostruzione deriva da due considerazioni: innanzitutto l’istituto si ricollega storicamente al prestigio della funzione giudiziaria, già prima accennata e, in secondo luogo, esso è rivolto alla tutela processuale-esecutiva del creditore, radicata con piena consapevolezza nel pensiero giuridico anglosassone ed esplicitasi in speciali caratterizzazioni limitative che non si possono spiegare tramite una semplice e circoscritta concezione, puramente penalistica del *Contempt*.

In tal senso è da menzionare la impossibilità di prevedere sanzioni qualora l’atto di cui si vietava il compimento abbia oramai esaurito ogni effetto pregiudizievole o il risultato dedotto in obbligazione possa essere conseguito per altra via.

Dato il carattere anche penale del rimedio in questione, esso non sarebbe possibile rispetto alla tradizione italiana: “..*gli ordinamenti di common law sono ‘diversi’ rispetto al nostro, per aspetti istituzionali grazie ai quali soltanto si giustifica una valutazione positiva del contempt power*”¹⁵¹.

Non mancano però riserve in tal senso.

¹⁵⁰ C. J. MILLER, *Contempt of court*, Oxford, 2000, p. 3: “Traditionally contempt of court has been divided into two categories according to whether the contempt is criminal or civil in nature. The distinction is time-honoured and of continuing importance, even though the immediate practical consequences which flow from it are now less important than formerly”.

¹⁵¹ S. CHIARLONI, *Misure*, cit., p. 239.

Una differenza importante tra ordinamenti di *common* e di *civil law* verte sul riconoscimento, nel primo caso, del principio dello *stare decisis*, che ha poi rilevanti conseguenze in tema di sistema e di gerarchia delle fonti.

Negli Stati Uniti il giudice, espressione diretta della società civile, è dotato di *contempt power* ed è quindi in grado di sanzionare i propri comandi anche in forza di una organizzazione del tutto estranea alle basi istituzionali tipiche dei Paesi di diritto continentale, ove i giudici appartengono invece a un apparato burocratico separato, gerarchico e fortemente centralizzato.

Punto di contatto tra la misura del *Contempt of Court* degli ordinamenti anglosassoni e il sistema italiano è rappresentato dal rimedio, non generale e quindi inestensibile analogicamente, *ex art. 28, c.4 della L. 300/70*¹⁵².

In tal senso però è necessario un accenno anche alla incisività e all'efficienza tipiche di questo strumento, inteso quale mezzo di coazione volto a garantire l'effettività della tutela giurisdizionale. Si è infatti rilevato che, specialmente a seguito della riforma del *Contempt of Court Act* del 1981, la durata massima della pena detentiva sia stata fissata in due anni (in precedenza invece protratta fino all'adempimento) e che debba comunque essere predeterminata da valutazioni operate dal giudice stesso.

Di conseguenza è anche possibile che il debitore inadempiente non avverta alcuna pressione intimidatoria grazie alla certezza *a priori* di aver successo, dopo un certo periodo di tempo, nella sua disobbedienza.

--- °°° ---

A partire quindi dalle considerazioni avanzate riguardo i rimedi approntati in diversi Paesi europei, si è giunti a confermare la evidente impossibilità di ottenere l'adempimento di obblighi infungibili mediante esecuzione forzata.

In materia di riconoscimento e di attuazione delle decisioni civili e commerciali in ambito europeo, l'art. 49 del regolamento CE n. 44/2001 del 22 dicembre 2000 dispone che le decisioni straniere comportanti una penalità divengano esecutive nel Paese membro richiesto solo ove la misura della sanzione sia stata definitivamente fissata dai giudici dello Stato europeo d'origine.

In riferimento al settore della tutela degli interessi collettivi dei consumatori, la direttiva **98/27/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 maggio 1998** ha precisato la disciplina di misure inibitorie a tutela dei suddetti interessi collettivi, già ammesse da una serie di direttive precedenti,

¹⁵² Art. 28, c.4 della L. 300/1970: "Il datore di lavoro che non ottempera al decreto, di cui al primo comma, o alla sentenza pronunciata nel giudizio di opposizione è punito ai sensi dell'articolo 650 del codice penale".

cercando di ovviare alle difficoltà emerse nelle ipotesi in cui gli effetti delle pratiche vietate avessero carattere transazionale, essendosi prodotti in uno Stato diverso da quello d'origine. *Ex art. 2, c.1 lett. c)* della direttiva 27 è stabilito che entro i limiti in cui l'ordinamento giuridico dello Stato membro interessato lo permetta, gli organi giurisdizionali o le autorità amministrative, competenti a deliberare su ricorsi o azioni proposti dagli enti legittimati e designati dagli Stati membri, possano condannare la parte soccombente che non abbia adempiuto nel termine fissato dalla decisione adottata, al versamento, presso il Tesoro pubblico o altro beneficiario, di un importo determinato per ogni giorno di ritardo oppure di qualsiasi altro importo previsto dalla legislazione nazionale al fine di garantire l'esecuzione delle decisioni.

Recependo la direttiva il legislatore italiano ha fissato tale indicazione nell'art. 140, c.7 del codice del consumo: infatti è stato così previsto che le somme introitate fossero assegnate a un fondo da istituire per finanziare iniziative a beneficio dei consumatori.

La tecnica delle *astreintes* è applicata anche in ambito europeo: un esempio in tal senso era all'art. 16 del Regolamento (in seguito abrogato dall'art. 43 del regolamento CE n. 1/2003) n. 17 del 6 febbraio 1962, in tema di violazione delle norme del Trattato sulla concorrenza nonché primo regolamento di applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato¹⁵³, secondo cui, in caso di infrazione delle regole della libera competizione, il giudice avrebbe potuto infliggere una penalità di mora per ogni giorno di ritardo nell'adempimento.

La funzione di tale penalità era coercire in via indiretta il soggetto obbligato, mancando invece del tutto uno scopo di tipo risarcitorio.

Quindi la tecnica dell'*astreinte* o di simili "pene private" non si è solo diffusa in numerosi ordinamenti nazionali ma ha poi permesso la introduzione di una "penale giudiziale" anche nei Principi UNIDROIT¹⁵⁴.

¹⁵³ Art. 16 del reg. n. 17/1962: "Penalità di mora: 1. La Commissione può, mediante decisione, infliggere alle imprese ed associazioni di imprese penalità di mora varianti da cinquanta a mille unità di conto per ogni giorno di ritardo a decorrere dalla data fissata nella decisione, al fine di costringerle:

- a) a porre fine ad un'infrazione alle disposizioni dell'articolo 85 o dell'articolo 86 del Trattato conformemente ad una decisione presa in applicazione dell'articolo 3 del presente regolamento,
- b) a porre fine ad ogni azione vietata in virtù dell'articolo 8, paragrafo 3,
- c) a fornire in maniera completa ed esatta un'informazione richiesta mediante decisione presa ai sensi dell'articolo 11, paragrafo 5,
- d) a sottoporsi ad un accertamento che essa ha ordinato mediante decisione presa ai sensi dell'articolo 14, paragrafo 3.

2. Quando le imprese o associazioni d'impresa hanno adempiuto all'obbligo, per costringerle all'osservanza del quale era stata inflitta la penalità di mora, la Commissione può fissare l'ammontare definitivo di questa in una misura inferiore a quella che risulterebbe dalla decisione originaria.

3. Sono applicabili le disposizioni dell'articolo 10, paragrafi 3, 4, 5 e 6".

¹⁵⁴ Art. 7.2.4 dei Principi UNIDROIT: "(Penale giudiziale): (1) Se il giudice ordina l'adempimento alla parte inadempiente, può altresì statuire che quest'ultima paghi una penale in caso di inottemperanza a tale ordine.

Premesso ciò, è ancora più da sottolineare come in Italia, fino a epoca recente, non esistesse un sistema generale di misure coercitive ma fossero invece previste, soltanto sporadicamente, determinate misure sanzionatorie, di carattere civile o penale, per singole ipotesi indicate *ex lege* e non suscettibili di applicazione analogica nel diritto codificato.

Il dibattito attorno alla possibilità di introdurre anche nel nostro ordinamento un sistema generale di misure coercitive ha ripreso vigore, come già accennato, in modo particolare negli Anni '70, momento in cui è stata avvertita con maggior forza la indispensabilità di colmare un grave vuoto di tutela con riferimento soprattutto ai diritti infungibili a contenuto e/o funzione non patrimoniale, in genere fondati su valori e interessi costituzionali fondamentali.

Il legislatore nazionale, nel 2009, ha quindi colmato il vuoto di tutela indicato, sia pure parzialmente, tramite l'introduzione nel Libro III, Titolo IV, della disposizione di cui all'art. 614 *bis* c.p.c.

3. La riforma del processo civile italiano con specifico e puntuale riferimento al nuovo art. 614 *bis*.

Tra i più recenti contributi in tema di *astreintes* è da segnalare in primo luogo la introduzione del comma 5 *bis* nell'art. 3 della Legge 30 luglio 1998, n. 281, su "Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti", a opera dell'art. 11 della Legge 20 febbraio 2002, n. 39, relativa all'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee¹⁵⁵.

Le critiche della dottrina si focalizzarono specialmente sull'effettività di una simile tutela per il fatto che le associazioni di consumatori sarebbero state il soggetto attore in giudizio e che l'Erario dello Stato avrebbe beneficiato del pagamento della sanzione, eliminando così il carattere di "pena privata" per la misura in esame ma al contempo conservando la natura di "forma di pressione" all'adempimento volontario.

(2) La penale dovrà essere pagata al creditore a meno che le disposizioni imperative della legge del foro non dispongano altrimenti. Il pagamento della penale al creditore non esclude il diritto al risarcimento del danno".

¹⁵⁵ Art. 3, c. 5 *bis*, Legge 30 luglio 1998, n. 281, modificata dopo il 2002: "In caso di inadempimento degli obblighi stabiliti dal provvedimento reso nel giudizio di cui al comma 1, ovvero previsti dal verbale di conciliazione di cui al comma 4, il giudice, anche su domanda dell'associazione che ha agito in giudizio, dispone il pagamento di una somma di denaro da 516 euro a 1.032 euro, per ogni giorno di ritardo rapportato alla gravità del fatto. Tale somma e' versata all'entrata del bilancio dello Stato per essere riassegnata con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze al Fondo da istituire nell'ambito di apposita unità previsionale di base dello stato di previsione del Ministero delle attività produttive, per finanziare iniziative a vantaggio dei consumatori".

In seguito l'art. 2, c.2 della Legge 8 febbraio 2006, n. 54, in materia di separazione dei genitori e di affidamento condiviso dei figli, inserì nel c.p.c. l'art. 709 *ter*, secondo cui, in caso di gravi inadempienze oppure di atti pregiudizievoli per il minore o comportanti difficoltà a un corretto svolgimento delle modalità di affidamento, il giudice adito può, in aggiunta e anche d'ufficio, condannare il genitore inadempiente al pagamento nella cassa delle ammende di una sanzione amministrativa pecuniaria compresa tra i 75 e i 5.000 euro.

In tal caso però è la medesima lettera della norma a qualificare tale misura come “*sanzione amministrativa pecuniaria*”, il cui ammontare tra l'altro non risulta costruito progressivamente né devoluto al creditore della obbligazione inadempita.

In applicazione dell'art. 49, c.1 della L. 69/09 è stato introdotto nel codice di rito italiano l'art. 614 *bis* e si è quindi prevista la generalizzazione di una misura coercitiva a contenuto pecuniario applicabile laddove il provvedimento di condanna del giudice si riferisca a obblighi di fare infungibili o di non fare, sia pure con alcune significative eccezioni di dubbia legittimità costituzionale¹⁵⁶.

La nuova norma è stata collocata all'interno del Titolo IV del Libro III del codice di rito, intitolato “*Dell'esecuzione forzata di obblighi di fare e di non fare*”, pur qualificando competente alla concessione della misura coercitiva il giudice della cognizione.

F. LUISO ha proprio per questo affermato l'errore sistematico del legislatore nell'individuare come oggetto dell'esecuzione non il diritto sostanziale da tutelare bensì il provvedimento¹⁵⁷.

Ne sono scaturiti alcuni delicati problemi di coordinamento e l'esclusione dalla tutela esecutiva indiretta dei titoli esecutivi differenti dai “provvedimenti di condanna” (specialmente se resi in sede stragiudiziale).

L'ambito applicativo di tale norma non si riferisce a un settore specifico dell'ordinamento ma alla “attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare”, genericamente indicati: nonostante questa constatazione, alcuni Autori¹⁵⁸ ritengono sia eccessivo attribuire carattere generale alla misura ivi prevista, non dovendosi estendere al di là delle ipotesi espressamente considerate e quindi non in riferimento agli obblighi propri del Titolo IV e alla rubrica dell'articolo medesimo¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Di ausilio alla comprensione del tema relativo alla “infungibilità” di un obbligo v. la decisione delle Sezioni Unite del 5 ottobre 2007 n. 36692, tramite cui il Collegio si è interrogato sull'esatto ambito applicativo dell'art. 388 c.p.; in riferimento all'utilizzo dell'art. 614 *bis* in giurisprudenza, v. Trib. Varese, Sez. I, ord. 16 febbraio 2011.

¹⁵⁷ F. LUISO, *Diritto processuale civile*, III, *Il processo esecutivo*, Milano, 2009, p. 235.

¹⁵⁸ V., tra gli altri, A. LOMBARDI, *Le modifiche apportate dalla l. n. 69 del 18 giugno 2009 in materia di processo di esecuzione*, in *Giur. merito*, 2009, II, p. 2086.

¹⁵⁹ Tuttavia, in giurisprudenza, è stata avanzata la tesi contraria secondo cui l'art. 614 *bis* c.p.c. troverebbe applicazione a qualunque sentenza di condanna. V. Trib. Terni, 6 agosto 2009 (ord.): “Trattasi di una misura coercitiva pecuniaria per rendere effettiva l'esecuzione. L'introduzione dell'art. 614 *bis* cpc ha come scopo

La possibilità di impiegare la norma in esame si rivolgerà alle prescrizioni di *non facere* giudizialmente statuite e, in generale, a obblighi incoercibili del tutto o solo parzialmente a causa dell'esistenza di una quota di infungibilità della prestazione; non così, invece, per eseguire pronunce di condanna pecuniaria.

La eventuale sovrapposizione di tali ipotesi con quelle singolarmente e già da tempo previste dall'ordinamento italiano¹⁶⁰, provoca la questione relativa al concorso tra misure, che, tuttavia, sembra trovare soluzione nella prevalenza delle norme di settore in base al principio *lex specialis derogat legi generali*.

I legislatori di alcuni importanti ordinamenti europei si sono espressi diversamente: ad esempio in Germania il par. 888 c.2 della Z.P.O. dispone che le misure coercitive pecuniarie non possano accompagnare condanne riguardanti la vita matrimoniale nè condanne a prestazioni di lavoro intese in senso generale.

La lacuna presente nell'ordinamento italiano fino alla recente novella del 2009 era stata più volte sottolineata dalla dottrina, soprattutto con riguardo all'effettività di una tutela giurisdizionale che, garantendo al creditore soltanto l'equivalente monetario del diritto violato, avrebbe posto in crisi il principio di priorità dell'esatto adempimento. Grazie a tale criterio la tutela risarcitoria, qualificata come *extrema ratio* tra le possibili soluzioni del titolare del diritto, si rivela sostanzialmente inidonea ad assicurare l'attuazione della legge, soprattutto in settori dell'ordinamento ove le esigenze di tutela appaiono particolarmente forti per la rilevanza degli interessi coinvolti.

Si allude al settore dei rapporti di famiglia o di lavoro tra cittadini e Stato ma anche relativi alle libertà sindacali, in cui la previsione costituzionale dei valori è parallela all'emersione di situazioni di vantaggio nuove, a carattere individuale o sopra individuale.

A causa della impossibilità o della natura non del tutto soddisfattoria del risarcimento, le ordinarie forme di tutela risultano inadeguate.

Da tali situazioni promanano infatti posizioni soggettive che, avendo a oggetto una prestazione dal contenuto esclusivamente o prevalentemente non patrimoniale, poco si prestano, in caso di violazione, a essere convertite nel rispettivo equivalente pecuniario. Quest'ultimo risulta essere un

quello di rendere effettiva e sicura l'esecuzione degli obblighi di fare infungibile o di non fare (ma anche— a parere del giudicante—di tutte le sentenze di condanna o dei provvedimenti cautelari anticipatori della condanna, poiché la limitazione agli obblighi di fare o di non fare è contenuta solo nella rubrica dell'articolo e non anche nel corpo della norma) rispetto ai quali l'esecuzione tradizionale del codice di procedura civile italiana ha spesso avuto effetti deludenti”.

¹⁶⁰ Il riferimento è alle seguenti disposizioni: art. 163, c.2 della Legge 22 aprile 1941 n. 633, su “Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio”; art. 8, c.3 del Decreto Legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, su “Attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali”; artt. 124, comma 2 e 131, comma 2, del Decreto Legislativo 10 febbraio 2005, n. 30, su “Codice della proprietà industriale, a norma dell'articolo 15 della legge 12 dicembre 2002, n. 273”-

adeguato surrogato solo ove la prestazione abbia un contenuto integralmente riconducibile a un valore economico.

Sono stati sollevati diversi rilievi rispetto al nuovo articolo introdotto: uno tra questi attiene alla tecnica legislativa utilizzata.

La rubrica dell'art. 614 *bis* c.p.c. recita “Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare” mentre il testo della relativa disposizione compie un generico riferimento alla pronuncia di un “provvedimento di condanna”, senza specificare che l'applicazione della misura coercitiva presupponga un obbligo di fare infungibile o di non fare quale contenuto del provvedimento indicato.

La misura coercitiva in esame, la cui natura sembra tipica di una pronuncia “di rito” piuttosto che “di merito”¹⁶¹, rileva soprattutto per provvedimenti di condanna a prestazioni di “fare infungibile” o di “non fare”, non potendo comunque escludere il riferimento anche a provvedimenti di condanna alla “consegna” e al “rilascio” di beni mobili e immobili rispettivamente ¹⁶².

Non sembra chiaro il motivo che ha indotto il legislatore a non riprendere, nella formulazione della disposizione, il rinvio della rubrica a “obblighi di fare infungibile o di non fare”.

Di conseguenza sono sorti dubbi interpretativi sulla possibilità di attribuire maggior rilievo al testo della norma piuttosto che alla sua rubrica.

Il legislatore italiano non ha consentito di richiedere la revisione della sanzione, aprendo a pratiche difficoltà nell'applicazione della stessa, specialmente quando, per il mutamento delle circostanze, risulti iniquo l'utilizzo successivo della penalità di mora comminata al momento della condanna.

In base alla tesi estensiva che considera specificamente l'utilizzo da parte del legislatore della locuzione “provvedimento di condanna”, la misura può applicarsi non solo alle sentenze pronunciate in primo o in secondo grado ma anche ad altri provvedimenti di condanna a un *facere* infungibile o a un *non facere*. Si considerano soprattutto i provvedimenti cautelari¹⁶³, i

¹⁶¹ V. anche F. LUISO, *Diritto processuale civile*, III, *Il processo esecutivo*, Milano, 2009, p. 236.

¹⁶² Ed infatti, l'art. 25 lett. a) del disegno di legge delega predisposto dalla Commissione Tarzia, in *Riv. dir. proc.*, II, 1996, pp. 956-957, fra i “principi e criteri direttivi” prevedeva il riconoscimento del “potere del giudice, che accerta la violazione di un obbligo di fare o di non fare, eccettuati gli obblighi del lavoratore autonomo o subordinato, o di consegna o rilascio non derivante da contratto di locazione ad uso abitativo, di fissare una somma dovuta al creditore, oltre al risarcimento dei danni, per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione dell'obbligo inadempito, anche con decorrenza successiva alla sentenza ed anche con provvedimento successivo”.

¹⁶³ In linea con tale pensiero e quindi per la ammissibilità, V. C. MANDRIOLI e A. CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009, p. 97. Però E. VULLO, *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, Torino, 2001, pp. 246-247, ha ricordato come vi siano “autori i quali, all'indomani della riforma del 1990, hanno ritenuto che la discrezionalità riconosciuta al giudice nello stabilire le forme di esecuzione dei provvedimenti cautelari a contenuto non pecuniario, possa comportare in capo a costui il potere di determinare 'modalità attuative alternative attraverso forme di esecuzione indiretta imposte alla parte, come pene civili o *astreinte*'. Questa proposta interpretativa, tuttavia, è rimasta fortemente minoritaria, senza

provvedimenti interdittali di giudizi possessori, i decreti emessi *inaudita altera parte* ex art. 669 *sexies* c.2 c.p.c. e i provvedimenti presidenziali o dell'istruttore nei giudizi di separazione e divorzio.

Nel caso della esecuzione di un provvedimento a carattere endoprocessuale, come l'ordine di ispezione, si nega senza dubbio, per il fatto che l'applicazione debba seguire una condanna, che la sentenza possa essere irrogata a garanzia della sua attuazione.

Con tale misura non è possibile rafforzare l'attuazione di provvedimenti a contenuto processuale, specie se istruttori, in quanto mancherebbe il presupposto strutturale della condanna; medesimo ragionamento è possibile per il capo sulle spese, a fronte del contenuto meramente pecuniario dell'obbligazione ivi riconosciuta.

Quanto alla natura dell'atto idoneo a contenere la misura, si può senz'altro equiparare alla sentenza il lodo rituale di condanna omologato, previsto agli artt. 824 *bis* e 825 c.p.c.

L'uso del termine "*provvedimento*" però esclude dal campo di applicazione obblighi infungibili sanciti da un titolo esecutivo non giudiziale, quali i verbali di conciliazione stragiudiziali o gli atti pubblici.

E. MERLIN sostiene che, per la chiarezza letterale della norma e per precise ragioni sistematiche, non siano da includere anche le sentenze di mero accertamento o costitutive, pur se relative a obblighi infungibili. Di opinione differente appare invece C. CONSOLO¹⁶⁴.

L'introduzione dell'art. 614 *bis* aspira a rendere effettivo l'adempimento di obblighi di fare infungibile o di non fare rispetto ai quali i tradizionali strumenti codicistici dell'esecuzione forzata "diretta" si presentano inadeguati.

Sul modello delle *astreintes* francesi, la misura coercitiva in esame, da molti Autori ritenuta dotata di un carattere generalizzato, potrà essere inserita all'interno di un qualsiasi provvedimento di condanna all'adempimento di obblighi di fare infungibile o di non fare; del relativo ammontare versato beneficerà l'avente diritto che abbia richiesto il provvedimento di condanna (diversamente, quindi, dalle misure tedesche delle *Zwangsstrafen*).

Si è seguita l'esigenza di evitare che il creditore di un'obbligazione di fare infungibile o di non fare potesse, a causa del successivo comportamento inadempiente di controparte, promuovere un altro giudizio volto all'accertamento *ex post* della violazione.

raccogliere il consenso neanche di quella parte della dottrina che ha sempre manifestato un atteggiamento estremamente favorevole verso forme di esecuzione indiretta, vuoi reputandole già esistenti *de iure condito*, vuoi auspicandone fortemente l'introduzione nel nostro ordinamento *de lege ferenda*".

¹⁶⁴C. CONSOLO, *Una buona "novella" al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corr. Giur.*, Milanofiori Assago, 2009, 6, pp. 740 ss.

In capo al creditore non è previsto alcun onere di provare la violazione o la inosservanza dell'obbligo: egli dovrà solo affermarne, in modo preciso e puntuale, la sussistenza nell'ambito dell'atto di precetto. Nel caso di un obbligo di non fare è necessario allegare gli specifici episodi di violazione intervenuti; per gli obblighi di fare invece dovrebbe essere sufficiente la chiara affermazione del persistente inadempimento o della sola parziale o tardiva esecuzione.

Dato che gli obblighi di fare infungibili e di non fare sono insuscettibili di attuazione ai sensi degli artt. 612 ss. c.p.c., diversamente da quanto prevede il modello francese, non è possibile che misura coercitiva ed esecuzione forzata si cumulino, sia pure limitatamente all'applicabilità provvisoria della sanzione per ottenere una coattiva attuazione dell'obbligo o la irrogazione della stessa in senso proporzionale al relativo ritardo.

Proprio a quest'ultimo riferimento sono state sollevate in dottrina alcune perplessità: non è infatti previsto alcun criterio cronologico cui ancorare l'inadempienza del debitore.

La soluzione potrebbe essere ottenuta tramite la previsione, nel provvedimento giurisdizionale che concede la misura, del termine entro cui il debitore obbligato potrebbe evitarne l'applicazione e dell'importo dovuto per ciascuna unità di tempo del protratto inadempimento.

Ulteriore difficoltà potrebbe sorgere per il caso di inadempimento delle obbligazioni di fare, ove il debitore abbia tenuto una condotta elusiva, pretendendo di aver eseguito la prestazione senza però soddisfare l'interesse del creditore.

La pronuncia della misura coercitiva è espressamente subordinata a una istanza presentata in tal senso dalla parte interessata, prescindendo da stato e grado del procedimento e finalizzata all'inserimento di un elemento accessorio alla pronuncia di condanna.

*“L'eventuale quantificazione ad opera dell'istante della somma, unica o progressiva, al pagamento della quale si chiede che controparte venga condannato, in caso di inadempimento o ritardato adempimento dell'obbligazione principale, non importa modificazione del valore della causa ai fini della determinazione della competenza ex artt. 7 ss. c.p.c.”*¹⁶⁵. Data la mancata previsione di limiti di valore, la sanzione pecuniaria inserita e quantificata potrà essere comminata anche dal giudice di pace, limitatamente alla sua propria competenza per valore.

Qualora il creditore abbia già intrapreso le attività prodromiche all'esecuzione forzata o abbia concretamente iniziato l'esecuzione, la sua controparte eventualmente opererà in giudizio tramite opposizione a precetto o all'esecuzione, rispettivamente ai sensi dei commi 1 e 2 dell'art. 615 c.p.c. Rileva sottolineare come tale misura non possa essere pronunciata d'ufficio dal giudice.

¹⁶⁵ A. LOMBARDI, *Le modifiche apportate dalla l. n. 69 del 18 giugno 2009 in materia di processo di esecuzione*, in *Giur. merito*, 2009, II, p. 2086.

Le linee emerse definiscono due soluzioni differenti sui termini di presentazione della domanda di adozione di misure coercitive: da un lato l'istanza di parte, prevedendo la pronuncia di una misura che si aggiunga al provvedimento di condanna principale, dovrebbe essere avanzata in un momento antecedente all'emanazione di quest'ultimo e nel rispetto delle preclusioni previste dalla disciplina del processo relativa alla pronuncia del provvedimento di condanna¹⁶⁶.

Dall'altro lato, invece, ritenendo che il richiedente miri a ottenere un mezzo affinché la prestazione dedotta in giudizio sia adempiuta in forma specifica e non invece per introdurre circostanze nuove in giudizio, la domanda, mera conseguenza della domanda originariamente proposta, non dovrebbe sottoporsi alle preclusioni di cui all'art. 183 c.p.c. e quindi non sarebbe inammissibile *mutatio libelli*.

A fronte della stretta correlazione prevista attualmente nell'ordinamento italiano tra “provvedimento di condanna” e misura coercitiva, non sembrerebbe possibile pervenire a quest'ultima in via autonoma, successivamente all'emanazione del provvedimento principale¹⁶⁷. In tal senso dispone infatti la lettera della norma in esame, nel suo comma 1: “*Con il provvedimento di condanna 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 (...)*”. Malgrado riflessioni contrarie non si è ritenuto configurabile il caso in cui il giudice adito ignori la richiesta del creditore interessato al provvedimento di condanna.

Dalla costruzione stessa della norma, che appunto ricollega la pronuncia di una sanzione coercitiva alla previa emanazione di un “*provvedimento di condanna*”, è stato opportunamente rilevato che la naturale *sedes materiae* della misura pecuniaria sia il *corpus* di norme relativo alla decisione della causa¹⁶⁸.

Il legislatore italiano, a differenza di quello francese, prescrivendo “*Con il provvedimento di condanna*”, imporrebbe quindi un rapporto di contestualità tra il provvedimento di condanna a un *facere* infungibile e la emanazione della misura coercitiva indiretta.

Di conseguenza, proprio alla luce del suddetto dato testuale, non sembra ammissibile che la richiesta del creditore si rivolga al medesimo giudice competente per il provvedimento di condanna in modo non tempestivo, oltre i confini della fase cognitiva, oppure, e a maggior ragione, al giudice dell'esecuzione.

¹⁶⁶ In ciò si riscontra una differenza rispetto al modello francese.

¹⁶⁷ Così era invece previsto all'art. 25 del disegno di legge delega predisposto dalla Commissione Tarzia e, precedentemente, lo stesso Progetto Carnelutti del 1926, il cui art. 667, u.c. recitava: “Tale condanna può essere pronunciata con la sentenza, che accerta l'obbligo, o con altra successiva”.

¹⁶⁸ Così E. F. RICCI, *Ancora novità (non tutte importanti, non tutte pregevoli) sul processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, pp. 1359 ss., spec. p. 1363; nello stesso senso anche C. PUNZI, *Novità legislative e ulteriori proposte di riforma in materia di processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, pp. 1189 ss., spec. p. 1203.

