



Corso di dottorato di ricerca in:

Scienze Giuridiche

Ciclo XXXIV

“L’art. 614 *bis* c.p.c. tra coercizione indiretta e azione di condanna”

Dottorando

Giovanni Pillot

Supervisore

Prof.ssa Paola Ziliotto

Anno 2022

SINTESI

Il presente elaborato ha come oggetto lo studio dell'art. 614 *bis* c.p.c., norma incaricata di disciplinare in via atipica la forma di tutela della cd. coercizione indiretta.

L'istituto è particolarmente innovativo e pone diversi problemi interpretativi cui si è data soluzione spesso ricorrendo alla comparazione con istituti affini; nello specifico, si sono alternati l'*astreinte* belga e la penalità di mora di cui all'art. 114, comma 4°, lett. e), c.p.a.

Peculiarità della ricerca è quella di aver trattato con precedenza una questione sistematica in cui l'art. 614 *bis* è coinvolto, ovvero il decennale dibattito circa l'esistenza o meno di una necessaria correlazione tra la pronuncia di una condanna e la praticabilità dell'esecuzione forzata. La soluzione al quesito è stata cercata mediante un'analisi della situazione antecedente all'entrata in vigore dell'art. 614 *bis*, svolta su due binari: quello statico dell'ordinamento positivo e quello dinamico e fluido delle opinioni degli interpreti. Sui risultati così ottenuti è stata valutata l'incidenza dell'art. 614 *bis*.

L'opzione metodologica appena descritta mira non solo a sciogliere i dubbi circa la summenzionata correlazione tra condanna ed esecuzione forzata, ma anche a dare chiarezza e rimuovere gli equivoci attorno alla funzione dell'art. 614 *bis*, così fornendo una solida base per la successiva analisi strutturale della norma e rendendo più comprensibile la diffusione ancora limitata dell'istituto, nonché, in senso più allargato, la sua difficoltà ad essere pienamente compreso a livello teorico.

INDICE

INTRODUZIONE	6
--------------------	---

CAPITOLO I - L'ART. 614 BIS C.P.C., OVVERO LA COERCIZIONE INDIRETTA ATIPICA NEL PROCESSO CIVILE

1. La coercizione indiretta atipica nel processo civile: l'art. 614 <i>bis</i> c.p.c.	9
2. I tratti essenziali delle misure di coercizione indiretta di cui all'art. 614 <i>bis</i> c.p.c. Una comparazione esterna e interna.	13
2.1 La posizione dell'art. 614 <i>bis</i> c.p.c. rispetto alle misure coercitive settoriali.	18
3. La centralità della sanzione rispetto alla finalità coercitiva dell'art. 614 <i>bis</i> c.p.c. Esclusione di interessi pubblicistici e di scopi risarcitori.	20

CAPITOLO II - UNA QUESTIONE SISTEMATICA: L'ART. 614 BIS C.P.C. E LA CORRELAZIONE NECESSARIA TRA CONDANNA ED ESECUZIONE FORZATA

Sezione I – Analisi dell'ordinamento e dello stato dell'arte prima dell'entrata in vigore dell'art. 614 *bis* c.p.c.

1. La necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata. Descrizione del fenomeno e opinioni a confronto.	26
2. La sentenza di condanna nell'ordinamento prima dell'introduzione dell'art. 614 <i>bis</i> c.p.c. a) Art. 474 c.p.c.: la sentenza di condanna è titolo esecutivo.	33
2.1 <i>Segue.</i> b) Art. 612 c.p.c.: la sentenza di condanna è titolo per l'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare.	35
2.2 <i>Segue.</i> c) Art. 2818 c.c.: la sentenza di condanna è titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.	38
2.3 <i>Segue.</i> d) Art. 2953 c.c.: il passaggio in giudicato della sentenza di condanna trasforma le prescrizioni brevi in prescrizioni decennali.	42
3. Risultato dell'analisi: tra condanna ed esecuzione forzata esiste una correlazione necessaria. Ulteriori conferme.	43

4. Lo scarto tra ordinamento positivo e principio di effettività della tutela come causa dell'avversione per la correlazione necessaria tra condanna ed esecuzione forzata. Conseguenze sull'interpretazione delle norme.	46
4.1 <i>Segue</i> . La valorizzazione degli effetti della condanna diversi dall'efficacia esecutiva. La tensione verso l'esatto adempimento conduce al diritto penale.	52
5. In attesa dell'art. 614 <i>bis</i> c.p.c. la dottrina si è sostituita al legislatore.	58

Sezione II - Ruolo dell'art. 614 *bis* c.p.c. nella discussione sull'esistenza di una necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata.

1. Il «provvedimento di condanna» e gli «obblighi di fare infungibile e di non fare». L'art. 614 <i>bis</i> c.p.c. come nuovo elemento nel dibattito attorno all'esistenza di una necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata.	60
2. La «richiesta di parte» è un'istanza endoprocessuale. Il «provvedimento di condanna» è quello conclusivo del grado di giudizio in cui è stata proposta la richiesta <i>ex art.</i> 614 <i>bis</i> c.p.c.	67
3. L'art. 614 <i>bis</i> c.p.c. non ha una portata sistematica rispetto alla tutela di condanna.	68
4. L'applicazione della misura coercitiva indiretta di cui all'art. 614 <i>bis</i> c.p.c. come presupposto di ammissibilità della domanda di condanna avente ad oggetto un obbligo infungibile.	72
4.1 <i>Segue</i> . Conseguenze.	74
5. Riflessioni conclusive.	76

CAPITOLO III - L'AMBITO DI APPLICAZIONE DELL'ART. 614 *BIS* C.P.C.

1. Premessa.	79
2. L'esclusione degli obblighi consistenti nel pagamento di somme di denaro.	79
3. L'esclusione delle controversie di lavoro subordinato pubblico o privato e dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409 c.p.c.	86
4. La misura coercitiva si applica con un provvedimento del giudice. Questioni attorno al verbale di conciliazione e al lodo arbitrale.	88
5. Il «provvedimento di condanna»: tra irrilevanza della forma e centralità del contenuto. Applicabilità della misura coercitiva in sede cautelare.	91

5.1 <i>Segue</i> . Inapplicabilità della misura coercitiva in processi di mero accertamento o costitutivi. Il caso specifico della pronuncia di cui all'art. 2932 c.c.	95
---	----

CAPITOLO IV – IL PROCEDIMENTO

Sezione I - La richiesta di parte, la decisione del giudice e la quantificazione della misura coercitiva.

1. La richiesta di parte e il relativo regime.	98
2. La decisione sull' <i>an</i> della misura coercitiva. Il requisito della non manifesta iniquità.	100
3. La determinazione dell'ammontare della misura coercitiva. Gli indici di cui al secondo comma dell'art. 614 <i>bis</i> c.p.c.	106
4. Il provvedimento di applicazione della misura coercitiva: una condanna accessoria subordinata ad un evento futuro ed incerto ed eventualmente ad un termine.	112

Sezione II - Le vicende del provvedimento tra impugnazioni ed esecuzione.

1. L'impugnazione della pronuncia contenente la misura coercitiva di cui all'art. 614 <i>bis</i> c.p.c.	114
1.1 <i>Segue</i> . I possibili esiti delle impugnazioni. La stabilità del capo contenente la misura coercitiva.	118
2. Il provvedimento pronunciato <i>ex art.</i> 614 <i>bis</i> c.p.c. è già titolo esecutivo. L'autoliquidazione del credito ad opera dell'avente diritto.	122
3. La fase esecutiva. La concorrenza della misura coercitiva indiretta con l'esecuzione in forma specifica.	125
3.1 <i>Segue</i> . Il provvedimento che dispone la misura coercitiva è titolo esecutivo anche per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento.	129
3.2 <i>Segue</i> . L'autoliquidazione ad opera del creditore e l'opposizione all'esecuzione come mezzo di tutela del debitore esecutato.	132

RIFLESSIONI CONCLUSIVE	136
-------------------------------------	-----

BIBLIOGRAFIA	144
---------------------------	-----

INTRODUZIONE

Fin dal suo inserimento nel codice di procedura civile l'art. 614 *bis* ha attirato grande attenzione su di sé, come testimonia il numero davvero cospicuo di contributi dottrinali dedicati alla norma. Tale clamore è da ascrivere alla novità che essa ha portato con sé¹, consistente non nell'aver introdotto qualcosa di completamente sconosciuto all'ordinamento italiano, visto che erano già presenti previsioni settoriali che contemplavano il potere del giudice di prospettare perdite patrimoniali in capo all'obbligato qualora persistesse nell'inadempimento, secondo la tecnica della cd. coercizione indiretta; bensì nell'aver ampliato la sfera di operatività di tale forma di tutela, tanto da averla resa atipica e generalizzata.

Il presente elaborato intende analizzare proprio la coercizione indiretta così come disciplinata dall'art. 614 *bis* c.p.c. Per farlo si è voluto procedere innanzitutto all'individuazione delle caratteristiche salienti della norma, così riassumibili: il fatto che la coazione all'adempimento del debitore sia realizzata mediante la minaccia di aggredirne il patrimonio; la destinazione all'avente diritto delle eventuali somme di denaro conseguenti al protratto inadempimento; l'esclusione dall'ambito applicativo dell'istituto dei crediti pecuniari; la necessità dell'istanza di parte e la contestuale esclusione di un potere officioso del giudice.

Tali aspetti contraddistinguono l'art. 614 *bis* e permettono di accostarlo, differenziandolo, alle tecniche di coercizione indiretta contemplate sia dalle discipline extra nazionali sia dall'ordinamento italiano.

Con il capitolo II si innesta poi nella trattazione una vicenda di carattere sistematico in cui l'art. 614 *bis* gioca un ruolo centrale: il riferimento è alla questione se esista o meno una necessaria correlazione tra la pronuncia di una condanna e la praticabilità dell'esecuzione forzata; in altre parole, se la prima dipenda dalla seconda.

¹ Definita «epocale» da MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella L. 69/2009*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1546, e MICCOLIS, *Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare. Commento all'art. 614 bis c.p.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, 1050, mentre per CHIARLONI, *L'esecuzione indiretta ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c.: confini e problemi*, in *Giur. it.*, 2014, 731, è la modifica più importante apportata dall'ampia legge di riforma n. 69 del 2009.

Curiosamente, i due orientamenti contrapposti, ovvero quello favorevole e quello contrario all'esistenza della suddetta correlazione, considerano entrambi l'art. 614 *bis* come una conferma e una prova della propria correttezza². Tale contraddittorietà è in realtà una propagazione di quella che già esisteva prima dell'entrata in vigore della disposizione in esame, visto che la coesistenza delle due contrastanti opinioni attorno ai rapporti tra condanna ed esecuzione forzata risale a decenni fa.

Si è ritenuto necessario, dunque, stabilire *in primis* se dall'ordinamento positivo *ante* art. 614 *bis* fosse ricavabile una risposta al quesito circa l'esistenza di un legame tra condanna ed esecuzione forzata.

In seconda battuta, si è messo in rilievo come, a fronte di un iniziale diffuso consenso per l'esistenza di una normale correlazione tra le due, la posizione opposta sia prevalsa in modo sempre più marcato. Dietro a questa inversione di tendenza vi sono state ragioni ben precise, la cui individuazione, abbinata alla lettura delle norme, ha permesso di prendere più consapevolmente posizione sui rapporti tra condanna ed esecuzione forzata.

La scelta metodologica così riassunta, basata sulla ricostruzione e analisi dello scenario anteriore all'entrata in vigore dell'art. 614 *bis*, è servita non solo a calare la norma nel dibattito circa l'esistenza o meno di una necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata, dando conseguentemente una soluzione allo stesso; ma anche ad attribuire alla disposizione medesima la sua autentica funzione all'interno dell'ordinamento, presupposto imprescindibile per svolgere, successivamente, una corretta analisi della struttura dell'istituto³.

Quest'ultima, sebbene alcune caratteristiche dell'art. 614 *bis* siano analizzate già nel capitolo II, come ad esempio la necessità di un'istanza di parte, inizia ad essere scomposta in modo più approfondito con il capitolo III, nello specifico con la delimitazione del suo ambito di applicabilità. Si tratta di un'attività che richiede un grande sforzo interpretativo in quanto al di là delle puntuali esclusioni rinvenibili nel

² Paradigmatici sono nel primo senso CHIZZINI, *Commento all'art. 614-bis*, in BALENA-CAPPONI-CHIZZINI-MENCHINI, *La riforma della giustizia civile*, Torino, 2009, 161; nel secondo MONDINI, *L'attuazione degli obblighi infungibili*, Milano, 2014, 116-119.

³ Ciò in virtù di un'altra correlazione definita «normale»: quella, appunto, «tra struttura e funzione di ogni istituto», secondo un'espressione utilizzata da ANDRIOLI, *Fallimento (diritto privato e processuale)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 370, e ripresa da CARRATTA, *Processo camerale (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, III, Milano, 2010, 936.

dato normativo – obblighi aventi ad oggetto il «pagamento di somme di denaro», le «controversie di lavoro subordinato pubblico o privato» nonché i «rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409» c.p.c. – esiste una serie di dubbi cui la disposizione medesima non dà risposta, sorti dai riferimenti al «provvedimento» e alla «condanna» e che riguardano l'operatività dell'art. 614 *bis* in sede di conciliazione, di arbitrato, nella fase cautelare.

L'ultima fase dello studio (capitolo IV) è quella riguardante la dinamica applicativa della norma: dalla richiesta alla concessione della misura di coercizione indiretta, passando per la decisione giudiziale su *an* e *quantum*; sono esaminate anche l'eventualità dell'impugnazione del provvedimento di cui all'art. 614 *bis* e la relativa esecuzione forzata.

Anche in questa parte della trattazione emergeranno delle questioni operative cui il legislatore non ha dato alcuna soluzione e che confermano come in generale la disciplina di cui all'art. 614 *bis* risulti in molti punti – anche decisivi – scarna se non addirittura del tutto silente⁴.

⁴ Non si sbaglia dicendo che la totalità degli interpreti si trova d'accordo con l'icastica affermazione di CHIARLONI, *L'esecuzione indiretta*, cit., 732, relativamente alla norma: «Buone le intenzioni, cattivi i risultati».

CAPITOLO I

L'ART. 614 BIS C.P.C., OVVERO LA COERCIZIONE INDIRETTA ATIPICA NEL PROCESSO CIVILE

1. La coercizione indiretta atipica nel processo civile: l'art. 614 bis c.p.c.

L'art. 614 bis c.p.c., introdotto con l'art. 49, comma 1°, l. 18 giugno 2009, n. 69 («Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile»), è la norma che nell'ordinamento processuale civile italiano disciplina in via generalizzata e atipica la coercizione indiretta, forma di tutela consistente nella prospettazione all'obbligato da parte del giudice di conseguenze negative per il caso in cui egli non dia attuazione ad un provvedimento giudiziale, in modo da rendere l'inadempimento più svantaggioso dell'adempimento e così indirizzando la sua volontà verso l'esecuzione personale della prestazione⁵. A seguito di alcune modifiche apportate dall'art. 13, comma 1°, lett. cc *ter*), d.l. 27 giugno 2015, n. 83 («Misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria»), convertito, con modificazioni, nella l. 6 agosto 2015, n. 132, oggi alle «Misure di coercizione indiretta»⁶ è dedicato il Titolo IV *bis* del Libro III del codice di procedura civile e l'art. 614 bis così recita:

⁵ Similmente SILVESTRI-TARUFFO, *Esecuzione forzata. III) Esecuzione forzata e misure coercitive*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, 4, e CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980, 10. Si vedano anche MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 969; BOVE, *La misura coercitiva di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 781; MICCOLIS, *Attuazione*, cit., 1047; ASPRELLA, *L'attuazione degli obblighi di fare infungibile e di non fare*, in *Giur. merito*, 2011, 118; GAMBOLI, *Le misure di coercizione indiretta ex art. 614 bis c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2016, 1285; CONSOLO-GODIO, *Commento all'art. 614-bis*, in CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile commentato*, Milano, 2018, 1333.

⁶ Così la rubrica dell'art. 614 bis. Prima delle modifiche apportate nel 2015 il legislatore non aveva adoperato una denominazione specifica e quindi la dottrina si era piuttosto sbizzarrita nel trovare un nome allo strumento oggetto di studio. «Comminatoria» (MAZZAMUTO, *La comminatoria*, cit., 948), «compulsoria», (VALLEBONA, *La misura compulsoria per la condanna incoercibile*, in *Mass. giur. lav.*, 2009, 568), «penalità di mora» [CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile, I, Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, 2ª ed., Torino, 2012, 159], «coercitoria» (DE STEFANO, *L'esecuzione indiretta: la coercitoria, via italiana alle "astreintes"*, in *Corr. merito*, 2009, 1181), «esecuzione indiretta» (AMADEI, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 343), sono tutte espressioni che si riferiscono al medesimo concetto e saranno utilizzate nel prosieguo come sinonimi.

