

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 17/11/2014

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/36671-tutela-coattiva-degli-obblighi-infungibili-di-fare-e-di-non-fare>

Autore: Francesca Saccaro

Tutela coattiva degli obblighi infungibili di fare e di non fare

TUTELA COATTIVA DEGLI OBBLIGHI INFUNGIBILI DI FARE 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”¹.

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)².

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.

¹ F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, p. 181.

² 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.

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 indiretta³.

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 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"⁴. 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 specifica⁵ 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 fare o di non fare: "*più precisamente, relative ad obblighi di non fare, sia infungibili che fungibili, nonché ad obblighi di fare fungibili (ivi compresa, in quest'ultima categoria, l'obbligazione pecuniaria, quando abbia natura alimentare)*"⁶.

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.

³ 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')".

⁴ G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1912 (ristampa inalterata, Napoli, 1965), p. 81.

⁵ Vedi, tra gli altri, N. RESTAINO, *L'esecuzione coattiva in forma specifica*, Roma, 1948.

⁶ S. CHIARLONI, *Misure coercitive*, cit., p. 112.

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"⁷.

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 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*"⁸.

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.

⁷ Così il Progetto Liebman, poi recepito nel d.d.l. delega del 1981 per la riforma del codice di rito, al punto 24.

⁸ S. CHIARLONI, *Misure coercitive*, cit., pp. 117 e 118.

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 lavoro⁹, la tutela dei diritti di proprietà industriale e intellettuale¹⁰ o la tutela degli interessi dei consumatori.

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"¹¹, in armonia con la direttiva comunitaria 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 finale¹².

⁹ 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 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".

¹⁰ 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".

¹¹ 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 e', 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, e' depositato per l'omologazione nella cancelleria del tribunale del luogo nel quale si e' 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 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".

¹² Vedi anche G. DE MARZO, Legge comunitaria 2001 e tutela del contraente debole, in Corr. giur., 2002, pp. 681 ss.

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 668¹³ 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.

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. 459¹⁴, 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 prove¹⁵: speciale rilievo è stato attribuito, ad esempio, all'attuazione del provvedimento con cui il giudice dispone 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.

¹³ 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 comparisce o, comparendo, 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".

¹⁴ 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".

¹⁵ 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 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".

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 esibizione¹⁶.

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 obbligazione, per le quali l'esecuzione indiretta è ammessa, o mediante l'affidamento al giudice di un potere discrezionale in proposito"*¹⁷.

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*

¹⁶ 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".

¹⁷ A. PROTO PISANI, *Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria*, in *Foro it.*, V, 1983, pp. 141 ss.

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 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 pronuncia¹⁸.

— o o o —

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 antico¹⁹ per qualunque tipologia di prestazione non soddisfatta²⁰.

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 inadempimento²¹.

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).

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.

¹⁸ 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”.

¹⁹ V. anche N. RESTAINO, L'esecuzione, cit., pp. 1 ss.

²⁰ Gaio, Inst., IV, 48: “Ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est”.

²¹ In base alla Lex Poetelia Papiria del 326 a.C.: “pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esse”.

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 Digesto²², 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 secolo²³.

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.

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 mora²⁴ 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 BORRE²⁵ ha ricordato la riflessione di FERRARA, il quale seppe fornire una base teorica all'esecuzione indiretta²⁵.

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

²² Dig., II, 3, 1: "Omnibus magistrati bus non tamen duumviris, secundum ius potestatis suae concessum est iurisdictionem suam defendere poenali iudicio".

²³ V. G. BORRE', *Esecuzione forzata*, cit., pp. 12 e 13.

²⁴ 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 (...)".

²⁵ 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".

suddetta disposizione si sarebbe dunque potuta considerare quale riferimento normativo per un sistema applicabile all'esecuzione di qualsiasi obbligazione di fare strettamente personale.

Alcuni Autori²⁶ 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 Canelutti 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.

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 indiretta²⁷.

Ancora negli Anni '40, all'interno del codice di rito italiano, vigeva 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.

²⁶ G. BORRE' in *Esecuzione forzata*, cit., p. 29, ricorda studiosi quali GIORGI, POLACCO, ARE e SARFATTI.

²⁷ 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".

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.

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 dovuta²⁸.

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 lege²⁹.

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 penale³⁰, in modo da sanzionare gli inadempimenti colpevoli dei doveri infungibili, qualificandoli "reato".

²⁸ 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.

²⁹ 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 (...)".

³⁰ 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

A. PROTO PISANI aveva proposto un'interpretazione estensiva di tali due disposizioni³¹, ritenuta però inattuabile non solo attraverso "argomentazioni puramente valutative, ma anche con obiezioni di carattere tecnico giuridico che ne colpiscono alcuni aspetti essenziali"³².

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 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 cittadini³³. 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 positivo³⁴.

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

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".

³¹ A. PROTO PISANI, *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, pp. 174 ss.

³² C. SILVESTRI e M. TARUFFO, voce: "Esecuzione forzata e misure coercitive", in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1988, p. 8.