Tuttavia tale scelta è apparsa criticabile. Alcuni Autori avrebbero giudicato corretto e maggiormente opportuno, infatti, proprio per la particolare natura delle obbligazioni di fare infungibile o di non fare, che il beneficiario della condanna potesse ricorrere allo stesso giudice della cognizione anche successivamente alla emanazione del provvedimento di condanna e solo allora ottenere la pronuncia relativa alla misura coercitiva pecuniaria.

In dottrina è stata infatti prospettata la tesi per cui la domanda possa essere avanzata anche in un successivo e separato giudizio, consentendo agli interessati di avvalersi della misura coercitiva per situazioni giuridiche ormai dedotte in giudizio, instaurando un nuovo processo e ottenendo che i provvedimenti emessi al termine di giudizi instaurati prima dell'entrata in vigore dell'art. 614 *bis* c.p.c. siano comunque provvisti di sanzione.

Problematica è quindi stata la attribuzione al solo giudice della cognizione del potere *ex art. 614 bis* c.p.c.: il suddetto giudice deve convincersi di essere in presenza di obblighi infungibili, rigettando invece la richiesta del creditore ove ritenga il contrario.

In proposito è importante anche comprendere se tale “accertamento” sia o meno vincolante: in altri termini, è necessario domandarsi chi stabilisca in via definitiva se si tratti effettivamente di obblighi da dotare di misura coercitiva o di obblighi che invece ammettano i meccanismi *ex artt. 612 ss. c.p.c.*

A fronte dell'intervenuta valutazione sulla “infungibilità” dell'obbligo, occorrerebbe domandarsi se tale primaria attività giurisdizionale possa essere contestata.

Ex art. 33 della Legge francese 650/91 è previsto che il giudice competente per l'esecuzione eventualmente stabilisca l'*astreinte* per una decisione anche resa da altro giudice e ove lo richiedano le circostanze.

Alcuni Autori hanno infatti ritenuto che, grazie all'intervento del legislatore, la misura coercitiva pecuniaria possa rientrare nella sede sua propria, quella esecutiva.

E' inoltre stato affermato che, nonostante la lettera della norma, il legislatore italiano avesse intuito lo stretto collegamento tra l'art. 614 *bis* e il Libro III del c.p.c., appunto intitolato “Del processo di esecuzione”, disponendone di conseguenza l'attuale precisa collocazione.

La contraddizione deriva però dalla previsione che la misura in esame debba essere disposta esclusivamente all'interno della sentenza emanata da parte del giudice della cognizione.

Sembra comunque corretto aver stabilito sia quest'ultima autorità giurisdizionale a dotare il provvedimento di condanna della misura coercitiva *ex art. 614 bis* c.p.c. poiché, come già rilevato, è essa ha funzione di tipo preventivo.

A tal proposito riteniamo di poter richiamare il contenuto della disposizione di cui all'art. 1353 c.c., secondo cui “*Le parti possono subordinare l'efficacia o la risoluzione del contratto o di un singolo*

patto a un avvenimento futuro e incerto". Ancora una volta si ribadisce dunque lo stretto collegamento tra disciplina sostanziale e disciplina processuale, sia pure speculandolo da una ben determinata prospettiva.

E' possibile costruire la misura coercitiva nel modo in cui opera la "condanna condizionale"¹⁶⁹: all'eseguità della condanna si perviene al verificarsi di una determinata condizione¹⁷⁰.

Nonostante quanto premesso, è bene sottolineare come C. CALVOSA, tra gli altri, abbia invece rifiutato l'idea che una sentenza di condanna potesse contenere una determinazione accessoria e che quindi, almeno teoricamente, fosse ammissibile una condanna condizionale¹⁷¹.

Un eventuale accostamento è riscontrabile tra la pronuncia di cui all'art. 614 *bis* e la condizione sospensiva: l'efficacia della stessa dipenderà dal verificarsi in concreto dell'inadempimento o anche solo in mancanza di tempestivo adempimento.

Si deve anche parimenti ricordare però come la "condizione" codicistica sia un meccanismo di autonomia privata e quindi, propriamente, uno strumento di libertà contrattuale. La predisposizione della sanzione di cui all'art. 614 *bis* c.p.c. scaturisce invece da una istanza del creditore in tal senso, accolta dal giudice, senza alcun previo accordo con il debitore.

Di conseguenza, seguendo una simile ricostruzione, la sanzione pecuniaria in esame rimane inefficace fino al concretizzarsi del fatto condizionante¹⁷².

Attraverso siffatta previsione il rischio di inadempimento o di ritardo nell'attuazione della prestazione attesa dovrebbe essere neutralizzato.

Dalle precedenti considerazioni si deduce che non sarebbe stato rispettoso della sottolineata *ratio* legislativa prevedere la facoltà di disporre la misura in capo al giudice dell'esecuzione o rendere

¹⁶⁹ V. C. CALVOSA, *La sentenza condizionale*, Roma, 1948, p. 35, il quale, riportando il pensiero di G. VASSALLI, scrive: "...nel caso, infatti, in cui all'accertamento (oggettivamente) condizionato segue la condanna, il V., dopo aver rilevato che sentenze di condanna per pretese condizionali non possono emettersi se non nei casi espressamente previsti dalla legge e quando il costante uso del foro lo abbia consentito, osserva che talora la condanna è condizionata da quello stesso elemento che costituisce condizione del rapporto giuridico sostanziale, dedotto in giudizio, mentre, altra volta, il rapporto giuridico è puro ed è invece la legge che impone al giudice di condizionare la condanna o gliene lascia comunque la facoltà. In questa seconda fattispecie la condizionalità avrebbe riferimento direttamente ed esclusivamente alla condanna mentre al contrario l'accertamento sarebbe essenzialmente puro, come era puro il rapporto giuridico oggetto del giudizio. Il ragionamento, *prima facie*, potrebbe apparire convincente ed anzi la sua suggestività indusse lo stesso Carnelutti a riconoscere che, nell'ipotesi in cui la legge rimette al giudice, quanto meno per ciò che concerne la determinazione, di subordinare o meno la condanna alla prestazione di una cauzione, si ha la vera condanna condizionale, in quanto la condizionalità dell'obbligo sorge dalla volontà del giudice e quindi dalla sentenza e non già dalla legge".

¹⁷⁰ V. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2009, p. 79 (nota 50): "La Cassazione ritiene che il criterio dell'economia dei giudizi consenta questa condanna condizionale, purchè non si richieda poi altra indagine da quella della verifica dell'evento dedotto a condizione".

¹⁷¹ C. CALVOSA, *La sentenza condizionale*, cit., pp. 88 ss.

¹⁷² V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, pp. 605 ss.

eventualmente possibile la instaurazione di un procedimento *ad hoc*, successivo alla fase di cognizione.

L'applicazione dell'istituto previsto dalla nuova disposizione compete al giudice della cognizione in quanto autorità dotata della migliore posizione per valutare il "se" e il "quanto" della sanzione, in base agli elementi indicati dallo stesso art. 614 *bis* c.p.c.

Di "inadempimento" non può parlarsi riguardo alle sentenze costitutive cosiddette necessarie; diversamente invece per le sole sentenze costitutive "non necessarie".

A tal fine non sarebbe ammissibile riqualificare *"la tutela costitutiva nei termini di una forma specifica di condanna in senso lato, pur ammettendosi con la miglior dottrina che le sentenze costitutive hanno in sé il carattere dell'essere self-executing: invero, oltre alla collocazione sistematica della norma, vi è soprattutto la considerazione che per queste situazioni la misura coercitiva è esclusa dal potere del giudice di intervenire direttamente, modificandolo o attuandolo, sul rapporto sostanziale, sicchè verrebbe meno ogni funzione comminatoria, risolvendosi il tutto in un giudiziale aggravamento del risarcimento del danno; il che sembra essere contrastante con la funzione della norma, oltre che con la sua lettera"*¹⁷³.

Forse alcuni dubbi può suscitare il previsto allargamento dell'ambito dei poteri attribuiti al giudice della cognizione, sia pure configurandolo "necessario" in accoglimento della tesi che riscontri in tale autorità l'unica competente a pronunciarsi sulla nuova sanzione coercitiva.

Partendo dalla fisiologica ma ormai anche patologica lentezza tipica del giudizio civile, la previsione in argomento, richiedendo una valutazione giudiziale inerente non solo al carattere di "infungibilità" della prestazione richiesta perché inadempita ma anche al *quantum* della stessa, rallenterebbe ulteriormente i meccanismi processuali, aggravandoli.

E' però evidente che solo l'esperienza giurisprudenziale potrà, in futuro, dar risposta al quesito e alla conseguente preoccupazione in tale sede sollevatasi.

Il comma 1 del nuovo art. 614 *bis* c.p.c. subordina espressamente la concessione della misura coercitiva pecuniaria alla valutazione del giudice affinché non si riveli "manifestamente" iniqua per la parte destinataria della stessa.

L'inserimento di tale "clausola di salvezza", dal carattere indubbiamente innovativo, in quanto non trova riscontro in altre norme del codice di rito, è stata dettata dall'ampiezza del campo di applicazione della misura e dalla sua caratteristica struttura anticipatoria o preventiva.

In linea generale, come già si è detto, il giudice adito avrà facoltà di rifiutare la richiesta ai sensi dell'art. 614 *bis* c.p.c. probabilmente ove, in base a una valutazione prognostica e prudenziale, il

¹⁷³ A. CHIZZINI, *Dell'esecuzione forzata degli obblighi di fare o di non fare*, in *La riforma della giustizia civile*, in (a cura di) G. Balena, R. Caponi, A. Chizzini, S. Merchini, *La riforma della giustizia civile*, Torino, 2009, p. 145.

destinatario dell'ordine giudiziale infungibile di *facere* o di *non facere* risulti in condizioni inidonee a ottemperarvi per causa a lui non imputabile.

Non sono chiari i contorni del significato della locuzione “*manifestamente iniquo*” né i criteri per individuare l'eventuale manifesta iniquità della misura: “*..l'iniquità differisce sostanzialmente dalla illegittimità, comportando una valutazione per così dire non strettamente giuridica di non corrispondenza della misura astratta alle caratteristiche effettive del caso concreto: infatti, se si trattasse di illegittimità, neppure la condanna alla prestazione principale potrebbe essere pronunciata e non vi sarebbe spazio per quella accessoria*”¹⁷⁴.

Quanto all'efficacia della misura coercitiva pecuniaria, il nuovo art. 614 *bis* c.p.c. specifica nel suo comma 1 che “*Il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza*”.

Tale previsione, inserita solo nel corso dei lavori parlamentari e quindi non presente nell'originario testo del disegno di legge, appare ultronea laddove la misura coercitiva accompagni la pronuncia di una sentenza di condanna o di un provvedimento diverso, comunque provvisto di efficacia esecutiva, data infatti la sua estensione anche agli elementi accessori della condanna. Diversamente, essa assume particolare rilevanza se associata alla pronuncia di un provvedimento d'urgenza (o in generale di tipo cautelare) o comunque a un provvedimento di condanna non autonomamente dotato di efficacia esecutiva.

Da quanto premesso segue anche che, nel caso di un provvedimento cautelare, la misura coercitiva, quale “titolo esecutivo”, potrebbe essere eseguita con modalità e attraverso un giudice diversi da quelli previsti per l'attuazione dei provvedimenti cautelari *ex art. 669 duodecies* c.p.c.¹⁷⁵

Nell'individuazione dei criteri da porre a base della liquidazione della somma dovuta, sembra esservi stato un ulteriore allontanamento dal modello francese, disponendo, all'ultimo comma dell'art. 614 *bis* c.p.c., che debba tenersi conto “*del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile*”, non in prospettiva risarcitoria alla tutela in oggetto ma per la individuazione in concreto del contenuto patrimoniale della misura coercitiva disposta.

¹⁷⁴ F. DE STEFANO, *Note a prima lettura della riforma del 2009 delle norme sul processo esecutivo ed in particolare dell'art. 614-bis c.p.c.*, in *Riv. es. forz.*, 2009, p. 531.

¹⁷⁵ Il C.S.M., nel parere reso il 30 settembre 2008 sulle disposizioni in materia di riforma del codice di procedura civile, contenute nel disegno di legge n. 1441 *bis* concernente disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e perequazione tributaria, presentato alla Camera dei deputati e approvato in prima lettura il 2 ottobre 2008, aveva osservato che “la previsione secondo la quale il provvedimento non costituisce titolo esecutivo per la riscossione delle somme elide tuttavia gran parte delle potenzialità di accelerata risoluzione delle controversie connesse alla violazione degli obblighi in questione”.

Il legislatore italiano ha dunque in tal senso lasciato ampia discrezionalità al giudice¹⁷⁶, indicandone solo i parametri di riferimento, anche se la suddetta scelta non è apparsa del tutto coerente con la *ratio* della nuova misura coercitiva, la quale, per funzionare, deve eliminare l'interesse dell'obbligato all'inadempimento e spingerlo all'adempimento spontaneo.

A questo proposito si può anche rilevare da ultimo che, a fronte di un simile potere discrezionale ricognitivo dei criteri predeterminati dal legislatore, il giudice debba considerare anche “*ogni altra circostanza utile*”.

Ovviamente si tratta di un potere-dovere volto ad adeguare la misura coercitiva rispetto allo scopo da conseguire, ossia all'adempimento spontaneo dell'obbligo di fare infungibile o di non fare¹⁷⁷. La relativa entità può essere determinata diversamente tramite la sentenza che definisce il procedimento di merito.

¹⁷⁶ Invece v. art. 4.174, 2 comma, del Progetto di A. PROTO PISANI (Per un nuovo codice), ove si prevede che “La pena pecuniaria è commisurata all'entità necessaria a indurre l'obbligato all'esecuzione spontanea. Essa, per ogni giorno di violazione, non può essere inferiore a cento euro e superiore a centomila euro”.

¹⁷⁷ Secondo V. CARBONE, nella Relazione sull'amministrazione della Giustizia nell'anno 2009 del Primo Presidente della Corte di Cassazione: “La disciplina introdotta solleva qualche perplessità, per i seguenti aspetti: 1. Si prevede che le misure coercitive siano disposte (su istanza di parte) e determinate nel loro ammontare dal Giudice della cognizione al momento della emanazione del provvedimento di condanna e non dal Giudice dell'esecuzione dopo la notifica del titolo esecutivo e del precetto, come sarebbe stato più opportuno al fine di adeguare meglio l'entità della misura coercitiva al grado e alla qualità dell'inadempimento in atto” e come tipico in Francia. Il sistema che ne deriva appesantisce non poco l'attività del giudice del merito, il quale valuterà i presupposti per la concessione della misura certamente tenendo conto della decisione da lui stesso emessa.

2. Anziché disporre in via generale che le misure coercitive non possano essere disposte allo scopo di assicurare l'attuazione di obblighi consistenti in prestazioni di lavoro autonomo o subordinato (e ciò a garanzia del valore della libertà personale), si attribuisce al Giudice un incontrollabile potere discrezionale di escludere la misura coercitiva quando ‘ciò sia manifestamente iniquo’.

3. Si elude il problema grave, già postosi e poi risolto in Francia, relativo al se le somme dovute a titolo di misura coercitiva si sommino o no con quelle dovute a titolo di risarcimento del danno. Sicuramente la domanda di applicazione delle misure coercitive è cumulabile con quella per il risarcimento del danno derivato dalle violazioni già compiute in passato. I problemi riguardano invece i rapporti di cumulo da parte del creditore nel giudizio di merito della domanda di misure coercitive e di risarcimento del danno per equivalente in riferimento alle violazioni future”.

4. Si afferma che il provvedimento di condanna ‘costituisce titolo esecutivo’ per il pagamento delle somme dovute a titolo di misura coercitiva ‘per ogni violazione o inosservanza’, prima che sia anche solo possibile prevedere se la violazione o la inosservanza vi sarà. Si elude cioè la necessità che il titolo esecutivo offra certezza quanto meno sull'esistenza del fatto costitutivo del credito.

5. Infine, si esclude l'applicabilità della disposizione ‘alle controversie di lavoro subordinato (o parasubordinato) pubblico e privato’. Non si comprende perché gli obblighi infungibili del datore di lavoro pubblico o privato debbano godere di una simile esenzione: si consideri in senso contrario quanto previsto dal giudizio di ottemperanza e dall'ultimo comma dell'art. 18 l. 300/70.

L'art. 614 bis non ha possibilità di operare in caso di inadempimento di un obbligo di rilasciare una dichiarazione di volontà (tipico è l'inadempimento di un contratto preliminare). In queste ipotesi, infatti, si è alla presenza di una obbligazione fungibile surrogabile tramite un provvedimento (a struttura cognitiva ma a funzione esecutiva) del Giudice che produce esso stesso gli effetti (giuridici) della dichiarazione di volontà non resa spontaneamente (v. per tutti, l'art. 2932 c.c.)”.

Riguardo al valore della controversia e al danno quantificato o prevedibile, si può affermare siano valutazioni demandate a un tipo di discrezionalità “tecnica” del giudice, sindacabili anche in sede di legittimità.

Il legislatore ha deciso di non limitare in una troppo ristretta cornice edittale l’azione del giudice in relazione all’entità della sanzione pecuniaria (soluzione peraltro di fatto impraticabile a causa della potenziale atipicità delle situazioni sostanziali coinvolte) e di connettere la misura coercitiva ai valori patrimoniali sempre dedotti nell’obbligazione, invece allontanandosi dalla disciplina dei *punitive damages* tipici dell’esperienza dei Paesi anglosassoni (specificamente americani).

Il riferimento soggettivo alle condizioni personali e patrimoniali delle parti, presente nel testo originario del disegno di legge, è stato soppresso durante l’esame al Senato, con la conseguenza di impedire che si considerassero, ai fini della liquidazione, il comportamento del debitore e la rilevanza (anche non patrimoniale) degli interessi coinvolti. Ciò non esclude affatto che il giudice possa comunque dar rilevanza anche a tali condizioni.

L’importanza invece dei soli elementi di tipo oggettivo, con riguardo a una valutazione economica della prestazione dell’obbligazione, esalta il collegamento con l’area del risarcimento del danno, dalla quale, invece, l’elaborazione dottrinale e giurisprudenziale del modello francese si era distaccata per accogliere una tendenza maggiormente sanzionatoria.

Dato che l’efficacia esecutiva della misura coercitiva è subordinata al verificarsi dell’inadempimento dell’obbligazione principale e dunque da configurarsi come “condanna in futuro”, si deve pure ammettere, secondo le regole generali e nonostante la mancanza di un’esplicita previsione dell’art. 614 *bis*, la possibilità che il debitore contesti il preteso suo inadempimento o che invece affermi la impossibilità di realizzare la prestazione dovuta per causa a lui non imputabile, tramite opposizione all’esecuzione.

Nel caso di impiego dello strumento di cui all’art. 615 c.p.c. sembra però che il criterio avallato anche dalle SS.UU della Corte di Cassazione¹⁷⁸, per cui l’onere della prova grava sempre sull’obbligato, non possa essere utilizzato a causa della particolarità dell’oggetto del processo, costituito da obblighi sostanziali con funzione processuale di esecuzione indiretta e non necessariamente legato all’ambito contrattuale.

Parimenti, il debitore dovrebbe essere dotato della possibilità di contestare la valutazione compiuta dal giudice sui presupposti esistenti per pronunciare la misura coercitiva quando risulti connessa a un provvedimento di condanna cui in alcun modo si potrà reagire tramite rimedi di tipo impugnatorio.

¹⁷⁸ Cass., Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533.

Ulteriore peculiarità prevista in capo all'art. 614 *bis* deriva dall'espressa esclusione dello stesso nel caso si verificano alcune particolari controversie.

Considerando il riferimento situato nell'ultima parte del c.1 della norma, il legislatore ha evidentemente voluto favorire talune tipologie di debitori di obblighi di fare infungibile o di non fare, come i datori di lavoro nell'ambito dei rapporti di lavoro subordinato (pubblico e privato) e di collaborazione coordinata e continuativa.

Tale precisazione, in parte corrispondente alla tesi sostenuta da CHIARLONI negli Anni '80¹⁷⁹ e inserita al momento dell'esame alla Camera dei deputati del disegno di legge, sembra tentare di evitare che, prevedendo la sanzione coercitiva, si introducano in simili specifici settori misure analoghe a quelle previste dalla tormentata L. 300/70, da tempo al centro di un acceso dibattito in sede politica e sindacale¹⁸⁰.

Proprio in ambito giuslavoristico la misura coercitiva pecuniaria nei confronti dei datori di lavoro ha statisticamente assunto notevole importanza¹⁸¹.

Numerose sono state le critiche rivolte a tale esclusione: potrebbe giustificarsi attraverso una valutazione *ex ante* del carattere personalissimo delle prestazioni che formano generalmente l'oggetto di tali controversie, in quanto tali sottratte a ogni forma di coercizione.

A causa della impossibilità di applicare la nuova norma a qualunque tipologia di obbligazione derivante dai rapporti in oggetto, è condivisibile la lettura restrittiva proposta da una parte della dottrina, conformemente a Costituzione. Di conseguenza, la limitazione sarebbe da circoscrivere alle controversie relative a prestazioni di lavoro subordinato pubblico o privato e anche a prestazioni di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409.

Non se ne rinviene facilmente una *ratio* giustificatrice di ordine logico-giuridico o sistematico, tanto più che l'esclusione in esame potrebbe essere in contrasto con il testo della Carta fondamentale, quanto all'art. 3 sui principi di uguaglianza e di ragionevolezza. Più probabile appare una motivazione di carattere contingente, legata a ragioni di opportunità e seguita dall'Esecutivo del periodo di emanazione della L. 69/09, che non intendeva ostacolare lo sviluppo di un mercato del lavoro sostanzialmente flessibile.

¹⁷⁹ V. S. CHIARLONI, *Misure coercitive*, cit.

¹⁸⁰ V. parere del CSM 30 settembre 2008 sul d.d.l. 1441 *bis*: "la disposizione non si applica nelle cause di lavoro, con una ingiustificata esclusione...".

¹⁸¹ F. CIPRIANI, G. CIVININI, A. PROTO PISANI, *Una strategia per la giustizia civile nella quattordicesima legislatura*, in *Foro it.*, V, 2001, pp. 81 ss., i quali proponevano l'applicazione anche "al settore del diritto del lavoro con la sola limitazione della sua non applicabilità in caso di condanna a prestare lavoro autonomo o subordinato"; v. anche l'art. 4.174 del Progetto elaborato da A. PROTO PISANI (Per un nuovo codice), il cui 3 comma prevede che "la presente disposizione non si applica in ipotesi di obblighi di prestazione di lavoro autonomo o dipendente".

La suddetta esclusione conferma la infungibilità caratteristica di obbligazioni derivanti da rapporti di lavoro¹⁸² e che la reintegra nel posto di lavoro non sia realizzabile coattivamente.

È da sottolineare anche il dubbio relativo alla applicabilità o meno della menzionata esclusione ai rapporti agrari previsti *ex art. 409, c.1, n. 2, c.p.c.*

In base al dato letterale della norma si dovrebbe rispondere negativamente; in senso contrario, invece, considerandone la *ratio* e l'assenza di differenze tra detta ipotesi e le altre in disposizione. Sono probabilmente escluse dall'ambito di applicazione in questione anche le obbligazioni di fare e di non fare gravanti sul datore di lavoro che non presentino in genere alcun elemento di coinvolgimento personale o intellettuale e le obbligazioni derivanti da rapporti di lavoro continuativo.

La legge è silente con riferimento alle obbligazioni di *facere* e di *non facere* per rapporti di collaborazione anche occasionale che implicino prestazioni d'opera, specie se di tipo personale e intellettuale¹⁸³.

Colpisce che analoga esclusione non sia stata prevista per i rapporti di lavoro autonomo o professionale ove richiedano tutela sia il valore della dignità sia quello della libertà del prestatore d'opera. Tale dislivello di garanzia non sembra giustificato dalla mera assenza della subordinazione o della parasubordinazione e comporta quindi dubbi di illegittimità costituzionale. Nonostante opinioni contrastanti, non sembra necessario escludere in materia familiare l'applicazione dello strumento processuale esaminato, in quanto non espressamente vietato e anzi particolarmente funzionale ai casi di inadempimento di obblighi coniugali e parentali posti in essere in pendenza del vincolo coniugale o che, più in generale, non siano riconducibili a quanto previsto dall'art. 709 *ter* c.p.c.

La soluzione più idonea dovrebbe ravvisarsi nel brocardo secondo cui il legislatore *plus dixit quam voluit*: la esclusione dell'applicazione della misura coercitiva pecuniaria varrebbe solo per le controversie relative a prestazioni di lavoro subordinato pubblico o privato e di collaborazione continuata e continuativa dell'art. 409 c.p.c.

¹⁸² V. anche G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, III, Bari, 2010, p. 158.

¹⁸³ A. LOMBARDI, *Le modifiche*, cit., p. 2084: "Il settore in cui la questione della coercibilità di provvedimenti di condanna ad un *facere* è particolarmente dibattuta è quello dell'esecuzione dell'ordine giudiziale di reintegrazione del lavoratore, impartito in via urgente o all'esito del giudizio di merito, con diverse modulazioni e sfumature a seconda che si tratti di dipendente pubblico o privato. Le attuali acquisizioni di dottrina e giurisprudenza vanno nella direzione di ritenere il provvedimento che dispone, con effetti retroattivi, la reintegra del lavoratore complesso e frazionabile, in parte autoesecutivo, in parte suscettibile di esecuzione forzata ed in parte incoercibile. Dalla parziale connotazione autoesecutiva, in particolare, scaturisce l'automatico ripristino delle condizioni economiche, retributive e previdenziali. In assenza di cooperazione, risulta pacificamente coercibile l'ordinanza nella parte relativa alla materiale ricostituzione del rapporto, attraverso atti, consequenziali al provvedimento, non connotati da alcun profilo di discrezionalità (...)".

Il sistema introdotto non è previsto in caso di obbligazioni di *facere* fungibile¹⁸⁴. Soluzione contraria potrebbe essere ricavata dal dato testuale: il comma 1 dell'art. 614 *bis* c.p.c. non precisa infatti la tipologia di obbligazione cui faccia riferimento.

Soltanto la rubrica della norma specifica invece che gli obblighi siano “*di fare infungibile o di non fare*”, permettendo dunque di ricomprendere, quantomeno in via interpretativa, anche altre obbligazioni, non espressamente indicate, che riconoscano e ammettano l'esecuzione forzata diretta *ex artt.* 605 ss. e 612 ss. c.p.c.

Invece l'art. 54 del disegno di legge n. 1441, presentato dal Governo alla Camera il 2 luglio 2008, richiamava esplicitamente i provvedimenti “*di condanna all'adempimento di un obbligo di fare infungibile o di non fare*”.

Punto fermo della questione è la rilevanza operativa della disposizione sulla distinzione tra obbligazioni “fungibili” e “infungibili”, che può essere chiara in astratto ma non altrettanto nella prospettiva concreta. Un esempio in tal senso è dato dalle divergenti opinioni dottrinali e giurisprudenziali sull'esecuzione coattiva dell'obbligo di reintegra nel posto di lavoro, derivante dalle opposte teorie inerenti al carattere “fungibile” o “infungibile” dell'obbligo.

Qualora l'ammontare stabilito nella misura coercitiva eccedesse il danno provato nel giudizio risarcitorio, non si potrebbe accogliere una domanda riconvenzionale restitutoria presentata da parte del debitore.

*“La somma versata è, difatti, per la quota che eccede il danno patito, giustificata e sostenuta dalla prevalente funzione di mezzo di coazione, quale parte della più ampia categoria delle pene private, che si appunta in capo al rimedio in commento”*¹⁸⁵.

Una volta determinato l'ammontare della misura coercitiva, il debitore deve poter adempiere spontaneamente l'obbligazione principale entro un termine congruo e ragionevole.

Le disposizioni non trattano il profilo del decorso della misura coercitiva quando questa si correli a unità di tempo e non a parametri diversamente oggettivi.

A tal fine non si considera sufficiente la mera comunicazione o notificazione del provvedimento; anzi sarà ivi più efficace una notificazione personale e specifica al debitore.

CONSOLO¹⁸⁶ ha sostenuto, a seguito della novella del 2009, la possibilità di cumulare (e non già di prevedere in alternativa), nel caso di contratto preliminare di vendita, i due capi di domanda, l'uno costitutivo ai sensi dell'art. 2932 c.c. e l'altro di condanna a eseguire l'obbligo infungibile di

¹⁸⁴ V. anche E. MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella L. 69/2009*, in *Riv. dir. proc.*, 2009-II, Padova, p. 1548.

¹⁸⁵ A. LOMBARDI, *Le modifiche*, cit., p. 2088.

¹⁸⁶ C. CONSOLO, *Una buona “novella” al c.p.c.*, cit., p. 741.

concludere il contratto. In tal modo si consente al promissario acquirente di non attendere necessariamente il passaggio in giudicato della sentenza costitutiva.