«Misure di coercizione indiretta.

1. Con il provvedimento di condanna all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. Il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle controversie di lavoro subordinato pubblico o privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409.

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

L'ordinamento italiano conosceva già forme di coazione all'adempimento in determinati settori: di esse si darà conto a breve. La vera novità portata dall'art. 614 *bis* c.p.c., dunque, è stata la generalizzazione di questa tecnica⁷, che, peraltro, è avvenuta molto dopo in raffronto ad altre esperienze europee⁸.

⁷ BARRECA, *L'attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare (art. 614-bis c.p.c.)*, in *Riv. esec. forz.*, 2009, 506; CARRATTA, *Le novità in materia di misure coercitive per le obbligazioni di fare infungibile o di non fare*, in *Rass. for.*, 2009, 721; CHIZZINI, *Commento*, cit., 2009, 139; 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.*, 2009, 741; GAMBINERI, *Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*, in *Foro it.*, V, 2009, 320; LOMBARDI, *Le modifiche apportate dalla l. n. 69 del 18 giugno 2009 in materia di processo di esecuzione*, in *Giur. merito*, 2009, 2085; MAZZAMUTO, *La comminatoria*, cit., 948; PAGNI, *La "riforma" del processo civile: la dialettica tra il giudice e le parti (e i loro difensori) nel nuovo processo di primo grado*, in *Corr. giur.*, 2009, 1316; VALLEBONA, *La misura compulsoria*, cit., 568; AMADEI, *Una misura coercitiva*, cit., 346 e soprattutto 348; BOVE, *La misura coercitiva*, cit., 782; LOMBARDI, *Il nuovo art. 614-bis c.p.c.: l'astreinte quale misura accessoria ai provvedimenti cautelari ex art. 700 c.p.c.*, in *Giur. merito*, 2010, 400; MICCOLIS, *Attuazione*, cit., 1050; SILVESTRI, *Riforma e processo esecutivo*, in TARUFFO (diretto da), *Il processo civile riformato*, Bologna, 2010, 495; SPOTO, *Dalla responsabilità civile alle misure coercitive indirette per adempiere gli obblighi familiari*, in *Dir. fam. pers.*, 2010, 925; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Attualità del titolo esecutivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 77; ASPRELLA, *L'attuazione*, cit., 118 e 123; DELLE DONNE, *L'introduzione dell'esecuzione indiretta nell'ordinamento giuridico italiano: gli artt. 614 bis c.p.c. e 114, comma 4, lett. e) Codice del processo amministrativo*, in CAPPONI (a cura di), *L'esecuzione processuale indiretta*, Milanofiori Assago, 2011, 123; ASPRELLA, *L'esecuzione processuale indiretta nel processo civile*, in *Riv. esec. forz.*, 2012, 30; CONSOLO, *Spiegazioni*, 2012, cit., 159; FERRARI, *Il d.lgs. n. 131/2010 e le norme processuali del codice della proprietà industriale*, in *Riv. dir. ind.*, I, 2012, 25; MORANI, *Ancora sull'attuazione coattiva dei provvedimenti giurisdizionali (del T.o. e del T.m.) relativi alla prole minorene: effetti delle nuove norme di cui agli artt. 709 ter e 614 bis c.p.c.*, in *Dir. fam. pers.*, II, 2013, 764; RECCHIONI, *L'attuazione forzata indiretta dei comandi cautelari ex art. 614-bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 1477; TOMMASEO, *L'esecuzione indiretta e l'art. 614 bis c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 268; DE ANGELIS

Il destino della coercizione indiretta in Italia si è deciso in buona parte sotto la vigenza del codice civile del 1865. Anche all'epoca non era espressamente prevista alcuna misura coercitiva atipica; nondimeno, negli anni compresi tra il 1870 e il 1915 alcune pronunce giurisprudenziali avevano contemplato delle penalità di mora di carattere patrimoniale⁹, sulla scia di ciò che, già all'inizio dell'800, aveva fatto la giurisprudenza francese nella medesima situazione di silenzio legislativo¹⁰. Tuttavia, mentre Oltralpe la soluzione pretoria si consolidò e si diffuse in modo capillare¹¹, in Italia ciò non avvenne: non solo i precedenti furono un numero esiguo, ma risultarono osteggiati sia all'interno della stessa giurisprudenza¹², sia da parte della netta maggioranza della dottrina, la quale, pur mostrandosi anche favorevole alla tutela coercitiva indiretta, riteneva in ogni caso imprescindibile un'espressa previsione di legge¹³.

F., *Obblighi infungibili e misure coercitive: questioni interpretative e soluzioni giurisprudenziali*, in *Riv. esec. forz.*, 2015, 183; FINOCCHIARO, *Misure di coercizione indiretta per gli obblighi di fare*, in *Guida dir.*, 2015, n. 38, 56; GAMBIOLO, *Le misure*, cit., 1284; VULLO, *Commento all'art. 614 bis*, in VULLO (a cura di), *Codice dell'esecuzione forzata*, 2^a ed., Milano, 2018, 925; NASCOSI, *Le misure coercitive indirette nel sistema di tutela dei diritti in Italia e in Francia*, Napoli, 2019, 100; SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, 7^a ed., Vicenza, 2019, 1996; BOVE, *Diritto e processo nell'applicazione dell'art. 614-bis c.p.c.: un rapporto circolare*, in *Giusto proc. civ.*, 2020, 377.

⁸ MAZZAMUTO, *La comminatoria*, cit., 968; MERLIN, *Prime note*, cit., 1546; SILVESTRI, *Riforma e processo esecutivo*, cit., 495-496; TARUFFO, *Note sull'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare*, in *Giur. it.*, 2014, 744; TOMMASEO, *L'esecuzione indiretta*, cit., 269; GAMBIOLO, *Le misure*, cit., 1285.

⁹ Di seguito le pronunce segnalate da FRIGNANI, *Le penalità di mora e le astreintes nei diritti che si ispirano al modello francese*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1981, 520, nota 60: App. Napoli, 18 dicembre 1871, in *Giur. Tor.*, IX, 256; Cass. Napoli, 18 gennaio 1895, in *Dir. e giur.*, 1895-1896, 366; App. Catania, 23 marzo 1904, in *Giur. cat.*, 1904, 73; App. Firenze, 20 maggio 1911, in *Foro it.*, 1911, 1526; App. Catania, 15 marzo 1915, in *Giur. cat.*, 1915, 56.

¹⁰ La prima applicazione giurisprudenziale si fa risalire ad un provvedimento del Tribunale di Croy del 1811: cfr. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 742, nota 34.

¹¹ Si rinvia alla ricostruzione storica offerta da NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 25-38.

¹² Cfr. le pronunce indicate da BORRÈ, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, Napoli, 1966, 28, nota 80: Trib. Napoli, 1^o settembre 1899, in *Tribuna giud.*, 1899, 314; App. Catania, 24 febbraio 1905, in *Monit. trib.*, 1905, 332; Cass. Roma, 11 febbraio 1911, in *Consigliere dei Conciliatori*, 1911, 117; Trib. Catania, 27 marzo 1914, in *Giur. cat.*, 1914, 148; Trib. Catania, 12 giugno 1915, in *Giur. cat.*, 1915, 236.

¹³ Si riportano gli autori segnalati da MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978, 72, nota 21: CHIRONI, *Colpa contrattuale*, 2^a ed., Torino, 1897, 609 e ss.; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, II, Firenze, 1907, 213 e ss.; CHIOVENDA, *Nuovi saggi di diritto processuale civile*, Napoli, 1912, 30 e ss.; POLACCO, *Le obbligazioni*, 2^a ed., Roma, 1914, 571 e ss.; COVIELLO L. jr., *L'obbligazione negativa*, II, Napoli, 1931, 169 e ss. Va ricordato il tentativo controcorrente di L. FERRARA, *L'esecuzione processuale indiretta*, Napoli, 1915, soprattutto 263 e ss., di trovare una giustificazione all'uso della coercizione indiretta pur in assenza di esplicita previsione di legge, in particolare riconoscendo all'istituto del risarcimento del danno una funzione di «intensificazione compulsoria dell'indennizzo, come rivalsa del futuro danno morale derivante dall'inadempimento» (324).

Fallita la strada della creazione giurisprudenziale, rimaneva solo quella dell'intervento legislativo, che, peraltro, nel corso degli anni si è limitato a rare previsioni tipiche e settoriali. L'introduzione di uno strumento di coazione all'adempimento di applicazione generale, invece, è rimasta nei numerosi progetti di riforma che l'hanno contemplata, nessuno dei quali è riuscito a convertirsi in legge¹⁴, se non, appunto, nel 2009.

¹⁴ Di seguito si riportano, in ordine temporale, i testi delle diverse proposte.

- 1926, “Progetto Carnelutti” per il nuovo codice di procedura civile, art. 667: «Se l'obbligo consiste nel fare o 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» (cfr. CHIZZINI, *Commento*, cit., 161).
- 1975, d.d.l. 2246 (cd. d.d.l. Reale), art. 23: «La sentenza che accerta la violazione di un obbligo di fare o di non fare, oltre a provvedere al risarcimento del danno, ordina la cessazione del comportamento illegittimo e dà gli opportuni provvedimenti affinché vengano eliminati gli effetti della violazione; a tale scopo può fissare una somma dovuta per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata e per ogni ritardo nell'esecuzione dei provvedimenti contenuti nella sentenza, specificando, se del caso, i soggetti ovvero istituzioni pubblici o privati a cui favore le somme sono attribuite» (cfr. CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, 5^a ed., Torino, 2017, 33).
- 1981, d.d.l. approvato dal Consiglio dei Ministri l'8 maggio, punto 24: «Potere del giudice, che accerti l'inadempimento d'obbligazioni di fare o di non fare infungibili ma non richiedenti particolare abilità professionale e non attinenti a diritti della personalità, obbligazioni da determinarsi comunque per legge, di condannare l'obbligato, su istanza di parte, al pagamento di pene pecuniarie a favore dell'avente diritto, per ogni giorno di ritardo nell'adempimento, entro limiti minimi e massimi prefissati per legge» (cfr. *Giust. civ.*, II, 1981, 351).
- 1996, d.d.l. C-1111/XVI, punto 25: «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 un obbligo 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» (cfr. TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette*, Padova, 2012, 24).
- 2003, d.d.l. C. 4578 presentato il 19 dicembre 2003, art. 42: «(Esecuzione indiretta) 1. I decreti legislativi di cui all'articolo 1 dovranno prevedere forme di esecuzione indiretta per la tutela di diritti correlati ad obblighi infungibili, secondo i seguenti principi e criteri direttivi:
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 attivare ad istanza dell'avente diritto;
c) previsione che la sanzione pecuniaria sia versata nelle forme del deposito giudiziario o in altre analoghe;
d) previsione che le somme versate ai sensi della lettera c) siano destinate a risarcire l'avente diritto del danno prodotto dall'inadempimento dell'obbligo e che il residuo vada allo Stato».
- 2007, d.d.l. S/1524 (cd. “d.d.l. Mastella”) presentato il 24 aprile 2007, art. 44: «(Introduzione dell'articolo 614-bis del codice di procedura civile) 1. Nel titolo IV del libro III del codice di procedura civile, dopo l'articolo 614 è aggiunto il seguente: Art. 614-bis. - (Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare). - Con il provvedimento di condanna all'adempimento di un obbligo di fare infungibile o di non fare, il giudice fissa la somma dovuta all'avente diritto per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata. Il provvedimento costituisce titolo esecutivo per la riscossione delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza. Il

La scelta tra adottare o meno in modo diffuso la coercizione indiretta può essere considerata il riflesso di un conflitto di fondo: quello tra la priorità dell'esatto adempimento da garantire al creditore e la tutela della libera autodeterminazione dell'obbligato nel decidere se adempiere o meno. Si dovrà constatare, allora, che è stata questa seconda opzione a prevalere fino a non molto tempo fa¹⁵, anche se le avvisaglie di un cambio di rotta avevano cominciato a manifestarsi già negli anni '70, sia in dottrina, con un numero costantemente in aumento di autori favorevoli alla coercizione indiretta¹⁶, sia sul piano legislativo, con il susseguirsi delle proposte di legge cui si è appena fatto cenno. Ecco, quindi, che il *favor* per la posizione dell'obbligato rispetto a quella dell'avente diritto va certamente annoverato tra le cause che hanno ritardato l'atipizzazione della coercizione indiretta. A ciò ha probabilmente contribuito anche la scarsa fiducia nell'efficacia di questo mezzo: dopotutto, si è rilevato, se la minaccia di consistenti pene detentive non è mai stata in grado di debellare i reati, è lecito domandarsi quale effetto possa avere la prospettiva di una perdita "solo" patrimoniale nel fronteggiare l'inadempimento¹⁷.

2. I tratti essenziali delle misure di coercizione indiretta di cui all'art. 614 bis c.p.c. Una comparazione esterna e interna.

L'art. 614 bis c.p.c. presenta alcuni elementi caratterizzanti che dimostrano come il legislatore abbia fatto delle precise scelte nel disciplinare in via atipica la coercizione indiretta, considerando le tante opzioni e i numerosi modelli che aveva a disposizione.

debitore può contestare il proprio inadempimento, o affermare che questo è dipeso da causa a lui non imputabile, con l'opposizione all'esecuzione ai sensi dell'articolo 615».

¹⁵ Come rileva in senso critico MAZZAMUTO, *L'attuazione*, cit., 1978, 97.

¹⁶ Emblematico il pensiero di TARUFFO, *Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 662, per il quale «il ricorso a misure di coercizione indiretta appare indispensabile» al fine di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale. Similmente PROTO PISANI, *L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, 620 e ss.; PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 1104 e ss.; TARZIA, *Presente e futuro delle misure coercitive civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, 800 e ss.

¹⁷ MONTELEONE, *Misure coercitive ed esecuzione forzata: attualità del pensiero di S. Satta. Commento teorico-pratico al nuovo Titolo IV-bis ed all'art. 614-bis c.p.c.*, in *Riv. esec. forz.*, 2016, 549-550, che già si era espresso in termini simili in *Recenti sviluppi nella dottrina dell'esecuzione forzata*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, 289-290. Un pensiero simile lo si ritrova in BOVE, *La misura coercitiva*, cit., 782, che riflette sulla reale efficacia di misure coercitive patrimoniali su chi è molto ricco o, al contrario, molto povero (per questo secondo caso si veda di nuovo MONTELEONE, *Misure coercitive*, cit., 550). Anche CHIZZINI, *Commento*, cit., 140, non dimostra fiducia in una misura coercitiva atipica.

Innanzitutto, la minaccia che ha il ruolo di convincere l'obbligato ad adempiere consiste nella prospettazione di una perdita patrimoniale «per ogni violazione o inosservanza successiva ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento» e, seppur non sia espressamente dichiarato, è pacifica la destinazione delle relative somme di denaro all'avente diritto¹⁸. Si è quindi optato per il modello di origine francese dell'*astreinte*, rinunciando nel contempo agli esempi offerti da ordinamenti come quello tedesco e quello anglosassone, che non solo si spingono a minacciare una limitazione della libertà personale, ma, laddove prospettano una perdita patrimoniale, prevedono che gli eventuali importi conseguenti all'inadempimento siano destinati allo Stato¹⁹.