³³ V. G. MONTELEONE, *Recenti sviluppi nella dottrina dell'esecuzione forzata*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 284.

³⁴ V. G. MONTELEONE, *Recenti sviluppi*, cit., p. 300.

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 PISANI³⁵, 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 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 specifico³⁶.

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 interpretazione³⁷, 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.

CHIARLONI³⁸ si è pronunciato in totale disaccordo con VASSALLI³⁹, 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 prestazione⁴⁰.

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 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.

³⁵ V. A. PROTO PISANI, Appunti sulla tutela di condanna, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1978, II, p. 1175.

³⁶ A. PROTO PISANI, Appunti sulla giustizia civile, Bari, 1982, p. 178.

³⁷ R. GUASTINI, Interpretare e argomentare, Milano, 2011, p. 4.

³⁸ S. CHIARLONI, Misure coercitive, cit., pp. 177 ss.

³⁹ G. VASSALLI, La mancata esecuzione di provvedimento del giudice, Torino, 1938.

⁴⁰ G. MONTELEONE, Recenti sviluppi, cit., p. 289.

In tale ambito, la Legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2 ha inserito il principio del “giusto processo” nell’art. 111 della Carta fondamentale⁴¹, 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”⁴².

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*⁴³.

Proprio il diritto all’esecuzione dei provvedimenti è diventato, nell’ottica della Convenzione europea dei Diritti dell’Uomo⁴⁴, 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.

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 giudiziari, ricollegando tale esigenza al disegno di attuazione del precetto costituzionale dell’effettività della tutela esecutiva⁴⁵.

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’adempire.

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.

⁴¹ V. N. TROCKER, *Il valore costituzionale del “giusto processo”*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2001, pp. 381 ss.

⁴² 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.

⁴³ 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.

⁴⁴ V. Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950.

⁴⁵ 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.

A metà degli Anni '90 del XX secolo R. PERROT⁴⁶ 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.

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 convenuto⁴⁷ 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*⁴⁸ 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'adempimento⁴⁹.

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 sorte⁵⁰.

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.

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*).

⁴⁶ R. PERROT, La coercizione per dissuasione nel diritto francese, in Riv. dir. proc., II, Padova, 1996, pp. 658 ss.

⁴⁷ L. MARAZIA, *Astreintes* e altre misure coercitive per l'effettività della tutela civile di condanna, in Riv. esec. forz., 2004, p. 338.

⁴⁸ 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".

⁴⁹ V. A. PROTO PISANI, Condanna (e misure coercitive), in Foro.it., III, 2007, p. 3.

⁵⁰ F. DE STEFANO, *L'esecuzione indiretta: la coercitoria, via italiana alle "astreintes"*, in Corr. merito, 2009, Milanofiori Assago, p. 1181.

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 *ordinaria judicia*, 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"⁵¹.

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.

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 variegate e si registra una maggiore resistenza alla relativa concessione, a causa della previsione istituzionale di altri mezzi di coercizione in capo ai creditori pubblici.

⁵¹ In tal modo riportato da R. PERROT, *La coercizione*, cit., p. 669.

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 francese⁵².

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 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 denaro⁵³.

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 ne esauriscono il panorama: infatti è necessario riferirsi anche alla materia patrimoniale e di tutela dei diritti reali, di locazioni⁵⁴, 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 fare 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.

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

⁵² Si pensi, ad esempio, alla Legge 16 luglio 1980, n. 539, che ha esteso l'applicazione dell'istituto al contenzioso amministrativo.

⁵³ 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.

⁵⁴ Esclusi gli obblighi abitativi e relativi allo sfratto del locatario, come indicato su http://shop.wki.it/documenti/00109380_DEM.pdf.

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'etimologia 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 fare⁵⁵ 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 violazioni⁵⁶.

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. È 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.

Proprio in relazione alla suddetta problematica si inserisce l'utilizzo della "coercizione per dissuasione"⁵⁷ 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'astreinte⁵⁸.

I riferimenti sono al giudice dei *référé*s, 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.

⁵⁵ L. BOYER, *Le astreintes nel diritto francese*, in *Jus*, I, 1954, p. 421.

⁵⁶ 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".

⁵⁷ V. R. PERRROT, *La coercizione*, cit., p. 660.

⁵⁸ 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".

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.

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 Belgio⁵⁹.

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 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 minaccia⁶⁰.

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

⁵⁹ E. SILVESTRI, Rilevi 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".

⁶⁰ 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)".

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 subito⁶¹.

Nonostante la evidente importanza del tema, PERROT ha però rilevato come fosse in realtà raramente studiato dagli operatori del diritto⁶².

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 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.

— o o o —

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 Zwangstrafen 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"⁶³.

⁶¹ L. BOYER, *Le astreintes*, cit., p. 420.

⁶² V. R. PERROT, *La coercizione*, cit.

⁶³ L. MARAZIA, *Astreintes*, cit., p. 337.

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, 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 prestazione⁶⁴.

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 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 natura⁶⁵: le sue forme possono infatti essere di "civil contempt" in caso di inadempimento di obblighi imposti da un provvedimento definitivo o provvisorio

⁶⁴ O. 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".