Come naturale, però, si sono avanzate diverse perplessità e lo stesso Autore scrive che tale soluzione “*assieme a cospicui vantaggi, pone una serie di problemi*”¹⁸⁷ di cui il legislatore dovrà occuparsi attentamente.

La sanzione pecuniaria, contenuta nella sentenza di condanna di primo grado, potrà essere sospesa dal giudice di appello ai sensi dell'art. 283 c.p.c., così come qualunque altra statuizione.

È ovviamente possibile che, comunque, essa sia in seguito confermata: l'obbligo di pagamento della somma sarà attuale alla pronuncia della relativa sentenza di secondo grado.

Qualora il debitore abbia dato inizio all'attuazione dell'obbligazione di fare infungibile e comunque la statuizione compulsoria accessoria sia pretesa sul piano concreto, il quesito verte sulla proponibilità o meno dell'appello da parte dell'obbligato, al fine di evitare il pagamento di cui all'art. 614 *bis* c.p.c.

L'attenzione si deve al riguardo concentrare non tanto sulle sentenze di condanna a distruggere un bene quanto su quelle di condanna all'adempimento di un obbligo di fare infungibile insuscettibili di esecuzione forzata, assistite unicamente dallo strumento di coercizione indiretta.

Non convince sufficientemente la rigorosa prospettazione dell'esistenza di un'acquiescenza che precluda l'impugnazione: l'art. 329 c.1 c.p.c. fa riferimento ad “*atti incompatibili con la volontà di avvalersi delle impugnazioni ammesse dalla legge*” e quindi le condotte tenute dalla parte assumono rilevanza se riflettono la volontà spontanea di quest'ultima nell'accettare la sentenza.

Diverso è invece il caso in cui l'esecuzione della sentenza sia attuata al solo fine di evitare l'applicazione in concreto della sanzione pecuniaria coercitiva.

Per il legame di interdipendenza tra l'obbligazione principale e la sanzione coercitiva pecuniaria, nonostante quest'ultima si configuri quale capo autonomo, pur se accessorio, della condanna, è possibile impugnare solo tale singolo capo¹⁸⁸.

L'esecutività o meno della misura coercitiva non può essere disgiunta da quella del provvedimento principale, cui accede: la prima sarà esecutiva negli stessi termini e con i medesimi limiti propri della condanna principale divenuta esecutiva.

¹⁸⁷ C. CONSOLO, *Una buona “novella” al c.p.c.*, cit.

¹⁸⁸ F. DE STEFANO, *L'esecuzione indiretta*, cit., p. 1184: “L'impugnazione può basarsi sul venir meno del diritto del creditore alla prestazione principale, o sul solo diritto ad agire *in executivis* per la sanzione privata: possono infatti darsi anche vizi autonomi dell'esecuzione che il creditore abbia intentato sulla base del capo che conteneva la sanzione privata: ed allora il debitore contesterà solo quest'ultima, senza investire anche la condanna principale. In via di fatto, così, ad iniziativa del debitore che contesti la qualificazione operata dal creditore, spetta anche in Italia al giudice dell'esecuzione, ma quale giudice dell'opposizione eventualmente dispiegata avverso quest'ultima, la potestà di determinare in concreto l'entità della sanzione privata”.

Anche sul capo accessorio relativo alla misura coercitiva si forma, ai sensi dell'art. 324 c.p.c., la cosa giudicata formale e quindi il giudicato materiale, attinente al potere del giudice di pronunciare la misura coercitiva stessa e in modo simile a quanto previsto per le pronunce costitutive e di condanna, rispetto a quelle di mero accertamento.

Con il giudicato materiale è bloccata ogni pretesa di azione per la ripetizione dell'indebitato o per l'ingiustificato arricchimento che il destinatario della misura pensi di poter promuovere. Inoltre si risolvono anche eventuali e potenziali conflitti con la fase dell'esecuzione.

In tal sede non potranno essere sindacati i presupposti della concessione della misura coercitiva nè la relativa quantificazione, diversamente da quanto risulta nel caso opposto, ove il giudice della cognizione non conceda la misura coercitiva sul presupposto della possibile esecuzione in forma specifica o abbia pronunciato una sentenza di condanna qualificandola come titolo esecutivo volto a promuovere l'esecuzione forzata e il giudice dell'esecuzione neghi l'attuazione in forma specifica. Se attualmente la questione è prevista nei termini summenzionati, è anche da ricordare come ben potesse prospettarsi anche prima dell'entrata in vigore della L. 69/09.

Quanto all'efficacia nel tempo delle misure coercitive, si deve ritenere che, salvo diversamente disposto, tale provvedimento non preveda limitazioni temporali.

Dovrebbe comunque essere salvaguardata la libertà del debitore rispetto a una sanzione che eventualmente si estenda in modo indeterminato nel contenuto o nel tempo.

La fattispecie in cui la dottrina sente con maggior urgenza tale problema è quella in cui il comportamento richiesto al debitore si risolva nel compimento di un'attività personale.

Davanti a una simile questione sembra preferibile prevedere che sia il giudice a definire il limite temporale imposto dalla misura coercitiva, permettendo al creditore di agire di nuovo alla scadenza del termine e di ottenere così una nuova statuizione.

Il debitore può utilizzare le tutele per opporsi innanzi al giudice della cognizione e ottenere la modifica o la eliminazione della misura coercitiva, in occasione di fatti sopravvenuti che già consentirebbero di superare il giudicato.

In conclusione, occorrerà attendere gli esiti dell'applicazione pratica dell'istituto per poterne verificare la idoneità a soddisfare gli interessi del soggetto creditore che veda riconosciuto in giudizio un proprio diritto: una simile esigenza ha fortemente influenzato il legislatore nell'opera di elaborazione e di introduzione dell'art. 614 *bis* c.p.c.

Capitolo IV

SENTENZA DI CONDANNA PER OBBLIGHI DI FARE INFUNGIBILI E DI NON FARE. ESECUZIONE FORZATA. PROVVEDIMENTO CAUTELARE D'URGENZA.

SOMMARIO: – 1. Approfondimento e studio della nozione di “sentenza di condanna”. – 2. La fase di esecuzione forzata a seguito di una sentenza di condanna all’adempimento di obblighi di fare infungibile. – 3. Provvedimento cautelare d’urgenza di un obbligo di *facere* infungibile. – 4. Angolo visuale della giurisprudenza.

1. Approfondimento e studio della nozione di “sentenza di condanna”.

L'analisi degli atti giuridici processuali consente di qualificare i provvedimenti quali dichiarazioni o manifestazioni di volontà dell'autorità giurisdizionale e di distinguerne tre diverse tipologie: “sentenza”, “ordinanza” e “decreto”¹⁸⁹.

Solo nella prima categoria menzionata, però, è più correttamente espressa l'essenza della *iurisdictio*: con la “sentenza” (termine polisemantico nel nostro ordinamento poichè relativo a tipi normativi diversi) il giudice assolve infatti alla funzione giurisdizionale decisoria.

Essa costituisce sia un atto pubblico a contenuto vincolato¹⁹⁰, sia un atto dovuto correlato all'adempimento e in genere all'estinzione del dovere decisorio di provvedere sulla domanda (ove

¹⁸⁹ R. REDENTI, *Profili pratici del diritto processuale civile*, Milano, 1939, p. 59: “LA VARIETA' delle sanzioni prevedute dal diritto, si manifesta soprattutto quando, dalle classificazioni generali di cui nel precedente paragrafo, si scenda a considerare il loro contenuto specifico ed il loro modo di operare pratico. Al quale effetto procederemo, anche qui, per gruppi. Una prima distinzione, che converrà fare sotto questo aspetto, porta a distinguere: sanzioni che si attuano, almeno precipuamente, con una pronuncia del giudice e sanzioni che, per la loro completa attuazione, richiedono invece delle attività pratiche stromentali più complesse, rivolte a realizzare materialmente un risultato di fatto (atti di esecuzione). Anche la pronuncia del giudice, con cui si può attuare talvolta una sanzione, è sempre un provvedimento di autorità, e non una mera enunciativa teorica. Essa consegue gli effetti voluti, in quanto il diritto le riconosce una particolare autorità od efficacia rispetto a situazioni giuridiche preesistenti, autorità od efficacia che si spiega automaticamente, senza bisogno di altre attività (per lo meno da parte del giudice”.

¹⁹⁰ R. REDENTI, *Profili pratici*, cit., p. 240: “Dall'essere atto pubblico, consegue la imperatività dell'atto, ossia la sua idoneità a incidere in modo immediato sulle situazioni giuridiche soggettive: si descrive, quindi, il regime degli effetti del provvedimento come pure il fondamento ultimo della sua peculiare disciplina procedimentale. L'essere, infine, provvedimento a contenuto vincolato a esclusione del discusso ambito delle sentenze dispositive se deriva dal dovere del giudice di pronunciare in modo conforme alla legge e, mediatamente, anche nei limiti della domanda, implica la limitata rilevanza nella definizione del regime dell'atto e della sua eventuale definizione del regime dell'atto e della sua eventuale invalidità, della volontà del soggetto agente”. P. 241: “L'essere il contenuto vincolato può assumere rilievo anche da un punto di vista

sussistano le condizioni di trattabilità della causa nel merito poste dalla legge processuale) oppure sull'accertamento dell'oggetto di rito che il giudice deve compiere.

È possibile distinguere, da un lato, la sentenza “sul processo”, in cui il giudice verifica la presenza dei requisiti per la decisione delle cause nel merito, individuando l'idoneità o meno del giudizio a sfociare in un accertamento sulla fondatezza della domanda avanzata; dall'altro, la sentenza “sul merito”, che ha invece la finalità di statuire riguardo al rapporto giuridico dedotto.

La contrapposizione in esame verte sull'oggetto del provvedimento: la sentenza da ultimo citata decide relativamente al contenuto del rapporto giuridico controverso; nell'altro caso, invece, sono comprese le decisioni sulla ritualità della domanda e quelle che presentano un contenuto sia “processuale” sia di natura più propriamente “sostanziale”.

Essendo riconosciuto il diritto alla tutela giurisdizionale tramite “azione”, di quest'ultima esisteranno tante tipologie quante risultano essere le categorie di attività di tutela.

Si parla quindi di azione cognitiva, di azione esecutiva e di azione cautelare, che, rispettivamente, attribuiscono il diritto al provvedimento di merito, all'esecuzione forzata o al provvedimento cautelare.

All'interno del primo tipo citato si può distinguere ulteriormente tra azione di mero accertamento, azione di condanna e azione costitutiva.

Esperire l'azione di condanna comporta l'accertamento del diritto da farsi valere (come per qualunque azione di cognizione) e, tramite la qualificazione della condanna stessa a “titolo esecutivo”, sarà possibile avviare l'esecuzione forzata.

La richiesta di tale *quid pluris* distingue l'azione di condanna dall'azione di mero accertamento e giustifica la più ampia esigenza di tutela alla base della prima riguardo il profilo dell'interesse ad agire¹⁹¹.

meramente formale: si è a tale riguardo definita la sentenza quale atto chiuso, intendendosi in questo modo evidenziare che le linee essenziali del contenuto della sentenza sono fissate in linea generale dall'art. 132 c.p.c., il quale determina -si deve aggiungere, in relazione con l'art. 279 c.p.c.- non solo ciò che la sentenza deve 'contenere', ma indica, attraverso le correlazioni implicite dei contenuti elencati, il modello strutturale costituente il paradigma della sentenza.

In sede introduttiva una ultima notazione è necessaria: anche la sentenza, oltre che come atto, può essere vista quale documento, riproponendosi nel caso quelle ben note problematiche che attengono al rapporto tra documentazione e atto: (..)”.

¹⁹¹ S. BARBIERI, *La sentenza di condanna come titolo esecutivo*, estratto da LA CALABRIA GIUDIZIARIA, anno XXVI, pp. 3-4: “Molto più difficile e sottile si presenta la definizione della sentenza di accertamento. Accertamento che è necessario si abbia tanto nella sentenza di condanna quanto nella sentenza costitutiva, perchè sarà necessario procedere prima all'accertamento della esistenza del diritto di colui che ha interesse nel proporre una domanda e nel contraddire la stessa (art. 100 c.p.c.), per poi imporre al convenuto, con la sentenza di condanna, l'obbligo ad una prestazione o comunque l'applicazione di una sanzione; così come sarà necessario procedere prima all'accertamento di una concreta volontà di legge, per poi provvedere con la sentenza costitutiva alla legittimazione di un diritto potestativo”.

Tale premessa permette di ricollegarsi alla problematica sull'individuazione della nozione costituzionale di "sentenza" ex art. 111, c.2 Cost.¹⁹², autonoma rispetto a quanto perviene dalle norme ordinarie.

In passato si è molto discusso sulla necessità o meno, ai fini dell'azione, che risultasse realizzata una violazione della volontà di legge a garanzia di un bene dell'attore: per le sentenze di condanna la questione è stata di regola risolta in senso affermativo¹⁹³.

Per poter esercitare la relativa azione non è necessario che l'inadempimento sia volontario ma sarà sufficiente che l'avente diritto non vi abbia concorso.

Nella prima metà del XX secolo, da un lato, si era pressochè d'accordo nell'attribuire autonomia alle sentenze di mero accertamento e a quelle di tipo costitutivo mentre, dall'altro, non vi era un simile intendimento nei confronti delle sentenze di condanna.

La motivazione si incentrava sul fatto che per le prime due specie la tutela giurisdizionale si fermasse al momento della decisione del giudice mentre per una sentenza di condanna sarebbe potuto o dovuto intervenire l'organo esecutivo.

F. LANCELOTI ha sottolineato i caratteri delle due opposte correnti dottrinali inerenti alla sentenza di condanna: l'una negava autonomia a quest'ultima in quanto considerata semplicemente quale presupposto logico dell'esecuzione¹⁹⁴; l'altra prescriveva che, tramite sentenza di condanna, si sarebbe espressa con efficacia costitutiva la volontà di legge intesa ad attuare una certa sanzione fino a quel momento latente.

La sentenza in esame includerebbe quindi la sanzione esecutiva, astrattamente prefissata dalla legge, preesistente alla sua affermata costituzione tramite condanna.

La relativa attuazione si rende possibile, *ex lege*, una volta verificata e accertata la pretesa violazione del diritto.

¹⁹² Art. 111, c.2 Cost.: "Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata".

¹⁹³ G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile: le azioni, il processo di cognizione*, Napoli, 1965, p. 159.

¹⁹⁴ Il riferimento al contenuto delle "sentenze di condanna" è di rilievo anche trattando la materia delle "sentenze definitive".

S. BARBIERI, *La sentenza di condanna*, cit., pp.2-3, ove afferma che la sentenza di condanna, come tale, abbia la funzione di preparare il processo di esecuzione: "Or dunque la sentenza di condanna è considerata quella sentenza la quale, ponendo fine ad una lite, presuppone l'esistenza di un diritto ed imponendo al convenuto l'obbligo di una prestazione o comunque l'applicazione di una sanzione, ne accerta la violazione di un obbligo o procede all'accertamento dell'atto illecito e delle responsabilità che ne derivano, preparando così il processo di esecuzione. (...)". Inoltre: "Il CARNELUTTI qualifica la sentenza di condanna come un accertamento dell'atto illecito e delle conseguenze e soggiunge un accertamento della responsabilità che ne deriva. Ora ritengo che non possa essere considerata soltanto la sentenza di condanna, come una sentenza portante l'accertamento dell'atto illecito. Anche la sentenza costitutiva può contenere lo accertamento di un atto illecito".

La sentenza di condanna rappresenta un presupposto legale sufficiente ma non necessario alla pratica attuazione dell'esecuzione: per questo, infatti, nel nostro ordinamento, esistono titoli esecutivi anche stragiudiziali.

Essa inoltre non può ridursi a mero onere per la parte che sia interessata alla sanzione esecutiva e nemmeno a momento logico presupposto di una susseguente attività volitiva. In questo modo sarebbero infatti pregiudicate l'unità e l'armonia del concetto stesso di sentenza.

Dalla constatazione per cui nella maggioranza delle fattispecie la tutela processuale si arresta con la condanna, a prescindere dall'esperimento delle vie esecutive, è possibile ricavare una sua propria autonoma funzione nel sistema giurisdizionale.

Se unico scopo della condanna fosse accertare l'inadempimento per applicare di conseguenza la sanzione esecutiva, una volta assolto al compito preliminare l'esecuzione dovrebbe sempre essere portata ulteriormente a termine, come nell'ambito processuale penale.

È dunque probabile che la condanna sia stata originariamente preordinata a una successiva fase esecutiva, anche se ormai, nei processi, gode di propria autonomia, indipendente da una successiva attività esecutiva.

A fronte dell'inadempimento l'obbligato può sia rimediare, sia persistere nel suddetto atteggiamento lesivo, nel quale ultimo caso però l'ulteriore violazione sarebbe sanzionata attraverso il meccanismo dell'esecuzione forzata.

Caratteristica tipica delle sentenze di condanna¹⁹⁵ è, a livello grammaticale, l'impiego del verbo "condannare" e non, ad esempio, "accertare", "dichiarare" o simili.

"Condannare" necessita di integrazione per esplicitarsi compiutamente a livello concreto, dato che non si condanna *sic et simpliciter*: il riferimento è quindi a un complemento indiretto definito "complemento di pena", individuante il contenuto della condanna stessa.

Il creditore non potrà soddisfarsi solo tramite il provvedimento di condanna bensì con l'adempimento spontaneo dell'obbligato o mediante l'ulteriore intervento degli organi dell'esecuzione.

Peculiare in tal senso è la considerazione che gli artt. 2930, 2931 e 2933 c.c., inerenti alla sfera dell'esecuzione forzata, non contengano il termine "condanna".

Le sentenze di mero accertamento e le sentenze costitutive sono autosufficienti, chiudono definitivamente il ciclo aperto dalla domanda senza che il soccombente debba prestare alcuna ulteriore personale attività.

In genere i provvedimenti di condanna tendono a rimanere inadempiti da un duplice punto di vista: "soggettivo", quando il debitore, nonostante la condanna, persista nel rifiutare l'adempimento,

¹⁹⁵ Come sostenuto da G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., p. 157.

inducendo così il creditore ad adire il giudice competente; “oggettivo”, ove, pur essendo intervenuto il suddetto organo, la liquidazione del patrimonio del condannato non riesca a soddisfare compiutamente il creditore.

Una sentenza può includere più statuizioni e quindi produrre diverse tipologie di effetti, in relazione a una situazione di cumulo di domande o anche a fronte di specifiche disposizioni di legge, come nel caso delle sentenze dichiarative di fallimento e di divorzio.

“Condannare” indica la previsione di un *quid* successivo (e, nella specie, l'imposizione di una sofferenza) di cui la condanna stessa appare preannuncio e preparazione affinché lo scopo del processo si esaurisca dopo la relativa sentenza.

In tale categoria di provvedimenti la dottrina ha ravvisato un ordine di prestazione, un comando rivolto dal giudice affinché l'obbligato tenga il comportamento prima da lui promesso e in seguito invece prescritto dalla condanna.

A titolo esemplificativo è possibile ricordare come F. CARNELUTTI abbia, nelle “*Lezioni*”, ripreso e riproposto “*in termini più decisi e più vigorosi, la teoria di coloro che cercano la caratteristica essenziale della condanna non nella sua funzione processuale, ma nella natura del rapporto sostanziale che essa accerta*”¹⁹⁶.

La sentenza di condanna, inoltre, è dall'Autore considerata quale accertamento dell'esistenza di un atto illecito, sia pure distinta dalle altre sentenze di accertamento per la natura sostanziale del rapporto in essa previsto.

P. CALAMANDREI si è invece opposto a CARNELUTTI e, seguendo sotto un certo punto di vista l'impostazione di E.T. LIEBMAN, ha ritenuto inammissibile la definizione della sentenza di condanna quale accertamento dell'esistenza di un atto illecito, sia perchè non tutti i provvedimenti di tale tipo presuppongono un atto illecito e sia per il fatto che, pur accertandolo, non risulterebbe necessario parlare di “sentenza di condanna”.

“*Sotto il primo aspetto, che è quello meglio illustrato dal LIEBMAN, è facile dimostrare, con numerosi esempi tratti dalla pratica giudiziaria, che non sempre la condanna ha come presupposto la colpa del condannato*”¹⁹⁷. Inoltre è anche possibile che il semplice accertamento riesca a soddisfare l'interesse creditorio.

Della tesi di LIEBMAN, invece, CALAMANDREI non accoglie la parte ricostruttiva, in cui è stato sostenuto che l'elemento caratteristico della condanna sia l'applicazione della sanzione.

In tale considerazione, però, il provvedimento menzionato tornerebbe a confondersi, dal punto di vista processuale, con quello di mero accertamento.

¹⁹⁶ P. CALAMANDREI, *La condanna*, Padova, 1932, p. 5.

¹⁹⁷ P. CALAMANDREI, *La condanna*, cit., p. 6.

LIEBMAN invece intendeva il concetto di “sanzione” in un senso più ristretto di quello finora considerato, individuandolo innanzitutto a partire dall’impossibilità definitiva di ottenere un volontario adempimento. Di conseguenza, unico rimedio sarebbe la coazione processuale e quindi l’avvio e lo sviluppo del meccanismo di esecuzione forzata operata tramite gli organi statali: *“può essere che in seguito alla violazione dell’obbligazione primaria, immediatamente sia necessario questo passaggio dal campo sostanziale al campo processuale, e che la soddisfazione dell’interesse del creditore debba subito esser cercata nella esecuzione forzata; può darsi invece che, prima di arrivare alla esecuzione forzata, si debbano compiere nel campo del diritto sostanziale diverse tappe intermedie, consistenti (come già si è visto) nel sostituire al rapporto obbligatorio originario un diverso rapporto obbligatorio fra le parti (..)”*¹⁹⁸.

In tale scritto permaneva la teoria secondo cui la sentenza di condanna sarebbe prodromica all’esecuzione, nonostante la possibilità di ravvisare comunque un carattere funzionale e utile nella pronuncia di sentenze di condanna.

Sostenendo la necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata se ne devono considerare le conseguenze in relazione non solo agli organi esecutivi ma anche alla situazione del condannato che, prima della condanna, è il soggetto vincolato a tenere un certo comportamento in base alla sua volontà.

E' a fronte della condanna che quest’ultimo si trasforma da soggetto attivo di volontà in oggetto passivo di una pretesa altrui: tale passaggio costituirebbe, secondo CALAMANDREI, il tratto essenziale della condanna, comune al corrispettivo provvedimento nel campo sia civile che penale¹⁹⁹.

Fino a epoca recente, se la sentenza avesse prescritto l’adempimento di una prestazione infungibile (al cui fine non erano approntati nell’ordinamento adeguati mezzi di esecuzione forzata), essa non avrebbe conosciuto la qualifica di “condanna” ma sarebbe piuttosto stata volta ad accertare l’obbligo sostanziale di eseguire quella determinata prestazione e non avrebbe avuto altro effetto se non quello, proprio del mero accertamento, di rendere indiscutibile il rapporto giuridico.

E così è anche per le sentenze di condanna pronunciate dalle giurisdizioni amministrative, le quali sono di fatto provvedimenti giudiziari “di mero accertamento” in quanto manca la possibilità di esecuzione forzata che invece nella “condanna” resta il tratto di maggior rilievo.

¹⁹⁸ P. CALAMANDREI, *La condanna*, cit., p. 10.

¹⁹⁹ P. CALAMANDREI, *La condanna*, cit., p.11: “Fino a che la violazione dell’obbligazione primaria produce soltanto il sorgere di una nuova obbligazione il cui adempimento sia ugualmente affidato alla volontà dell’obbligato, la sentenza che accerta questa sostituzione di un rapporto obbligatorio ad un altro (la quale sostituzione è una vera e propria sanzione), non è una sentenza di condanna: la condanna si ha soltanto quando, in forza della sentenza, al rapporto di obbligazione si sostituisce un rapporto di soggezione”.

Da un lato è possibile affermare che l'ordinamento non contempli alcun criterio estrinseco per la sentenza di condanna ma, dall'altro, non si può per questo dire che essa tipicamente fondi l'esecuzione forzata, in quanto ne rappresenta soltanto una conseguenza e non una premessa. Si risconterà l'esigenza di un'ulteriore tutela, attuata con la stessa esecuzione forzata, e dei presupposti per la relativa attuazione²⁰⁰.

E' prassi affermare che con la sentenza di condanna si accerti l'esistenza di un diritto a una prestazione, di dare, di fare o di non fare²⁰¹ e che si pongano così le basi per una eventuale e successiva fase di esecuzione.

Passando dal piano generale a un più preciso e specifico livello, la dottrina appare discordante e divisa: da un certo punto di vista si ritiene che la natura della sentenza di condanna sia determinata dal fatto che al comando previsto in astratto, reso certo dalla parte dichiarativa della sentenza, si aggiungerebbe un concreto comando rivolto dal giudice all'obbligato soccombente per ottenere l'adempimento²⁰². Secondo l'insegnamento di G. CHIOVENDA la condanna non rappresenta il comando prescritto dal giudice ma la formulazione di un comando *ex lege*.

E' sempre la legge infatti che individua i poteri e i doveri dell'organo esecutivo.

La sentenza di condanna avvia l'esecuzione forzata non in quanto contenente un ordine di servizio diretto personalmente da un funzionario a un altro ma perchè permette di accertare in modo oggettivo le condizioni da cui la legge stessa fa dipendere l'esecuzione forzata.

E. REDENTI afferma che la sentenza di condanna consista in una declaratoria con cui il giudice stabilisce che un soggetto sia tenuto a dare o a fare un *quid* inteso come profitto altrui, accompagnandolo anche da una clausola tramite cui il giudice "condanna" l'obbligato in tal senso. In tal modo, secondo l'A., si legittimerebbe il creditore ad agire *in executivis* e quindi a chiedere agli organi competenti l'esecuzione forzata, costruendo nella condanna un'obbligazione legalmente equivalente ove rileverebbe il carattere di accertamento costitutivo.

Si può ottenere una sentenza di condanna senza accertamento di una prestazione insoddisfatta per la carenza di una preesistente pretesa ma è riscontrabile anche una prestazione insoddisfatta che non dia vita ad azione di condanna bensì solo a un'azione di mero accertamento.

²⁰⁰ V. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2009, p.75.

²⁰¹ L. MONTESANO, voce: "Esecuzione specifica", in *Enc. dir.*, XV, 1966, p. 533 : "...non si può parlare propriamente di obblighi di fare e di non fare ove quel bene sia fungibile, giacchè in tal caso il creditore potrà sempre conseguire l'utilità dovutagli con mezzi diversi dall'opera o dall'inerzia dedotte in obbligazione. Dal che si desume, tra l'altro, un argomento sistematico, che si aggiunge a quelli già enunciati a proposito dell'impossibilità di realizzare con il mezzo processuale in esame i crediti di cose fungibili (...)"

²⁰² C. CALVOSA, *La sentenza condizionale*, Roma, 1948, p. 84: "Quindi la sentenza di condanna si differenzerebbe da quella dichiarativa non soltanto per l'oggetto, costituito nell'una da una pretesa insoddisfatta, nell'altra da una pretesa semplicemente contrastata, ma anche per la sua struttura intrinseca di comando concreto rivolto dal giudice all'obbligato(..)".

Secondo una certa dottrina, in realtà non molto seguita, la sentenza di condanna includerebbe l'accertamento del comando posto in astratto dalla legge e una prescrizione concreta rivolta all'organo esecutivo affinché compia l'esecuzione forzata.

REDENTI, riportando il pensiero di LIEBMAN, ha ricordato come la sentenza di condanna potesse essere considerata, dal lato sostanziale, un semplice accertamento mentre i diritti e gli obblighi delle parti, preesistenti e privi di efficacia novativa, trarrebbero dalla sentenza in esame la certezza della loro propria esistenza.

“A ciò, per altro, il LIEBMAN aggiunge che dal lato processuale la sentenza di condanna avrebbe un'efficacia costitutiva, perché la sanzione preesiste alla condanna solo come volontà astratta ed è il giudice che la fa divenire concreta trasferendole il contenuto del diritto sostanziale accertato”²⁰³.

C. CALVOSA ha concordato con LIEBMAN sul contenuto sostanziale della condanna rifiutando però la considerazione per cui tale sentenza avrebbe avuto efficacia costitutiva.

La rapida rassegna delle principali posizioni dottrinali su natura e contenuto della sentenza di condanna autorizza la conclusione secondo cui la stessa si estrinsecerebbe non in un atto di volontà bensì in un atto intellettuale.

La natura delle sentenze in esame, dal punto di vista dell'attività che compie l'organo giurisdizionale, non è diversa da quella tipica delle sentenze dichiarative ove il giudice applica materialmente le astratte volontà di legge tramite un'operazione logica priva di attività volitiva. Nelle sentenze dichiarative, invece, non è indispensabile la tutela esecutiva affinché una determinata situazione giuridica sia qualificabile come certa.

Sul contenuto della sentenza di condanna è stato VASSALLI a elaborare intuizioni che, sia pure corrette, non sono state poi svolte.

CARNELUTTI ha notato come il relativo fondamento fosse soltanto un accertamento vero e proprio, sia sul rapporto giuridico, sia sulla violazione verificatasi, senza la quale non si potrebbe innestare il meccanismo dell'esecuzione forzata.