¹⁸ BARRECA, *L'attuazione*, cit., 510; CARRATTA, *Le novità*, cit., 723; CHIZZINI, *Commento*, cit., 181; IUORIO, *Il nuovo art. 614-bis c.p.c.: introduzione dell'esecuzione indiretta nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. esec. forz.*, 2009, 417; LUISO, *Diritto processuale civile*, III, *Il processo esecutivo*, 5ª ed., Milano, 2009, 235; MAZZAMUTO, *La comminatoria*, cit., 968 e 972; VALLEBONA, *La misura compulsoria*, cit., 568; AMADEI, *Una misura coercitiva*, cit., 349; BOVE, *La misura coercitiva*, cit., 789; PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo)*, in *Foro it.*, V, 2010, 266; SALETTI, *L'esecuzione processuale indiretta nella riforma del "Codice di procedura civile" italiano dal 2009*, in *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2010, 514; SPOTO, *Dalla responsabilità civile*, cit., 926; ASPRELLA, *L'attuazione*, cit., 129; POMELLI, *Stipulazione per facta concludentia, efficacia e coercibilità dei patti parasociali di voto*, in *Giur. comm.*, II, 2011, 1520; TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette*, cit., 226; AMBROSINI, *La responsabilità del genitore "inadempiente": accordi fra genitori e poteri del giudice, anche alla luce della l. n. 219/2012*, in *Dir. fam. pers.*, II, 2013, 1153; TEDIOLI, *Osservazioni critiche all'art. 614 bis cod. proc. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2013, 77; CHIARLONI, *L'esecuzione indiretta*, cit., 731; MONDINI, *L'attuazione*, cit., 159-160; VENTURA, *La misura coercitiva di cui all'art. 614 bis c.p.c. e l'esecuzione dell'obbligo di contrarre*, in *Giur. it.*, 2014, 768; DE ANGELIS F., *Obblighi infungibili*, cit., 182; CONSOLO-GODIO, *Commento*, cit., 1333; CROCI, *L'esecuzione forzata per gli obblighi di fare e non fare*, in DEMARCHI ALBENGO (diretto da), *La nuova esecuzione forzata*, 2ª ed., Bologna, 2018, 1711; VULLO, *Commento*, cit., 938. L'attore vittorioso era espressamente definito beneficiario della misura nella formulazione dell'art. 54 del d. d. l. 1441 presentato il 2 luglio 2008.

¹⁹ Considerando più da vicino le misure coercitive (*Zwangsstrafen*) nel sistema tedesco, l'attenzione va rivolta ai §§ 888 e 890 *Zivilprozessordnung* (ZPO). Entrambi prevedono che il giudice su istanza di parte possa applicare una misura pecuniaria predeterminata nell'ammontare massimo (25.000,00 euro nel caso del §888, 250.000,00 euro nel caso del §890) e, nel caso in cui la somma non sia pagata, assoggettare l'inadempiente a restrizione della libertà personale (ma in base al §888 il giudice può direttamente applicare la misura detentiva). Le due disposizioni si differenziano soprattutto per l'ambito applicativo: il §888 opera in caso di obblighi di fare che dipendono esclusivamente dalla volontà dell'obbligato e che non possono essere adempiuti da terzi; il §890 riguarda gli obblighi di cessazione da una certa condotta e di non fare. Su questi istituti si vedano PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, cit., 1167-1168, nota 114; CHIARLONI, *Misure coercitive*, cit., 88-96; SILVESTRI-TARUFFO, *Esecuzione forzata*, cit., 5-6; TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, in MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989, 78-86; TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette*, cit., 31-32; MONDINI, *L'attuazione*, cit., 27-28. Passando al modello anglosassone del *Contempt of Court*, se ne distinguono due varianti, il *criminal contempt* e il *civil contempt*, dove il primo è rivolto a tutelare l'interesse pubblico alla corretta amministrazione della giustizia, mentre il secondo tutela l'interesse del privato ad ottenere l'esecuzione di un provvedimento a sé favorevole. Premesso che in realtà la distinzione non è così netta, visto che in fin dei conti anche il *civil contempt*, seppur mediatamente, svolge una funzione pubblicistica mirando al rispetto dei provvedimenti giudiziari e considerato che entrambi gli istituti hanno un connotato penalistico (esclusivo nel *criminal contempt*, mentre nel *civil contempt* si accompagna ad una finalità coercitiva), basti qui osservare che proprio il *civil contempt*, più vicino all'art. 614 bis c.p.c., è comunque un vero e proprio reato, punibile anche con

Detto di questa prima presa di posizione del legislatore italiano, gli altri caratteri essenziali dell'art. 614 *bis* denotano un netto allontanamento dalla disciplina francese²⁰, che per questo non può essere considerata il paradigma di riferimento. Nell'ordinamento italiano la coercizione indiretta si applica «su richiesta di parte»; alla liquidazione della somma di denaro dovuta dall'obbligato provvede autonomamente l'avente diritto, indicandola nel precetto con cui avvia l'espropriazione forzata; infine, non sono tutelabili con la coercizione indiretta i crediti pecuniari. Tutto all'opposto in Francia, dove l'*astreinte* è applicabile d'ufficio²¹, è liquidata in un apposito procedimento giudiziale²² e, sebbene manchi una previsione espressa, è pacificamente utilizzabile anche rispetto ad obbligazioni pecuniarie²³.

Le descritte peculiarità dell'art. 614 *bis* si ritrovano invece nel sistema di coercizione indiretta che accomuna le legislazioni di Belgio, Lussemburgo e Paesi Bassi, in quanto Paesi aderenti alla *Convention Benelux portant loi uniforme relative a l'astreinte*, conclusa a L'Aia il 26 novembre 1973²⁴. È da segnalare che la disciplina belga, a differenza delle altre due, condivide con quella italiana anche l'inoperatività dell'*astreinte* nelle azioni relative ai contratti di lavoro. Questo non significa che la coercizione indiretta funzioni nello stesso modo nei Paesi Benelux e in Italia: nel prosieguo si darà anche conto delle differenze, certamente esistenti e dovute soprattutto al maggior dettaglio con cui quei sistemi giuridici hanno provveduto a regolamentare lo

l'arresto dell'inadempiente. Non si tratta di uno strumento che accompagna il provvedimento da rispettare, bensì di un illecito, da provare, tra l'altro, oltre ogni ragionevole dubbio. Per queste e altre indicazioni sul *Contempt of Court* si veda VARANO, *Contempt of Court*, in MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989, 387 e ss.

²⁰ Essa è situata all'interno del *Code des procédures civiles d'exécution* (CPCE), segnatamente agli artt. L131-1 e ss. della *Partie législative* e agli artt. R131-1 e ss. della *Partie réglementaire*. Sull'*astreinte* francese diffusamente NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 25 e ss. Si vedano anche *ex multis* CAPPONI, *Astreintes nel processo civile italiano?*, in *Giust. civ.*, II, 1999, 161 e ss.; VULLO, *L'esecuzione indiretta*, cit., 740 e ss.; DE STEFANO, *L'esecuzione indiretta*, cit., 1181-1182; DE STEFANO-CHALOPIN, *Le astreintes nell'elaborazione della giurisprudenza francese in vista della loro introduzione nel diritto italiano*, in *Riv. esec. forz.*, 2009, 38 e ss.; 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. esec. forz.*, 2009, 520 e ss.; CIATTI CAIMI, *L'esecuzione processuale indiretta (astreinte), e l'infungibilità convenzionale della prestazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 27-32.

²¹ Art. L131-1 CPCE.

²² Art. R131-3 CPCE.

²³ VULLO, *L'esecuzione indiretta*, cit., 752, nota 70; DE STEFANO, *Note*, cit., 522.

²⁴ La maggiore vicinanza a questi ordinamenti piuttosto che a quello francese è stata giustamente evidenziata anche da MONDINI, *L'attuazione*, cit., 30-32; CIATTI CAIMI, *L'esecuzione processuale indiretta*, cit., 32; GAMBOLI, *Le misure*, cit., 1286-1287; VALLONE, *Le misure coercitive prima e dopo la riforma dell'art. 614-bis c.p.c. (legge 6 agosto 2015, n. 132 di conversione del d.l. 27 giugno 2015, n. 83)*, in *Riv. esec. forz.*, 2016, 35.

strumento in parola, a differenza dell'unica, scarna norma presente nella legislazione italiana.

Sempre nell'ottica di mettere in evidenza le scelte fatte dal legislatore tra le tante opzioni possibili, si dimostra utile anche una comparazione interna, che conduce subito ad una norma sostanzialmente coeva all'art. 614 *bis* c.p.c., ovvero l'art. 114, comma 4°, lett. e) del codice del processo amministrativo²⁵. Anche in questo caso si tratta di un mezzo di coercizione indiretta avente applicazione generale: il giudice dell'ottemperanza, con la sentenza di accoglimento del ricorso, «salvo che ciò sia manifestamente iniquo, e se non sussistono altre ragioni ostative, fissa su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato; tale statuizione costituisce titolo esecutivo». A fronte delle evidenti somiglianze, due sono le differenze fondamentali con la disposizione del codice di procedura civile: l'applicazione della misura coercitiva non è affidata al giudice della cognizione²⁶ ed è ammessa anche a tutela di crediti pecuniari²⁷.

Per quanto concerne, invece, le previsioni settoriali, il panorama può dirsi affatto vario²⁸. In alcuni casi il legislatore, al fine di convincere l'obbligato ad adempiere, configura come reato la mancata ottemperanza del provvedimento del giudice: si pensi all'art. 28, comma 4°, dello Statuto dei lavoratori (l. 20 maggio 1970, n. 300), in base al quale il datore di lavoro è punito ai sensi dell'art. 650 c.p. se non ottempera all'ordine del giudice di cessare la condotta antisindacale e di rimuoverne gli effetti. Recentemente introdotto²⁹, il comma 4° dell'art. 388 c.p. punisce colui che viola l'ordine di riservatezza contenuto in un provvedimento del giudice adottato nei procedimenti relativi a diritti di proprietà industriale.

Il ricorso a norme incriminatrici è comunque eccezionale, in quanto generalmente la coazione all'adempimento è realizzata mediante la minaccia di una perdita patrimoniale, prevedendo la formazione di un diritto di credito – e del corrispettivo

²⁵ D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

²⁶ Su questo aspetto v. *infra* cap. III, par. 2.

²⁷ Come confermato dalla modifica apportata dall'art. 1, comma 781, lett. a), l. 28 dicembre 2015, n. 208, per cui «nei giudizi di ottemperanza aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro, la penalità di mora di cui al primo periodo decorre dal giorno della comunicazione o notificazione dell'ordine di pagamento disposto nella sentenza di ottemperanza; detta penalità non può considerarsi manifestamente iniqua quando è stabilita in misura pari agli interessi legali».

²⁸ TOMMASEO, *L'esecuzione indiretta*, cit., 268.

²⁹ Dall'art. 9, d. lgs. 11 maggio 2018, n. 63.

obbligo – destinato a crescere nel suo ammontare per il protrarsi dell’inadempimento. L’esempio più risalente ancora in vigore è quello dell’art. 156 della l. 22 aprile 1941, n. 633, in materia di protezione del diritto d’autore: è previsto che il giudice, quando pronuncia l’ordine di cessazione, la cd. inibitoria, della violazione di un diritto di utilizzazione economica, «può fissare una somma dovuta per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata o per ogni ritardo nell’esecuzione del provvedimento». Identiche sono le previsioni degli artt. 124, comma 2°, e 131, comma 2°, del Codice della proprietà industriale (d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30)³⁰, che consentono al giudice di applicare una misura coercitiva quando pronuncia l’inibitoria della fabbricazione, del commercio e dell’uso delle cose costituenti violazione di un diritto di proprietà industriale³¹. Sono disposizioni a tal punto laconiche che non caratterizzano in alcun modo lo strumento coercitivo, in sostanza limitandosi a descrivere l’essenza del meccanismo e lasciando per altro verso dubbi interpretativi, come quello relativo alla necessità o meno di un’apposita richiesta di parte³².

In altre fattispecie il legislatore si è profuso in una maggiore caratterizzazione, tanto che sono riscontrabili differenze anche notevoli rispetto all’art. 614 *bis* c.p.c. Prima della sua recente abrogazione, avvenuta il 19 maggio 2021³³, l’art. 140, comma 7°, del Codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206) stabiliva che il giudice potesse applicare una misura coercitiva quando accoglieva la domanda proposta dalle associazioni dei consumatori o degli utenti volta all’inibizione di «atti e comportamenti lesivi degli interessi» degli stessi e all’adozione delle «misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate». Lo strumento in oggetto, diversamente da quanto previsto dall’art. 614 *bis* c.p.c., era applicabile anche d’ufficio, senza quindi che fosse necessaria l’istanza di parte³⁴; la quantificazione avveniva

³⁰ L’unica differenza rispetto all’art. 156 del d. lgs 633/1941 è che il giudice può fissare la somma dovuta «per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata e per ogni ritardo nell’esecuzione del provvedimento».

³¹ L’art. 124 riguarda l’inibitoria pronunciata con sentenza definitiva, l’art. 131 l’inibitoria in sede cautelare.

³² Per TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette*, cit., 47, l’impulso di parte è indispensabile in virtù del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato (art. 112 c.p.c.).

³³ Secondo quanto previsto dall’art. 7, comma 1°, della l. 12 aprile 2019, n. 31, come modificata dal d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito con modificazioni dalla l. 18 dicembre 2020, n.176.

³⁴ Questo lo si ricavava dall’inciso «anche su domanda della parte che ha agito in giudizio». Nondimeno, una parte della dottrina riteneva che con tale espressione il legislatore non intendesse implicitamente attribuire un potere d’ufficio al giudice, ma si riferisse alla possibilità che la domanda di applicazione della misura provenisse da un soggetto diverso dall’attore che fosse ugualmente interessato e che fosse magari intervenuto nel giudizio (TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette*, cit., 55). Se davvero

rispettando un minimo e un massimo stabiliti dalla norma; infine, le relative somme di denaro erano destinate non all'attore vittorioso, ma ad un fondo volto a finanziare «iniziative a vantaggio dei consumatori»³⁵. L'applicabilità d'ufficio e lo spazio edittale predeterminato contraddistinguono anche l'art. 8, comma 3°, del d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, in materia di ritardi dei pagamenti nelle transazioni commerciali³⁶, mentre la destinazione delle somme ad un fondo è condivisa dall'art. 18, u.c., dello Statuto dei lavoratori, relativo all'ordine di reintegrazione del dirigente delle rappresentanze sindacali aziendali³⁷.

2.1. La posizione dell'art. 614 bis c.p.c. rispetto alle misure coercitive settoriali.

I riferimenti alle misure settoriali presenti nell'ordinamento italiano permettono di aprire una parentesi sui rapporti che con esse intreccia l'art. 614 bis c.p.c. Dopotutto, né l'intervento normativo del 2009 né quelli successivi hanno in alcun modo previsto l'abrogazione delle disposizioni previste da leggi speciali³⁸.

fosse stato così, suggeriva correttamente MONDINI, *L'attuazione*, cit., 39, nota 9, l'espressione da utilizzare sarebbe stata: «su domanda anche della parte che ha agito in giudizio». Il riconoscimento di un potere d'ufficio al giudice, tra l'altro, era «coerente con la natura dell'interesse tutelato che non è l'interesse della parte ma l'interesse della collettività di cui la parte è espressione» (ancora MONDINI, *L'attuazione*, cit., 39, nota 9), nonché con il fatto che, come si sta per vedere nel testo, il beneficiario della somma era lo Stato (MINERVINI, *Contratti dei consumatori e tutela collettiva nel codice del consumo*, in *Contr. impr.*, 2006, 653).

³⁵ Art. 140, comma 7°, Codice del consumo: «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 dello sviluppo economico, per finanziare iniziative a vantaggio dei consumatori».

³⁶ Art. 8, comma 3°, d. lgs. 231/2002: «In caso di inadempimento degli obblighi stabiliti dal provvedimento reso nel giudizio di cui ai commi 1 e 2, il giudice, anche su domanda dell'associazione che ha agito, dispone il pagamento di una somma di denaro, da Euro 500 a Euro 1.100, per ogni giorno di ritardo, tenuto conto della gravità del fatto». La presenza dell'inciso «anche su domanda dell'associazione che ha agito», praticamente identico a quello utilizzato all'art. 140, comma 7°, Codice del consumo, consente un rinvio alla nota 34.

³⁷ Art. 18, u.c., Statuto dei lavoratori: «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 all'undicesimo 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».

³⁸ MONDINI, *L'attuazione*, cit., 40; VINCRE, *Le misure coercitive ex art. 614 bis c.p.c. dopo la riforma del 2015*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 380; NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 182.

Nello specifico ci si domanda se l'applicazione dell'art. 614 *bis* sia o meno cumulabile a quella della misura di settore e, ancora più monte, se la norma generale sia applicabile alle situazioni giuridiche soggettive già tutelate da una disposizione speciale. La risposta deve essere negativa e ciò non solo in virtù di un generale rinvio al criterio della specialità, ma anche perché ogni specifica misura coercitiva è stata "calibrata" dal legislatore a seconda dell'interesse tutelando, prevedendone, ad esempio, l'applicabilità d'ufficio e/o la destinazione delle somme ad un fondo comune³⁹. A questo proposito si è detto giustamente che non basta a giustificare la concorrenza il fatto che la coercitiva specifica determini un arricchimento in capo ad un soggetto diverso dall'attore, come può essere appunto un fondo, in quanto ciò che rileva è che nell'un caso e nell'altro rimane identica la funzione di coartare la volontà dell'obbligato all'adempimento⁴⁰.