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 esplicatasi 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*”⁶⁶. Non mancano però riserve in tal senso.

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. 300/70⁶⁷.

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.

— o o o —

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.

⁶⁵ 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”.

⁶⁶ S. CHIARLONI, *Misure*, cit., p. 239.

⁶⁷ 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”.

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, 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 Trattato⁶⁸, 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 UNIDROIT⁶⁹.

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.

⁶⁸ 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'imprese 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".

⁶⁹ 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.

(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".

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 europee⁷⁰.

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.

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 costituzionale⁷¹.

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 provvedimento⁷².

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 Autori⁷³ 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 medesimo⁷⁴.

⁷⁰ 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 è 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".

⁷¹ 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.

⁷² F. LUISO, Diritto processuale civile, III, Il processo esecutivo, Milano, 2009, p. 235.

⁷³ 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.

⁷⁴ 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 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".

La possibilità di impiegare la norma in esame si rivolgerà alle prescrizioni di non fare 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 italiano⁷⁵, 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 inadeguata 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 sovra 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 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"⁷⁶, 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 rispettivamente⁷⁷.

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.

⁷⁵ 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".

⁷⁶ V. anche F. LUISO, *Diritto processuale civile, III, Il processo esecutivo*, Milano, 2009, p. 236.

⁷⁷ 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".

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 fare infungibile o a un non fare. Si considerano soprattutto i provvedimenti cautelari⁷⁸, i 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. CONSOLO⁷⁹.

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.

In capo al creditore non è previsto alcun onere di provare la violazione o la inosservanza dell'obbligato: 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

⁷⁸ 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 *astreintes*'. Questa proposta interpretativa, tuttavia, è rimasta fortemente minoritaria, senza 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".

⁷⁹ 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, pp. 740 ss.

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.”⁸⁰. 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.

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 condanna⁸¹.

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 principale⁸². 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 causa⁸³.

⁸⁰ 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.

⁸¹ In ciò si riscontra una differenza rispetto al modello francese.

⁸² 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”.

⁸³ 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.

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.

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”⁸⁴: all'eseguibilità della condanna si perviene al verificarsi di una determinata condizione⁸⁵.

⁸⁴ 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”.

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 condizionale⁸⁶.

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 condizionante⁸⁷.

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 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"⁸⁸.

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.

⁸⁵ 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".

⁸⁶ C. CALVOSA, *La sentenza condizionale*, cit., pp. 88 ss.

⁸⁷ V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, pp. 605 ss.

⁸⁸ 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.

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 destinatario dell'ordine giudiziale infungibile di fare o di non fare 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”⁸⁹.

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.⁹⁰

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.

Il legislatore italiano ha dunque in tal senso lasciato ampia discrezionalità al giudice⁹¹, 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 fare⁹².

⁸⁹ 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.

⁹⁰ 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”.

⁹¹ 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”.

⁹² 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’.

La relativa entità può essere determinata diversamente tramite la sentenza che definisce il procedimento di merito.

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 Cassazione⁹³, 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.

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.

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.)”.

⁹³ Cass., Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533.

Tale precisazione, in parte corrispondente alla tesi sostenuta da CHIARLONI negli Anni '80⁹⁴ 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 sindacale⁹⁵.

Proprio in ambito giuslavoristico la misura coercitiva pecuniaria nei confronti dei datori di lavoro ha statisticamente assunto notevole importanza⁹⁶.

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.

La suddetta esclusione conferma la infungibilità caratteristica di obbligazioni derivanti da rapporti di lavoro⁹⁷ 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 fare e di non fare per rapporti di collaborazione anche occasionale che implicino prestazioni d'opera, specie se di tipo personale e intellettuale⁹⁸.

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.

⁹⁴ V. S. CHIARLONI, *Misure coercitive*, cit.

⁹⁵ 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...".

⁹⁶ 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".

⁹⁷ V. anche G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, III, Bari, 2010, p. 158.

⁹⁸ A. LOMBARDI, *Le modifiche*, cit., p. 2084: "Il settore in cui la questione della coercibilità di provvedimenti di condanna ad un fare 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 (...)".

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.

Il sistema introdotto non è previsto in caso di obbligazioni di *facere fungibile*⁹⁹. 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*”¹⁰⁰.

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.

CONSOLO¹⁰¹ 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 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”¹⁰² 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'obligato, al fine di evitare il pagamento di cui all' art. 614 bis c.p.c.

⁹⁹ 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.

¹⁰⁰ A. LOMBARDI, Le modifiche, cit., p. 2088.

¹⁰¹ C. CONSOLO, Una buona “novella” al c.p.c., cit., p. 741.

¹⁰² C. CONSOLO, Una buona “novella” al c.p.c., cit.

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 capo¹⁰³.

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.

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'indebito 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:

¹⁰³ 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 tentato 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".

una simile esigenza ha fortemente influenzato il legislatore nell'opera di elaborazione e di introduzione dell'art. 614 bis c.p.c.

Dott.ssa Francesca Saccaro