Nella condanna è contenuto, quale conseguenza o effetto della causa-accertamento appena delineata/o, anche un ordine diretto agli organi competenti di procedere all'esecuzione, un comando quindi a integrazione di quanto già previsto dalla legge, che impone agli stessi di considerare avverati i presupposti dell'obbligo a eseguire nel modo in cui li abbia configurati la medesima sentenza.

I due comandi citati sono normalmente complementari a quello previsto nelle norme: l'ordine rivolto agli organi del processo esecutivo può però anche essere in parte autonomo, nella previsione

²⁰³ R. REDENTI, *Profili pratici*, cit., p. 87 (nota 61).

in cui la legge non fissi tutte le regole dell'esecuzione ma permetta al giudice di accertarne concretamente i presupposti e di determinarne alcuni, come nel caso di una “condanna costitutiva”. Un esempio in tal senso si ha mediante condanna con cauzione, ove l'autorità giudiziaria abbia facoltà di prescriberne la misura.

Non importa quale sia la natura (civilistica o penalistica) della sentenza di condanna: essa esprime in ogni caso una volontà di legge da attuarsi immediatamente.

Parlando di “condanna”, non si intende un ordine del giudice diretto alla punizione del colpevole, perchè nemmeno formalmente tale autorità rivolge un ordine di punizione al potere esecutivo; semplicemente, in tal modo, a seguito dell'accertamento giudiziale del diritto del creditore, si autorizza l'applicazione della pena nella qualità e nella quantità voluta dalla legge.

A fronte delle riflessioni inerenti alla sentenza di condanna si evince che lo Stato possa mettere in esecuzione le proprie leggi e che però i privati debbano al contempo essere tutelati: un simile principio risale alla concezione romana della “*condemnatio*”, termine usato solo nei giudizi civili, dal contenuto esclusivamente pecuniario²⁰⁴: se si tratta dunque di una somma di danaro, i tratti caratteristici sono quelli della certezza, della liquidità e dell'esigibilità, i quali permettono di procedere subito alla riscossione della stessa.

Nella cultura romana antica, di conseguenza, “condanna” era sinonimo di “esecuzione pronta e immediata”, tramite pronuncia della pena o della prestazione (dal punto di vista qualitativo e quantitativo), a seguito dell'accertamento dell'avvenuta inadempienza.

I tre elementi che la dottrina individua nell'ambito delle sentenze di tal genere sono l'idoneità della stessa a costituire titolo esecutivo ai sensi dell'art. 474, n.1 c.p.c.; a costituire titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale ai sensi dell'art. 2818 c.c.²⁰⁵ e a sostituire la prescrizione ordinaria all'eventuale originaria prescrizione più breve, *ex art. 2953 c.c.*^{206 207}

²⁰⁴ Gaio, *Inst.*, IV, 48.

²⁰⁵ Art. 2818 c.c.: “Provvedimenti da cui deriva: Ogni sentenza che porta condanna al pagamento di una somma o all'adempimento di altra obbligazione ovvero al risarcimento dei danni da liquidarsi successivamente è titolo per iscrivere ipoteca sui beni del debitore.

Lo stesso ha luogo per gli altri provvedimenti giudiziali ai quali la legge attribuisce tale effetto”.

²⁰⁶ A. PROTO PISANI, voce: “*Sentenza di condanna*”, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVIII, 1998, p. 296: “L'art. 2818 c.c. si riferisce esplicitamente ad 'ogni sentenza che porta condanna al pagamento di una somma o all'adempimento di altra obbligazione' e specifica che costituiscono titolo per iscrizione di ipoteca giudiziale anche le sentenze che contengono condanna 'al risarcimento dei danni da liquidarsi successivamente' (è il caso della condanna generica prevista dall'art. 278, 1° co., c.p.c.)...”.

²⁰⁷ Art. 2953 c.c.: “Effetti del giudicato sulle prescrizioni brevi: I diritti per i quali la legge stabilisce una prescrizione più breve di dieci anni, quando riguardo ad essi è intervenuta sentenza di condanna passata in giudicato, si prescrivono con il decorso di dieci anni”.

La nozione di tale tipologia di provvedimento è fornita dall'art. 2818 c.c., che non la pone bensì la presuppone, prevedendo solo condanne all'adempimento di obbligazioni civili, senza escludere di compiere comunque doveri diversi.

*“Invero il c.c. esclude ogni definizione di condanna quando prevede tutele giurisdizionali dirette al compimento di doveri diversi dalle obbligazioni civili”*²⁰⁸.

Ai sensi del c. 1 dell'art. 2818 c.c. si ha la previsione della “condanna all'adempimento”²⁰⁹, secondo cui la tutela approntata è prodromica alla soddisfazione del creditore con mezzi giurisdizionali diversi dalla spontanea ottemperanza del debitore.

A seguito della condanna il soggetto passivo del rapporto obbligatorio è immediatamente soggetto a un ordine del giudice relativo al doveroso adempimento.

Quanto alla possibilità prospettata di trasformare la condanna in un ordine di giustizia al debitore, sanzionabile attraverso l'impiego dell'art. 650 c.p., L. MONTESANO ha affermato che la condanna non determinerebbe il passaggio dalla soggezione a doveri privati a quella prevista da pubbliche potestà²¹⁰, nonostante la possibilità che anche le obbligazioni civili possano ricevere sanzioni afflittive che le tutelino.

L'art. 2818 c.c. indica chiaramente che titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale non sia solo una sentenza di condanna rispetto a una somma di denaro ma anche ad altra obbligazione, sia essa di dare, di consegnare, di fare o anche di non fare: in tal modo si evidenzerebbe la stretta connessione tra ipoteca giudiziale iscritta per debiti di somme e la condanna a un credito pecuniario.

Di conseguenza l'ipoteca giudiziale può anche assolvere alla funzione di misura coercitiva diretta a provocare l'adempimento dell'obbligato, specialmente ove si tratti di condanne a prestazioni infungibili, difficilmente eseguibili nelle forme dell'esecuzione forzata o di condanne con finalità preventiva.

L'impiego dell'art. 2818 c.c. in quest'ultima direzione incontra però due rilevanti limiti, intrinseci all'istituto ivi in oggetto: innanzitutto, l'obbligato deve risultare nella disponibilità di un patrimonio

²⁰⁸ L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1994, p. 170.

²⁰⁹ V. anche L. MONTESANO, *Condanna civile e tutela esecutiva*, Napoli, 1965, pp. 15-16: “..le parole 'condanna all'adempimento' orientano chiaramente l'interprete verso uno strumento di difesa giurisdizionale diretto a far conseguire al creditore -indipendentemente dalla prestazione del debitore- il risultato proprio dell'adempimento stesso”.

²¹⁰ Al riguardo, L. MONTESANO, in *Condanna civile e tutela esecutiva*, cit., p. 172, constata che proprio in questa considerazione si debba ritenere consistente l'opinione di CHIOVENDA, “forse frainteso, quando insisteva sul carattere privato dell'azione concreta. Il debitore, come ogni parte del processo, potrà essere soggetto, durante lo stesso processo, di doveri di diritto pubblico variamente sanzionati, cui facciano riscontro ordini di giustizia, ma verso il creditore rimane solo civilmente obbligato pur se impotente (e quindi non vincolato rispetto ad un 'ordine', ma assoggettato verso una potestà) ad impedire l'opera di coattiva soddisfazione, che compete, su impulso dello stesso creditore, agli organi giudiziari e ai loro ausiliari e il cui risultato finale (..) avrà in sè, sempre struttura e funzione di privatistico adempimento del violato dovere”.

immobiliare; inoltre il creditore dev'essere a sua volta in grado di anticipare le spese per l'iscrizione di ipoteca.

Quanto invece all'art. 2953 c.c., prima richiamato, senza distinguere i possibili contenuti e/o funzioni della condanna, esso ricollega esplicitamente alla "*sentenza di condanna passata in giudicato*" l'effetto di sostituire la prescrizione ordinaria all'eventuale originaria prescrizione breve. Non si ricavano indicazioni utili sull'applicabilità di tale principio anche alle sentenze di condanna generica e ai provvedimenti giudiziali di condanna che non siano sentenze.

Proprio la tutela di condanna è o dovrebbe essere, tra le tipologie di tutela giurisdizionale civile, quella con maggior forza coercitiva, in modo da assolvere così alla funzione strumentale di garantire al titolare del diritto quanto debba conseguire secondo la legge sostanziale.

G. MONTELEONE, confutando quanto esposto da PROTO PISANI, ritiene sia errato riprendere le parole di CHIOVENDA per costruire il processo intendendolo "*come servile strumento volto ad attuare ed imporre con ogni mezzo il disegno normativo tracciato dal cosiddetto 'legislatore'*". (...) *Quanto all'esecuzione forzata in particolare, non è vero che il Chiovenda ricomprendesse in essa anche i mezzi di coazione psicologica, diretti ad indurre l'obbligato allo spontaneo adempimento (...). Questo ampio concetto riguardava, infatti, l'esecuzione forzata della legge, non l'esecuzione processuale in senso proprio, la quale invece si faceva consistere solo nell'impiego di mezzi di surrogazione diretti ad attuare indipendentemente dalla volontà dell'obbligato il contenuto della decisione giudiziale. Per altro verso, mediatamente non immediatamente, l'esecuzione processuale comporta infine l'attuazione del diritto*"²¹¹.

La tutela di condanna può presentarsi sottoforma tanto di repressione, volta quindi all'eliminazione degli effetti di una violazione, quanto di prevenzione, per impedire che tale violazione venga effettuata o, eventualmente, ripetuta.

MONTELEONE non ha concordato sull'attribuzione di una funzione preventiva generalizzata alla condanna, in quanto altrimenti si sarebbe permessa una confusione rispetto alle misure cautelari. A seguito dell'avverarsi dell'inadempimento della prestazione attesa, la prospettiva si rivolge alle misure coercitive o anche alle vere e proprie sanzioni penali, le quali dovrebbero indurre il debitore all'adempimento spontaneo, rientrando quindi in un ampio concetto di esecuzione. Esse tuttavia non modificano la problematica e non attribuiscono al creditore alcuna maggiore certezza.

L'eventuale minaccia di una misura tra queste implica che l'adempimento sia un atto spontaneo del debitore e non frutto di esecuzione coattiva.

²¹¹ G. MONTELEONE, *Recenti sviluppi nella dottrina dell'esecuzione forzata*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, pp. 285-286.

“Una più esatta comprensione della suddetta duplicità di funzione (repressiva e preventiva) e della duplicità delle possibilità di attuazione (tramite esecuzione forzata e misure coercitive) della tutela di condanna, può derivare solo da un'indagine che tenga conto del bene oggetto dell'obbligazione, degli effetti della violazione e della fungibilità o meno della prestazione”²¹².

Se è violato un obbligo di fare sarà necessario verificare in concreto la fungibilità o meno della prestazione, nonostante la difficoltà di una simile distinzione: nel primo caso la condanna potrà essere attuata tramite esecuzione forzata, sostituendo un terzo al soggetto obbligato.

Qualora invece la prestazione fosse infungibile, l'attuazione della condanna dovrebbe essere garantita dalla predisposizione di un adeguato sistema di misure coercitive volte a forzare l'obbligato all'adempimento spontaneo.

Spesso esistono obblighi di fare considerabili materialmente o giuridicamente fungibili ma che nella loro esecuzione da parte di un terzo implicano particolari difficoltà o complessità, sia a livello qualitativo che quantitativo.

L'esperienza successiva all'applicazione dell'art. 18 della Legge 20 maggio 1970, n. 300 ha poi sottolineato l'esistenza di obblighi di fare, come la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato, che non consistono in una singola prestazione omogenea bensì in una serie di prestazioni eterogenee, fungibili o infungibili, tutelabili nella loro attuazione solo prospettando misure coercitive.

In caso di obbligazioni infungibili la sentenza di condanna non riesce a espletare la sua propria essenziale funzione e quindi, senza dare vita alla azione esecutiva, risulterebbe priva di scopo, nonostante la mancanza di ostacoli formali alla richiesta di emanare una sentenza di condanna a prestazioni infungibili. Non sussistono infatti ragioni per negare al creditore la possibilità di domandare l'adempimento tramite condanna.

Inoltre, a fronte di un simile provvedimento e a parte la possibilità che il debitore obbligato infine adempia in modo volontario, è previsto che il creditore, tramite sentenza di condanna, eventualmente iscriva ipoteca giudiziale sui beni della controparte.

Quanto appena menzionato sembra comportare dunque l'ammissibilità della condanna in esame. Con riferimento agli obblighi di non fare, questi sono innanzitutto sempre infungibili dato che, se violati, mai potranno essere oggetto di surrogazione da parte di un terzo; suscettibili di esecuzione forzata potranno essere unicamente gli obblighi “derivati” di disfare, di restituire o di pagare.

“Pertanto una condanna ad adempiere un obbligo di non fare avrà sempre, necessariamente, i connotati della condanna cosiddetta inibitoria rivolta verso il futuro, e l'attuazione dell'obbligo suddetto sarà garantita unicamente dalla tecnica delle misure coercitive e mai dalla tecnica

²¹² A. PROTO PISANI, voce: “Sentenza di condanna”, in *Dig. disc. priv.*, cit., p. 298.

dell'esecuzione forzata: questa, infatti, presupponendo la violazione dell'obbligo, potrà avere ad oggetto soltanto l'obbligo derivato, sorto dalla violazione dell'obbligo originario di non fare"²¹³.

Speculando la tutela di condanna dal punto di vista strutturale, oggetto di questa potrà essere l'adempimento di obblighi già violati, con possibilità di esecuzione forzata qualora l'obbligo da adempiere sia fungibile, di applicazione delle misure coercitive previste in caso di infungibilità, di difficile esecuzione in via surrogatoria da parte di un terzo o per obblighi non ancora violati. Se poi la prestazione inadempita inerisce a un *facere* giuridico, la sua attuazione richiederà di ricollegare all'accertamento del giudice della cognizione il prodursi di quegli effetti che normalmente avrebbe dovuto conseguire il rilascio spontaneo della dichiarazione di volontà. Le finalità della tutela di condanna sono indirizzate alla repressione di una violazione già avvenuta, ad attribuire previamente al titolare del diritto un titolo idoneo a reprimere la violazione qualora si sia verificata, alla prevenzione della violazione, costringendo all'adempimento l'obligato, e infine, oltre alla eliminazione degli effetti della violazione già effettuata, alla prevenzione di lesioni future. Premesso ciò, lo stesso CHIOVENDA, insieme alle teorizzazioni della dottrina classica, affermavano che la sentenza di condanna potesse eventualmente avere a oggetto anche prestazioni di natura infungibile.

Tale Autore riteneva che non dovesse essere la sentenza a trovare il rimedio per l'impossibilità di eseguire una prestazione, né che la domanda di condanna a un fare infungibile non dovesse essere necessariamente cumulata a domande di condanna fondate sull'inadempimento o sul ritardato inadempimento.

Tra gli obiettivi cui la sentenza di condanna può essere rivolta è di particolare rilevanza (e forse di non immediata comprensione) quella inerente alla prevenzione di una violazione futura, potendosi quindi in tal modo assicurare la spontanea osservanza da parte dell'obligato dei precetti normativi.

PROTO PISANI, tramite un famoso studio sulla tutela di condanna, per un complessivo ripensamento della stessa rispetto alle conclusioni della dottrina tradizionale (in cui particolare evidenza è stata attribuita alla complessità strutturale e funzionale della condanna) ha notato l'eventualità che tramite esecuzione forzata non si potessero attuare le statuizioni della sentenza previamente emanata.

In queste fattispecie, allora, l'unico mezzo a garanzia della concreta attuazione di una sentenza di condanna è quello di preconstituire e di valorizzare un adeguato sistema di misure coercitive, per indurre il condannato alla soddisfazione di controparte.

²¹³ A. PROTO PISANI, voce: "Sentenza di condanna", in *Dig. disc. priv.*, cit., p. 299.

Perseguendo tale *iter*, PROTO PISANI tenta di contrastare la teoria per cui la sentenza in esame si caratterizzerebbe quale unico mezzo giurisdizionale per intraprendere l'istituto dell'esecuzione forzata, apponendo un nesso assai stretto tra l'una e l'altro.

In relazione alla possibilità di ottenere la sentenza di condanna per una violazione non ancora avutasi, è da sottolineare come questo sia un problema diverso da quello sull'ammissibilità o meno della cosiddetta inibitoria generale, in quanto, contrariamente a quest'ultima, la condanna in futuro può esplicare una funzione "preventiva" solo attribuendo a tale termine un significato molto esteso: essa è prevista a cautela del periodo di tempo intercorrente tra la violazione e la possibilità di iniziare la procedura di esecuzione forzata. Di conseguenza sembra più corretto inserire tale tipo di condanna tra le condanne connotate da una funzione repressiva.

*"Effettuato tale chiarimento va rilevato che il nostro ordinamento nulla dispone circa l'ammissibilità generale o no della condanna in futuro e/o circa gli eventuali limiti di ammissibilità"*²¹⁴.

La principale obiezione, che però si è ritenuta non contrastare con la struttura del processo esecutivo, mossa contro l'ammissibilità di tale tipologia di condanna in futuro, verte sulla sua caratteristica di operare in modo da creare un titolo esecutivo che prescindendo dalla attualità dell'inadempimento: è possibile che l'adempimento abbia avuto luogo tra l'emanazione del provvedimento e l'inizio dell'azione esecutiva.

Quindi il processo di esecuzione forzata è formato in modo tale da non impedire, in via generale, una condanna in futuro, in quanto non richiede che il titolo esecutivo abbia, in tema di attualità dell'inadempimento, la certezza invece richiesta in tema di esistenza del credito.

A favore dell'ammissibilità della condanna in futuro operano diversi argomenti, tra cui quello relativo all'esigenza di economia prevista nei giudizi o di effettività della tutela giurisdizionale. Invece, in senso contrario, sono il rischio della strumentalizzazione del processo, che potrebbe appunto essere impiegato per risultati vessatori nei confronti del debitore e il rischio che una tanto estesa possibilità di iniziare il processo possa comportare un rallentamento per gli organi giurisdizionali.

PROTO PISANI ha condiviso l'eventualità che simili rischi possano praticamente riscontrarsi ma li ha giudicati sussistenti anche in altre forme di tutela, come in quella di mero accertamento e che l'ordinamento consente di eliminare in gran parte ai sensi dell'art. 100 c.p.c.

Inoltre può in tale direzione essere d'ausilio anche la prassi diretta a porre a carico dell'attore vittorioso la condanna alle spese giudiziali ove la necessità di una condanna in futuro non sia addebitabile ad alcun comportamento del debitore.

²¹⁴ A. PROTO PISANI, voce: "*Sentenza di condanna*", in *Dig. disc. priv.*, cit., p. 311.

2. La fase di esecuzione forzata a seguito di una sentenza di condanna all'adempimento di obblighi di fare infungibili.

La attività giurisdizionale di esecuzione forzata è disciplinata all'interno del Libro III del vigente codice di procedura civile.

Le norme relative, a carattere descrittivo, come per i procedimenti di cognizione e speciali, sono necessariamente coordinate alla materia del Libro I, intitolato "Disposizioni generali".

L'istituto dell'esecuzione è soprattutto una forma di tutela giurisdizionale piena e diretta dei diritti soggettivi, distinta da ogni ipotesi di attuazione forzata di provvedimenti istruttori, ordinatori, cautelari, possessori, cui talvolta lo stesso codice riserva la qualifica di "esecuzione".

Il rapporto rispetto alla cognizione è solo eventuale, come dimostra, da un lato, l'ampio settore dei titoli esecutivi stragiudiziali che comportano la tutela esecutiva delle obbligazioni pecuniarie e, dall'altro, il campo delle conciliazioni giudiziali.

La forma esecutiva opera in attuazione di una previa fase di cognizione solo nel caso di provvedimenti di condanna: davanti all'insufficienza, dal punto di vista dell'efficacia satisfattiva e reintegrativa della tutela giurisdizionale, sia del mero accertamento che dell'effetto costitutivo operato dal provvedimento, sarà necessario procedere tramite "condanna" nei confronti dell'obbligato.

*"Ove (...) la pronuncia dell'autorità giudiziaria abbia il potere di produrre quegli stessi effetti giuridici che, fuori del processo, non potrebbero derivare che da una dichiarazione di volontà negoziale dell'obbligato, è evidente che la volontà del giudice, operando in luogo dell'obbligato entro quel dominio nel quale normalmente è sovrana la volontà di lui, viene, per forza di legge, a sostituirsi ad essa, la quale, nei limiti in cui questa sostituzione avviene, cessa di essere indispensabile per il conseguimento degli stessi effetti. La volizione del debitore, che finora era per legge giuridicamente infungibile, diventa fungibile per legge: lo Stato, che aveva riconosciuto alla persona il potere esclusivo di disporre entro la propria sfera giuridica, ammette che un'altra volontà, quella del giudice, invada quella sfera giuridica e ne disponga senza e contro la volontà del debitore"*²¹⁵.

Davanti a un'obbligazione infungibile però è irrealizzabile un tipo di esecuzione in forma specifica, dato che lo Stato non sarebbe comunque in grado di superare tanto la infungibilità quanto la

²¹⁵ P. CALAMANDREI, *La sentenza come atto di esecuzione forzata*, Messina, 1931, p. 9.

inimitabilità di certe attitudini naturali, né potrebbe imporre all'autorità giurisdizionale l'adempimento di una simile prestazione.

Il limite naturale menzionato è determinato dall'impossibilità materiale da parte di un terzo di surrogare l'attività dovuta dal debitore e così soddisfare il creditore in via immediata e diretta. E' però anche vero che la stessa giurisprudenza di legittimità ritenga ammissibile la pronuncia del giudice di merito a una condanna relativa al suddetto *facere*, sia pure infungibile, poichè l'obbligato potrebbe, in ogni caso, spontaneamente ottemperare alla decisione o, in mancanza, proporre *ex post* una domanda di risarcimento a fronte della violazione posta in essere.

Altrimenti, impedendo la tutela di condanna per un'intera categoria di diritti soggettivi, si rinunciarebbe *a priori* alla "giustiziabilità" di questi ultimi.

I provvedimenti giurisdizionali possono essere garantiti nella loro attuazione mediante alcune tipologie di strumenti nonostante il relativo oggetto sia insuscettibile di esecuzione forzata in forma specifica. Il riferimento è alla tutela costitutiva, all'impiego di mezzi di coazione o di misure coercitive, connotati sia come minaccia di una lesione sia anche nella forma del *contempt of Court* di derivazione anglosassone.

In primo luogo, la tutela costitutiva intende superare le difficoltà *ex artt. 612 ss. c.p.c.*, con riferimento alle prestazioni di "*facere* giuridico", connettendo la modificazione giuridica, che normalmente dovrebbe seguire l'adempimento dell'obbligato, all'accertamento giudiziale dell'obbligo.

Inasprando invece una sanzione contro il soggetto inadempiente si giungerebbe a influire sulla volontà di costui e quindi a permettere, eventualmente, una spontanea soddisfazione di controparte. Infine, il *contempt of Court* comporterebbe l'imposizione di una sanzione penale in senso stretto per una effettiva inottemperanza dell'ordine operato in giudizio.

Data l'affermazione secondo cui "*nel campo del diritto lo Stato può tutto*"²¹⁶, a fronte della riserva in capo a un soggetto della potestà esclusiva di disporre, lo Stato stesso eventualmente modificherà e circoscriverà tale riconoscimento, in favore di altri o avocando a sè il potere di intervenire nelle sfere giuridiche con poteri pari o superiori a quelli del titolare.

Nell'ambito di pertinenza esclusiva statale se non è possibile trasformare una prestazione "naturalmente infungibile" in "fungibile", diversamente sarà ove si intenda operare la stessa modifica in riferimento a un obbligo fino a quel momento "infungibile" giuridicamente.

L'esecuzione forzata non si risolve nel solo impiego della forza materiale sul debitore o sui beni di cui egli sia titolare ma rappresenta anche un'invasione della sfera giuridica di quest'ultimo e quindi la menomazione del potere esclusivo di disposizione suo proprio che, in genere, è inviolabile in

²¹⁶ P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, Napoli, 1983, IX, p. 351.

quanto tale.

Ricordando gli insegnamenti di CHIOVENDA²¹⁷, secondo cui l'espropriazione forzata verterebbe non sul diritto di proprietà ma sulla facoltà giuridica concreta di disposizione spettante al proprietario, CALAMANDREI ha ivi individuato “*il germe fruttuoso di una generale ricostruzione dogmatica di tutto il processo esecutivo, fondata sulla idea che la esecuzione forzata, anche se apparentemente sembra cadere sui soli beni, colpisce in realtà in ogni caso la personalità del debitore, con riduzione di quella capacità d'agire in forza della quale la volontà della persona è normalmente sovrana sulla propria sfera giuridica*”.

Nel momento in cui lo Stato si introduce autoritativamente nella sfera giuridica del debitore per compiere al suo posto negozi giuridici, è caratteristica la sostituzione della volontà statale a quella negoziale del debitore che comunque precede, in caso di esecuzione forzata delle obbligazioni, l'impiego della forza fisica.

La distinzione tra diritti obbligatori e diritti reali è rinnovata nell'ambito dell'esecuzione forzata: ove si tratti di adempimento di prestazioni incoercibili l'impiego della forza fisica è inadeguato e impotente. Diversamente invece è per la categoria dei diritti reali: di conseguenza l'istituto dell'esecuzione forzata delle obbligazioni risulterebbe volta a consentire contro il debitore l'utilizzo fruttuoso della forza fisica.

Per tale finalità lo Stato potrebbe operare una modificazione nel solo campo del diritto e lo scopo dell'esecuzione forzata risulterebbe volto alla trasformazione del debitore in *non domino*. Il meccanismo per pervenire al risultato finale è incentrato sulla sostituzione della volontà dello Stato alla volontà negoziale del debitore, cui prima si è accennato, elidendo il potere esclusivo di disposizione in capo a quest'ultimo.

Il legislatore, in tema di “tutela di condanna”, non ha esplicitato in alcun modo che la relativa domanda sia ammissibile solo se inerente obbligazioni eseguibili in forma coattiva²¹⁸.

Su questo argomento si può sottolineare, per esempio, il contributo elaborato da S. CHIARLONI, il quale ha ripetuto quanto già da PROTO PISANI sostenuto relativamente alla non perfetta tenuta nell'ambito della correlazione, normale o necessaria, tra condanna ed esecuzione forzata. Non è

²¹⁷ V. G. CHIOVENDA, *Sulla natura della espropriazione forzata*, in *Riv. dir. proc.*, 1926, I, pp. 65 e ss.

²¹⁸ V. F. TOMMASEO, *Provvedimenti d'urgenza a tutela dei diritti implicanti un fare infungibile*, in *Studium Juris*, III, Padova 1997, p. 1280: *Ex art. 1453 c.c.* è possibile chiedere la condanna ad adempiere anche in caso di prestazioni infungibili. “Se così non fosse, bisognerebbe giungere alla conclusione che nei contratti a prestazioni corrispettive, in cui resti inadempita un'obbligazione infungibile, l'unico rimedio utilizzabile dalla controparte sia ristretto alla domanda di risoluzione del contratto e al risarcimento dei danni, conclusione che è certo contraria alla logica stessa che ispira la disciplina dell'inadempimento dei contratti a prestazioni corrispettive”. Si può anche ricordare l'art. 1387 c.c. “nell'ambito della disciplina delle obbligazioni alternative e che non subordina la condanna alternativa all'eseguitività coattiva delle prestazioni oggetto dell'obbligazione”.

tuttavia stato oltremodo esteso tale assunto²¹⁹.

“Azione di condanna” deve essere intesa restrittivamente nel senso in cui sia possibile attivarla anche dove, seppur raramente, sul convenuto gravi non un obbligo qualunque ma l’adempimento di una prestazione tutelata da espresse e specifiche misure coercitive.²²⁰

Nonostante ciò, nel sistema processuale civile italiano, la sanzione dell’esecuzione forzata per surrogazione è il fondamentale strumento che, tramite l’apparato coercitivo dello Stato, in caso di mancata esecuzione spontanea della sentenza, consente di distinguere la tutela di condanna dalla tutela di mero accertamento.

Inoltre, in base alle osservazioni di C. MANDRIOLI e dello stesso MONTELEONE, è stata esclusa la possibilità di superare, senza una previsione legislativa espressa in tal senso, la necessità della correlazione tra esecuzione forzata e condanna²²¹, contrariamente a quanto invece sostenuto da PROTO PISANI, secondo cui sarebbero disposizioni generali e speciali ad ammettere quale oggetto della condanna anche obblighi non suscettibili di esecuzione forzata²²².

Parte della dottrina ha sostenuto una radicale negazione della suddetta correlazione necessaria²²³; nonostante quanto precedentemente indicato, in opposizione a tale ultimo orientamento, si era posto anche lo stesso MANDRIOLI²²⁴, mutando però idea successivamente.

La necessità del legame in esame era negata da CHIOVENDA e CARNELUTTI²²⁵.