D'altra parte, l'art. 614 *bis*, proprio per la sua portata generale, può agire da norma "di sfondo" in grado di colmare le lacune lasciate dalla legislazione speciale e suscettibili di dare vita a dubbi ermeneutici⁴¹. In questo senso, la totale assenza di indicazioni operative che caratterizza l'art. 156 della l. 633/1941 e gli artt. 124 e 131 del Codice della proprietà industriale suggerisce di richiamare le previsioni dell'art. 614 *bis* c.p.c., e quindi la necessità di una richiesta di parte e l'autoliquidazione delle somme dovute ad opera dell'avente diritto, senza cioè dover instaurare un giudizio di cognizione per formare il titolo esecutivo⁴².

In chiusura si propone una considerazione generale. La l. 12 aprile 2019, n. 31 ha introdotto all'interno del libro IV del codice di procedura civile un titolo VIII *bis*, dedicato ai «Procedimenti collettivi», nel quale si trova disciplinata la nuova azione

³⁹ CHIZZINI, *Commento*, cit., 165. Concordi su questo punto BOVE, *La misura coercitiva*, cit., 782; MICCOLIS, *Attuazione*, cit., 1049; ASPRELLA, *L'esecuzione*, cit., 39; TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette*, cit., 202-203; TEDIOLI, *Osservazioni*, cit., 69; MONDINI, *L'attuazione*, cit., 41; TOMMASEO, *L'esecuzione indiretta*, cit., 273; VULLO, *Commento*, cit., 925.

⁴⁰ VINCRE, *Le misure coercitive*, cit., 380.

⁴¹ MONDINI, *L'attuazione*, cit., 42; VINCRE, *Le misure coercitive*, cit., 380; VULLO, *Commento*, cit., 925.

⁴² ZUCCONI GALLI FONSECA, *Le novità della riforma in materia di esecuzione forzata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 210-211; DE ANGELIS F., *Obblighi infungibili*, cit., 178. A sostegno della soluzione dell'autoliquidazione ad opera del creditore, MONDINI, *L'attuazione*, cit., 43-44, richiama una pronuncia del Tribunale di Milano (9 giugno 2011) secondo la quale, qualora sia stata disposta la penalità di cui all'art. 124, comma 2°, del Codice della proprietà industriale, «tale statuizione, a norma dell'art. 614 *bis* c.p.c., costituisce titolo esecutivo a favore del creditore contro l'inadempiente», senza che vi sia bisogno di un'azione di cognizione volta ad ottenere la condanna al pagamento delle somme maturate. Questa ricostruzione, che il medesimo Tribunale ha ribadito con provvedimento del 16 novembre 2012, era stata già suggerita, sempre con specifico riferimento al citato art. 124 del Codice della proprietà industriale, da VANZETTI, *Contributo allo studio delle misure correttive e delle sanzioni civili nel diritto industriale: i profili processuali dell'art. 124 C.P.I.*, in *Riv. dir. ind.*, I, 2010, 46-47.

inibitoria collettiva. Segnatamente essa è regolamentata dall'art. 840 *sexiesdecies*; per ciò che qui interessa, il comma 6° stabilisce che «con la condanna alla cessazione della condotta omissiva o commissiva, il tribunale può, su istanza di parte, adottare i provvedimenti di cui all'articolo 614 *bis*, anche fuori dei casi ivi previsti». Tale rinvio all'art. 614 *bis* assume un certo rilievo, in quanto l'azione di cui all'art. 840 *sexiesdecies* è destinata a prendere il posto di quella – espressamente abrogata dall'art. 5 l. 31/2019 – *ex art.* 140 del d.lgs. 206/2005, che regolava l'azione inibitoria collettiva nel campo limitato della tutela dei consumatori. L'osservazione che si intende svolgere è la seguente: fa specie che una misura coercitiva come quella di cui all'art. 140 del Codice del consumo, tanto dissimile, come visto poco fa, da quella atipica dell'art. 614 *bis* c.p.c., sia stata del tutto anestetizzata e sostituita proprio dal mero richiamo alla norma generale del c.p.c. Questo può essere interpretato come il segnale di una futura tendenza ad uniformare la disciplina della coercizione indiretta facendola coincidere esclusivamente con quella di cui all'art. 614 *bis*⁴³.

3. La centralità della sanzione rispetto alla finalità coercitiva dell'art. 614 *bis* c.p.c. Esclusione di interessi pubblicistici e di scopi risarcitori.

L'istituto disciplinato dall'art. 614 *bis* c.p.c. persegue lo scopo di spingere il debitore verso l'adempimento personale mediante la creazione da parte del giudice di una sanzione civile pecuniaria, volta a punire ogni violazione o inosservanza ovvero il ritardo nell'esecuzione del provvedimento⁴⁴. Come qualsiasi sanzione essa genera un effetto di prevenzione dell'illecito, così dirigendo la volontà dell'obbligato verso

⁴³ Come paiono auspicare SILVESTRI, *Riforma e processo esecutivo*, cit., 501; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Le novità*, cit., 212; NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 182.

⁴⁴ IUORIO, *Il nuovo art. 614-bis c.p.c.*, cit., 417; SILVESTRI, *Riforma e processo esecutivo*, cit., 501; TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette*, cit., 214; MONDINI, *L'attuazione*, cit., 102-103; RECCHIONI, *L'attuazione forzata*, cit., 1481; PISANI, *L'obbligazione è ancora iuris vinculum? Sull'accidentato cammino dell'ancor giovane astreinte all'italiana*, in *Corr. giur.*, 2017, 1428; NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 129-130. In giurisprudenza si vedano *ex multis* Trib. Torino, sez. II, 18 luglio 2019, n. 3616; Trib. Busto Arsizio, sez. III, 4 luglio 2020, n. 760; Trib. Vicenza, 1° settembre 2020, n. 1412, tutte in *www.dejure.it*. Vi è anche chi, come BOVE, *La misura coercitiva*, cit., 783; DE STEFANO, *L'esecuzione indiretta*, cit., 1182; DE STEFANO, *Note*, cit., 529, parla di «pena privata», concetto di elaborazione dottrinale [cfr. MOSCATI, *Pena (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, 1982, 770 e ss.] i cui contorni affatto fumosi (invero BARRECA, *L'attuazione*, cit., 506, lo utilizza come sinonimo di sanzione pecuniaria) ne sconsigliano un utilizzo quale categoria generale in cui ricomprendere in modo rigoroso un istituto come quello delle misure coercitive indirette: si condivide così la posizione recentemente manifestata da DONZELLI, *Sanzioni civili pecuniarie punitive e giusto processo*, in *Giust. civ.*, 2019, 382.

l'adempimento⁴⁵; se l'inadempimento dovesse prodursi ugualmente, subentrerà il vero e proprio effetto punitivo e il debitore sarà tenuto a pagare una certa somma di denaro⁴⁶.

Alcuni dei caratteri essenziali dell'art. 614 *bis* consentono di meglio circoscrivere la natura sanzionatoria insita nell'istituto. Nello specifico, la necessità dell'impulso di parte – sia per l'ottenimento della misura sia per la riscossione mediante espropriazione – nonché la destinazione delle somme di denaro all'avente diritto escludono che siano perseguite finalità di carattere pubblicistico, consistenti nella tutela dell'autorità dei comandi emanati dall'autorità giudiziaria⁴⁷. In altre parole, l'art. 614 *bis* mira all'adempimento dell'obbligo accertato nel provvedimento giudiziale, sanzionando

⁴⁵ In una sua pronuncia (15 aprile 2015, n. 7613) la Corte di Cassazione ha incentrato proprio sull'effetto preventivo/deterrente un parallelismo tra la tecnica della coercizione indiretta e quella dei cd. *punitive damages*, quest'ultima nata nei sistemi giuridici di *common law* e per mezzo della quale il responsabile di un illecito civile è condannato al pagamento di una somma maggiore rispetto all'equivalente monetario del pregiudizio patito dal danneggiato. L'occasione di tale confronto è stata fornita da una controversia in cui si discuteva della eseguibilità nell'ordinamento italiano di un provvedimento pronunciato dal giudice belga e recante un'*astreinte*; i ricorrenti, invero, riconducevano l'*astreinte* belga proprio nell'ambito dei cd. danni punitivi, all'epoca non ammessi dalla giurisprudenza in quanto contrari all'ordine pubblico. A riguardo può essere richiamata Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183, in cui si legge che nell'ordinamento italiano «l'idea della punizione e della sanzione è estranea al risarcimento del danno, così come è indifferente la condotta del danneggiante. Alla responsabilità civile», infatti, «è assegnato il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, mediante il pagamento di una somma di denaro che tenda ad eliminare le conseguenze del danno arrecato». Solo di recente, con sentenza n. 16601 del 5 luglio 2017, le Sezioni Unite della Cassazione hanno riconosciuto una natura polifunzionale alla responsabilità civile, cui «non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione», ma sono anche attribuite una «funzione di deterrenza e [...] sanzionatoria». In dottrina sulla conciliabilità dei danni punitivi con l'ordinamento italiano cfr., *ex multis*, PARDOLESI, *Danni punitivi all'indice? – Il commento*, in *Danno resp.*, 2007, 1125 e ss.; PONZANELLI, *I danni punitivi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 2025 e ss.; CARLEO, *Punitive damages: dal common law all'esperienza italiana*, in *Contr. impr.*, 2018, 259 e ss. Tornando all'accostamento tra *astreinte* e danni punitivi, si riporta quanto la sentenza all'inizio citata con estrema chiarezza ha statuito: «[...] entrambi mirano (a coartare) all'adempimento: l'*astreinte* di un obbligo ormai posto all'interno della relazione diretta tra le parti, in quanto derivante dal provvedimento giudiziale [...] e da adempiersi in futuro; il danno punitivo [...] all'adempimento futuro dell'obbligo generale del *neminem laedere* o dell'obbligazione contrattuale principale, restando però il contenuto suo proprio quello di sanzione per il responsabile, così che il profilo della coazione ad adempiere si configura con riguardo ad altri potenziali danneggianti o danneggiati. Insomma, a voler ravvisare in entrambi gli istituti il fine di coartazione della volontà, si dovrà parlare, da una parte, di funzione deterrente propria, e, dall'altra parte, di una funzione deterrente solo indiretta».

⁴⁶ Questa seconda "fase" dell'operatività della misura coercitiva sembra essere tralasciata da MAZZAMUTO, *La comminatoria*, cit., 969-971, che nega la presenza di un qualsiasi tratto sanzionatorio, adducendo la mancanza dell'indicazione di limiti edittali e identificando la natura dell'istituto in quella di «congegno tecnico preordinato al rafforzamento dell'attitudine del provvedimento di condanna ad imporsi al suo destinatario». Il che è corretto, ma se ci si domanda come ciò avvenga non si può non scorgere la tipica essenza della sanzione o punizione, che, imposta dal giudice, se con la sua sola prospettazione non riesce a convincere il condannato a rispettare il comando, interviene concretamente addossandogli la conseguenza negativa di volta in volta prevista.

⁴⁷ AMADEI, *Una misura coercitiva*, cit., 350; BESSO, *L'art. 614 bis c.p.c. e l'arbitrato*, in *Giur. it.*, 2014, 766; RECCHIONI, *L'attuazione forzata*, cit., 1484; BOVE, *Diritto e processo*, cit., 397.

l'inadempimento e non il mancato rispetto dell'ordine in quanto tale⁴⁸. Questa differenza in apparenza sottile diviene molto rilevante in concreto: si pensi al caso di un convenuto soccombente in primo grado e condannato *ex art. 614 bis* a pagare una certa somma di denaro per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione del provvedimento. L'appello riforma l'esito del primo grado: ebbene, se l'*art. 614 bis* avesse di mira la protezione dell'autorità dell'ordine del giudice, la parte soccombente in primo grado e vittoriosa in appello dovrebbe ugualmente pagare le somme maturate nel lasso di tempo intercorrente tra le due pronunce e non potrebbe ripetere quelle eventualmente già versate, in quanto dovute per il mancato adeguamento al *dictum* giudiziale di primo grado, pur rivelatosi poi errato⁴⁹.

Posto dunque che l'*art. 614 bis* tutela il diritto dedotto in giudizio e non l'autorità del provvedimento che lo accerta, va dato conto dell'opinione sostenuta da una parte minoritaria di dottrina e giurisprudenza secondo la quale la norma avrebbe una funzione risarcitoria⁵⁰. A prima vista militerebbero a favore di questa opzione il fatto che si tratti di denaro dovuto a seguito di un inadempimento, nonché la previsione, al secondo comma dell'*art. 614 bis*, del «danno quantificato o prevedibile» quale criterio per la determinazione della somma di cui al primo comma⁵¹. La finalità risarcitoria, peraltro, non sarebbe esclusiva, ma concorrente: per cui, se la somma accumulatasi *ex art. 614*

⁴⁸ BOVE, *La misura coercitiva*, cit., 790; MONDINI, *L'attuazione*, cit., 102-103; TOMMASEO, *L'esecuzione indiretta*, cit., 275-276; BOVE, *Diritto e processo*, cit., 397.

⁴⁹ Questo dovrebbe essere il funzionamento dell'*art. 614 bis* c.p.c. secondo CONSOLO, *Una buona "novella"*, cit., 742 (come poi ribadito dallo stesso Autore in CONSOLO-GODIO, *La "impasse" del combinato degli artt. 2932-2908-2909 c.c. e l'alternativa dell'art. 614 bis c.p.c. dopo la riforma del 2015 per gli obblighi a contrarre ed anche solo a negoziare*, in *Corr. giur.*, 2018, 380). *Contra* MAZZAMUTO, *La comminatoria*, cit., 975-976; SALETTI, *L'esecuzione processuale indiretta*, cit., 518; CHIARLONI, *L'esecuzione indiretta*, cit., 736; TOMMASEO, *L'esecuzione indiretta*, cit., 280, nota 38.

⁵⁰ Si trovano pronunce giudiziali in cui non è chiaro quanto consapevolmente si ricollegli all'*art. 614 bis* un carattere risarcitorio. Si veda in questo senso Trib. Torino, sez. III, 4 luglio 2019, n. 3334, in *www.dejure.it*, che con riferimento a quella di cui all'*art. 614 bis* parla di una «condanna [...] al risarcimento del danno». Anche Trib. Cremona, sez. I, 22 febbraio 2017, n. 97, in *www.dejure.it*, condanna «al versamento della somma risarcitoria di € 1.000 [...] ai sensi dell'*art. 614 bis* c.p.c.». Diversamente, App. Roma, sez. IV, 25 giugno 2018, n. 3690, in *www.dejure.it*, dimostra chiaramente di vedere nell'*art. 614 bis* una forma di risarcimento nella parte in cui motiva il rigetto della relativa istanza affermando che «per il ristoro del danno da ritardato rilascio esiste la norma specifica di cui all'*art. 1591* c.c.» e aggiungendo che con quella stessa istanza la parte richiedente «vorrebbe conseguire il ristoro del danno da ritardato rilascio pur in assenza di qualsiasi prova dell'esistenza e dell'ammontare del danno stesso». Con riferimento al medesimo raffronto tra artt. *614 bis* c.p.c. e *1591* c.c. ma con il riconoscimento solo al secondo e non anche il primo di un fine risarcitorio cfr. App. Genova, sez. I, 7 luglio 2020, n. 617, in *www.dejure.it*.

⁵¹ Entrambi gli aspetti sono tenuti in considerazione da LOMBARDI, *Le modifiche*, cit., 2087-2088. La dicitura del secondo comma potrebbe essere rilevante ai fini di una natura risarcitoria anche per PAGNI, *La "riforma"*, cit., 1319.

bis e pretesa dal creditore fosse superiore a quella a lui spettante a titolo risarcitorio, la differenza non potrebbe ritenersi ingiustificata, vista la concomitante funzione di coazione all'adempimento⁵². I maggiori riscontri pratici si notano, invece, nella situazione opposta: dall'importo dovuto a titolo di risarcimento del danno dovrebbe essere scomputato (almeno in parte) quanto già versato in applicazione della misura coercitiva⁵³, così evitando «ingiustificate locupletazioni in favore del creditore»⁵⁴.

La destinazione della somma al creditore potrebbe costituire una ragione ulteriore da cui dedurre un profilo risarcitorio. In realtà si tratta di un aspetto che non ha alcun rilievo a tal fine: la disciplina dell'*astreinte* belga, sopra individuata come la più avvicinabile all'istituto italiano, pur prevedendo espressamente l'attribuzione degli importi sorti a titolo di *astreinte* al creditore⁵⁵, è altrettanto chiara nel distinguere questi dal risarcimento dei danni, stabilendo che l'obbligato può essere condannato ad una *astreinte* «*sans préjudice des dommages-intérêts*» (art. 1385 *bis Code judiciaire*⁵⁶). Anche la normativa francese prevede questa separazione, con una formula ancora più netta: «*L'astreinte est indépendante des dommages-intérêts*» (art. L131-2 *Code des procédures civiles d'exécution*). Si dirà che il silenzio del legislatore italiano rispetto a quello francese o belga è indice di una scelta diversa, in ottica risarcitoria⁵⁷. A dire il vero la norma è silente in così tanti punti da sconsigliare l'utilizzo di un simile argomento a scopi ermeneutici; semmai proprio dall'accostamento alle esperienze più vicine possono trarsi spunti importanti per colmare eventuali lacune.

Gli ordinamenti sopra richiamati testimoniano che non esiste alcun profilo di ingiustizia in una doppia aggressione del patrimonio dell'obbligato, se è legittimata dalla diversità dei titoli su cui si fonda: mentre il risarcimento dipende dall'esistenza di un danno (tutta da provare), la somma di cui all'art. 614 *bis* c.p.c. ne prescinde, reagendo esclusivamente alla persistente inadempienza debitoria⁵⁸. Come è stato fatto

⁵² LOMBARDI, *Le modifiche*, cit., 2088.

⁵³ LOMBARDI, *Le modifiche*, cit., 2088; VALLEBONA, *La misura compulsoria*, cit., 568; VALLONE, *Le misure coercitive*, cit., 46; DI BERNARDO, *L'art. 614-bis c.p.c. nel diritto processuale della famiglia*, in *Rass. esec. forz.*, 2019, 374. Così anche Trib. Cagliari, ord. 19 ottobre 2009, in *www.dejure.it*.

⁵⁴ LOMBARDI, *Il nuovo art. 614 bis c.p.c.*, cit., 403.

⁵⁵ «*L'astreinte, une fois encourue, reste intégralement acquise à la partie qui a obtenu la condamnation*» (art. 1385 *quater Code judiciaire*).

⁵⁶ Ma si veda, con uso delle stesse parole, anche l'art. 1 della Convenzione Benelux sull'*astreinte*.

⁵⁷ Così VALLONE, *Le misure coercitive*, cit., 46.

⁵⁸ Chiarissima sul punto Cass. 15 aprile 2015, n. 7613, per cui la misura coercitiva «non ripara il danno in favore di chi l'ha subito, ma minaccia un danno nei confronti di chi si comporterà nel modo

notare, se il “denaro coercitivo” si compensasse con (o scontasse) il “denaro risarcitorio” l’azione deterrente/coercitiva del primo sarebbe quasi del tutto annullata⁵⁹.

Insomma, più che dare rilevanza a ciò che la norma non dice, è preferibile riconoscere il giusto peso alle poche indicazioni presenti: quando il legislatore italiano parla di «danno quantificato o prevedibile» lo fa solo per inserirlo, al secondo comma dell’art. 614 *bis*, tra le indefinite voci su cui il giudice si basa per stabilire l’importo della comminatoria, di certo non per configurarlo quale presupposto applicativo della stessa⁶⁰; il che definitivamente esclude che la somma dovuta possa svolgere una funzione risarcitoria, neppure parziale⁶¹.

Ne discende che l’avente diritto può, in ipotesi, aggiungere le somme derivanti dall’applicazione dell’art. 614 *bis* a quelle spettanti come risarcimento del danno, senza che ciò configuri un arricchimento ingiustificato, visto che è originato da due fonti distinte e non sovrapponibili⁶², né tanto meno eccessivo, in quanto esso dipende esclusivamente dalla condotta del soggetto condannato, che ha la piena facoltà, adempiendo, di rendere meno gravoso, se non di azzerare il suo debito.

Considerando come tale cumulo si presenti concretamente, può accadere che, dopo la pronuncia della condanna con la misura coercitiva, l’inadempimento continui e

indesiderato». Condivide questo assunto anche Trib. Torino, sez. III, 7 marzo 2018, n. 1096, in www.dejure.it.

⁵⁹ È il pensiero di AMADEI, *Una misura coercitiva*, cit., 349-350, condiviso da ZUCCONI GALLI FONSECA, *Le novità*, cit., 201; TEDIOLI, *Osservazioni*, cit., 76; CROCI, *L’esecuzione*, cit., 1712; NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 171.

⁶⁰ In questo senso MONDINI, *L’attuazione*, cit., 101-102. Idea condivisa da BARRECA, *L’attuazione*, cit., 510; CARRATTA, *Le novità*, cit., 736; CHIZZINI, *Commento*, cit., 176; MAZZAMUTO, *La comminatoria*, cit., 971 e 973-974; PETTI, *Riforma del processo civile e misure coercitive indirette*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, n. 4, 146; TEDIOLI, *Osservazioni*, cit., 78; BESSO, *L’art. 614 bis*, cit., 765-766; GAMBIOLO, *Le misure*, cit., 1286, nota 35.

⁶¹ È l’opinione nettamente più diffusa in dottrina. Si vedano, oltre agli Autori richiamati alle note 59 e 60, DE STEFANO, *L’esecuzione indiretta*, cit., 1184; DE STEFANO, *Note*, cit., 528; IUORIO, *Il nuovo art. 614-bis c.p.c.*, cit., 417; BOVE, *La misura coercitiva*, cit., 789; PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo)*, cit., 266; SALETTI, *L’esecuzione processuale indiretta*, cit., 513, nota 20; ASPRELLA, *L’attuazione*, cit., 130; DELLE DONNE, *L’introduzione*, cit., 135-136; GODIO, *L’astreinte e la giurisprudenza di merito: un primo bilancio su alcuni profili operativi*, in *Corr. giur.*, 2011, 1125; POMELLI, *Stipulazione per facta concludentia*, cit., 1520; COSTANTINO, *Tutela di condanna e misure coercitive*, in *Giur. it.*, 2014, 743; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Misure coercitive ed arbitrato*, in *Riv. esec. forz.*, 2014, 424; MAZZAMUTO, *L’astreinte all’italiana si rinnova: la riforma della comminatoria di cui all’art. 614-bis c.p.c.*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 15; PISANI, *L’obbligazione*, cit., 1428; CONSOLO-GODIO, *Commento*, cit., 1333 e 1344; VULLO, *Commento*, cit., 935; NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 169-170; SOLDI, *Manuale*, cit., 2004; BOVE, *Diritto e processo*, cit., 395. In giurisprudenza Trib. Torino, sez. III, 7 marzo 2018, n. 1096; App. L’Aquila, sez. I, 19 ottobre 2020, n. 1388, entrambe in www.dejure.it.

⁶² CARRATTA, *Le novità*, cit., 736; CROCI, *L’esecuzione*, cit., 1712; NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 171.

che ad un certo punto l'avente diritto perda interesse per la prestazione e chieda il risarcimento per inadempimento⁶³; oppure il condannato potrebbe sì adempiere, ma con ritardo, così legittimando l'avente diritto a chiedere il risarcimento dei danni causati dalla mancata tempestività nell'esecuzione della prestazione.

È invece da verificare se la domanda di risarcimento, invece di essere proposta dopo l'applicazione della misura coercitiva, possa essere avanzata contestualmente ad essa, nel medesimo giudizio. Invero, mentre non vi sono dubbi sulla possibilità di proporre nello stesso processo l'istanza *ex art. 614 bis* e la domanda di risarcimento per i danni fino a quel momento sofferti, visto che la prima è proiettata al futuro e la seconda copre il passato⁶⁴, lo stesso non può dirsi per quel che concerne la richiesta risarcitoria avente ad oggetto i danni futuri che si produrranno nel caso di mancato adeguamento alla sentenza del giudice. La proponibilità di tale domanda contestualmente a quella diretta all'applicazione della misura coercitiva, oltre ad essere sconsigliata da ragioni di economia processuale, visto che la necessaria istruttoria potrebbe poi rivelarsi inutile in caso di subitaneo adempimento a seguito della condanna⁶⁵, presenta una certa contraddittorietà, «nel senso che l'interesse ad ottenere l'adempimento [...] e così ad evitare il danno – interesse che è alla base della richiesta della misura coercitiva – sta logicamente prima e non può essere prospettato come alternativo, rispetto all'interesse al conseguimento della riparazione del danno»⁶⁶. Tale constatazione permette non solo di escludere un cumulo in cui l'istanza di cui all'art. 614 *bis* sia subordinata a quella di risarcimento dei danni futuri⁶⁷, ma anche di giungere alla conclusione più corretta, ovvero l'ammissibilità di un cumulo in cui la richiesta avente ad oggetto la misura coercitiva va qualificata come principale e quella volta al risarcimento come subordinata al respingimento della prima⁶⁸.

⁶³ CONSOLO-GODIO, *La "impasse"*, cit., 378.

⁶⁴ MICCOLIS, *Attuazione*, cit., 1055; TEDIOLI, *Osservazioni*, cit., 77; CONSOLO-GODIO, *Commento*, cit., 1344.

⁶⁵ MERLIN, *Prime note*, cit., 1555.

⁶⁶ MONDINI, *L'attuazione*, cit., 114. Escludono il cumulo alternativo anche TEDIOLI, *Osservazioni*, cit., 77, e NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 170.

⁶⁷ MONDINI, *L'attuazione*, cit., 115; NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 170-171.

⁶⁸ MERLIN, *Prime note*, cit., 1555; SALETTI, *L'esecuzione processuale indiretta*, cit., 517; MONDINI, *L'attuazione*, cit., 115; NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 171.

CAPITOLO II

UNA QUESTIONE SISTEMATICA: L'ART. 614 *BIS* C.P.C. E LA CORRELAZIONE NECESSARIA TRA CONDANNA ED ESECUZIONE FORZATA

SEZIONE I

ANALISI DELL'ORDINAMENTO E DELLO STATO DELL'ARTE PRIMA DELL'ENTRATA IN VIGORE DELL'ART. 614 *BIS* C.P.C.

1. La necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata. Descrizione del fenomeno e opinioni a confronto.

L'art. 614 *bis* c.p.c. si apre stabilendo che la misura coercitiva indiretta si applica «con il provvedimento di condanna». Questo *incipit* porta con sé diverse implicazioni concernenti l'ambito di operatività della norma, delle quali si darà conto in modo più approfondito in seguito⁶⁹.

Per il momento interessa focalizzare l'attenzione sul richiamo alla «condanna». Per “condanna” si intende qualsiasi provvedimento di cognizione che non è in grado di soddisfare di per sé la domanda dell'attore vittorioso, necessitando di un'attività ulteriore. Non è una definizione normativa, piuttosto è una caratteristica che si manifesta già in superficie sotto un aspetto grammaticale, semantico e logico, considerando che il verbo “condannare” è sempre accompagnato dal cd. “complemento di pena” che indica ciò che deve accadere dopo: si può essere condannati al pagamento, alla rimozione, alla consegna, ecc.⁷⁰.

Per il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato (art. 112 c.p.c.), si deduce che a monte di una condanna esiste la corrispettiva domanda di condanna, con la quale l'attore ha chiesto di condannare taluno a fare qualcosa: è di stretta evidenza che l'accoglimento della domanda, e quindi il comando del giudice rivolto a quello che può dirsi condannato, non è di per sé sufficiente a soddisfare il bisogno di tutela che ha

⁶⁹ Cap. III.

⁷⁰ Per questi rilievi si veda CALAMANDREI, *La condanna*, in CAPPELLETTI MAURO (a cura di), *Opere giuridiche*, V, Napoli, 1972, 483.

determinato l'instaurazione del processo⁷¹, mancando poi la realizzazione materiale e concreta del diritto riconosciuto esistente. Come è stato efficacemente detto in dottrina, «la sentenza di condanna in ogni caso è l'antecedente di qualcosa che deve accadere dopo»⁷². Non tutte le pronunce posseggono questa caratteristica: il giudice, invero, può con il suo intervento realizzare completamente l'interesse dell'attore, o perché gli effetti modificativi richiesti, essendo limitati alla sfera giuridica e non sfociando in quella materiale, sono realizzati interamente con il provvedimento giudiziale, o perché è stato chiesto semplicemente di rimuovere uno stato di incertezza circa l'esistenza o il modo di essere di un certo diritto. Nel primo caso si parla di pronunce – e di corrispettive domande – costitutive, nel secondo di pronunce – e di corrispettive domande – di mero accertamento.

Ecco, quindi, che la specificazione «di condanna» accanto al «provvedimento» comporta una demarcazione per lo spazio di operatività dell'art. 614 *bis* c.p.c.⁷³. Tale norma, peraltro, con questo suo riferimento alla condanna ha rappresentato l'occasione per riaprire una discussione mai del tutto sopita in dottrina e relativa proprio a quella tipologia di pronuncia. Nello specifico si è tornati a dibattere sulla validità di quell'orientamento secondo il quale non è sufficiente ad individuare una condanna la sua precipua caratteristica di essere inidonea a soddisfare in *toto* la domanda giudiziale; la “condanna”, infatti, andrebbe ulteriormente definita quale provvedimento conclusivo del giudizio di cognizione quando esso si svolge in funzione dell'esecuzione forzata⁷⁴.

Quest'ultima è la forma di tutela che, diversamente dalla coercizione indiretta, non induce l'obbligato verso l'adempimento personale, ma realizza direttamente il diritto rimasto inadempito prescindendo dalla volontà del debitore⁷⁵. Ciò avviene nelle forme stabilite dal codice di procedura civile, secondo quanto previsto dagli artt. 2910, 2930, 2931 e 2933 c.c. L'esame del libro III c.p.c., appunto dedicato alla disciplina delle

⁷¹ Constatazione che si può ritrovare, ad esempio, in CALAMANDREI, *La condanna*, cit., 483; FURNO, *Condanna e titolo esecutivo*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1937, 108; ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, 2^a ed., Napoli, 1961, 249; G.F. RICCI, *Principi di diritto processuale generale*, 3^a ed., Torino, 2001, 75.

⁷² GRAZIOSI, *La sentenza di divorzio*, Milano, 1997, 137.

⁷³ Questo specifico aspetto sarà preso in considerazione nel Cap. III, par. 5.1.

⁷⁴ Per questa definizione, si veda MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, 19^a ed., Torino, 2007, 31. Numerose sono le ricostruzioni della disputa; si vedano, ad esempio, RISOLO, *L'effettività della tutela esecutiva e il problema delle misure coercitive*, in CAPPONI (a cura di), *L'esecuzione processuale indiretta*, Milanofiori-Assago, 2011, 17-27; NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 260 e ss.

⁷⁵ Per tutti: VACCARELLA, *Esecuzione forzata*, in *Riv. esec. forz.*, 2007, 1-2.

forme esecutive, dimostra che queste consentono la realizzazione di diritti aventi ad oggetto il pagamento di una somma di denaro (artt. 483 e ss. c.p.c.), la consegna di una cosa mobile o il rilascio di un immobile (artt. 605 e ss. c.p.c.), nonché tutte le altre prestazioni, genericamente dette «di fare», nei limiti in cui siano eseguibili da soggetti diversi dall'obbligato (artt. 612 e ss. c.p.c.): l'art. 612, comma 2°, c.p.c. prevede infatti che il giudice dell'esecuzione designi le «persone che debbono provvedere al compimento dell'opera non eseguita o alla distruzione di quella compiuta»⁷⁶.

Prendendo allora spunto dalla terminologia usata dal legislatore con riferimento alle cose per segnalarne la sostituibilità con altre⁷⁷, quando una prestazione è suscettibile di esecuzione per surrogazione *ex* artt. 612 e ss. c.p.c. si è soliti dire che essa è “fungibile”; altrimenti la si definisce “infungibile”⁷⁸. Sono infungibili tutti gli obblighi consistenti in un'astensione da una condotta: nessuno, infatti, può essere sostituito nel non fare qualcosa; è un limite insuperabile⁷⁹. Non deve trarre in inganno la rubrica dell'art. 2933 c.c., «Esecuzione forzata degli obblighi di non fare»: la lettura della norma fa intendere che la prestazione di cui può chiedersi l'esecuzione non è l'astensione, bensì la distruzione di «ciò che è stato fatto in violazione dell'obbligo» di astenersi, che appartiene al novero delle condotte positive di fare⁸⁰. Riguardo a queste ultime, l'eseguità forzata va valutata caso per caso; può anche darsi che l'esecuzione, astrattamente possibile, sia peraltro troppo complessa – e quindi dispendiosa – da

⁷⁶ Il legislatore non ha sentito la necessità di indicare la sostituibilità dell'obbligato tra i presupposti dell'esecuzione. Per ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, III, *Del processo di esecuzione*, 3ª ed. riveduta, Napoli, 1957, 325, la surrogabilità del debitore sarebbe espressamente richiesta dalla legge, segnatamente dall'art. 474, comma 1°, c.p.c. ove dispone che l'esecuzione possa aver luogo solo per un diritto «esigibile». In realtà si tratta di un requisito connaturale all'essenza stessa dell'esecuzione, non bisognoso di essere esplicitato; è quindi preferibile la tipica interpretazione che definisce “esigibile” il diritto non sottoposto a condizioni o a termini: cfr. *ex multis* CAPPONI, *Manuale*, cit., 176.