219 V. S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980.

220 G. MONTELEONE, *Condanna civile e titoli esecutivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p.1083: “Invero, è assai arduo porre sullo stesso piano da un lato l’esecuzione forzata processuale, che si svolge nelle forme di legge indipendentemente o contro la volontà dell’obbligato ancora inadempiente per giungere infine alla soddisfazione del diritto leso, e dallo altro lato un eterogeneo sistema sanzionatorio volto ad indurre in via preventiva o successiva l’obbligato ad adempiere. Tutti avvertono che si tratta di istituti e sistemi completamente diversi sia logicamente che giuridicamente, pur se accomunati dal generico fine del rispetto della legge e dei diritti, che costituisce la ordinaria tendenza di ogni ordinamento giuridico in quanto tale. Ed allora, l’equiparazione dell’esecuzione forzata processuale con qualunque altra sanzione atta ad assicurare indirettamente l’adempimento di qualsiasi obbligo, rispondente allo scopo di estendere l’ambito della condanna civile, si rivela una operazione razionalmente insostenibile perchè infine confonde in una medesima categoria due specie di sentenze tra loro del tutto diverse: quelle aventi efficacia di titolo esecutivo, e quelle che tali non sono. Per questa strada si giunge, quindi, non già ad una migliore definizione della sentenza di condanna, e neppure ad un allargamento del suo ambito, ma ad una indebita confusione di concetti, il cui finale esito consiste non nel potenziarla, ma nel sopprimerla rendendone impossibile la distinzione da ogni altra”.

221 V. C. MANDRIOLI, *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976, pp. 1342 e ss. e G. MONTELEONE, *Condanna civile*, in *Riv. dir. proc.*, cit., p. 1083.

222 V. A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978, p. 1146.

223 V. DENTI, «*Flashes*» su accertamento e condanna, in *Riv. dir. proc.*, 1985, pp. 255 e ss; G. IMPAGNATIELLO, *La provvisoria esecutorietà*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, pp. 80 e ss.

224 V. C. MANDRIOLI, *L’esecuzione forzata in forma specifica*, Milano, 1953.

225 In proposito è possibile anche ricordare la sent. Cass. Civ., Sez. un., 13.10.1997, n. 9957, secondo cui: “E’ ammissibile la pronuncia di condanna resa dal giudice nella ipotesi di infungibilità (e, dunque, di incoercibilità) del fare dell’obbligato, in quanto la relativa decisione non solo è potenzialmente idonea a produrre i suoi effetti tipici in conseguenza della (eventuale) esecuzione volontaria da parte del debitore, ma è altresì funzionale alla produzione di ulteriori conseguenze giuridiche (derivanti dall’inosservanza

Anche N. RESTAINO ha comunque ritenuto ammissibili sentenze di condanna all'adempimento nonostante l'impossibilità dell'esecuzione forzata dell'obbligazione: mentre la condanna tende a realizzare il diritto, l'istituto processuale esecutivo rappresenta solo un mezzo per la suddetta attuazione²²⁶.

Nel diritto positivo esistono diverse fattispecie prive della necessità di correlazione tra sanzione di condanna ed esecuzione forzata: le tipologie di esecuzione previste dal Libro III c.p.c. risultano infatti volte a soddisfare solo le pretese sostanziali cui corrisponda un dare o un fare fungibile. E' indispensabile distinguere tra la "possibilità" e la "coercibilità" dell'adempimento: il giudice quindi potrà condannare all'adempimento di un obbligo insuscettibile di esecuzione coattiva a prescindere dalle difficoltà riscontrate nella suddetta procedura o per la materiale impossibilità di costringere l'obbligato a rispettare l'ordine del magistrato.

Malgrado la incoercibilità relativa a un adempimento, che sia comunque giuridicamente possibile, la sentenza di condanna esplicherà la propria forza etica finalizzata a indurre l'obbligato a soddisfare controparte.

La tecnica dell'esecuzione forzata non risulta esperibile²²⁷ per attuare tanto obblighi di fare materialmente o giuridicamente infungibili, per il cui adempimento sarebbe infatti sempre necessaria la cooperazione dell'obbligato, quanto obblighi di fare "fungibili" ma con particolari complessità quantitative o qualitative nella loro esecuzione da parte di un terzo e infine anche per obblighi di non fare e quindi per una tutela di tipo preventivo.

L'instaurazione di una correlazione necessaria o normale tra condanna ed esecuzione forzata comporta pertanto due importanti conseguenze: 1) tutti i diritti il cui godimento è assicurato da obblighi (originari o derivati) non suscettibili di esecuzione forzata, possono essere tutelati solo tramite la forma dell'equivalente monetario²²⁸ e 2) tale mercificazione dei diritti obbligatori ha perso ogni possibilità di giustificazione teorica nel vigore della Costituzione repubblicana del 1948, in cui "lavoro" e "persona" risultano essere i fondamentali valori guida.

dell'ordine in essa contenuto) che il titolare del rapporto è autorizzato ad invocare in suo favore, prima fra tutte la possibile, successiva domanda di risarcimento del danno, rispetto alla quale la condanna ad un facere infungibile assume valenza sostanziale di sentenza di accertamento"; la Corte di Cassazione, già con la sentenza del 17 luglio 1992, n. 8721, si era espressa a favore della ammissibilità della condanna per un fare infungibile.

²²⁶ N. RESTAINO, *L'esecuzione coattiva in forma specifica*, Roma, 1948, p. 71.

²²⁷ A. PROTO PISANI, voce: "*Sentenza di condanna*", in *Dig. disc. priv., sez. civ., cit.*, p. 301.

²²⁸ N. RESTAINO, *L'esecuzione coattiva*, cit., p. 71: "...in difetto di mezzi esecutivi di coazione psicologica operanti nella sfera patrimoniale dell'obbligato, l'unica pressione sulla volontà del debitore potrebbe, forse, essere esercitata dalla sentenza che lo condanni ad adempiere anche nei casi in cui, essendo il "facere" insuscettibile di coazione o di attuazione da parte di soggetto diverso, rimanga annullata la facoltà alternativa del creditore, che, non avendo la scelta di costringere il debitore all'adempimento, dovrebbe, per reintegrare nel suo patrimonio l'equilibrio turbato dalla violazione contrattuale, percorrere l'unica via del risarcimento dei danni".

RESTAINO riteneva che la tutela di condanna esercitasse una funzione soltanto repressiva della violazione già effettuata e mai preventiva, nel qual caso sarebbe occorsa l'assicurazione della condanna tramite misure coercitive.

Tale duplicità di funzione (repressiva e preventiva), oltre alla rispettiva possibilità di attuazione della tutela di condanna tramite esecuzione forzata o misure coercitive e, altrove, con sentenze costitutive, richiede un'indagine sul bene oggetto dell'obbligazione, sul carattere degli effetti della violazione e infine anche sulla fungibilità o meno della prestazione²²⁹.

A metà degli Anni '70 MANDRIOLI commentava in negativo uno scritto di PROTO PISANI²³⁰, ritenendo, anche per l'assenza di riscontri in tal senso nelle norme, di “*non poter condividere le argomentazioni del valoroso processualista fiorentino secondo le quali la suddetta correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata sarebbe ormai superata (..)*”²³¹.

Quanto alla problematica in sé, MANDRIOLI si è perfino domandato se fosse un problema concreto e reale oppure soltanto una questione terminologica²³².

Il punto di partenza dev'essere ricercato nella dottrina in passato prevalente, secondo cui il termine “condanna” si sarebbe dovuto utilizzare per provvedimenti giudiziari di accertamento sia di un diritto sia della relativa esigenza di tutela, mediante esecuzione forzata successiva, in presenza dei necessari presupposti.

Un provvedimento non può essere “di condanna” qualora la legge non gli attribuisca l'efficacia esecutiva individuata, *ex art. 474 c.p.c.*, nell'attitudine a fondare uno dei procedimenti esecutivi disciplinati nel Libro III del codice di rito²³³.

Il quesito verte, in modo particolare, sul vero significato dell'affermazione di PROTO PISANI

²²⁹ A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978, pp. 1108-1109: “..la distinzione fungibilità – infungibilità si rivela in pratica molto meno chiara di quanto non appaia in teoria (e non solo perché – come è stato non senza ragione notato – il limite della incoercibilità degli obblighi di fare infungibili ha svolto di fatto in gran parte una funzione di privilegio dei possidens e di discriminazione dei non abbienti; ma anche) perché spesso accade di essere alla presenza di obblighi di fare che pur potendo essere considerati (materialmente o giuridicamente) fungibili, comportano particolari difficoltà o complessità qualitative o quantitative nella loro esecuzione da parte di un terzo (si pensi all'obbligo dell'imprenditore di effettuare le opere necessarie per la tutela della salute fisica dei lavoratori, o agli obblighi di manutenzione del locatore che attengono ai servizi comuni dell'edificio); l'esperienza seguita alla applicazione dell'art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300, ha inoltre posto in evidenza come esistano taluni obblighi di fare (quale quello del datore di lavoro di reintegrare nel posto di lavoro il lavoratore illegittimamente licenziato) i quali non consistono in una singola prestazione omogenea, ma in un complesso di prestazioni, tra loro eterogenee, alcune delle quali sono da qualificare come fungibili (..), mentre altre ‘si riducono ad un facere personale infungibile’; in tutte queste ipotesi l'attuazione della condanna può essere di fatto garantita solo attraverso il ricorso alla tecnica delle misure coercitive. (..)”.

²³⁰ V. A. PROTO PISANI, *L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, pp. 620 e ss.

²³¹ C. MANDRIOLI, *Sulla correlazione necessaria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, cit., p. 1343.

²³² In tal ultimo senso v. F. LANCELOTTI, voce: “*Sentenza civile*”, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, 1969, p. 1143 e ss.

²³³ C. MANDRIOLI, *Sulla correlazione necessaria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, cit., p.1344.

quanto a ritenere superata la necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata.

Il proposito non sembrerebbe poter consistere nella considerazione per cui l'esecuzione forzata tenda sempre più a conseguire, per quanto possibile, la prestazione dovuta.

MANDRIOLI, nell'opera "*Esecuzione forzata in forma specifica*", ha ammesso che oggetto della sentenza di condanna potessero essere anche obbligazioni infungibili non suscettibili di esecuzione forzata. Nello scritto "*Sulla correlazione necessaria*", però, l'A. sembra riflettere diversamente, affermandovi che la posizione più volte citata di PROTO PISANI avrebbe inteso includere nel novero delle condanne i provvedimenti giudiziari di accertamento dell'esigenza di tutela esecutiva di un diritto, di cui è però ovvia la non eseguibilità tramite una delle forme di tutela previste nel Libro III del codice di rito.

Di conseguenza sarà possibile mantenere la nozione di "condanna", agganciata alla qualità di titolo esecutivo, allargando l'efficacia propria di quest'ultimo (e quindi di conseguenza delle possibilità di esecuzione forzata) oltre le forme di tutela codificate. In alternativa, tralasciando la correlazione tra condanna e titolo esecutivo giudiziario, è proponibile una più estesa nozione di "condanna" nel senso che anche i provvedimenti giudiziari che accertano un diritto insuscettibile di esecuzione forzata debbano indicarsi con la qualifica di "condanne".

La prima opzione necessiterebbe di dati positivi a suo sostegno; la seconda, comunque piuttosto insoddisfacente dal punto di vista sistematico, sarebbe connotata da una sua non ampia applicazione nella pratica.

Dunque, di conseguenza, l'eventualità di costruire forme di tutela esecutiva altre rispetto a quelle tipiche è prospettabile solo attraverso precise disposizioni idonee a superare il richiamo agli artt. 2930 ss. c.c.

Altrimenti, senza l'introduzione di simili norme, un superamento della tipicità in questione sarebbe immaginabile unicamente in via eccezionale, grazie all'intervento legislativo e comunque sempre nei limiti di quest'ultimo²³⁴.

Secondo MANDRIOLI, in realtà, PROTO PISANI non intenderebbe considerare il superamento in esame quale effettivo ampliamento delle forme di tutela esecutiva²³⁵.

²³⁴ Un esempio in tal senso è dato dall'art. 18 della Legge 20 maggio 1970, n. 300. Ivi "il superamento emerge solo come riflesso dell'esplicita attribuzione della qualità di titolo esecutivo e senza la predisposizione di precise (e nuove) forme di tutela esecutiva: ciò che impegna l'interprete nel delicatissimo compito di cercarne la disciplina implicita nella suddetta enunciazione".

²³⁵ C. MANDRIOLI, *Sulla correlazione necessaria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, cit., p.1349: "Secondo l'autore in discorso, infatti, il suddetto superamento, nel nostro ordinamento, sarebbe fondato su due ordini di ragioni: sul rilievo che l'art. 24 cost. impone all'interprete di tendere per quanto più possibile all'attuazione del principio chiovendiano del 'tutto quello e proprio quello'; sul rilievo che l'art. 2818 c.c., parlando esplicitamente di sentenza di condanna, dopo essersi riferito al pagamento di una somma, richiama riassuntivamente e comprensivamente l'adempimento di ogni altra obbligazione".

L'A. ritiene di ravvisare piuttosto un tentativo di estendere la nozione di "eseguibilità", che è implicita nella "condanna", oltre i confini dell'eseguibilità propri del titolo esecutivo.

Quindi esisterebbero accertamenti giudiziari che richiedono e presuppongono una successiva esecuzione, non eseguibili mediante le forme codificate e che perciò non sono titoli esecutivi ma che dovrebbero essere qualificate "condanne"²³⁶.

A fronte di ciò si deve però dire anche che nessuno di questi argomenti, inerenti al risultato e non alle forme della tutela esecutiva, possa permettere di prospettare un superamento della tipicità delle forme di tutela esecutiva.

Ove poi PROTO PISANI abbia fatto riferimento a tre strumenti tecnici con cui assicurare l'attuazione anche delle sentenze relative all'adempimento di obbligazioni non suscettibili di esecuzione forzata in forma specifica, questi, se non consistono in misure di coercizione indiretta, operano in un settore ove non risulta possibile l'esecuzione forzata.

A differenza di quanto precedentemente riportato per RESTAINO, PROTO PISANI attribuiva un'importanza sempre maggiore al ruolo preventivo della tutela di condanna²³⁷.

Inoltre, per superare la correlazione tra condanna ed esecuzione, si era ritenuto di far riferimento agli artt. 474, n.1 c.p.c., 2818 e 2953 c.c., i quali però, pur essendo utilizzati dalla dottrina a tale scopo, non sembrano presentare particolare utilità.

La supposta instaurazione della correlazione necessaria tra condanna ed esecuzione forzata appare anche pericolosa e non trova fondamento nel diritto positivo. Anzi, è ivi rilevata l'esistenza di numerose disposizioni di legge che esplicitamente prevedono la condanna all'adempimento di obblighi non suscettibili di esecuzione forzata.

Proprio in questo ambito è utile sottolineare come la tutela urgente rivesta un ruolo fondamentale.

La condanna presenta in definitiva sia una funzione repressiva che una di tipo preventivo²³⁸.

In presenza di disposizioni legislative relative a obblighi non suscettibili di esecuzione forzata si è

²³⁶ C. MANDRIOLI, *Sulla correlazione necessaria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, cit., p. 1351.

²³⁷ A. PROTO PISANI, *Appunti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, cit., p. 1161: "Il numero delle ipotesi in cui il nostro ordinamento ammette che la tutela di condanna possa assolvere una funzione preventiva e non solo repressiva è tale da consentire, senza alcuno sforzo interpretativo, di ritenere che la tutela c.d. inibitoria diretta alla cessazione di un comportamento illegittimo e all'adempimento (futuro) di obblighi di non fare o anche di fare a carattere continuativo, ben lungi dall'essere limitata ai casi espressamente previsti dalla legge, abbia invece carattere generale".

²³⁸ A. PROTO PISANI, *Appunti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, cit., p. 1162: "Sul piano sistematico le conseguenze consistono nell'imporre di considerare, allorchè si studia la condanna, non solo il suo collegamento con l'esecuzione forzata, ma anche con quegli istituti che vanno sotto il nome di misure coercitive e sono diretti a provocare l'adempimento spontaneo dell'obbligato attraverso la 'minaccia di una lesione del suo interesse più grave di quella che gli cagiona l'adempimento'. Come infatti si è cercato di porre più volte in rilievo nei paragrafi precedenti, la tecnica dell'esecuzione forzata (anche così come disciplinata dal terzo libro del c.p.c.) è in molte ipotesi inidonea ad assicurare l'attuazione della sentenza di condanna, (pag. 1163) cioè ad assicurare al titolare del diritto di poter conseguire attraverso il processo quelle stesse utilità pratiche garantitegli dalla legge sostanziale".

avvertita quindi la necessità di ricorrere alle “misure coercitive”, specialmente per la caratteristica loro propria di consistere nell'inasprimento della sanzione prescritta contro l'obbligato, più grave di quello cagionato dall'adempimento prospettato.

Sul tema della correlazione, MONTELEONE ha inteso evitare il grave ma possibile equivoco di confondere tra loro le fasi della cognizione e dell'esecuzione, nonché le rispettive caratteristiche. Si ritiene possibile agire fondatamente per la pronuncia di condanna nei confronti del debitore inadempiente riguardo qualsiasi obbligazione, come anche per la tutela e l'accertamento di un diritto lesso, senza che una preventiva considerazione sulla eseguibilità dell'emittenda sentenza a mezzo dei procedimenti *ad hoc* abbia conseguenze inerenti all'ammissibilità dell'azione stessa. Speculando la problematica dal punto di vista dei processi esecutivi, invece, appare evidente la necessità della correlazione tra questi ultimi e la condanna.

Per alcuni Autori risulterebbe inconcepibile un disallineamento, a causa della materiale impossibilità di portare a esecuzione una sentenza senza che in essa siano presenti statuizioni condannatorie, che quindi impongano una successiva attività di adeguamento della realtà di fatto ai dettami della sentenza.

Inoltre “esecuzione” può aversi anche ove non vi sia alcunchè da attuare concretamente: risulta però necessaria l'esistenza di una direttiva predeterminata da tradurre successivamente in atto. È ammissibile affermare che la definizione di “condanna” sia dotata non di carattere assoluto bensì relativo, inerente all'esecuzione forzata: quando infatti, sulla base di un titolo, si agisce esecutivamente, è esercitata non l'azione di condanna ma quella esecutiva.

Partendo da un raffronto tra la sfera del diritto sostanziale e l'ambito processuale, la tutela di condanna appare come una forma di tutela non trascurabile dagli ordinamenti, ove si intenda assolvere la funzione strumentale di garantire soddisfazione al creditore, titolare del diritto lesso e dedotto in giudizio.

Emerge inoltre con assoluta chiarezza che la tutela di condanna possa assumere connotati e funzioni assai diversi, secondo la diversità dei bisogni di tutela propri della struttura delle singole situazioni sostanziali oppure delle peculiarità dell'eventuale crisi di ogni situazione sostanziale.

Qualora si verificasse la violazione di obblighi di *facere*, assumerebbe grande rilievo la verifica sul piano materiale della fungibilità o meno della prestazione: unicamente nel primo caso, infatti, la condanna potrebbe essere attuata con esecuzione forzata. Altrimenti, in caso di infungibilità, indipendentemente dalla tutela per equivalente monetario, sarebbe possibile attuare la condanna predisponendo un adeguato sistema di misure coercitive finalizzate all'adempimento spontaneo dell'obbligato oppure, se il *facere* si risolvesse in una dichiarazione di volontà, attraverso una sentenza costitutiva, ove il provvedimento del giudice determinerebbe la produzione degli effetti

giuridici che, normalmente, dovrebbero conseguire all'adempimento della prestazione del *facere* di tipo "giuridico"²³⁹.

Le obbligazioni di non fare, consistenti nell'obbligo di astensione da un determinato comportamento, sono sempre connotate da un carattere "infungibile" e dunque non surrogabili da parte di terzi. Se si verificasse la violazione in un caso simile, l'oggetto della relativa esecuzione forzata da parte di un terzo sarebbe solamente l'obbligo derivato di disfare, di restituire o di pagare e non invece quello originario di "non fare"²⁴⁰.

Nell'analisi operata da MONTELEONE si rileva come le riflessioni di PROTO PISANI sulla tutela giurisdizionale relativa all'attuazione delle statuizioni contenute in sentenza, rappresentino un contributo completo e organico in materia²⁴¹.

Quest'ultimo Autore considera il processo e i suoi rapporti con il diritto sostanziale per attribuire alla giurisdizione una funzione del tutto secondaria e strumentale, consistente nell'attuazione del "diritto soggettivo" inteso non come la pratica e concreta risultante dell'ordine espresso dal libero alternarsi di azioni e di relazioni umane ma quale soggettiva proiezione dell'astratto disegno realizzato dalle norme giuridiche e quindi di una norma eteronoma imposta ai consociati dall'esterno.

PROTO PISANI è risultato fortemente convinto del superamento della correlazione tra CONDANNA ed ESECUZIONE FORZATA²⁴².

MONTELEONE²⁴³ individua, in tale correlazione, limiti "politici" e richiama l'autorità scientifica di studiosi quali CHIOVENDA, CARNELUTTI e VASSALLI, attraverso un'indagine approfondita anche sul diritto positivo, volta a dimostrare che la "condanna" goda di ampio contenuto.

²³⁹ A. PROTO PISANI, *Appunti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, cit., pp. 1163-1164: "...la rilevanza di diritto positivo che, a seguito della costituzione del 1948, hanno assunto gli aspetti non patrimoniali implicati in molte situazioni di vantaggio (talune delle quali elevate anche a rango costituzionale) esclude che l'operatore giuridico, alla presenza di fenomeni del tipo ora in esame, possa accontentarsi del rilievo - espressione di una ideologia economicistica ben datata storicamente - secondo cui ove l'obbligo non sia suscettibile di esecuzione forzata in forma specifica (...), esso sarebbe tutelato nella sola forma dell'equivalente monetario".

²⁴⁰ A. PROTO PISANI, *Appunti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, cit., p. 1110: "...una condanna ad adempiere l'obbligo originario di non fare (e non già l'obbligo derivato sorto dalla violazione dell'obbligazione negativa originaria) avrà sempre necessariamente la caratteristica di condanna in futuro e la attuazione dell'obbligo originario di non fare potrà sempre essere ottenuto solo attraverso la tecnica delle misure coercitive e mai attraverso la tecnica dell'esecuzione forzata (che, presupponendo una violazione già effettuata, nell'ipotesi di violazione degli obblighi di non fare, potrà avere ad oggetto solo l'obbligo derivato sorto dalla violazione della obbligazione negativa)".

²⁴¹ G. MONTELEONE, *Recenti sviluppi*, in *Riv. dir. proc.*, cit., p. 282: "Esemplare, inoltre, perché il richiamato studio mostra in quali equivoci possono cadere anche i più sottili e fervidi ingegni, allorquando vuolsi affrontare e risolvere un problema pratico e scientifico di grande rilievo e di generale portata avendo di mira interessi, esigenze e fini del tutto particolari".

²⁴² V. A. PROTO PISANI, *L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna*, in *Riv. dir. proc.*, cit.; nel senso di superare la correlazione tra condanna ed esecuzione, v. Cass., 17 luglio 1992, n. 8721.

²⁴³ G. MONTELEONE, *Recenti sviluppi*, in *Riv. dir. proc.*, cit., p. 283.

Nonostante l'auspicio di PROTO PISANI di utilizzare sanzioni penali e repressive all'interno dell'ordinamento civile, MONTELEONE sottolinea come in realtà tale sistema sia “*un invadente ed oppressivo sistema poliziesco (..): per converso il potere politico non incontrerebbe più limiti di sorta nel controllo dei singoli, dal momento che la potestà punitiva e repressiva verrebbe a suggellare ogni minimo risvolto ed aspetto della vita e dell'azione dei cittadini*”²⁴⁴.

Attualmente la tutela di condanna trova ormai una applicazione più ampia rispetto al passato; in precedenza era ammessa solo nel caso in cui fosse possibile l'esecuzione forzata della decisione giudiziale. Alla luce dell'art. 614 *bis* c.p.c. la condanna a eseguire un'obbligazione infungibile è sicuramente possibile nonostante l'oggettiva impossibilità di realizzazione coattiva.

Inoltre la norma in esame evidenzia lo sforzo del legislatore nel costruire una forma di tutela specifica per le obbligazioni in essa considerate, in aggiunta al risarcimento del danno, e che, per alcune obbligazioni di non fare, rappresenta un istituto ulteriore rispetto a quello dell'esecuzione in forma specifica.

Il sistema *ex art. 614 bis* c.p.c. non si applica alle obbligazioni di fare fungibili, nonostante le difficoltà giustificative da un punto di vista logico, a eccezione delle obbligazioni, sia pure fungibili, di non fare.

Il comma 1 di tale disposizione chiude con un'esclusione di grande rilievo, relativa alle “*controversie di lavoro subordinato pubblico e privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409*”: è in tal modo confermato che simili obbligazioni si debbano considerare “infungibili”. Diversamente, sarebbero state menzionate nell'articolo recentemente introdotto.

In aggiunta si deve considerare però che un dubbio si ponga quanto alla portata di tale esclusione. Non è chiaro se essa valga o meno anche per i rapporti agrari previsti dall'art. 409, n. 2, c.p.c. Considerando la norma a un livello letterale, la risposta dovrebbe essere negativa, anche se, guardando alla sua *ratio*, forse si imporrebbe una risposta invece contraria, a causa della mancanza di differenze tra detta ipotesi e le altre menzionate dalla medesima disposizione.

È ivi richiesto un coordinamento tra le forme di tutela in quanto se si ammettesse la loro utilizzazione cumulativa si rischierebbe un ingiustificato arricchimento del creditore, specialmente laddove, dopo aver chiesto e ottenuto il risarcimento del danno, si verificasse l'adempimento spontaneo.

Al fine di evitare questo risultato la condanna al risarcimento dev'essere intesa in alternativa alla condanna per ottenere la prestazione infungibile (e all'accessoria condanna compulsiva per il mancato adempimento), ai sensi dell'art. 1453 c.c. In tal modo la richiesta di condanna a un *facere*

²⁴⁴ G. MONTELEONE, *Recenti sviluppi*, in *Riv. dir. proc.*, cit., p. 284.

infungibile, insieme alla domanda di condanna a una somma di denaro per il ritardato adempimento, sarebbe possibile solo qualora non si intenda risolvere il contratto con relativo risarcimento del danno.

Nessun problema si creerebbe ove seguisse l'esecuzione spontanea ma se, al contrario, così non fosse, la parte avrebbe diritto al pagamento della somma stabilita in giudizio per il mancato adempimento, potendo poi, nelle more dell'inadempimento, chiedere il risarcimento del danno. In base all'art. 1453 c.2 c.c., se il creditore volesse chiedere la risoluzione del contratto e il conseguente risarcimento dei danni, non potrebbe allora domandare l'adempimento della prestazione attesa.

La richiesta di adempimento non preclude invece la possibilità, in corso di giudizio, di sciogliere tramite risoluzione il vincolo contrattuale e di pretendere i danni conseguenti.

Nel caso in cui il debitore obbligato, dapprima inadempiente, dia in seguito inizio all'esecuzione dell'obbligo di fare infungibile, ci si è chiesti sia possibile o meno l'appello per evitare l'applicazione della statuizione compulsiva accessoria.

Il dubbio in esame non ha un rilevante risvolto pratico nel caso di sentenze che condannino a distruggere un bene, in quanto, essendo titoli esecutivi, l'esecuzione spontanea non comporta un atto incompatibile con la volontà di avvalersi delle impugnazioni; diversamente, invece, per le sentenze di condanna all'adempimento di un obbligo di fare infungibile dato che non sussiste la possibilità di una loro esecuzione forzata e risultano assistite solo da uno strumento di coercizione indiretta. Non si può a tal fine trascurare che l'art. 329, c.1 c.p.c. parli di "*atti incompatibili con la volontà di avvalersi delle impugnazioni ammesse dalla legge*", sicché i comportamenti della parte rilevano in quanto sono univocamente indicativi di una volontà spontanea di accettare la sentenza e tale volontà spontanea non sembrerebbe configurabile nel comportamento di chi dia esecuzione a una sentenza di condanna a un comportamento infungibile, per evitare una sanzione che, diversamente, lo colpirebbe. Al riguardo comunque si osserva come gli strumenti coercitivi non includono un'autentica forma di "esecuzione forzata" poiché volti a un'esecuzione spontanea, seppure coartata.

L'introduzione della misura coercitiva dell'art. 614 *bis* c.p.c. consente una riflessione sulla correlazione tra condanna ed esecuzione forzata.

La condanna a una prestazione infungibile non trova di per sé attuazione mediante un processo esecutivo per il quale sia necessario un titolo esecutivo: se, minacciando l'impiego della misura coercitiva, la prestazione è "volontariamente" eseguita e la sentenza non è usata come titolo esecutivo, potrà comunque parlarsi di "condanna" in quanto è previsto un ordine diretto al compimento della prestazione promessa.

La nuova norma risulta essere la migliore conferma all'esigenza di superare la tradizionale opinione relativa alla stretta funzionalità tra condanna ed esecuzione: se anche la prestazione ha un carattere infungibile, la sentenza che la ordina potrà comunque e senza dubbio qualificarsi "condanna". È utile in definitiva riferirsi alle riflessioni del processualista CHIOVENDA, che ampia influenza ha esercitato nei decenni successivi, secondo cui *"come è vario il concetto di prestazione, altrettanto può esser vario il contenuto di una condanna"*²⁴⁵.

Di conseguenza sarà possibile risultare destinatari di una condanna anche relativa a una prestazione infungibile: la modalità per supplire alla eventuale impossibilità di esecuzione diretta non deve necessariamente essere già espressa all'interno della sentenza pronunciata in sede giudiziale.

3. Provvedimento cautelare d'urgenza di un obbligo di *facere* infungibili.

In passato la dottrina tradizionale, risalente a CHIOVENDA, distingueva tra provvisoria esecuzione come ipotesi di "accertamento con prevalente funzione esecutiva" e provvisoria esecuzione come "misura provvisoria cautelare".

Nonostante le modifiche (e le semplificazioni) operate con il codice del 1942, non fu ridotta la attendibilità della partizione menzionata, continuando quindi a essere seguita da diversi Autori. La dottrina più recente ha però contestato tale impostazione sotto diversi aspetti, per esempio affermando come, diversamente dal caso dei provvedimenti cautelari, tramite la clausola di provvisoria esecutorietà non si applichi una sanzione diversa e strumentale rispetto a quella contenuta nella sentenza di merito bensì questa stessa sanzione, in tal modo posta in grado di produrre anticipatamente i propri effetti.

Inoltre un provvedimento cautelare è connotato dalla provvisiorietà degli effetti che intenderebbe realizzare mentre l'esecutorietà di una sentenza soggetta a gravame risulta provvisoria secondo la caratteristica del titolo resosi "esecutivo" e quindi della possibilità per la sentenza di essere riformata o annullata dopo il giudizio di impugnazione. In questo caso l'attività esecutiva posta in essere si sarebbe concessa inutilmente, comportando restituzioni e l'eventuale risarcimento dei danni.

In dottrina si sostiene che l'attività esecutiva in quanto tale non sia provvisoria e che invece il presupposto per una misura cautelare sia, generalmente, la sola apparenza del diritto o della situazione sostanziale da salvaguardare. Il fondamento per concedere la provvisoria esecutorietà

²⁴⁵ G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1944, p. 176.

risulterebbe essere l'esistenza di un atto provvisto dell'accertamento pieno dei diritti di cui le parti siano titolari, suscettibile di passare in giudicato.

Secondo la dottrina maggioritaria nel processo esecutivo non si possono usare i provvedimenti d'urgenza²⁴⁶ per la natura e la finalità di questo tipo di giudizio, oltre che per i poteri in tal modo esercitati, incompatibili con la tutela cautelare atipica.

La tutela d'urgenza non sarebbe in grado di modificare il regime di validità e di efficacia relativo ad atti o provvedimenti esecutivi ma potrebbe invece tutelare diritti vantati da un terzo e minacciati dall'azione esecutiva.

Inoltre, in giurisprudenza (anche di legittimità), ci sono alcune tendenze ad ammettere la tutela d'urgenza per sospendere l'efficacia esecutiva del titolo esecutivo dopo la notifica del precetto e prima del pignoramento, qualora l'esecuzione non fosse ancora stata avviata.

Anticipare provvisoriamente gli effetti di sentenze di condanna risulta essere lo scopo naturale della tutela *ex art. 700 c.p.c.* e, al riguardo, è opportuno operare una preliminare distinzione tra sentenze di condanna aventi a oggetto obblighi di fare e di non fare fungibili, da un lato, e sentenze di condanna riguardanti obblighi infungibili, dall'altro.

Solo nel primo caso le misure in esame possono esplicare una soddisfacente funzione cautelare, potendosi proficuamente ed eventualmente ricorrere alle previsioni sull'esecuzione forzata in forma specifica degli artt. 2931 e 2933 c.c.²⁴⁷

Non problematica in questa direzione risulta essere anche l'assicurazione cautelare urgente degli effetti di sentenze di condanna per obbligazioni pecuniarie, per obblighi di consegna di una cosa mobile o di rilascio di un bene immobile.

L'impiego dello strumento cautelare di cui all'art. 700 c.p.c. è pacifico in caso di obblighi (materialmente o giuridicamente) fungibili mentre più discussa si prospetta nel caso di diritti inerenti la condanna all'adempimento di obblighi di fare o di non fare infungibili; la giurisprudenza aveva spesso escluso l'ammissibilità di un provvedimento d'urgenza qualora la misura richiesta fosse insuscettibile di esecuzione forzata²⁴⁸.

²⁴⁶ V. Pret. Roma 23 novembre 1970, *Foro it.*, I, p. 1104; diversamente, v. Trib. Milano 27 gennaio 1999, *Giur. it.*, 2000, 945: "E' ammissibile con provvedimento d'urgenza ordinare al creditore munito di titolo esecutivo, che si sia obbligato a non compiere atti esecutivi, contro costituzione di garanzia, di liberare dal vincolo del pignoramento i beni del debitore successivamente pignorati, in violazione del *factum de non exsequendo*".

²⁴⁷ V. Trib. Ascoli Piceno 26 luglio 1995, *Foro it.*, 1996, I, p. 299.

²⁴⁸ Trib. Palermo 28 luglio 1995, *Foro it.*, 1996, I, p. 2252: "E' inammissibile un provvedimento d'urgenza che sia diretto a cautelare un obbligo per sua natura incoercibile, allorchè il bene destinato a soddisfare l'interesse del creditore possa essere prodotto unicamente dall'attività del debitore, rimanendo in questo caso come unica tutela possibile la domanda di risarcimento del danno subito (...)". Di conseguenza, non potrebbe proporsi istanza cautelare urgente se la tutela anticipatoria non risultasse suscettibile di conferma in sede di cognizione piena.

Nelle fattispecie in cui la tutela d'urgenza è stata invece ammessa, il ragionamento si è fondato sul presupposto che non vi siano motivi, nel testo o nella volontà della legge, volti a impedire l'emanazione di provvedimenti d'urgenza a tutela di rapporti obbligatori per obblighi di fare infungibili²⁴⁹.

Infatti la semplice constatazione per cui, tramite istanza cautelare ex art. 700 c.p.c., sia stato chiesto un provvedimento non suscettibile di esecuzione in forma specifica, permette comunque di proporre la suddetta domanda dato che l'eventuale provvedimento di accoglimento potrebbe esercitare un tipo di coazione indiretto sulla mancata ottemperanza al previo ordine giudiziale²⁵⁰.

Anche riguardo gli obblighi di fare e di non fare infungibili l'orientamento dottrinario prevalente²⁵¹ è comunque diretto a ritenere ammissibile l'adozione di provvedimenti di condanna ai sensi dell'art. 700 c.p.c., dal contenuto inibitorio, a prescindere dalla concreta possibilità di dar loro attuazione. Nonostante la difficoltà o l'impossibilità di attuazione in via coercitiva dei provvedimenti si mantiene l'idoneità degli stessi a esercitare una certa pressione sull'obbligato per ottenere l'adempimento volontario²⁵². Inoltre la condanna a un *facere* infungibile è stata ritenuta ammissibile sul presupposto che la parte soccombente potrebbe comunque, eventualmente, dare volontaria esecuzione al provvedimento d'urgenza.

L'inidoneità alla cosa giudicata dei provvedimenti diversi dalla sentenza emessa a fine di un processo ordinario di cognizione è connessa all'insieme di garanzie che solo le decisioni rese in un giudizio a contraddittorio e cognizione pieni presenterebbero. *“Ora, se è pacifico che il provvedimento cautelare propriamente detto, ovvero quello che presenta le caratteristiche della strumentalità rispetto ad un provvedimento principale e quindi della provvisorietà fino al sopraggiungere di esso, è ontologicamente inidoneo al passaggio in giudicato, tanto formale*

²⁴⁹ Trib. Roma 17 gennaio 1996, *Foro it.*, 1996, I, p. 2251: “E' ammissibile un provvedimento giudiziale di condanna all'adempimento di un'obbligazione avente ad oggetto un fare infungibile, reso con sentenza o anche col relativo provvedimento cautelare urgente”; Trib. Milano 2 ottobre 1997, *Foro it.*, 1998, I, p. 241: “E' ammissibile la domanda ex art. 700 c.p.c. anche ove sussista la pattuizione contrattuale di una clausola penale. Poichè l'irreparabilità del danno prescinde dalla ipotetica risarcibilità dello stesso, è ammissibile la domanda cautelare d'urgenza per la tutela di un diritto di credito. L'infungibilità del *facere* oggetto dell'ordine del giudice non osta alla concessione del provvedimento cautelare d'urgenza”.

²⁵⁰ V. Trib. Torino, ord. 16 ottobre 2009, *Il Foro padano*, 2010, in cui la nota di C. BRUZZONE espressamente ricorda la complessità della questione, diversamente affrontata in dottrina e in giurisprudenza, connesso alla definizione positiva di “infungibilità” e all'attuazione degli obblighi di fare infungibile. Egli ribadisce anche come nel 2009 sia stata introdotta “nel nostro ordinamento una figura generale di cd. penalità di mora che in ultima analisi tende a trasformare un obbligo da infungibile a fungibile, a modificare la prestazione oggetto del diritto fatto valere nella sua essenza ontologica fino a renderlo generico e fungibile nella sua massima espressione quale è il denaro e quindi a renderlo di fatto sempre attuabile: il creditore vedrà così soddisfatto, sia pure in via indiretta, il proprio diritto”.

²⁵¹ Gli Autori cui si fa riferimento sono G. ARIETA, E. DINI - G. MAMMONE, A. PROTO PISANI e F. TOMMASEO.

²⁵² V. Trib. Roma 17 gennaio 1996, *Foro it.*, cit.

*quanto sostanziale, perchè destinato per sua natura a spirare ad un certo punto, più o meno lontano nel tempo, qualche considerazione di diverso tenore potrebbe farsi per un provvedimento modellato sullo schema di quello di cui all'art. 23, d.lgs. n.5 del 2003, e all'art. 669 octies c.p.c., come novellato*²⁵³.

Sulla inammissibilità del provvedimento d'urgenza diretto a cautelare un obbligo di per sé incoercibile, è chiaro il testo dell'ordinanza del Tribunale di Palermo datata 28 luglio 1995, che nel caso di specie ritiene possibile soltanto una tutela accordata tramite risarcimento del danno subito: “..il tribunale ha ritenuto costituire un *facere infungibile* l'attività, richiesta all'autore-ideatore di un programma di software, di risabilitazione dello stesso, e consistente in specifico nella eliminazione del numero di matricola che ne consentiva l'uso fino ad una certa data (..)”,²⁵⁴. Le ordinanze del 28 luglio 1995 e del 17 gennaio 1996, rispettivamente del Tribunale di Palermo e di Roma, risultano del tutto opposte quanto alla ammissibilità o meno della tutela d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, per condannare all'adempimento di un *facere infungibile*.

La Legge 18 giugno 2009, n. 69, ha introdotto nel codice di rito l'art. 614 *bis*, il quale presenta una rubrica insolitamente rilevante, il cui genuino valore esegetico si è imposto sul testo stesso della disposizione.

Il legislatore avrebbe voluto introdurre questo istituto solo per alcuni comandi giudiziali, caratterizzati dall'infungibilità della prestazione di fare, di non fare o di disfare ma non è possibile demandare alla rubrica la risoluzione dei problemi applicativi della norma.

Il modello più evoluto di *astreinte*, elaborato nell'ordinamento franco-belga, si caratterizza per il coordinamento tra la misura provvisoria e quella definitiva: la prima è una minaccia di sanzione pecuniaria quale conseguenza all'inosservanza spontanea della prescrizione giudiziale, la seconda è una concreta e conseguente condanna che viene liquidata ove, nonostante la *astreinte provisoire*, sia stato ineseguito l'obbligo da sanzionare di per sé, a prescindere dal danno sorto in capo al destinatario della prestazione non attuata e del conseguente, in ottemperato, ordine.

A seguito dell'introduzione del rito cautelare uniforme, si sono evidenziati nella prassi differenti problemi, tra cui anche il rapporto tra istanza cautelare e domanda di merito, tra l'oggetto della decisione del giudizio cautelare e il processo di merito conseguente, cui il primo è strumentale.

Quanto esposto si è autorevolmente registrato anche nel campo del processo esecutivo e quindi occorre capire se sia possibile recepire tale concetto nel campo della tutela e del processo cautelare e se, rispondendovi affermativamente, sarebbe poi necessario “*precisare il significato del riferimento al processo, e indicare se ivi si riproduca quella possibilità di specificazioni ulteriori,*

²⁵³ L. QUERZOLA, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, Bologna, 2006, p. 195.

²⁵⁴ Trib. Palermo, ord. 28 luglio 1995, *Foro it.*, cit.

*concernenti singoli momenti dell'iter processuale, che si manifesta rispetto al processo dichiarativo. Da ultimo, gioverebbe accertare in qual senso l'oggetto del processo esecutivo possa essere rappresentato come un elemento in evoluzione, nel quale si rifletta la dinamica del processo, anziché un dato assolutamente statico*²⁵⁵.

Nell'ambito della tutela cautelare, la riflessione teorica degli ultimi decenni è stata concentrata sia sull'impiego degli strumenti di tutela interinale (soprattutto cautelare atipica), sia, a seguito della riforma del 1990, sul complesso microsistema della disciplina comune a tutte le misure cautelari *ex artt. 669 bis ss. c.p.c.*

La rottura del nesso di strumentalità da un lato attenua una delle classiche caratteristiche tipiche della cautela civile, dall'altro invece amplifica l'autonomia di tale forma di tutela.

Una simile svolta era necessaria e da tempo auspicata: la tutela cautelare si dimostrava del tutto anticipatoria e idonea a esaurire i bisogni della parte istante. Di conseguenza il giudizio di merito rivelava al contempo la propria superfluità.

Dunque la riforma ha rappresentato un'ulteriore evoluzione all'interno di un quadro di modifiche tese alla elaborazione di strumenti processuali idonei ad assicurare all'avente diritto la formazione di un titolo esecutivo giudiziale in via anticipatoria rispetto all'ordinaria sentenza di condanna.

*“Strumentalità e provvisorietà rimangono caratteristiche indefettibili della tutela cautelare propriamente e rettamente intesa. Il provvedimento che, richiesto e pensato come cautelare al momento della domanda, possa sopravvivere indipendentemente da una relazione strutturale e funzionale con un giudizio ed un provvedimento di merito, non è qualificabile, applicando le categorie ad oggi unanimemente accettate, come provvedimento cautelare*²⁵⁶.

Ben diversi sono i contenuti della domanda cautelare richiesta *ante causam* da un lato e della domanda di merito dall'altro.

È possibile che l'unica domanda di cui il giudice sarà chiamato a conoscere sia quella del provvedimento cautelare medesimo, dato che il giudizio principale mai potrebbe essere instaurato: è dunque necessario prospettare, nel modo più completo ed esaustivo, il *petitum* urgente connesso a una posizione sostanziale da illustrarsi in modo da consentire all'organo decidente di approntare la più consona e tendenzialmente definitiva tutela.

Non è possibile sostenere che eventuali lacune nella domanda in sede di tutela cautelare urgente possano essere colmate nell'ambito del giudizio principale poiché in questo modo si vulnererebbe la *ratio* dello strumento in oggetto e quindi la sua finalità propriamente deflattiva.

²⁵⁵ S. RECCHIONI, *L'oggetto del processo cautelare civile nell'epoca dell'omologazione europea*, in http://judicium.it/news/ins_04_11_08/Recchioni,%20nuovi%20saggi.html.

²⁵⁶ L. QUERZOLA, *La tutela anticipatoria*, cit., p. 9.

La dottrina si è spesso interrogata sulle conseguenze più o meno effettive della nuova disciplina, relativi all'eliminazione del nesso di strumentalità necessaria, sul contenuto della cautela a seguito dello sganciamento dal merito: sembrerebbe consentita la non instaurazione del merito anche per provvedimenti d'urgenza meramente conservativi. Tale soluzione è stata ritenuta irragionevole. Il legislatore avrebbe innanzitutto menzionato i provvedimenti d'urgenza come paradigma di misure cautelari con effetti normalmente anticipatori e poi ogni altra misura propriamente "anticipatoria". Proprio sui provvedimenti d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c. la dottrina ha espresso diverse e anche inconciliabili opinioni.

Da un lato se ne è affermata l'idoneità a incidere sul rapporto dedotto in senso innovativo e di mera conservazione: infatti i provvedimenti d'urgenza non perseguirebbero la finalità di necessaria e strutturale anticipazione della tutela cognitiva principale ma la diversa funzione di assicurare provvisoriamente gli effetti della futura decisione di merito. Secondo tale tesi lo scopo dell'istituto sarebbe solo assicurare e non necessariamente soddisfare, la pretesa sostanziale del ricorrente, senza quindi risolvere la questione sorta in via sommaria e anticipata.

Di conseguenza l'intenzione è approntare rimedi idonei a evitare il pregiudizio che minaccia la posizione giuridica da garantire.

In realtà ogni provvedimento cautelare è richiesto attraverso una domanda il cui oggetto appare diverso rispetto a quello della principale e, tendenzialmente, la domanda di tutela provvisoria urgente non è mai autosufficiente. I provvedimenti cautelari atipici conservativi non fruiscono della disciplina elaborata a seguito del riconoscimento dell'indipendenza delle misure *ex art. 700 c.p.c.* dal giudizio di merito.

Inoltre la dottrina, particolarmente orientata alla prospettiva europea, ha criticato il circoscritto allentamento del nesso di strumentalità operato dal legislatore interno solo per i provvedimenti cautelari anticipatori. A tal proposito è da ricordare come la dicotomia tra provvedimenti conservativi e anticipatori sia sconosciuta agli altri ordinamenti²⁵⁷.

Da alcuni decenni la tutela cautelare si è spesso trasformata da mezzo strumentale e provvisorio in istituto alternativo alla tutela ordinaria. La sua ampia fortuna applicativa è dovuta alla possibilità di imprimere a tali provvedimenti un contenuto idoneo ad attribuire alla parte, con anticipazione degli effetti della sentenza di merito, le utilità che potrebbe conseguire solamente a conclusione di un lungo processo di cognizione.

Quindi il provvedimento d'urgenza avrebbe nel tempo perso progressivamente parte della sua propria e tipica natura cautelare, sia per la combinazione della funzione cautelare dell'istituto con

²⁵⁷ Propende per la previsione dell'eventualità del giudizio di merito per i soli provvedimenti cautelari anticipatori C. CONSOLO, *Il nuovo processo cautelare. Problemi e casi*, Torino, 1998, p. 24.

quella genericamente anticipatoria della tutela finale e soddisfattiva, sia per la crisi del processo civile, la quale ha indotto a ricercare strumenti idonei a risolverla.

In tal modo è risultato evidente come spesso al provvedimento urgente non seguisse l'instaurazione del giudizio di merito, probabilmente per il totale appagamento ricevuto grazie al primo.

A differenza della disciplina insita nella Legge 31 maggio 1995, n. 218, "Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato", le "decisioni" automaticamente riconosciute (ivi inclusi i provvedimenti cautelari ai sensi dell'art. 31 Reg. CE 44/2001) possono essere esportate in ambito europeo se pronunciate dal giudice cautelare competente anche per il merito della lite.

Quale premessa a una simile conseguenza si deve ricordare la necessità di verificare con rigore il tipo di rapporto sussistente tra cautela e causa principale, secondo i vari profili inerenti al tema dell'oggetto del processo.

In riferimento alla relazione tra domanda cautelare e domanda di merito, la Corte di Cassazione ha statuito: *"La circostanza che a seguito delle recenti modifiche dell'art. 669 octies c.p.c. e art. 669 novies c.p.c. (...) sia venuta meno la necessità di instaurazione del giudizio di merito ai fini della conservazione della misura cautelare concessa, e che per questa vi si sia allentato il rapporto di strumentalità necessaria della tutela cautelare rispetto al merito, non fa venir meno la configurazione del provvedimento cautelare rispetto al merito, non fa venir meno la configurazione del provvedimento cautelare quale atto di tutela anticipata demandata al giudice competente per il merito, anche se poi un giudizio di merito dovesse mancare in quanto dal provvedimento emesso in sede cautelare potrebbe essere conseguito un assetto del rapporto controverso che nessuna delle parti ha interesse a modificare"*²⁵⁸.

La differenza di rilievo che emerge tra l'esecuzione forzata soddisfattiva e l'esecuzione cautelare si rinviene nelle rispettive diverse finalità: nel primo caso è immediato il riferimento alla tutela giurisdizionale dei diritti mentre l'esecuzione per attuare la misura cautelare serve ad assicurare la situazione sostanziale cautelanda.

L'autorità del provvedimento cautelare non è invocabile in un processo diverso dato che si tratta comunque di un'efficacia "provvisoria", condizionata dalle successive vicende processuali e svincolata dagli effetti del giudicato²⁵⁹.

*"Nel giudizio di merito il provvedimento di urgenza esaurisce i suoi effetti, rimanendo assorbito nella sentenza nel caso di esito favorevole, mentre si caduca nel caso opposto"*²⁶⁰. Pertanto il

²⁵⁸ V. Cass., Sez. I civ., ord. 24 luglio 2007, n. 16328, in *Riv. dir. proc.*, 2008-I, pp. 849 ss., con nota contraria di U. COREA.

²⁵⁹ Sul rapporto tra cautela e merito, v. S. RECCHIONI, *Strumentalità cautelare e cumulo oggettivo di domande nel processo "di merito"*, in *Corr. giur.*, 2002, pp. 638 ss.

²⁶⁰ Cass., 24 ottobre 1984, n. 5412, in *Giust. civ. Mass.*, 1984, p. 1764.

provvedimento d'urgenza non può formare oggetto di impugnazione autonoma o di ricorso in Cassazione *ex art. 111 Cost*²⁶¹.

---^{ooo}

Dopo poco più di un decennio dall'entrata in vigore della Legge 26 novembre 1990, n. 353, sono state apportate significative modifiche alla normativa inerente il procedimento cautelare uniforme: una delle linee direttrici considerate dal legislatore è stata infatti quella dell'allentamento del nesso di rigida strumentalità per le misure cautelari anticipatorie e per i provvedimenti previsti dall'art. 700 c.p.c.

Le Leggi n. 80 e n. 263 del 2005 (quest'ultima comportante interventi correttivi alle modifiche in materia processuale civile introdotte con la precedente Legge n. 80) hanno permesso l'ingresso nell'ordinamento del principio di "stabilità" del provvedimento cautelare, grazie a cui quest'ultimo può divenire definitivo e quindi regolare i rapporti tra le parti anche senza previa instaurazione del relativo giudizio di merito²⁶².

Comunque sia, nonostante le modifiche, il provvedimento cautelare continua a configurarsi quale atto di tutela anticipata demandata al giudice competente per il merito, a prescindere dal successivo giudizio di merito, poichè dal provvedimento cautelare potrebbe derivare un assetto del rapporto controverso soddisfacente per le parti.

A parziale completamento di quanto detto inizialmente circa i rapporti tra tutela cautelare e tutela giurisdizionale, si ricordi anche la considerazione della Corte Costituzionale per cui i provvedimenti cautelari adottati dal giudice quale espressione del principio basato sulla necessità di garantire ogni situazione giuridica tramite provvedimento cautelare siano una componente essenziale della stessa tutela giurisdizionale²⁶³.

Recentemente, in via evolutiva, è stata ascritta alla tutela cautelare una ben determinata funzione, ossia quella di garantire un intervento specifico, pur non definitivo, a situazioni caratterizzate da

²⁶¹ Cass., 30 settembre 1989, n. 3947, in *Foro it.*, 1991, I, p. 600.

²⁶² Cass., Sez. civ., ord. 24 luglio 2007, n. 16328, in *Riv. dir. proc.*, 2008-I, p. 849: "La disciplina del procedimento cautelare uniforme introdotta dalla legge n. 353 del 1990 e, nel suo ambito, quella del giudice competente ad assumere i provvedimenti cautelari, rendono infatti evidente non solo il rapporto di strumentalità tra misura cautelare e procedimento di merito, ma altresì che il legislatore ha considerato la tutela cautelare richiesta anche prima dell'instaurazione di quest'ultimo come forma anticipata di quella che eventualmente verrà fatta valere nell'ambito del giudizio medesimo, configurando il provvedimento che accolga la richiesta (con le eccezioni relative alle specifiche ipotesi di cui all'art. 669 ter c.p.c., comma 2 e 3) come se fosse un atto emesso dal giudice del merito".

²⁶³ Corte cost., 7 novembre 1997, n. 326.

urgenza ove non sia possibile attendere lo sviluppo di una normale procedura giudiziaria a causa di possibili pregiudizi nei confronti dei diritti delle persone interessate.

Quindi lo scopo è quello di emettere misure volte a preservare l'efficacia del provvedimento che definirà la controversia nel merito e che potrebbe nel frattempo essere pregiudicato.

Da ultimo, in relazione al rapporto tra cognizione sommaria e piena, autorevole dottrina²⁶⁴ ha affermato in prospettiva futura che all'interno della prima si debba distinguere la sommarietà tradotta in mere differenze procedurali rispetto all'*iter* proprio del processo ordinario di cognizione e la sommarietà consistente anche in una diversa intensità dell'accertamento.

In tale caso si sarebbe in presenza di una vera e propria cognizione sommaria: un procedimento può essere semplificato ma condurre a un provvedimento dotato di effetti identici a quelli del provvedimento definitivo a fine giudizio ordinario. Quando il procedimento semplificato si basa su una cognizione sommaria incompleta, parziale e superficiale dei fatti, il provvedimento che ne deriva non otterrà mai l'efficacia dichiarativa definitiva e incontrovertibile del diritto sostanziale; i relativi effetti saranno passibili di ridiscussione o di revocazione nell'ambito di un processo ordinario.

Il riferimento al "*provvedimento di condanna*" quale presupposto per la pronuncia di una misura coercitiva, conduce a ritenere che essa possa esservi non solo ove la condanna a un fare infungibile o a un non fare sia contenuta in sentenza ma anche qualora sia inclusa all'interno di provvedimenti di natura condannatoria diversi dalla sentenza (quali i provvedimenti cautelari o, più precisamente, le misure d'urgenza, specie se a contenuto anticipatorio), in provvedimenti sommari decisi pronunciati *ex art. 702 bis c.p.c.* oppure, infine, in lodi arbitrali muniti degli "*effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria*"²⁶⁵.

Oltre a tale premessa però si sottolinea come la misura coercitiva non possa essere disposta dal giudice in sede di conciliazione giudiziale se dall'accordo conciliativo dovessero per le parti scaturire obbligazioni di fare infungibili o di non fare, dato che non è ivi riscontrabile un avvicinamento al "*provvedimento di condanna*". I soggetti coinvolti eventualmente giungerebbero al medesimo risultato imponendo una misura coercitiva pecuniaria proprio in sede di formazione dell'accordo conciliativo.

Assicurare provvisoriamente gli effetti delle sentenze di condanna risulta essere la naturale vocazione della tutela d'urgenza *ex art.700 c.p.c.*

²⁶⁴ V. A. CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino, 1997, p. 236.

²⁶⁵ Art. 824 *bis* c.p.c.: "Efficacia del lodo: Salvo quanto disposto dall'articolo 825, il lodo ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria".

Al riguardo è opportuno operare una preliminare e rilevante distinzione tra sentenze di condanna per obblighi di fare e di non fare fungibili e sentenze di condanna relative a obblighi di fare infungibili.

La tutela d'urgenza per obblighi di fare e di non fare fungibili appare pienamente in grado di esplicare la propria funzione cautelare e di soddisfare l'interesse del soggetto attivo, *ex artt.* 2931 e 2933 c.c.; analogamente si può affermare per cautelare in via urgente gli effetti di sentenze sia volte a condannare all'adempimento tanto di obbligazioni pecuniarie quanto di obblighi di consegna, sia idonee a ottenere il rilascio di un bene immobile.

Anche per gli obblighi di fare infungibili l'orientamento dottrinario prevalente²⁶⁶ è comunque volto a ritenere ammissibile l'adozione di provvedimenti di condanna *ex art.* 700 c.p.c.

indipendentemente dalla concreta possibilità di attuazione, se in presenza di pericolo imminente e irreparabile della lesione di posizioni sostanziali del ricorrente, a carattere assoluto, interveniente nel periodo di tempo necessario a far valere il diritto in via ordinaria.

La tutela di condanna a un *facere* infungibile è stata ritenuta ammissibile (anche da parte della Suprema Corte) sul presupposto che la parte soccombente potrebbe comunque dare volontaria esecuzione al provvedimento d'urgenza.

Il ricorso all'art. 700 del codice di rito sarebbe comunque possibile in tali fattispecie, dato che si riferisce alla pronuncia di un atto giurisdizionale per realizzare la volontà di legge indicata dalla norma e quindi suscettibile di trovare attuazione anche mediante azione di risarcimento danni per inosservanza del provvedimento stesso e per la dipendente lesione derivata al bene o alla situazione protetta dalla norma sostanziale alla cui salvaguardia era appunto diretto.