⁷⁷ Si vedano gli artt. 670, 1243, 1385, 1516, 1782, 1813, 1861, 2803 c.c. Per un'analisi di come l'attributo “fungibile” sia utilizzato nel codice civile cfr. SICLARI, *Infungibilità: tra il dare e il fare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 584-598.

⁷⁸ In questo senso per tutti si veda SILVESTRI, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare o non fare*, in *Diritto on line*, 2013. Peraltro, si avverte fin d'ora, rinviando per un maggior approfondimento a cap. II, sez. II, par. 1, che si tratta di terminologia equivoca, tanto che GALASSO, *La rilevanza della persona nei rapporti privati*, Napoli, 1974, 56, sconsiglia di adoperare il termine “fungibilità” in ambiti diversi da quelli stabiliti dall'ordinamento, quindi anche nel campo dell'esecuzione forzata, visto che l'art. 2931 c.c. non ne fa parola.

⁷⁹ Per lo stesso rilievo, *ex multis*, BORRÈ, *Esecuzione forzata*, cit., 132; PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, cit., 1109; MAZZAMUTO, *La comminatoria*, cit., 948 e 959; AMADEI, *Una misura coercitiva*, cit., 345-346; BOVE, *La misura coercitiva*, cit., 783-784; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Attualità*, cit., 75; MONDINI, *L'attuazione*, cit., 63 e 68.

⁸⁰ Tale considerazione si ritrova anche in MAZZAMUTO, *La comminatoria*, cit., 959-960.

realizzare concretamente⁸¹. Non è pensabile – e nemmeno necessario ai fini della ricerca – un elenco preciso ed analitico; l'importante è avere la consapevolezza che l'esecuzione forzata non è in grado di tutelare tutti i diritti.

Ora, tornando alla teorica da cui si è preso l'abbrivio, se il processo di cognizione che conduce alla pronuncia della condanna, o, più semplicemente, il processo di condanna, si svolge in funzione dell'esecuzione forzata, è da escludere che un diritto non realizzabile mediante esecuzione forzata possa essere oggetto di quel tipo di processo e che, conseguentemente, l'obbligato possa essere condannato⁸²: si parla comunemente a riguardo di una normale o necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata⁸³. Il che non significa semplicemente che il provvedimento conclusivo di quel giudizio non possa essere denominato "condanna", come sembrano supporre alcuni Autori⁸⁴, riducendo il tutto ad una mera questione nominalistica. Gli effetti sono ben più pregnanti, poiché il già citato principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato impone che ad una domanda di condanna segua un provvedimento condannatorio. Per cui, quando si parafrasa la necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata nel senso che non può esserci condanna se non è possibile l'esecuzione forzata, significa più precisamente e incisivamente che il giudizio instaurato con una domanda di condanna non può concludersi positivamente se il diritto che ne è oggetto non è suscettibile di esecuzione. Ecco allora che, qualora sia domandata la pronuncia di una condanna, il giudice deve procedere ad un accertamento di eseguibilità della prestazione⁸⁵, il cui esito negativo esclude che la domanda possa

⁸¹ PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, cit., 1119.

⁸² ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955, 103.

⁸³ Tra i primi ad usare questa espressione CALAMANDREI, *La condanna*, cit., 491.

⁸⁴ Per un riferimento recente si veda NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 263, il quale, proprio descrivendo gli effetti della necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata si esprime in questi termini: «In particolare la questione assume contorni delicati allorché il provvedimento presenta come oggetto una prestazione infungibile: in tali casi secondo l'orientamento ora in esame, la pronuncia giudiziale non può qualificarsi come condanna ma deve necessariamente far parte delle decisioni di mero accertamento». Ma si veda anche AMADEI, *Una misura coercitiva*, cit., 358, per il quale sostenere l'esistenza di una necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata equivale a «ritenere che la sentenza di condanna sia tale solo se può essere usata come titolo esecutivo per attivare un'esecuzione diretta». Si ragiona, quindi, sulla qualificazione di un provvedimento già formato, presupponendo l'ammissibilità della sua esistenza, che, come si vedrà subito nel testo, è tutt'altro che scontata. Si permetta una considerazione: come si vedrà, in molti hanno preso posizione sull'esistenza o meno di una necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata; peraltro, si instilla il dubbio che non tutti abbiano inteso in cosa essa consista.

⁸⁵ MANDRIOLI, *L'esecuzione specifica dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, 24; MONTESANO, *Condanna civile e tutela esecutiva*, 2^a ed., Napoli, 1965, 19; LIEBMAN, *Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione*, 2^a ed. riveduta, Roma, 1936, 112; BETTI, *Diritto*

essere accolta. L'unica deviazione dalla regola di cui all'art. 112 c.p.c. è ipotizzabile nel caso in cui dalla domanda di condanna emerga uno stato di obiettiva incertezza relativamente all'esistenza della situazione giuridica sostanziale dedotta in giudizio: il giudice potrebbe ritenere sussistente la condizione dell'interesse ad agire (art. 100 c.p.c.) per il mero accertamento del diritto⁸⁶ e, quindi, pronunciarsi sulla sua esistenza⁸⁷. Diversamente, è esclusa una decisione nel merito: si tratta della conseguenza fondamentale della correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata della prestazione. Quest'ultima assurge a condizione di trattabilità e decidibilità della causa nel merito specifica del processo di condanna; in suo difetto la domanda va dichiarata inammissibile⁸⁸. Pertanto, una pronuncia di merito conseguente ad una domanda di condanna a prestazione infungibile, in assenza di uno stato di obiettiva incertezza da eliminare, a rigore dovrebbe dichiararsi viziata⁸⁹; in ogni caso non potrebbe essere qualificata come "condanna" e andrebbe considerata alla stregua di un provvedimento meramente dichiarativo⁹⁰.

Se per lungo tempo l'opinione favorevole all'esistenza di questa necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata⁹¹ non ha incontrato particolari resistenze, a partire dagli anni '70 del secolo scorso la tendenza è gradualmente cambiata. Si è diffusa l'affermazione secondo la quale non esisterebbe alcuna traccia di una simile correlazione nell'ordinamento, dal quale risulterebbe invece che la

processuale civile italiano, 2ª ed., Roma, 1936, 546; BETTI, *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, in BETTI-CARNELUTTI, *Diritto sostanziale e processo*, Milano, 2006, 47, nota 33.

⁸⁶ È la tradizionale definizione dell'interesse ad agire in mero accertamento. In giurisprudenza recentemente Cass. 26 marzo 2008, n. 7835; 20 gennaio 2010, n. 919; 23 giugno 2015, n. 12893. In dottrina, *ex multis*, CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, *I concetti fondamentali. La dottrina delle azioni*, rist. anastatica 2ª ed., Napoli, 1960, 196; ATTARDI, *L'interesse ad agire*, cit., 158 e ss.; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, 12ª ed., 2019, 598.

⁸⁷ Per questi rilievi ATTARDI, *L'interesse ad agire*, cit., 108, nota 47. Più recentemente MICCOLIS, *Attuazione*, cit., 1048; BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, *I principi*, 3ª ed., Bari, 2014, 42-43 e nota 11.

⁸⁸ Così espressamente ATTARDI, *Diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, 3ª ed., Padova, 1999, 106-107; ATTARDI, *L'interesse ad agire*, cit., 108, nota 47.

⁸⁹ ATTARDI, *L'interesse ad agire*, cit., 108, nota 47.

⁹⁰ CALAMANDREI, *La condanna*, cit., 493.

⁹¹ ATTARDI, *L'interesse ad agire*, cit., 100 e ss.; ATTARDI, *Diritto processuale civile*, cit., 106-108; CHIZZINI, *Patrimonialità dell'obbligazione tra condanna ed esecuzione forzata*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 659 e ss.; MANDRIOLI, *L'esecuzione specifica dell'ordine di reintegrazione*, cit., 18 e ss.; MANDRIOLI, *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 1342 e ss.; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., 31 e 68; MONTELEONE, *Condanna civile e titoli esecutivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 1075 e ss.; MONTESANO, *Condanna civile*, cit., 5 e ss.; MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, 2ª ed., Torino, 1994, 169 e ss.

“condanna” «è condanna ad adempiere quanto non è stato adempiuto e il suo scopo è di ottenere l’adempimento volontario del condannato»⁹². La possibilità di condannare, quindi, non può ricevere limitazioni dall’ambito applicativo dell’esecuzione forzata: il piano della cognizione e quello dell’esecuzione sono separati, per cui gli eventuali limiti del secondo non influiscono sul primo⁹³. Così, finché è possibile l’adempimento è anche possibile ottenere una pronuncia di condanna, salvo il riguardo dovuto a posizioni di rango costituzionale facenti capo all’obbligato⁹⁴.

Un parere se si vuole intermedio è quello per cui può esserci condanna nonostante l’infungibilità della prestazione, purché sia applicabile una misura coercitiva indiretta⁹⁵. Secondo questa teoria la condanna è indissolubilmente legata all’applicazione di una sanzione, da intendersi come «messa in moto dell’apparato coercitivo dello Stato»⁹⁶; in questa vasta nozione rientra certamente l’esecuzione forzata, ma anche la coercizione indiretta.

Manca nell’ordinamento una qualsivoglia definizione legislativa di «sentenza di condanna»⁹⁷ e non è nemmeno rintracciabile un criterio legale esteriore che permetta di identificarla, come potrebbe essere la prescrizione di utilizzare nel dispositivo del provvedimento la parola “condanna” o, comunque, una formula sacramentale⁹⁸. È chiaro che questo abbia certamente facilitato il sopra descritto cambiamento di opinioni; ciononostante è interessante notare come esso non sia coinciso con particolari modifiche del quadro normativo di riferimento. Anzi, nella sostanziale immobilità di questo è stata allo stesso tempo affermata e negata la necessaria correlazione tra condanna ed

⁹² TOMMASEO, *Provvedimenti d’urgenza a tutela dei diritti implicanti un facere infungibile*, in *Studium iuris*, 1997, 1281. È la stessa posizione di PROTO PISANI, *L’effettività*, cit., 620 e ss.; PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, cit., soprattutto 1113 e ss.; TARUFFO, *Note sul diritto alla condanna*, cit., 648; VULLO, *Obbligazioni infungibili, misure coercitive e superamento del principio di necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata*, in *Studium iuris*, 2003, 311-312. BOVE, *La misura coercitiva*, cit., 781; BOVE, *Diritto e processo*, cit., 382-383. Nello stesso senso in tempi più risalenti MANDRIOLI, *L’esecuzione forzata in forma specifica*, Milano, 1953, 67, che ha successivamente mutato opinione (cfr. nota 91); PETRUCCI, *Condanna*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, 713; BORRÈ, *Esecuzione forzata*, cit., 238.

⁹³ TOMMASEO, *Provvedimenti d’urgenza*, cit., 1281; più di recente anche FORNACIARI, *La condanna come accertamento di un credito esigibile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 607-610, ha escluso che la pronuncia della condanna dipenda dall’eseguibilità del diritto.

⁹⁴ TARUFFO, *Note sul diritto alla condanna*, cit., 648.

⁹⁵ La teoria è di CHIARLONI, *Misure coercitive*, cit., soprattutto 133 e ss., ed è ripresa e condivisa da FERRONI, *Obblighi di fare ed eseguibilità*, Napoli, 1983, 192 e ss. Vi si allinea anche COLESANTI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 602-603.

⁹⁶ CHIARLONI, *Misure coercitive*, cit., 148 e 202.

⁹⁷ MONTELEONE, *Condanna civile*, cit., 1075; NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 238.

⁹⁸ MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., 68.

esecuzione forzata. A riguardo è emblematico l'atteggiamento della giurisprudenza, che, riproducendo le oscillazioni della dottrina, in alcune pronunce configura la fungibilità dell'obbligo come «requisito essenziale per la pronuncia di una condanna»⁹⁹, in altre – ed è questo ormai l'orientamento consolidato – la ritiene irrilevante ai fini dell'accoglimento della domanda di condanna¹⁰⁰. Le possibilità allora sono due: o dall'ordinamento non è ricavabile alcun elemento che possa indirizzare l'opinione verso o contro quella correlazione, per cui qualsiasi posizione può essere affermata; oppure vi sono degli aspetti che a uno degli orientamenti sono sfuggiti, il che lo renderebbe errato.

Pertanto, prima di valutare quale rilievo l'art. 614 *bis* c.p.c. abbia in tutto ciò, la proposta è di verificare cosa emergesse dall'ordinamento prima che l'art. 614 *bis* medesimo entrasse in vigore. A tal fine saranno presi in considerazione gli artt. 474 e 612 c.p.c. e 2818 e 2953 c.c.: sono queste le norme con cui il legislatore dimostra di considerare la «sentenza di condanna» una tipologia di pronuncia a sé stante, attribuendole espressamente specifici effetti. La ricerca di eventuali indicazioni sull'esistenza o meno di una necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata non può che partire da tali disposizioni¹⁰¹.

⁹⁹ Cass. 26 marzo 1979, n. 1756 in *Foro it.*, I, 1979, 929. Si vedano anche Cass. 5 settembre 1989, n. 3863; 1° febbraio 1993, n. 1178; 24 agosto 1994, n. 7500; 5 giugno 2000, n. 7471. Per la giurisprudenza di merito: Trib. Napoli 13 aprile 2002, in *Arch. Foro it.*; Trib. Milano 30 settembre 2003, in *www.dejure.it*; Trib. Roma 5 novembre 2003, in *Arch. Foro it.*; Trib. Catania 19 gennaio 2004, in *www.dejure.it*. Alcune di queste pronunce (nonché alcune di quelle citate alla nota successiva) sono relative a provvedimenti cautelari: è scontato che, in una logica *a maiore ad minus*, anche per essi si ponga la questione dell'ammissibilità o meno di fronte all'infungibilità della prestazione, esattamente come per la condanna definitiva (ROMITO, *Artt. 614 bis e 96 c.p.c.: vecchi e nuovi problemi applicativi*, in *Res. civ. e prev.*, 2011, 2352). In proposito si veda TOMMASEO, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., 1277 e ss.

¹⁰⁰ Cass. 13 maggio 1968, n. 1499, in *Giust. civ.*, I, 1968, 1854-1856; 17 luglio 1992, n. 8721; s.u. 13 ottobre 1997, n. 9957; 17 giugno 2004, n. 11364; 26 novembre 2008, n. 28274; 30 settembre 2009, n. 20979; 5 settembre 2014, n. 18779; 28 luglio 2017, n. 18835; 15 novembre 2017, n. 27120. Per la giurisprudenza di merito si vedano: Trib. Modena 26 aprile 1986, in *Arch. Foro it.*; Trib. Torino 10 febbraio 2004; Trib. Roma 1° giugno 2005; Trib. Trapani 24 luglio 2006; Trib. Brindisi 18 agosto 2006; Trib. Trapani 11 aprile 2007; Trib. Nola 20 maggio 2008; Trib. Cagliari 19 ottobre 2009; Trib. Verona 9 marzo 2010; Trib. Lagonegro 15 aprile 2010; App. Firenze 11 novembre 2010, n. 1607, tutte in *www.dejure.it*; Trib. Cagliari 17 maggio 2012, in *Riv. giur. sarda*, I, 2013, 355; Trib. Milano 9 marzo 2015, n. 3123; Trib. Roma 16 settembre 2015, n. 7552; App. Milano 4 febbraio 2016, n. 411; App. Ancona 14 agosto 2017, n. 284; Trib. Avezzano, 21 giugno 2018, n. 136, anch'esse in *www.dejure.it*.

¹⁰¹ Riconosciute anche da PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, cit., 1113, come «il punto di avvio di qualsiasi indagine» attorno alla condanna».

2. La sentenza di condanna nell'ordinamento prima dell'introduzione dell'art. 614 bis c.p.c. a) Art. 474 c.p.c.: la sentenza di condanna è titolo esecutivo.