A fronte di una condanna a un obbligo di fare infungibile, la pronuncia impositiva di un obbligo anche incoercibile costituisce uno strumento di coazione indiretta e, implicando un accertamento dell'illecito, risulta comunque strettamente funzionale alla successiva richiesta di risarcimento danni in caso di inadempimento.

Analogamente, anche un provvedimento cautelare d'urgenza può produrre un'utile funzione compulsoria per indurre psicologicamente l'obbligato ad adempiere spontaneamente.

Con riferimento al contenuto dei provvedimenti d'urgenza diretti ad assicurare gli effetti di future sentenze di condanna, il giudice adito potrà impiegare i principi-base della funzione cautelare e quindi per esempio, in tema di inadempimento contrattuale, ordinare al soggetto passivo un

²⁶⁶ Gli Autori cui si fa riferimento sono G. ARIETA, E. DINI - G. MAMMONE, A. PROTO PISANI e F. TOMMASEO. Quest'ultimo, ne *I provvedimenti d'urgenza: struttura e limiti della tutela anticipatoria*, Padova, 1983, p. 358, ritiene che l'ammissibilità della tutela d'urgenza a un *facere* infungibile discenda dalla soluzione della natura della sentenza, se di condanna o di mero accertamento; egli peraltro ritiene ascrivibile la fattispecie in questione al provvedimento di condanna.

adempimento solo parziale o il rispetto di determinate modalità di adempimento ed evitare infine effetti irreversibili o difficilmente rimovibili in base all'esito del futuro giudizio di merito. Il giudice della cautela deve provvedere anche a tutelare gli interessi contrapposti delle parti, tramite il provvedimento che, anche prescindendo da qualsiasi anticipazione, renda possibile l'integrale realizzazione del diritto in sede di tutela di merito.

Gli effetti della decisione di merito concretamente assicurabili in via d'urgenza, in genere tramite provvedimenti anticipatori, sarebbero i cosiddetti effetti principali della sentenza, oggetto specifico della domanda e della decisione. Ne resterebbero esclusi gli effetti "secondari", la cui produzione è dal legislatore ricollegata esclusivamente alla sentenza.

Utilizzando un provvedimento d'urgenza non sarebbe possibile iscrivere ipoteca giudiziale perché tale misura non costituirebbe titolo idoneo a tal fine e inoltre il giudice non la potrebbe inserire nell'ambito di tale catalogo normativo.

Non è possibile cancellare, tramite l'istituto di cui all'art.700 c.p.c., l'iscritta ipoteca nè la trascritta domanda giudiziale, in quanto la misura non risulta in grado di anticipare l'effetto ricollegato dalla legge al fatto oggettivo del rigetto della domanda documentato dalla sentenza di merito.

In giurisprudenza si è ritenuto ammissibile un provvedimento cautelare d'urgenza avente a oggetto una prestazione di fare infungibile sostenendo che rilevasse "*l'operatività di una pronuncia giudiziale nell'ambito del 'possibile giuridico' e non già nell'ambito del 'possibile materiale'*"²⁶⁷. Oltre a permettere la produzione degli effetti auspicati tramite volontaria esecuzione dell'obbligato, il relativo provvedimento rappresenterebbe anche il presupposto per conseguenze giuridiche scaturite dall'inosservanza dell'ordine pronunciato, come per la domanda di risarcimento del danno²⁶⁸.

Quanto all'ammissibilità di condanne a un *facere* infungibile, è significativo ricordare il precedente giurisprudenziale di cui alla sentenza n. 7500 della Suprema Corte, datata 24 agosto 1994, collocatasi nell'ambito di un precedente più consolidato, elaborato dalla giurisprudenza di legittimità²⁶⁹.

²⁶⁷ Trib. Palermo, ord. caut. 8 gennaio 1999, in *Dir. fam. pers.*, 1999, p. 228.

²⁶⁸ Trib. Catania-Bronte, ord. 9 luglio 2009, in *Foro it.*, 2009, p. 2813: "E' ammissibile un provvedimento giudiziale di condanna all'adempimento di un'obbligazione avente ad oggetto un fare infungibile reso con provvedimento cautelare urgente (nella specie, è stato ordinato ad un'impresa di ripristinare l'entità delle commesse richieste al subfornitore e di mantenere alle stesse condizioni il rapporto commerciale per alcuni anni)".

²⁶⁹ Cass., 16 settembre 1981, n. 5137; la giurisprudenza più recente, comunque, seguendo soluzioni positive previste a tutela della posizione dei lavoratori e connesse alla normativa inerente al rapporto di lavoro, ha affermato la possibilità di una condanna a un *facere* infungibile, in quanto il relativo ordine opera nell'ambito del "possibile giuridico", prevedendo sia "ammissibile la pronuncia di condanna resa dal giudice nella ipotesi di infungibilità (e, dunque, di incoercibilità) del *facere*" dell'obbligato, in quanto la relativa decisione non solo è potenzialmente idonea a produrre i suoi effetti tipici in conseguenza della (eventuale)

Inoltre le misure cautelari atipiche possono essere dal giudice impiegate e di conseguenza anche adattate nell'ambito della situazione concreta presentatasi, in quanto strumentali alla decisione di merito e all'esigenza di tutelare il diritto dedotto, evitando effetti irreversibili o difficilmente rimovibili a seguito del giudizio di merito.

In definitiva, a sostegno del collegamento tra l'art. 614 *bis* c.p.c. di recente introduzione e la categoria degli obblighi di fare infungibili, è stata rilevata la generalizzata possibilità²⁷⁰ di imporre mezzi di coercizione indiretta, nei provvedimenti giudiziali condannatori per tali prestazioni, anche nelle fattispecie di provvedimenti cautelari, grazie alla previsione di cui al c. 1 della disposizione, riferibile a qualunque "provvedimento di condanna".

"L'ordine cautelare dato ai sensi dell'art. 700 c.p.c. è un provvedimento di natura anticipatoria rispetto alla pronuncia di condanna ed è assimilabile a quest'ultima agli effetti dell'applicabilità della disciplina di cui all'art. 614 bis c.p.c. per l'attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare.

*La misura prevista dall'art. 614 bis c.p.c. è volta ad assicurare l'attuazione sollecita del provvedimento e, come per la condanna, è quindi funzionale, innanzi tutto, a favorire la conformazione a diritto della condotta della parte inadempiente e, conseguentemente, ad evitare la produzione del danno o, quanto meno, a ridurre l'entità del possibile pregiudizio; la misura, in secondo luogo, assicura anche in sede cautelare l'esigenza di garantire un serio ristoro di fronte al perdurare dell'inadempimento, in funzione quindi deflativa del possibile contenzioso successivo, limitato all'eventualità che si produca un danno non integralmente soddisfatto dalla statuizione giudiziale"*²⁷¹.

La citata ordinanza del Tribunale di Cagliari ha applicato il nuovo art. 614 *bis* c.p.c. affermando che l'ordine cautelare urgente sia un provvedimento di natura anticipatoria rispetto alla pronuncia di condanna nel merito, assimilabile a quest'ultima²⁷².

esecuzione volontaria da parte del debitore, ma è altresì funzionale alla produzione di ulteriori conseguenze giuridiche...che il titolare del rapporto è autorizzato ad invocare in suo favore, prima fra tutte la possibile successiva domanda di risarcimento del danno, rispetto alla quale la condanna ad un 'facere' infungibile assume valenza sostanziale di sentenza di accertamento", per cui v. Cass. 13 ottobre 1997, n. 9957 e Cass. 17 luglio 1992, n. 8721.

²⁷⁰ Trib. Verona, ord. 9 marzo 2010, in *Giur. merito*, 2010, p. 1857.

²⁷¹ V. Trib. Cagliari, ord. 19 ottobre 2009, in <http://www.judicium.it/admin/osservatorio/13/Art.%20614-bis.%20Trib.%20Cagliari%2019.10.09.pdf>.

²⁷² "La disposizione, introdotta dalla l. 18 giugno 2009, n. 69 (disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile), impedisce che possa darsi ulteriore seguito all'orientamento risalente e diffuso, per quanto non uniforme, secondo cui, da un lato, non sarebbe mai ammissibile la condanna all'adempimento di un'obbligazione avente ad oggetto un *facere* infungibile, in quanto non suscettibile di attuazione forzata, e, dall'altro, non potrebbe mai ipotizzarsi, di fronte all'inadempimento del debitore, per le stesse ragioni, una tutela sostitutiva ed anticipata attraverso la misura cautelare atipica prevista dall'art. 700 c.p.c."

Si potrebbe forse ritenere che le eventuali conseguenze unicamente risarcitorie, derivanti dall'inottemperanza alla misura cautelare, si ottengano a fronte del mancato rispetto degli obblighi imposti dalla sentenza conclusiva del processo e che l'inadempimento del comando giudiziale, in sede cautelare, non porti a un'autonoma e ulteriore quantificazione della misura del risarcimento. Sarebbe anche possibile, in casi non certi, che il debitore intenda pagare solo i danni causati dall'inosservanza delle previsioni contenute in sentenza, in quanto previamente non sarebbe in colpa.

La precedente considerazione non si potrebbe sostenere se prima della sentenza il comportamento da tenere fosse già ingiunto tramite previsione di una misura cautelare pronunciata dopo la valutazione del *fumus bonis iuris* a opera del giudice competente.

Ove eventualmente la condanna cautelare a eseguire la prestazione rimanesse inadempita, potrebbero verificarsi danni ulteriori rispetto a quelli all'inizio imprevedibili²⁷³.

Al fine di vietare un'attività che, se svolta, permette il ritorno allo *status quo ante* grazie ad attività fungibile di ripristino, essa potrebbe prevedersi in via eventuale già all'interno della misura cautelare di divieto e comunque appare successivamente concedibile *ex art. 669 duodecies* c.p.c., semplicemente come attuazione della misura cautelare *in primis* resa.

L'orientamento che negava l'ammissibilità delle ordinanze d'urgenza in funzione della condanna a un fare infungibile, muoveva dal presupposto dell'impossibilità di attuare coattivamente simili obblighi e, dunque, dall'inutilità *a priori* della concessione della misura cautelare.

Rispetto al provvedimento giudiziale condannatorio, prevedere una misura coercitiva non deriva dalla verifica del mancato adempimento imputabile al debitore ma risulta in funzione di un futuro ed eventuale inadempimento.

In relazione all'esperibilità della cautela d'urgenza per tutelare prestazioni infungibili, è da ricordare ancora una volta il motivo per cui abbiamo trovato accordo dottrina e giurisprudenza.

“Si tratta di un argomento strettamente tecnico ma che investe anche opzioni decisive sui rapporti tra diritto sostanziale e diritto processuale, sul ruolo che si assegna alla tutela giurisdizionale, nonché all'estensione che si attribuisce al principio di effettività della tutela giurisdizionale per i

In tal senso V. anche Trib. Terni, ord. 4 agosto 2009: “La misura coercitiva pecuniaria *ex art. 614 bis* c.p.c., il cui scopo è di rendere effettiva e sicura l'attuazione non solo degli obblighi di fare infungibile o di non fare, ma anche degli obblighi di fare fungibile riconosciuti da sentenze di condanna o da provvedimenti anticipatori della condanna (nella specie, denuncia per danno temuto), si applica trascorso un termine concesso ragionevolmente al debitore per adempiere l'obbligo e decorrente dalla notifica della sentenza o del provvedimento”.

²⁷³ V. Trib. Roma, ord. 17 gennaio 1996, in *Foro it.*, 1996, I, p. 2255: “Non può infatti condividersi la contraria opinione secondo cui al provvedimento giudiziale non è mai riconoscibile natura di autonoma fonte di obblighi, eventualmente sanzionati in modo diverso, rispetto all'originario titolo negoziale. E' infatti ammissibile che l'inadempimento, sorto come colposo, possa tramutarsi in omissione dolosa una volta che un provvedimento di condanna abbia eliminato ogni dubbio soggettivo in proposito”.

*diritti a prestazioni che sfuggono all'attuazione coattiva nelle forme dell'esecuzione forzata o in quelle, previste per la tutela cautelare, di cui all'art. 669-duodecies introdotto dalla recente riforma del rito civile*²⁷⁴.

Quando si parla di “diritti non realizzabili coattivamente”, il richiamo non è unicamente agli obblighi implicanti un *facere* infungibile, che quindi possono essere adempiuti solo tramite la cooperazione dell'obbligato, ma anche ai diritti, a contenuto negativo, relativi a obblighi di non fare che si risolvono dunque in doveri di astensione la cui attuazione forzata necessariamente si sposta sul momento del ripristino (ossia del risarcimento in forma specifica).

Il tema sconfinava dall'ambito stesso della tutela cautelare, inserendosi in quello della tutela di cognizione e soprattutto “di condanna”: il quesito controverso sulla necessaria correlazione tra condanna ed eseguibilità si ripropone anche nell'ambito della tutela cautelare, in termini sostanzialmente identici.

A fine Anni '90 sembrava prevalente la tendenza a escludere provvedimenti d'urgenza per l'anticipazione cautelare degli effetti di una sentenza di condanna non suscettibili di esecuzione forzata²⁷⁵.

La caratteristica dell' “utilità” della tutela cautelare, come requisito per l'ammissibilità, diventa problematica quando la tutela d'urgenza è domandata per anticipare gli effetti di una sentenza di condanna, ossia quando è essa stessa “tutela di condanna”.

In realtà però la tutela cautelare non si esaurisce nella funzione di mera “tutela cautelare di condanna”: la stretta correlazione tra la tutela di cognizione e la tutela cautelare, fondata sull'art. 24 Cost. si esprime nella constatazione per cui il bisogno della seconda menzionata possa presentarsi ove sia necessaria la prima (e quindi non si tratta necessariamente di “condanna”).

Ormai è certo che la tutela cautelare d'urgenza possa essere utilizzata anche con preordinazione strumentale ai processi di mero accertamento e di accertamento costitutivo, ambiti dai quali l'esecuzione forzata per definizione risulta esclusa.

E' richiesta una misura cautelare nel momento in cui si tema un pericolo di tardività per il mancato adempimento tempestivo della sentenza di merito e il conseguente ritardato prodursi di tutti i possibili effetti di quest'ultima.

²⁷⁴ F. TOMMASEO, *Provvedimenti d'urgenza*, in *Studium Juris*, cit., p. 1277.

²⁷⁵ Istruttivo in tale direzione è il confronto fra le ordinanze del Trib. Roma, datata 17 gennaio 1996 e del Trib. Palermo, datata 28 luglio 1995, in *Foro it.*, 1996, p. I, II, pp. 2251 e ss.: nel primo caso si afferma l'utilità di un provvedimento giudiziale di condanna per la tutela di un diritto non attuabile coattivamente, sia tramite sentenza che con il relativo provvedimento cautelare urgente. Il secondo, invece, è risolto in senso negativo a causa della pretesa insussistenza di un interesse ad avvalersi della tutela cautelare.

In riferimento allo specifico caso dell'attuazione del contratto preliminare, è possibile ricordare la sentenza n. 2018 della Corte di Cassazione datata 21 luglio 1962, che ha consentito una domanda di condanna ordinaria, permettendo così di superare il preconetto della menzionata correlazione necessaria e anche riconoscendo l'utilizzo della condanna al fine di raggiungere “..uno scopo per il quale il legislatore ha costruito altro e più agevole percorso”²⁷⁶.

Se il provvedimento d'urgenza non potesse realizzarsi anche tramite esecuzione forzata, la sua attuazione sarebbe lasciata all'arbitrio del destinatario della misura, il quale potrebbe anche non adeguarvisi, demandando all'ordine giudiziale il solo valore di *flatus vocis*.

Nonostante la considerazione per cui il provvedimento d'urgenza abbia una sua specifica funzione, è stato da Alcuni sottolineato come in realtà, nonostante l'impossibilità di attuazione mediante esecuzione forzata, esso potrebbe produrre diverse conseguenze di rilievo in ordine alla determinazione futura dell'entità del danno risarcibile, della colpa e della malafede dell'inadempiente obbligato.

L'attenzione però dev'essere appunto focalizzata sullo scopo precipuo della cautela d'urgenza, cioè sul raggiungimento di un'efficace attuazione della sentenza definitiva di merito.

In dottrina si è sostenuta la indispensabilità della caratteristica della “coercibilità” per l'ordine giudiziale *ex art. 700 c.p.c.*, in quanto, altrimenti, non si potrebbe più definire “ordine” e diverrebbe inutile la sua eventuale emanazione, in quanto volta a costringere a tenere una condotta che, in definitiva, sarebbe impossibile imporre. Pertanto il suddetto problema è spesso apparso senza soluzione.

Quanto invece alle eventuali conseguenze meramente risarcitorie derivanti dall'inottemperanza di una misura cautelare, le si potrebbe ritenere assimilate a quelle scaturite dall'inottemperanza agli obblighi imposti dalla sentenza conclusiva del processo, cui comunque si dovrà giungere, non portando quindi a un'autonoma e ulteriore quantificazione della misura del risarcimento. Sarebbe allora possibile per il debitore sostenere di dover pagare unicamente i danni occorsi per non aver rispettato quanto previsto in sentenza, dato che, precedentemente, non sarebbe invece in colpa. Non potrebbe agire in tal senso se prima della sentenza medesima il comportamento da tenere già gli fosse ingiunto mediante una misura cautelare.

È poi anche possibile rafforzare l'efficacia di un provvedimento siffatto tramite altre e differenti misure cautelari.

Un ultimo cenno si affronta in relazione all'ammissibilità di una tutela cautelare a fronte di situazioni sostanziali che nel giudizio di merito necessitano di una sentenza costitutiva, dato che si manifesta molto controversa la possibilità di anticipare gli effetti di tale tipologia di provvedimento.

²⁷⁶ F. TOMMASEO, *Provvedimenti d'urgenza*, in *Studium Juris*, cit., p. 1279.

Seguendo l'insegnamento di CHIOVENDA, la dottrina prevalente *in primis* individua, quali caratteristiche dell'azione costitutiva, il fatto che la pronuncia di una simile sentenza esiga l'accertamento del diritto potestativo a ottenere la creazione *ex novo*, l'annullamento o la modifica dei preesistenti rapporti sostanziali.

La sentenza costitutiva quindi produce effetti sia dichiarativi che costitutivi e proprio per questo alcuni studiosi hanno escluso che si possano anticipare in sede cautelare gli effetti del suddetto provvedimento giudiziale. Non è stato ritenuto dunque possibile tutelare in sede cautelare una situazione giuridica formatasi solo tramite sentenza costitutiva. La tutela relativa a questa non è considerata ammissibile in quanto il diritto stesso non esisterebbe.

L'ordinanza emessa dal Tribunale di Verona il 18 marzo 2009²⁷⁷ ha invece ritenuto solo dubbia la possibilità di accogliere l'istanza presentata per una pronuncia cautelare costitutiva (nel caso di specie, si trattava di una revoca anticipatoria della qualifica di "socio") ove l'efficacia di questa fosse soggetta al formarsi del giudicato e non fosse ravvisato pericolo di pregiudizio nel ritardo. Per giustificare l'incertezza dell'impiego della tutela cautelare qualora il merito della controversia necessiti di una pronuncia costitutiva con efficacia connessa al passaggio in giudicato della relativa sentenza, M. NARDELLI, nella nota a sentenza relativa all'ordinanza in oggetto, ha riportato il tradizionale argomento per cui, prima della sentenza costitutiva, si riterrebbe insussistente una posizione soggettiva connotata dall'attualità. *“Prima della decisione giudiziaria non vi sarebbe invece spazio per una tutela anticipata, rispetto ad un diritto solo sperato, e quindi ancora non suscettibile di tutela.*

Tale tesi è stata sottoposta però a una rivisitazione da parte di altro orientamento, nella misura in cui si è evidenziato che anche nel caso della tutela costitutiva può esservi la doverosa necessità di anticipare gli effetti della futura decisione giudiziaria, al fine di non pregiudicare la posizione giuridica del soggetto interessato. D'altra parte, non si è neppure mancato di osservare come la sentenza costitutiva tutelerebbe un diritto soggettivo preesistente al processo, e che sarebbe stato oggetto di una precedente violazione, sicchè non vi sarebbe motivo per negare in tali casi l'applicabilità della tutela d'urgenza”.

4. Angolo visuale della giurisprudenza.

²⁷⁷ Trib. Verona, Sez. IV, 18 marzo 2009, in *Giur. merito*, 2010, 1, p. 132.

La giurisprudenza è risultata restrittiva e refrattaria rispetto alle tesi dottrinali in argomento, ancorate invece a una visione reazionaria o di conservazione.

Le applicazioni pratiche dell'istituto del provvedimento cautelare d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* sono riscontrabili in molteplici settori.

Preliminarmente si deve affermare l'esistenza di una interferenza tra profili di tutela processuale e di diritto sostanziale. La tutela di condanna può assumere connotati e funzioni diversi in base a eterogenee esigenze o secondo la struttura delle singole situazioni sostanziali.

Con riferimento all'ambito lavorativo, ad esempio, il legislatore, nonostante la qualifica di "prestazione infungibile" per la reintegrazione del lavoratore e la conseguente impossibilità di esecuzione in forma specifica, ha tentato di usare ogni mezzo disponibile per ottenerne il relativo adempimento, sia pure in via coattiva.

Il rimedio è stato quindi impostato sul ricorso a forme di esecuzione indiretta per conseguire il risultato atteso dal lavoratore-creditore e sull'attribuzione della qualifica di "titolo esecutivo" a una sentenza non eseguibile secondo le forme processuali codificate.

All'inizio degli Anni Duemila alcune ordinanze del Tribunale di Napoli hanno affrontato la questione della tutela cautelare in materia di lavoro con soluzioni anche contrastanti rispetto alle tesi interpretative allora prevalenti in giurisprudenza e dottrina.

L'ordinanza datata 7 maggio 2002, inerente alla richiesta di reintegrazione nel posto di lavoro da parte di un dirigente licenziato, aveva rilevato il requisito del *periculum in mora* e quindi riconosciuto l'ammissibilità della tutela cautelare del diritto di credito e la gravità del pregiudizio alla professionalità e all'immagine, a condizione però che fosse provata in concreto la lesione attuale dei beni da garantire.

Un secondo provvedimento di tal genere, del 13 aprile 2002, si era invece attestato sulla inapplicabilità della tutela cautelare in presenza della violazione dell'art. 2103 c.c.²⁷⁸, in quanto non si riteneva possibile, senza una norma quale l'art. 18 della L. 300/70, costringere il datore di lavoro a ripristinare l'originaria situazione pregressa e a ottenere con il provvedimento d'urgenza un risultato che non si sarebbe potuto ottenere con la sentenza di merito.

²⁷⁸ Art. 2103 c.c.: "Mansioni del lavoratore: Il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti alla categoria superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte, senza alcuna diminuzione della retribuzione. Nel caso di assegnazione a mansioni superiori il prestatore ha diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta, e l'assegnazione stessa diviene definitiva, ove la medesima non abbia avuto luogo per sostituzione di lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto, dopo un periodo fissato dai contratti collettivi, e comunque non superiore a tre mesi. Egli non può essere trasferito da una unità produttiva ad una altra se non per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive. Ogni patto contrario è nullo".

In simili fattispecie si è ritenuta adeguata la misura coercitiva prevista nel caso di illegittimo licenziamento ai danni di un sindacalista interno: il datore che non rispetti quanto previsto nella sentenza di condanna o nel provvedimento sommario emesso *ex art. 18, c.10* dello Statuto dei lavoratori, dovrebbe pagare al Fondo adeguamento pensioni la retribuzione e una somma pari all'importo della retribuzione dovuta al lavoratore, per ogni giorno di ritardo nella reintegra. Proprio in riferimento al suddetto art. 18, esso costituisce l'atteggiarsi a "sanzione civile" di una misura coercitiva consistente nel pagamento di una somma di denaro al creditore o a un terzo. Inteso "sanzione penale", l'ulteriore inadempimento si presenta come fosse un reato, collegato all'art. 28 della medesima L. 300/70²⁷⁹, al cui interno le funzioni repressiva e preventiva della condanna risultano chiaramente distinte.

In generale comunque si ritiene che, attraverso una sentenza o un provvedimento cautelare che prescriva ai sensi dell'art. 18 la reintegrazione del lavoratore precedentemente licenziato, il rapporto di lavoro possa essere giuridicamente ricostituito.

In simili fattispecie, il giudice condanna il datore di lavoro a reintegrare il dipendente ma anche a risarcire il danno subito a fronte dell'illegittimo licenziamento con una indennità rapportata alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegra. In alternativa il lavoratore ha la facoltà di chiedere un'indennità pari a quindici mensilità di retribuzione globale di fatto.

²⁷⁹ Art. 28 della Legge 20 maggio 1970, n. 300: "Repressione della condotta antisindacale: Qualora il datore di lavoro ponga in essere comportamenti diretti ad impedire o limitare l'esercizio della libertà e della attività sindacale nonché del diritto di sciopero, su ricorso degli organismi locali delle associazioni sindacali nazionali che vi abbiano interesse, il pretore (¹) del luogo ove è posto in essere il comportamento denunciato, nei due giorni successivi, convocate le parti ed assunte sommarie informazioni, qualora ritenga sussistente la violazione di cui al presente comma, ordina al datore di lavoro, con decreto motivato ed immediatamente esecutivo, la cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti. L'efficacia esecutiva del decreto non può essere revocata fino alla sentenza con cui il pretore (¹) in funzione di giudice del lavoro definisce il giudizio instaurato a norma del comma successivo. Contro il decreto che decide sul ricorso è ammessa, entro 15 giorni dalla comunicazione del decreto alle parti opposizione davanti al pretore (¹) in funzione di giudice del lavoro che decide con sentenza immediatamente esecutiva. Si osservano le disposizioni degli articoli 413 e seguenti del codice di procedura civile. Il datore di lavoro che non ottempera al decreto, di cui al primo comma, o alla sentenza pronunciata nel giudizio di opposizione è punito ai sensi dell'articolo 650 del codice penale. L'autorità giudiziaria ordina la pubblicazione della sentenza penale di condanna nei modi stabiliti dall'articolo 36 del codice penale.

[Se il comportamento di cui al primo comma è posto in essere da una amministrazione statale o da un altro ente pubblico non economico, l'azione è proposta con ricorso davanti al pretore (¹) competente per territorio.]

[Qualora il comportamento antisindacale sia lesivo anche di situazioni soggettive inerenti al rapporto di impiego, le organizzazioni sindacali di cui al primo comma, ove intendano ottenere anche la rimozione dei provvedimenti lesivi delle predette situazioni, propongono il ricorso davanti al tribunale amministrativo regionale competente per territorio, che provvede in via di urgenza con le modalità di cui al primo comma. Contro il decreto che decide sul ricorso è ammessa, entro quindici giorni dalla comunicazione del decreto alle parti, opposizione davanti allo stesso tribunale, che decide con sentenza immediatamente esecutiva.]

In materia di controversie di lavoro la giurisprudenza di merito ha ritenuto che l'esistenza del *periculum in mora* debba essere accertata caso per caso in relazione all'effettiva situazione socioeconomica del "lavoratore": il ricorrente dovrà quindi allegare e provare circostanze relative non solo alla sua situazione familiare ma anche alla necessità di affrontare spese indilazionabili e alla compromissione del proprio equilibrio psico-fisico.

Simili riferimenti devono permettere di rilevare che la perdita del posto di lavoro o la mancata assunzione, con conseguente perdita o non acquisizione della retribuzione, possano configurarsi come fonte di irreparabile pregiudizio.

Si è considerato che il *periculum in mora* vada oltre il semplice fatto della disoccupazione poiché, in caso contrario, ogni licenziamento integrerebbe un pregiudizio imminente e irreparabile, rendendo il ricorso all'art. 700 c.p.c. uno strumento ordinario per rilevare l'illegittimità del recesso datoriale, in contrasto con la disciplina del processo del lavoro la cui naturale forma di impugnativa del licenziamento è prevista *ex art.* 414 c.p.c.

Nel 2002 l'impiego del provvedimento cautelare d'urgenza era stato richiesto al Tribunale di Roma nel caso relativo al giornalista RAI Michele Santoro, per adibire quest'ultimo "*alle mansioni di cui al contratto del 14.4.1999, così come effettivamente svolte ed esercitate in concreto, ovvero alla realizzazione e alla conduzione di programmi televisivi di approfondimento dell'informazione di attualità*", sostenendo l'illegittimità del comportamento datoriale che ne aveva determinato il demansionamento.