L'esistenza di un nesso tra la condanna e l'esecuzione forzata è certificata dall'art. 474, comma 2°, n. 1, c.p.c., in base al quale le «sentenze» sono titoli esecutivi. Si può aggiungere che, nonostante il generico riferimento, le sentenze di cui parla la norma non possono che essere quelle di condanna: non è nemmeno ipotizzabile l'esecuzione di una pronuncia meramente dichiarativa o costitutiva, in quanto entrambe, lo si è visto al paragrafo precedente, realizzano *in toto* la richiesta dell'attore ed esauriscono l'esigenza di tutela manifestata nella domanda, rispettivamente rimuovendo lo stato di incertezza lamentato e creando (oppure modificando o estinguendo: art. 2908 c.c.) il rapporto giuridico richiesto¹⁰².

Si badi: ciò non significa di certo che la pronuncia del giudice, per essere titolo esecutivo, debba contenere la parola “condanna”; sarebbe un'estremizzazione e la legge non richiede simili formule sacramentali¹⁰³. Piuttosto si vuole dire che se una sentenza è qualificata come meramente dichiarativa o costitutiva, la logica esclude che possa essere titolo esecutivo: non ci sarebbe, infatti, alcunché da eseguire.

Così l'orientamento giurisprudenziale che consente di fondare l'esecuzione forzata su provvedimenti meramente dichiarativi e costitutivi deve ricorrere ad uno stratagemma, affermando l'esistenza al loro interno di una implicita condanna all'attuazione degli obblighi consequenziali. Nello specifico il riferimento è a Cass. 26 gennaio 2005, n. 1619, relativa al caso della sentenza costitutiva di servitù di passaggio

¹⁰² MONTELEONE, *Recenti sviluppi nella dottrina dell'esecuzione forzata*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, 294-295, utilizza l'espressione «correlazione necessaria tra sentenza di condanna ed esecuzione forzata» per riferirsi proprio al fatto che l'esecuzione può fondarsi esclusivamente su una pronuncia di condanna. In questo è seguito anche dalla giurisprudenza: si vedano ad esempio Trib. Torino 18 luglio 2007, in *www.dejure.it*; Cass. 19 novembre 2009, n. 24438; Cass. 20 febbraio 2018, n. 4007. Ora, è vero che non si tratta di una terminologia tecnica o codificata, ma il termine “correlazione” intende un rapporto biunivoco, con cui si esprime non solo che non può esserci esecuzione forzata senza una condanna, ma anche che non può esserci condanna se l'esecuzione forzata non è praticabile. L'Autore e la giurisprudenza citati, pertanto, riferendosi solo ad un verso del rapporto, avrebbero dovuto parlare di “relazione” necessaria tra condanna ed esecuzione forzata. Non si tratta di indugiare in uno sterile verbalismo, ma di suggerire un lessico il più possibile coerente per evitare equivoci come quello cui dà vita lo stesso MONTELEONE, *Recenti sviluppi*, cit., 294-295, il quale da una parte afferma che la correlazione necessaria tra condanna ed esecuzione forzata «appare chiara ed incontestabile», dall'altra è altrettanto certo che una sentenza di condanna possa essere pronunciata a prescindere dall'eseguibilità forzata dell'obbligo (il medesimo Autore, in uno scritto successivo, sembra “correggere il tiro” e avvicinarsi al significato autentico della correlazione necessaria tra condanna ed esecuzione forzata, descrivendo la seconda come l'«unica ragione di essere» della prima: cfr. MONTELEONE, *Condanna civile*, cit., 1082-1083).

¹⁰³ ANDRIOLI, *Commento*, cit., 14-15.

che, ai sensi dell'art. 1051 c.c., può essere ottenuta dal proprietario del fondo intercluso per raggiungere la via pubblica. Nell'occasione la Corte ha affermato che la funzione di questa pronuncia sarebbe snaturata se essa non consentisse di avviare l'esecuzione forzata (per rilascio *ex art. 608 c.p.c.*) per immettere il titolare della servitù nel materiale esercizio di essa e quindi del passaggio; pertanto, ha attribuito efficacia esecutiva alla sentenza costitutiva, seppur dietro la "maschera" della condanna implicita. La *ratio* che sta dietro a questa proposta è chiaramente di economia processuale: si vuole evitare la celebrazione di processi (di condanna) volti alla formazione¹⁰⁴ del titolo esecutivo. Il risparmio di tempo, tuttavia, non è sufficiente a giustificare una chiara violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato. Infatti, se la sentenza è costitutiva (ma il discorso varrebbe anche se fosse meramente dichiarativa) significa che, salvo il caso di un'omissione di pronuncia, a monte vi era un'azione costitutiva il cui accoglimento non ha lasciato alcunché da eseguire, poiché la domanda è stata interamente soddisfatta. Pertanto, a quella parte di provvedimento che costituisce titolo esecutivo e che la Cassazione chiama "condanna implicita" non corrisponde una domanda di parte: il che configura un'ultrapetizione¹⁰⁵. In più, anche se la sentenza costitutiva fosse titolo esecutivo, non risulterebbe in alcun modo integrato il requisito della certezza del diritto così come previsto dall'art. 474, comma 1°, c.p.c., mancando una qualsiasi pronuncia giudiziale a riguardo¹⁰⁶.

In ogni caso, tornando all'art. 474 c.p.c. e a quanto dice circa l'esistenza o meno di una correlazione tra condanna ed esecuzione forzata, il fatto che la sentenza di condanna sia titolo esecutivo di per sé non esclude che possano essere pronunciate condanne non suscettibili di esecuzione forzata¹⁰⁷.

¹⁰⁴ O, come dice NAVARRINI, *Osservazioni "eretiche" sulla condanna implicita (nelle sentenze di assegnazione, o di revoca dell'assegnazione, della casa familiare)*, in *Dir. fam. pers.*, 2012, 1492, alla mera «formalizzazione».

¹⁰⁵ Segnalata anche da TRINCHI, *È titolo esecutivo il provvedimento che revoca l'assegnazione della casa familiare?*, in *Fam. dir.*, 2012, 885-886, e BIAVATI, *Il difficile cammino della condanna alle spese: variazioni sul tema*, in *Giur. merito*, 2007, 99-100.

¹⁰⁶ In questo senso Cass. 5 febbraio 2013, n. 2662 e 8 giugno 2012, n. 9287.

¹⁰⁷ PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, cit., 1139.

2.1 Segue. b) Art. 612 c.p.c.: la sentenza di condanna è titolo per l'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare.

Più eloquente in tal senso si dimostra l'art. 612 c.p.c., già citato in precedenza, che così disciplina l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare: «Chi intende ottenere l'esecuzione forzata di una sentenza di condanna per violazione di un obbligo di fare o di non fare, dopo la notificazione del precetto, deve chiedere con ricorso al giudice dell'esecuzione che siano determinate le modalità dell'esecuzione (comma 1°). Il giudice dell'esecuzione provvede sentita la parte obbligata. Nella sua ordinanza designa l'ufficiale giudiziario che deve procedere all'esecuzione e le persone che debbono provvedere al compimento dell'opera non eseguita o alla distruzione di quella compiuta (comma 2°)». Visto che il giudice dell'esecuzione provvede direttamente alla determinazione delle modalità dell'esecuzione e quindi alla nomina dei sostituti dell'obbligato, è chiaro che sia già stata positivamente accertata la fungibilità del *facere*¹⁰⁸. Ebbene, per il legislatore la sentenza di condanna, espressamente qualificata come titolo esecutivo, è sufficiente ad attestare (oltre all'esistenza del diritto) che si è svolto con esito positivo un controllo sulla fungibilità/coercibilità dell'obbligo. Ciò testimonia l'esistenza di una necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata: se infatti la sentenza di condanna potesse essere pronunciata a prescindere dall'eseguibilità della prestazione, essa non sarebbe stata indicata come titolo idoneo a fondare l'esecuzione *ex artt.* 612 e ss., in quanto nulla direbbe sulla fungibilità dell'obbligo.

Alla luce di questa considerazione va letta la ormai acclarata tendenza a qualificare come titoli validi per l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare i verbali e gli accordi di conciliazione¹⁰⁹. In passato essi erano considerati inidonei dall'opinione

¹⁰⁸ MANDRIOLI, *Sulla correlazione necessaria*, cit., 1348, nota 16. Nello stesso senso CHIZZINI, *Patrimonialità*, cit., 666. Parallelamente è anche già stato escluso, nel caso dell'esecuzione di obblighi di non fare, che la distruzione di ciò che è stato fatto in violazione dell'obbligo sia di pregiudizio all'economia nazionale, come imposto dall'art. 2933 c.c.: è questa stessa norma, comunque, ad affermare che in presenza di quel pregiudizio la distruzione della cosa non possa essere ordinata, quindi che non possa essere pronunciata una condanna, e che l'avente diritto possa «conseguire solo il risarcimento dei danni».

¹⁰⁹ Sul tema FINOCCHIARO, *L'efficacia esecutiva del verbale di conciliazione giudiziale: ieri, oggi e domani*, in *Giust. civ.*, I, 2003, 1459 e ss.; DE SANTIS, *La conciliazione in materia societaria. Fondamenti negoziali, contrafforti pubblicitici e riflessi sul processo ordinario*, in *Giur. it.*, 2004, 459, nota 77; SALETTI, *Le (ultime?) novità in tema di esecuzione forzata*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 196; PUNZI, *Il seguito dei provvedimenti della Corte Costituzionale (rapporti tra Corte Costituzionale, autorità giudiziaria e legislatore relativi al processo civile)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 296; BRUSCHETTA, *Studi per una teoria dell'esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, in *Riv.*

prevalente, e ciò sulla base dello stesso art. 612 c.p.c.: il richiamo alla sola sentenza di condanna, pacificamente inteso in senso ampio come ricomprensivo ogni provvedimento di condanna¹¹⁰, si spiegava con la volontà del legislatore di far precedere all'esecuzione degli obblighi di fare e non fare un controllo del giudice sulla fungibilità e coercibilità dell'obbligo¹¹¹. La Corte Costituzionale, con sentenza n. 336 del 2002, si discostò da questo orientamento, ponendo in luce che, visto il fine deflattivo della conciliazione, sarebbe quanto meno contraddittorio escludere che nel campo degli obblighi di fare e di non fare il verbale abbia lo stesso valore della sentenza; ciò equivarrebbe, in sostanza, ad imporre alle parti la lite davanti al giudice, anche quando fossero disposte a conciliarsi¹¹². Di lì a poco il legislatore si allineò alla posizione della Consulta, e oggi più norme prevedono espressamente l'idoneità del verbale di conciliazione a costituire titolo per l'esecuzione di cui agli artt. 612 e ss. c.p.c.¹¹³.

esec. forz., 2012, 124 e ss.; METAFORA, *L'esecuzione degli obblighi di fare (fungibili) e di non fare*, in *Riv. esec. forz.*, 2012, 458 e ss.

¹¹⁰ Cass. 13 gennaio 1997, n. 258; Cass. 14 dicembre 1994, n. 10713.

¹¹¹ In giurisprudenza Cass. 14 dicembre 1994, n. 10713 e 13 gennaio 1997, n. 258. Più risalenti le pronunce indicate da FINOCCHIARO, *L'efficacia esecutiva*, cit., 1460, nota 2; Cass. 9 ottobre 1953, n. 3254, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1953, V, 656; Cass. 13 ottobre 1954, n. 3637, in *Giust. civ.*, I, 1954, 2455; Cass. 24 maggio 1955, n. 1531, in *Giust. civ.*, I, 1956, 117. In dottrina DENTI, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano, 1953, 211-213; MANDRIOLI, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, 767-768. Peculiare la posizione di BORRÈ, *Esecuzione forzata*, cit., 237-241, secondo il quale l'art. 612 c.p.c. contempla solo la sentenza di condanna quale titolo idoneo «in vista di un'esigenza [...] di correlazione e di sintesi fra il contenuto del titolo esecutivo e la concreta determinazione delle modalità da parte dell'organo dell'esecuzione: correlazione che, in quanto intesa ad evitare frizioni o discontinuità fra le due fasi della tutela e a non lasciare alla determinazione esecutiva maggiore o minore spazio di quanto sia funzionalmente necessario, può essere garantita sufficientemente dalla sentenza di condanna, ma non altrettanto dal verbale di conciliazione, il cui contenuto trova il proprio parametro non in obiettive esigenze di coordinamento di fasi processuali, ma esclusivamente nella volontà e nella capacità di previsione delle parti».

¹¹² Corte Cost. 12 luglio 2002, n. 336.

¹¹³ L'abrogato art. 16 del d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, recante la disciplina del cd. rito societario, prevedeva che qualora durante il giudizio fosse stata raggiunta una conciliazione tra le parti il relativo verbale avrebbe costituito «titolo esecutivo [...] per l'esecuzione di obblighi di fare e non fare». Lo stesso effetto è stato più recentemente attribuito dall'art. 12 d.lgs. 28 del 2010 all'accordo di mediazione. È invece dubbio se anche l'intesa raggiunta in sede di negoziazione assistita possa fondare l'esecuzione di cui agli artt. 612 e ss. c.p.c.: l'art. 5, comma 1°, del d.l. n. 132 del 2014 (convertito con modificazioni dalla l. 10 novembre 2014, n. 162) si limita a prevedere che l'accordo, «sottoscritto dalle parti e dagli avvocati che le assistono, costituisce titolo esecutivo». Anche il verbale di conciliazione formatosi a seguito di consulenza tecnica preventiva è titolo per «l'esecuzione in forma specifica»: così l'art. 696 *bis* c.p.c., introdotto dall'art. 2, comma 3°, lett. e *bis*, n. 6), del d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito, con modificazioni, nella l. 14 maggio 2005, n. 80. Da ricordare che l'art. 2, comma 3°, lett. e), n. 1) del medesimo decreto legge ha modificato l'art. 474, comma 2°, n. 1), c.p.c., stabilendo che sono titoli esecutivi non solo le «sentenze», ma anche «i provvedimenti e gli altri atti ai quali la legge attribuisce espressamente efficacia esecutiva». Formula, questa, abitualmente interpretata nel senso di ricomprendere espressamente tra i titoli esecutivi e nello specifico tra «gli altri atti» i verbali di conciliazione giudiziale cui la legge «attribuisce espressamente efficacia esecutiva»: per tutti SOLDI, *Manuale*, cit., 77-78.

Posto dunque che la sentenza di condanna non è più l'unico titolo per l'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare, rimane un dato di fatto: il funzionamento stesso di questo tipo di esecuzione implica che un certo atto o provvedimento possa essere titolo per avviarla solo se la sua formazione segue ad un positivo accertamento della fungibilità dell'obbligo. Requisito che il legislatore ritiene soddisfatto dalla sentenza di condanna, e il cui rispetto si impone anche per l'accordo di conciliazione: la Corte Costituzionale, nel suo intervento del 2002, lo considerava idoneo a fondare l'esecuzione di cui agli artt. 612 e ss. c.p.c. proprio perché aveva verificato che la sua formazione era preceduta dal controllo sulla fungibilità della prestazione, assicurato all'epoca dall'art. 183 c.p.c., in base al quale il giudice tentava la conciliazione quando «la natura della causa» glielo consentiva (comma 1°). Secondo la Consulta, in questa valutazione cui il giudice era chiamato rientrava anche il giudizio sull'infungibilità della prestazione, che, se positivo, avrebbe impedito il tentativo di conciliazione. La formazione stessa di un verbale conciliativo cui la legge attribuisce la qualità di titolo esecutivo, dunque, è indice del fatto che «eventuali ragioni di ineseguibilità in forma specifica dell'obbligo siano state già considerate ed escluse»¹¹⁴.

Oggi è l'art. 185 *bis* c.p.c.¹¹⁵ a disciplinare il potere del giudice di avanzare una proposta transattiva o conciliativa in corso di causa e anch'esso richiede un previo esame della «natura del giudizio»: sono ancora attuali, dunque, le considerazioni della Consulta sopra riportate. Anche se non è espressamente previsto è chiaro che il giudice, come deve verificare la fungibilità della prestazione quando propone la conciliazione, così deve controllarla quando il tentativo è avviato dalle parti *ex art.* 185 c.p.c., nonché quando è chiamato ad omologare un accordo già formato¹¹⁶.

¹¹⁴ Corte Cost. 12 luglio 2002, n. 336. Così testualmente: «In presenza di un verbale di conciliazione, cui il codice di rito attribuisce in linea di principio efficacia di titolo esecutivo [...], si deve ritenere che le eventuali ragioni di ineseguibilità in forma specifica dell'obbligo siano state già considerate ed escluse». E ancora: «Ritiene questa Corte che l'art. 612, primo comma, c.p.c. possa essere letto nel senso che esso consenta il procedimento di esecuzione disciplinato dalle disposizioni che lo seguono anche se il titolo esecutivo sia costituito dal verbale di conciliazione, in quanto le eventuali ragioni ostative [infungibilità dell'obbligo di fare e pregiudizio all'economia nazionale in caso di distruzione dell'opera *ex art.* 2933, comma 2°, c.c., n.d.r.] devono essere valutate non *ex post*, e cioè nel procedimento di esecuzione, bensì, se esse preesistono, in sede di formazione dell'accordo conciliativo da parte del giudice che lo promuove e sotto la cui vigilanza può concludersi soltanto se la natura della causa lo consente».