A fronte del reclamo *ex art.* 669 *terdecies* c.p.c., del 9 dicembre 2003, presentato dalla RAI contro l'ordinanza del Tribunale di Roma, in accoglimento del ricorso per applicare l'art. 700 c.p.c., fu pronunciata un'ordinanza di conferma dell'obbligo di reintegra, richiamando la consolidata giurisprudenza quanto al *periculum in mora*, "*secondo cui la privazione del contenuto professionale proprio della qualifica di appartenenza integra in re ipsa un pregiudizio, avendo il lavoratore il diritto a vedere mantenuto integro il proprio status, e, a prescindere da eventuali profili di danno patrimoniale indotti dalla situazione, egli ha comunque diritto a vedere reintegrata la propria posizione lavorativa lesa dal comportamento datoriale illegittimo. Ed infatti il ridimensionamento professionale di un lavoratore non solo viola lo specifico divieto di cui all'art. 2103 c.c., ma ridonda in lesione del diritto fondamentale, da riconoscere al lavoratore anche in quanto cittadino, alla libera esplicazione della sua personalità nel luogo di lavoro (cfr. Cass. 11727/99). La circostanza che un lavoratore sia privato delle mansioni rende configurabile un danno a carico dello stesso, consistente nell'impovertimento delle sue capacità professionali dovuto al mancato esercizio della professione (Cass. n.9228/2001, nella causa RAI - Martorano). A tali considerazioni di carattere generale, peraltro di per sé assorbenti, si impone nella fattispecie l'ulteriore*

osservazione che la posizione assunta dal Santoro nel non breve esercizio di mansioni di oggettivo rilievo all'interno della programmazione RAI e l'elevato livello di competenza e professionalità raggiunta, costituiscono sicuri indici di apprezzamento dell'entità del danno indotto dalla denunciata privazione di mansioni".

Ancora a favore dell'applicazione dell'art. 700 c.p.c. si è espresso il Tribunale di Roma in relazione alla controversia tra la giornalista Tiziana Ferrario e la RAI, con ordinanza del 28 dicembre 2010, confermata successivamente tramite il rigetto del reclamo proposto.

In tale fattispecie erano ravvisate una lesione della professionalità della lavoratrice e l'attuazione di una condotta discriminatoria nei suoi confronti, derivante dallo spostamento incorso dalle mansioni precedentemente svolte di conduttrice di telegiornale.

Il giudice dell'ordinanza aveva ritenuto di non condividere la preliminare doglianza in memoria relativa all'inammissibilità del ricorso in quanto, pur essendo la prestazione della reintegra incoercibile *in executivis*, l'ordine in tal senso avrebbe potuto già di per sé indurre l'obbligato a conformarvisi spontaneamente.

Quanto alle conseguenze del licenziamento illegittimo non si produrrà, anche a fini previdenziali, l'estinzione del rapporto lavorativo. In tal senso, inoltre, la sentenza giudiziale è considerabile quale forma di controllo a garanzia della parte debole del rapporto lavorativo (lo si ricostruisce retroattivamente).

Per quanto attiene all'interesse protetto dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, è stato autorevolmente osservato come l'eventuale infungibilità riscontrata non dipenda da caratteristiche "naturali" della prestazione richiesta al datore: il ripristino della collaborazione lavorativa può essere conseguito anche senza la cooperazione dell'obbligato e quindi, ad esempio, tramite la nomina di un commissario *ad acta* per reintegrare il lavoratore leso, nonostante sia diritto del datore organizzare la propria attività imprenditoriale.

In tal caso però è evidente non si tratti di incoercibilità *in re ipsa* dato che l'infungibilità non risulta intrinseca alla richiesta prestazione.

Il contenuto dell'obbligo di reintegra ha natura complessa e consiste nella riammissione nel posto della controparte "debole" per poter essere in tal modo produttivamente reinserita.

La relativa attuazione esige quindi che l'imprenditore ponga in essere più comportamenti tipicamente rivolti tanto a riammettere il lavoratore nella sua precedente posizione (obbligo di *pati*) quanto a pianificare l'attività lavorativa attraverso un insostituibile comportamento attivo del datore di lavoro (obbligo di fare in senso stretto).

La verifica su coercibilità e surrogabilità del comportamento datoriale deve tener conto del carattere continuativo degli obblighi mirati all'effettivo reinserimento del lavoratore.

L'incoercibilità specifica della reintegra deriva dalla natura intrinsecamente esclusiva del potere organizzativo cui l'obbligo accede, che è un potere riservato all'imprenditore e ai suoi collaboratori gerarchici, ex artt. 2104 e 2086 c.c., necessariamente coordinato alla collaborazione cui è tipicamente finalizzata la prestazione del lavoratore subordinato, ai sensi dell'art. 2094 c.c.

L'orientamento preminente in giurisprudenza e in dottrina afferma la totale infungibilità dell'obbligo di reintegra e individua l'apposita misura compulsoria voluta dal legislatore nell'obbligo di erogare comunque la retribuzione in un momento successivo alla sentenza. La giurisprudenza di merito ha poi cercato di *“dimostrare che, ai fini dell'eseguità in via coattiva, l'obbligo di reintegra, non consistendo in una prestazione omogenea, dovrebbe essere 'scomposto' in una pluralità di singole prestazioni articolate, tra loro eterogenee, ed obblighi, alcuni dei quali possono essere ottenuti in executivis, altri no.*

Andrebbe, pertanto, di volta in volta verificato, all'interno della fattispecie, quali obblighi siano fungibili, e di conseguenza direttamente coercibili, e quali, diversamente, siano attività assolutamente infungibili e pertanto sfuggenti ad ogni coercizione diretta”²⁸⁰.

In altro ambito, relativo al rapporto di subfornitura, ove è stata varata la Legge 18 giugno 1998, n. 192, il legislatore ha preso in maggiore considerazione la posizione degli imprenditori economicamente più deboli rispetto ai committenti, spesso anche “cattivi” pagatori.

Il provvedimento cautelare d'urgenza è stato ammesso anche in relazione all' “abuso di dipendenza economica”²⁸¹, previsto ai sensi dell' art. 9 della suddetta legge²⁸².

Il Tribunale di Catania, con ordinanza del 9 luglio 2009, ha accordato *“la tutela cautelare al subfornitore che lamenti l'abuso del proprio stato di dipendenza economica, in considerazione dell'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali da parte del suo unico committente (nel*

²⁸⁰ R. LONERO, *Nemo ad factum cogi potest*, in

http://www.csddl.it/csddl/attachments/291_Nemo%20ad%20factum%20cogi%20potest.pdf.

²⁸¹ D. MINUSSI, *Abuso di dipendenza economica nel contratto di subfornitura*, in http://www.e-glossa.it/wiki/abuso_di_dipendenza_economica_nel_contratto_di_subfornitura.aspx: “La nozione di dipendenza economica è ricavata con riferimento ai rapporti di forza tra le imprese, quando una di esse è in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità, per la parte che abbia subito l'abuso, di reperire sul mercato alternative soddisfacenti. La condotta abusiva, per propria natura non rigidamente tipizzabile, può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nell'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto”.

²⁸² Trib. Catania, 5 gennaio 2004, sul provvedimento ex art. 700 c.p.c. in materia di abuso di dipendenza economica: “In primo luogo risulta rispettata la funzione residuale attribuita ai provvedimenti d'urgenza dall'art. 700 C.p.C., attesa la mancata previsione di uno strumento cautelare specifico e, per altro verso, considerando come il ricorso alla procedura prevista dall'art. 700 c.p.c. deve comunque ritenersi ammissibile, - in mancanza di un'espressa limitazione normativa e non potendosi tale limite desumere dal sistema, - anche quando il diritto rispetto al quale si denuncia l'esistenza di un pregiudizio imminente ed irreparabile debba o possa essere fatto valere mediante l'esercizio di un'azione avente natura costitutiva, com'è quella di merito prospettata nel caso in esame (cfr. Cass. 475/56)”.

caso di specie si ordina a quest'ultimo di mantenere in vita il rapporto commerciale per i successivi cinque anni sulla base di determinate condizioni contrattuali)”.

In senso contrario è possibile ricordare le ordinanze del Tribunale di Roma, datate 20 maggio e 12 settembre 2002²⁸³: *“Occorre osservare che costituisce orientamento consolidato della Suprema corte, in tema di inammissibilità della condanna all'adempimento di un'obbligazione avente ad oggetto un facere infungibile, quello secondo il quale il requisito essenziale di ogni pronuncia è la sua coercibilità e quindi la fungibilità della prestazione dovuta senza la quale l'esecuzione in forma specifica, ai sensi dell'art. 612 c.p.c., è addirittura fisicamente impossibile, nemo ad factum cogi potest; ne discende quindi che, alla luce di tale indirizzo giurisprudenziale ed alla stregua del principio di strumentalità che caratterizza il provvedimento ai sensi dell'art. 700 c.p.c. rispetto alla proponenda azione di merito, la tutela anticipatoria del diritto invocata dalla reclamante non appare esercitabile in considerazione del fatto che essa non potrebbe essere eseguita e poi, in sede di giudizio di cognizione, trovare conferma ed applicabilità. Giova inoltre sottolineare che attraverso un provvedimento di tutela atipica quale quello ex art. 700 c.p.c., non può essere alterata la struttura dei rapporti sostanziali discendenti da un contratto al fine di collocare uno dei contraenti in una posizione privilegiata concretizzantesi nell'inibire, attraverso tale strumento, l'esercizio di poteri attribuiti dal contratto ai soggetti di un rapporto obbligatorio come nella fattispecie, ove si controverte in merito alla validità ed all'esecuzione del sinallagma tra essi intercorso”*.

²⁸³ Trib. Roma, ord. 12 settembre 2002, in *Foro it.*, 2002, I, pp. 3213 e ss.

CONCLUSIONI.

Ai sensi dell'art. 24 c.1 Cost. *“Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi”*: il dettato della suddetta norma costituzionale è stato a lungo disatteso dal legislatore contribuendo a permettere la sussistenza di una grave lacuna all'interno del processo civile esecutivo, specialmente in materia di tutela degli obblighi di fare infungibili e di non fare. In primo luogo l'oggetto della ricerca ha comportato un necessario ampliamento dell'analisi delle caratteristiche e della collocazione delle misure cautelari d'urgenza all'interno del Libro IV del codice di rito, poichè l'art. 700 c.p.c. non ne individua precipuamente i presupposti nè gli effetti. Inoltre, per affrontare consapevolmente le problematiche riconducibili all'ammissibilità della tutela cautelare per obblighi di fare infungibili o di non fare, è stato essenziale ripercorrere i profili di diritto sostanziale concernenti le nozioni di “obbligazione” e di “infungibilità”.

La disciplina è stata quindi speculata dalla prospettiva del vincolo che si esplica nella schematica sequenza debitore-oggetto-creditore.

Nel caso di inadempimento di un obbligo di fare infungibile che, in quanto tale, può essere reso unicamente dal soggetto debitore originario o comunque tramite sua cooperazione, il creditore potrà rivolgersi al giudice al fine di ottenere solo un provvedimento consistente in un ordine ad adempiere e, in aggiunta, per mancata ottemperanza ad esso, nella prescrizione del pagamento di una determinata somma di denaro ai sensi dell'art. 614 *bis* c.p.c., introdotto dalla Legge 18 giugno 2009, n. 69, su *“Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile”*.

Ex art. 614 bis c.p.c., quindi, il giudice che emani un provvedimento di condanna all'esecuzione di obblighi di fare infungibili o di non fare potrà anche fissare, all'interno del suddetto provvedimento e su richiesta di parte, l'ammontare della *“somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva al provvedimento di condanna, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento”*.

Qualora non fosse ottemperato l'ordine del giudice ad adempiere, la somma di denaro inserita nel provvedimento di condanna sarebbe da considerare come forma di “pressione psicologica” a carico del soggetto debitore, tale da indurlo ad adempiere spontaneamente la prestazione infungibile. Gli sbocchi del procedimento di merito così avviato potrebbero essere alternativamente: -adempimento spontaneo della prestazione infungibile da parte del debitore (poiché, appunto, solo lui potrà adempierla), in specie a seguito dell'ordine emanato dalla solenne autorità giudiziale;

-non adempimento della prestazione infungibile, con conseguente richiesta della parte lesa per il pagamento di una determinata somma di denaro prevista dal giudice nell'ambito della "misura coercitiva" di cui all'art. 614 *bis* c.p.c.

Il creditore notificherà l'atto di precetto dando inizio all'esecuzione forzata per recuperare il denaro previsto dal provvedimento giurisdizionale.

Nessun bisogno di ricorrere ad altri mezzi o di adire nuovamente il giudice, bensì esperimento di un'azione diretta al recupero del credito dovuto.

Quanto al provvedimento cautelare eventualmente richiesto, la funzione sua propria è evitare, del tutto o il più possibile, che il diritto dedotto in giudizio dal creditore sia colpito da un danno attuale, difficilmente riparabile, causato dalla consueta durata del processo avviato per l'accertamento dell'inadempimento dell'obbligo di fare infungibile.

Il provvedimento cautelare in primo luogo conterrà l'ordine di adempiere oggetto della richiesta nel procedimento di merito, fermo restando che, essendo tale ordine riferito a una prestazione di fare infungibile, dovrà essere accompagnato proprio dalla richiesta di una forte penalità in caso di persistente inadempienza.

Certamente ormai la tutela cautelare d'urgenza può essere utilizzata anche con preordinazione strumentale ai processi di mero accertamento e di accertamento costitutivo, ambiti dai quali l'esecuzione forzata risulta esclusa per definizione.

Nelle fattispecie in cui la tutela d'urgenza è stata ammessa il ragionamento si è fondato sul presupposto secondo il quale non vi siano motivi, in diritto positivo, volti a impedire l'emanazione di provvedimenti d'urgenza per tutelare rapporti obbligatori di fare infungibili.

Infatti la semplice constatazione per cui, tramite istanza cautelare *ex art. 700 c.p.c.*, sia stato chiesto un provvedimento non suscettibile di esecuzione in forma specifica, permette di proporre comunque la suddetta domanda dato che l'eventuale provvedimento di accoglimento potrebbe esercitare un tipo indiretto di coazione sulla mancata ottemperanza al previo ordine giudiziale.

Anche riguardo gli obblighi di fare e di non fare infungibili, l'orientamento dottrinario prevalente intende ritenere ammissibile l'adozione di provvedimenti di condanna ai sensi dell'art. 700 c.p.c., dal contenuto inibitorio, a prescindere dalla concreta possibilità di dar loro attuazione.

Nonostante la difficoltà o l'impossibilità di attuazione in via coercitiva dei provvedimenti si mantiene l'idoneità degli stessi a esercitare una certa pressione sull'obbligato per ottenere l'adempimento volontario.

Se a fronte del provvedimento cautelare in questione il debitore adempisse la prestazione di fare infungibile, il creditore sarebbe soddisfatto esattamente come in caso di ottemperanza al provvedimento di merito che ingiungesse al debitore di adempiere l'obbligazione suddetta. Il provvedimento cautelare avrebbe comunque la finalità di “forzare psicologicamente” il debitore ad adempiere *sua sponte*.

Inoltre si otterrebbe così l'auspicato deflazionamento dell'elevata quantità di procedimenti di merito instaurati.

Ma se così non fosse e se quindi il debitore persistesse nel suo inadempimento, nonostante il provvedimento cautelare, egli dovrebbe comunque versare a controparte la somma di denaro prevista in caso di inottemperanza all'ordine del magistrato.

Se al termine del procedimento di merito il giudice si pronunciasse a favore del debitore, non emettendo la sentenza di condanna richiesta dal creditore, la somma versata a quest'ultimo in via cautelare andrebbe invece restituita al debitore vittorioso.

Dott.ssa Francesca Saccaro

BIBLIOGRAFIA.

- D. AMADEI, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, in http://judicium.it/news/ins_18_09_09/Amadei%20riforma.html.
- V. ANDRIOLI, *Intorno al disegno di legge delega per il nuovo codice di procedura civile*, in *Dir. giur.*, 1983.
- G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, III, Bari, 2010.
- L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1946.
- S. BARBIERI, *La sentenza di condanna come titolo esecutivo*, estratto da *LA CALABRIA GIUDIZIARIA*, anno XXVI.
- E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953.
- M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1993.
- G. BORRE', *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, Napoli, 1966.
- L. BOYER, *Le astreintes nel diritto francese*, in *Jus*, I, 1954.
- F. D. BUSNELLI, *Verso una riscoperta delle pene private?*, in *Resp. civ. e prev.*, 1984.
- P. CALAMANDREI, *La sentenza come atto di esecuzione forzata*, Messina, 1931.
- P. CALAMANDREI, *La condanna*, Padova, 1932.
- P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, Napoli, 1983, IX.
- C. CALVOSA, *La sentenza condizionale*, Roma, 1948.
- R. CAPONI, *La tutela cautelare nel processo civile tedesco*, in (a cura di) S. PATTI, *Annuario di diritto tedesco*, Milano, 1998.
- M. CAPPELLETTI, *Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale. Art. 24 Costituzione e "due process of law clause"*, in *Giur. cost.*, 1961.
- B. CAPPONI, *Astreintes nel processo civile italiano?*, in *Giust. civ.*, 1999, II.
- E. CARBONE, *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, Torino, 2007. M.
- CARBONI, *Concetto e contenuto dell'obbligazione nel diritto odierno*, Torino, 1912.
- F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936.
- A. CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino, 1997.
- A. CHIANALE, *L'obbligazione in generale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XII, Torino, 1995.
- S. CHIARLONI in *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980.
- G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1912 (ristampa inalterata, Napoli, 1965).
- G. CHIOVENDA, *Sulla natura della espropriazione forzata*, in *Riv. dir. proc.*, 1926, I.
- G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1944.
- A. CHIZZINI, *Dell'esecuzione forzata degli obblighi di fare o di non fare*, in *La riforma della giustizia civile*, in (a cura di) G. Balena, R. Caponi, A. Chizzini, S. Merchini, *La riforma della giustizia civile*, Torino, 2009.

R. CICALA, *Concetto di divisibilità e di indivisibilità dell'obbligazione*, Napoli, 1953.

F. CIPRIANI, G. CIVININI, A. PROTO PISANI, *Una strategia per la giustizia civile nella quattordicesima legislatura*, in *Foro it.*, V, 2001.

M. CONDINANZI e R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009.

C. CONSOLO, *Il nuovo processo cautelare. Problemi e casi*, Torino, 1998.

C. CONSOLO, *Una buona "novella" al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corr. Giur.*, Milanofiori Assago, 2009, 6.

J. V. D'AMICO, *Novità in tema di tutela cautelare in Italia alla luce dell'esperienza francese dei référé*, in http://judicium.it/news/ins_06_09_06/SaggioRefere.pdf.

V. DE GIOIA, *Il nuovissimo processo civile dopo le riforme del 2010*, Forlì, 2010.

G. DE MARZO, *Legge comunitaria 2001 e tutela del contraente debole*, in *Corr. giur.*, 2002.

F. DE STEFANO, *L'esecuzione indiretta: la coercitoria, via italiana alle "astreintes"*, in *Corr. merito*, 2009a, Milanofiori Assago.

F. DE STEFANO, *Note a prima lettura della riforma del 2009 delle norme sul processo esecutivo ed in particolare dell'art. 614-bis c.p.c.*, in *Riv. es. forz.*, 2009b.

V. DENTI, *A proposito di esecuzione forzata e di politica del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1983.

V. DENTI, «*Flashes*» *su accertamento e condanna*, in *Riv. dir. proc.*, 1985.

F. DI LORENZO, *Osservazioni minime in tema di tutela cautelare degli obblighi infungibili e mezzi coercitivi indiretti*, in http://mediazione_civile.diritto.it/materiali/processuale_civile/dilorenzo.html.

L. DITTRICH, *Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in (a cura di) G. TARZIA e A. SALETTI, *Il processo cautelare*, Padova, 2008.

P. C. FAZIO, *La riforma del procedimento cautelare*, in <http://www.tesionline.com/intl/preview.jsp?id=21155>.

A. FRIGNANI, *Le penalità di mora e le astreintes nei diritti che si ispirano al modello francese*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I.

M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, 1968.

R. GIOVAGNOLI e S. CAPITANO, *I procedimenti cautelari*, Milano, 2010.

W. GRUNSKY, voce: "*Processo civile (Germania)*", in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XV, 1997.

R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011.

S. GUINCHAR e T. MOUSSA, *Droit et pratique des voies d'exécution*, Paris, 2004. O.

W. HOLMES, *The Common law*, New York, 1991, originally published Boston, 1881

G. IMPAGNATIELLO, *La provvisoria esecutorietà*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992

F. LANCELLOTTI, voce: "*Sentenza civile*", in *Noviss. Dig. it.*, XIV, 1969.

A. LOMBARDI, *Le modifiche apportate dalla l. n. 69 del 18 giugno 2009 in materia di processo di esecuzione*, in *Giur. merito*, 2009, II.

R. LONERO, *Nemo ad factum cogi potest*, in http://www.csddl.it/csddl/attachments/291_Nemo%20ad%20factum%20cogi%20potest.pdf.

- F. P. LUISO, *Prime osservazioni sul disegno Mastella*, in http://judicium.it/news/ins_02_04_07/PLuisoPrimeOsservazioniMastella.html.
- F. LUISO, *Diritto processuale civile*, III, *Il processo esecutivo*, Milano, 2009.
- F. LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, *I processi speciali*, Milano, 2009.
- M. MAGIONCALDA, *Incidente di costituzionalità e procedimento d'urgenza: un problema ancora aperto*, in (a cura di) P. COSTANZO, *Percorsi attuali della giustizia costituzionale*, Milano, 1995.
- C. MANDRIOLI, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano, 1953.
- C. MANDRIOLI, *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976.
- C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2009.
- C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, IV, Torino, 2009.
- C. MANDRIOLI e A. CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009.
- L. MARAZIA, *Astreintes e altre misure coercitive per l'effettività della tutela civile di condanna*, in *Riv. esec. forz.*, 2004.
- L. MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, Milano, 1954.
- E. MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella L. 69/2009*, in *Riv. dir. proc.*, 2009-II, Padova.
- C. J. MILLER, *Contempt of court*, Oxford, 2000.
- . MINUSSI, *Abuso di dipendenza economica nel contratto di subfornitura*, in http://www.e-glossa.it/wiki/abuso_di_dipendenza_economica_nel_contratto_di_subfornitura.aspx.
- G. MONTELEONE, *Recenti sviluppi nella dottrina dell'esecuzione forzata*, in *Riv. dir. proc.*, 1982.
- G. MONTELEONE, *Condanna civile e titoli esecutivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990.
- L. MONTESANO, *Condanna civile e tutela esecutiva*, Napoli, 1965.
- L. MONTESANO, voce: "Esecuzione specifica", in *Enc. dir.*, XV, 1966.
- L. MONTESANO, *Le prove*, in *Incontro sulla riforma del processo civile*, 1979, Milano.
- L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1994.
- U. NATOLI, *La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio (art. 1175 c.c.)*, in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975.
- C. NOBILI, *Le obbligazioni*, Milano, 2008.
- Nuovo processo civile e giudice unico- la giustizia civile tra crisi e riforme - atti del Convegno*, Napoli, 6-7-8 novembre 1998, Milano, 2000.
- R. PARTISANI, *Fungibilità e infungibilità nelle diverse specie di obbligazioni*, in (a cura di) M. FRANZONI, *Le obbligazioni*, I, *L'obbligazione in generale (1173-1320 c.c.)*, 2004.
- R. PERROT, *La coercizione per dissuasione nel diritto francese*, in *Riv. dir. proc.*, II, Padova, 1996.
- A. PROTO PISANI, *L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna*, in *Riv. dir. proc.*, 1975.
- A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978.

- A. PROTO PISANI, *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982.
- A. PROTO PISANI, *Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria*, in *Foro it.*, V, 1983.
- A. PROTO PISANI, *Rilevanza costituzionale del principio secondo cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione*, in *Foro it.*, 1985, II.
- A. PROTO PISANI, voce: “*Sentenza di condanna*”, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVIII, 1998.
- A. PROTO PISANI, *Condanna (e misure coercitive)*, in *Foro.it.*, III, 2007.
- C. PUNZI, *Novità legislative e ulteriori proposte di riforma in materia di processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008.
- L. QUERZOLA, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, Bologna, 2006.
- S. RECCHIONI, *Strumentalità cautelare e cumulo oggettivo di domande nel processo “di merito”*, in *Corr. giur.*, 2002.
- S. RECCHIONI, *L’oggetto del processo cautelare civile nell’epoca dell’omologazione europea*, in http://judicium.it/news/ins_04_11_08/Recchioni,%20nuovi%20saggi.html.
- R. REDENTI, *Profili pratici del diritto processuale civile*, Milano, 1939. N.
- RESTAINO, *L’esecuzione coattiva in forma specifica*, Roma, 1948.
- E. F. RICCI, *Ancora novità (non tutte importanti, non tutte pregevoli) sul processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2008.
- V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001.
- M. SICA, *Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimento d’urgenza nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1991.
- C. SILVESTRI e M. TARUFFO, voce: “*Esecuzione forzata e misure coercitive*”, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1988.
- C. SILVESTRI, *Il référé nell’esperienza giuridica francese*, Torino, 2005.
- E. SILVESTRI, *Rilievi comparatistici in tema di esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, in *Riv. dir. civ.*, I, Padova, 1988.
- M. TARUFFO, *L’attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998.
- F. TOMMASEO, voce: “*Provvedimenti di urgenza*”, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988.
- F. TOMMASEO, *Provvedimenti d’urgenza a tutela dei diritti implicanti un fare infungibile*, in *Studium Juris*, III, Padova 1997.
- F. TOMMASEO, *Il fondamento costituzionale della tutela cautelare*, in *STUDI IN ONORE DI CARMINE PUNZI*, Torino, 2008.
- T. TORRESI, *Elementi costitutivi del rapporto obbligatorio. Le obbligazioni naturali e reali*, in (a cura di) P. FAVA, *Le obbligazioni*, I, Milano, 2008.
- P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2009.
- P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010.
- N. TROCKER, *Il valore costituzionale del “giusto processo”*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2001°.
- N. TROCKER, *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili*

generali, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, I, Milano, 2001b.

C. TURCO, *Lezioni di diritto privato*, Milano, 2011.

G. VASSALLI, *La mancata esecuzione di provvedimento del giudice*, Torino, 1938.

N. VENTURA, *L'esecuzione in forma specifica*, in (a cura di) G. MICCOLIS e C. PERAGO, *L'esecuzione forzata riformata*, Torino, 2009.

E. VULLO, *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, Torino, 2001.

A. ZARRELLI, *Fungibilità ed infungibilità nell'obbligazione*, Napoli, 1969.

GIURISPRUDENZA.

- Cass., 13 dicembre 1946.
- C.Cost. 9 luglio 1970, n. 122, in <http://www.giurcost.org/decisioni/1970/0122s-70.html>.
- Pret. Roma 23 novembre 1970, *Foro it.*, I, p. 1104.
- Pret. Genova, 18 novembre 1977, in *Giur. cost.*, 1978, II, pp. 139 ss.
- Cass., 16 settembre 1981, n. 5137.
- Pret. Legnano, 19 ottobre 1982, in *Foro it.*, 1984, I, p. 3042.
- Cass., 24 ottobre 1984, n. 5412, in *Giust. civ. Mass.*, 1984, p. 1764.
- Cass., 30 settembre 1989, n. 3947, in *Foro it.*, 1991, I, p. 600.
- Cass., 29 maggio 1990, n. 224.
- Cass., Sez. lav., 4 settembre 1990, n. 9125.
- Cass., 17 luglio 1992, n. 8721.
- Cass., 24 agosto 1994, n.7500.
- Trib. Ascoli Piceno 26 luglio 1995, *Foro it.*, 1996, I, p. 299.
- Trib. Palermo, 28 luglio 1995, in *Foro it.*, 1996, p. I, II, pp. 2251 e ss.
- Trib. Roma 17 gennaio 1996, *Foro it.*, 1996, I, p. 2251.
- Trib. Milano 2 ottobre 1997, *Foro it.*, 1998, I, p. 241.
- Cass. 13 ottobre 1997, n. 9957.
- Corte cost., 7 novembre 1997, n. 326.
- Cass. 13 ottobre 1997, n. 9957.
- Trib. Palermo, ord. caut. 8 gennaio 1999, in *Dir. fam. pers.*, 1999, p. 228.
- Trib. Milano 27 gennaio 1999, *Giur. it.*, 2000, 945.
- Cass. Civ., Sez. III, 27 agosto 1999, n. 9012.
- Cass., Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533.
- Trib. Roma, ord. 12 settembre 2002, in *Foro it.*, 2002, I, pp. 3213 e ss.
- Trib. Catania, 5 gennaio 2004.
- Cass., Sez. I civ., ord. 24 luglio 2007, n. 16328, in *Riv. dir. proc.*, 2008-I, pp. 849 ss.
- Cass., Sez. un., 5 ottobre 2007, n. 36692.
- Cass., Sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726.
- Trib. Verona, Sez. IV, 18 marzo 2009, in *Giur. merito*, 2010, 1, p. 132.

Trib. Catania-Bronte, ord. 9 luglio 2009, in *Foro it.*, 2009, p. 2813.

Trib. Terni, ord. 4 agosto 2009.

Trib. Terni, ord. 6 agosto 2009.

Trib. Torino, ord. 16 ottobre 2009, *Il Foro padano*, 2010.

Trib. Cagliari, ord. 19 ottobre 2009, in <http://www.judicium.it/admin/osservatorio/13/Art.%20614-bis,%20Trib.%20Cagliari%2019.10.09.pdf>.

Trib. Verona, ord. 9 marzo 2010, in *Giur. merito*, 2010, p. 1857.

Trib. Varese, Sez. I, ord. 16 febbraio 2011.