¹¹⁵ Inserito dall'art. 77, comma 1°, lett. a), del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, nella l. 9 agosto 2013, n. 98.

¹¹⁶ Come nel caso di cui all'art. 12 d.lgs. 28/2010. La medesima norma, peraltro, stabilisce che l'accordo sia titolo per l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare anche a prescindere dall'omologazione del giudice, «ove tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite da un avvocato». Deve ritenersi, allora,

Un'ultima notazione per evitare un equivoco. L'esistenza del titolo esecutivo, si tratti di una pronuncia di condanna o di un verbale di conciliazione, non può ritenersi del tutto vincolante per il giudice dell'esecuzione di cui all'art. 612 c.p.c., nel senso di precludergli qualsiasi sindacato sull'eseguibilità forzata dell'obbligo. Se, per esempio, fosse pronunciata una sentenza di condanna ad un obbligo negativo, per il giudice dell'esecuzione sarebbe impossibile stabilire le modalità esecutive, vista l'immanente infungibilità degli obblighi di astensione. Un provvedimento di tal genere, peraltro, non vale a smentire la necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata, anzi, la conferma: lo si dovrà considerare un provvedimento viziato che non doveva/poteva essere pronunciato e che per questo non può di certo costituire valido titolo per l'esecuzione. Al più, qualora passasse in giudicato, agirebbe quale mero accertamento del diritto fatto valere¹¹⁷.

2.2. Segue. c) Art. 2818 c.c.: la sentenza di condanna è titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

In base all'art. 2818, comma 1°, c.c., «Ogni sentenza che porta condanna al pagamento di una somma o all'adempimento di altra obbligazione ovvero al risarcimento dei danni da liquidarsi successivamente è titolo per iscrivere ipoteca sui beni del debitore». Una precisazione iniziale si rende necessaria. L'ipoteca è una garanzia di un diritto di credito, quindi di una somma di denaro (artt. 2808 e 2809 c.c.)¹¹⁸; il fatto che l'art. 2818 configuri come titolo ipotecario la condanna ad obbligazioni diverse da quelle pecuniarie si spiega con quanto previsto dall'art. 2852 c.c., da cui si desume che l'ipoteca può essere fin da subito iscritta anche «per i crediti che possano eventualmente nascere in dipendenza di un rapporto già esistente». Per cui

che la verifica della fungibilità dell'obbligo spetti proprio agli avvocati che assistono le parti, i quali, sempre ai sensi dell'art. 12, «attestano e certificano la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico». L'assenza di un intervento giudiziale, invero, non esime da un controllo sulla fungibilità dell'obbligo di fare, o sull'assenza di pregiudizio all'economia nazionale quando la mediazione riguarda un obbligo di non fare: va ribadito quanto già visto nel testo, e cioè che la Corte Costituzionale ha sì riconosciuto l'idoneità del verbale di conciliazione a fondare l'esecuzione di cui agli artt. 612 e ss. c.p.c., ma sul presupposto di una previa vigilanza – in quel caso da parte del giudice – sulla sua formazione.

¹¹⁷ Cfr. in questo capitolo, par. 1.

¹¹⁸ Sull'ipoteca in generale: GORLA, *Del pegno. Delle ipoteche*, 4ª ed., Bologna-Roma, 1992; RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, Milano, 1956; TAMBURRINO, *Della tutela dei diritti (Delle ipoteche)*, in *Comm. cod. civ.*, 2ª ed., Torino, 1976; BOERO, *Le ipoteche*, 2ª ed., Torino, 1999; CHIANALE, *L'ipoteca*, 2ª ed., Milanofiori Assago, 2010.

la condanna ad una prestazione non pecuniaria è titolo per iscrivere ipoteca con riferimento all'eventuale credito risarcitorio derivante dal possibile inadempimento dell'obbligo principale oggetto della sentenza¹¹⁹. Da ciò risulta chiaramente che il prodursi dell'effetto di cui all'art. 2818 dipende dalla idoneità della obbligazione oggetto della condanna a risolversi nel risarcimento del danno, condizione che, seppur non esplicitata dall'attuale codice a differenza di quello del 1865¹²⁰, è insita nel concetto stesso di «obbligazione», la quale, ai sensi dell'art. 1174 c.c., può avere ad oggetto solo prestazioni suscettibili di valutazione economica¹²¹.

Passando alla questione che qui interessa, la norma non specifica che le obbligazioni non pecuniarie debbano essere eseguibili in via forzata. L'art. 2818 c.c., invero, è stato considerato la previsione che più chiaramente di tutte nega l'esistenza della correlazione necessaria tra condanna ed esecuzione forzata: si tratterebbe dell'unica disposizione generale ad indicare specificamente il contenuto della sentenza di condanna¹²² e, nel farlo, in nessun modo richiede la fungibilità dell'obbligazione¹²³. Questo aspetto, secondo un diverso orientamento, non ha invece alcuna rilevanza: la norma, quando si riferisce alle altre obbligazioni, lo fa avendo riguardo esclusivamente alla loro attitudine – come detto, prevista dalla legge – «a risolversi in risarcimento del danno e conseguentemente a fondare una probabile espropriazione», e non con l'intento di ricomprendere obbligazioni non suscettibili di esecuzione forzata¹²⁴.

Piuttosto che dare un senso a qualcosa che l'art. 2818 non contiene, e cioè il riferimento alla eseguibilità forzata dell'obbligazione, è preferibile dare la precedenza alla valorizzazione di ciò che la disposizione dice. In tale ottica è stato acutamente

¹¹⁹ GORLA, *Del pegno. Delle ipoteche*, cit., 222; MONTESANO, *Condanna civile*, cit., 43-44; RUBINO, *L'ipoteca*, cit., 26-27, nota 18. Dato che l'ammontare dell'eventuale risarcimento non è precisamente determinato, la somma per cui è iscritta ipoteca è quella determinata dal creditore, secondo il potere attribuitogli dall'art. 2838, comma 1°, c.p.c. e controbilanciato dal diritto del debitore di chiedere la riduzione dell'ipoteca (artt. 2872 e ss.). Una diversa interpretazione è quella offerta da CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., 236-237, secondo il quale «per tutte le sentenze di condanna a prestazioni non pecuniarie, suscettibili di esecuzione in natura, non vi è ragione per concedere al creditore vittorioso la garanzia ipotecaria»: egli, infatti, non ne avrebbe alcun bisogno, in quanto già dotato del titolo esecutivo idoneo ad ottenere precisamente quanto gli spetta.

¹²⁰ Art. 1970 c.c. del 1865: «Ogni sentenza portante condanna al pagamento di una somma, alla consegna di cose mobili, o all'adempimento di un'altra obbligazione, la quale possa risolversi nel risarcimento dei danni, produce ipoteca sui beni del debitore a favore di chi l'ha ottenuta».

¹²¹ RUBINO, *L'ipoteca*, cit., 295, nota 47.

¹²² PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, cit., 1118.

¹²³ PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, cit., 1140-1141.

¹²⁴ MANDRIOLI, *Sulla correlazione necessaria*, cit., 1350 e 1355.

osservato¹²⁵ che, per previsione espressa, è qualificata come titolo ipotecario anche la condanna «al risarcimento dei danni da liquidarsi successivamente», ciò in cui si legge abitualmente il riferimento alla condanna generica di cui all'art. 278 c.p.c. Se il legislatore ha ritenuto necessaria una menzione specifica, significa che, in mancanza, la condanna generica non sarebbe rientrata nella previsione dell'art. 2818 c.c.¹²⁶. Ora, ciò che contraddistingue la condanna generica è la sua inidoneità ad avviare il processo esecutivo, in quanto il diritto, pur accertato, non risulta ancora liquidato. L'utilità del provvedimento, invero, sta proprio nell'essere titolo per iscriverne ipoteca a garanzia del credito destinato ad essere liquidato¹²⁷. Se davvero la pronuncia di una condanna prescindesse dalla eseguibilità forzata dell'obbligo, non si vedrebbe davvero per quale ragione il legislatore si sia preoccupato di nominare esplicitamente la condanna generica. E infatti è proprio questo particolare che rappresenta un indizio dal quale ricavare che, nell'ordinamento, la sentenza di condanna è quella idonea ad avviare l'esecuzione forzata.

Un'eventuale condanna a prestazione infungibile e nemmeno assistita da misure coercitive, a ben vedere, non sarebbe dissimile dalla condanna generica, in quanto non eseguibile nelle forme del libro III c.p.c. e utile esclusivamente ai fini dell'ipoteca. Il quesito, allora, è posto in questi termini: «Si dà, nel nostro ordinamento giuridico, un interesse ad agire *esclusivamente* coordinato allo scopo di ottenere l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale al di fuori dell'ipotesi espressamente prevista dall'art. 2818 c.c.?»¹²⁸. La risposta negativa è sorretta da due diverse ragioni: da un lato è sottolineato il carattere eccezionale della deroga che il legislatore ha voluto concedere, ammettendo

¹²⁵ Quella che si va esponendo nel testo è l'analisi svolta da CHIARLONI, *Misure coercitive*, cit., 161 e ss. Secondo MONTESANO, *La tutela*, cit., 173-174, l'art. 2818 c.c. sarebbe la testuale affermazione dell'esistenza della necessaria correlazione tra la condanna e l'esecuzione forzata: infatti «il debitore è condannato non ad adempiere, o meglio, per usare le parole dell'art. 1218 c.c., ad eseguire egli stesso la prestazione [...], ma "all'adempimento". E ciò significa che la sanzione, che il debitore subisce dopo la sentenza, assicura al creditore un adempimento che si realizza solo in forza della stessa sentenza, e non che sia possibile solo se e in quanto la volontà del debitore ne sia costretta dalla minacciata sanzione». Questo argomento letterale, tuttavia, pare francamente davvero troppo flebile.

¹²⁶ Se la condanna generica fosse considerata vera e propria condanna, non ci sarebbe stato bisogno di citarla a parte all'interno dell'art. 2818: così ANDRIOLI, «*Actio iudicati*» derivante da sentenza di condanna generica, in *Foro it.*, I, 1949, 480.

¹²⁷ Dato che la condanna generica al risarcimento del danno «presuppone solo l'accertamento di un fatto potenzialmente produttivo del danno stesso e che l'accertamento della esistenza del danno è riservata alla fase successiva [...] al giudice della liquidazione è consentito di negarne l'esistenza senza che ciò comporti alcuna violazione del giudicato formatosi sull'*an*»: così Cass. 13 settembre 2012, n. 15335, ma si tratta di orientamento costante della giurisprudenza (si vedano, ad esempio, Cass. 22 maggio 1980, n. 3379, 6 marzo 1992 n. 2714, e, più recentemente, 10 aprile 2015, n. 7257).

¹²⁸ CHIARLONI, *Misure coercitive*, cit., 167 (il corsivo è dell'Autore).

che una pronuncia in sostanza di mero accertamento sia emanata nonostante l'assenza di incertezza sull'esistenza del rapporto da accertare e sia oltretutto in grado di produrre un effetto tipicamente condannatorio¹²⁹. Dall'altro lato si constata che una condanna avente ad oggetto un obbligo infungibile andrebbe accostata alla condanna generica non nella sua tipica veste di pronuncia non definitiva, così come descritta dall'art. 278 c.p.c., bensì quando essa si presenta come sentenza definitiva, conclusiva cioè del grado di giudizio in cui è pronunciata. Ciò avviene quando l'attore propone fin da subito una domanda limitata alla condanna generica¹³⁰ nonché quando, dopo l'iniziale proposizione di una domanda di condanna, l'attore stesso chiede la riduzione dell'oggetto del giudizio, limitandolo, appunto, ad una condanna generica¹³¹. Queste deviazioni dallo schema normativo sono ammesse in sede interpretativa, ma con dei correttivi, idonei sia a tutelare la controparte, che ha tutto l'interesse ad evitare la condanna e (soprattutto) l'ipoteca dimostrando l'inesistenza di un *quantum* da liquidare; sia a preservare il principio di economia processuale: le facoltà concesse all'attore poco sopra descritte, invero, gli consegnerebbero il potere di instaurare due diversi processi, il primo per ottenere la condanna generica, il secondo per ottenere la liquidazione del danno qualora la prima pronuncia con l'iscrizione di ipoteca non abbia determinato il condannato ad adempiere. Per tali ragioni è attribuita al convenuto la facoltà di ottenere nello stesso grado di giudizio anche la pronuncia sul *quantum*¹³². Ebbene, una condanna a prestazione infungibile darebbe luogo al rischio di duplicazione dei processi alla pari della condanna generica definitiva, ma sarebbe del tutto inconciliabile con la soluzione correttiva appena descritta: l'obbligato ad una prestazione infungibile destinatario di una

¹²⁹ CHIARLONI, *Misure coercitive*, cit., 168-169.

¹³⁰ Possibilità pacificamente ammessa in giurisprudenza: SS.UU. 23 novembre 1995, n. 12103. Analogamente si vedano Cass. 8 agosto 1984, n. 4644; 10 maggio 1993, n. 5346; 16 dicembre 2010, n. 25510.

¹³¹ Anche questo potere è abitualmente concesso: Cass. 18 febbraio 1988, n. 1736; 13 settembre 1991, n. 9573; 3 marzo 1994, n. 2124; 15 marzo 2007, n. 5997.

¹³² Se l'attore, dopo aver domandato una condanna "specificata", chiede la limitazione del *petitum* ad una condanna generica, è necessario il consenso, anche tacito (ravvisabile nella non tempestività della sua opposizione), del convenuto (Cass. 27 settembre 1979, n. 4986; 24 febbraio 1982, n. 1169; 2 maggio 1983, n. 3017; 14 dicembre 1994, n. 10689; 2 febbraio 1996, n. 897; 8 gennaio 1999, n. 85; 7 settembre 2017, n. 20894); se invece è stata proposta *ab origine* domanda di condanna generica, il convenuto può opporsi chiedendo l'accertamento dell'insussistenza del danno (Cass. 26 agosto 1982, n. 4727; S.U. 23 novembre 1995, n. 12103; Cass. 8 gennaio 1999, n. 85; 31 luglio 2009, n. 17893; 16 dicembre 2010, n. 25510; 20 febbraio 2015, n. 3366).

domanda di condanna dovrebbe essere legittimato ad opporsi chiedendo la propria paradossale condanna al risarcimento dei danni¹³³.

2.3. Segue. d) Art. 2953 c.c.: il passaggio in giudicato della sentenza di condanna trasforma le prescrizioni brevi in prescrizioni decennali.

L'art. 2953 c.c. così dispone: «I diritti per i quali la legge stabilisce una prescrizione più breve di dieci anni, quando riguardo ad essi è intervenuta sentenza di condanna passata in giudicato, si prescrivono con il decorso di dieci anni». Significa che il passaggio in giudicato della sentenza di condanna fa venir meno le esigenze che giustificano l'applicazione di un termine di prescrizione più breve rispetto a quello ordinario¹³⁴.

Si può tranquillamente affermare che questa norma è la mera descrizione di un effetto conseguente all'incontrovertibilità di una condanna: essa non offre alcun elemento per affermare che la condanna possa essere pronunciata solo se l'esecuzione forzata è praticabile¹³⁵. In tal senso occorre una precisazione.

Una parte della dottrina, nel domandarsi per quale ragione l'effetto di cui all'art. 2953 c.c. segua alla sola sentenza di condanna, visto che anche quelle meramente dichiarative e costitutive passano in giudicato, ha ritenuto che ciò sia da ascrivere al fatto che dalla condanna sorge l'azione esecutiva, «sulla quale non può non esercitarsi l'influenza edace del tempo e, quindi, della prescrizione estintiva»¹³⁶. Il nuovo termine ordinario di prescrizione andrebbe pertanto riferito all'azione esecutiva¹³⁷. Giusta o sbagliata che sia, questa affermazione nulla ha a che vedere con la questione che si sta

¹³³ Per questi rilievi CHIARLONI, *Misure coercitive*, cit., 169-171.

¹³⁴ RUPERTO, *Commento all'art. 2953*, in VITUCCI (a cura di), *La prescrizione*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da SCHLESINGER, diretto da BUSNELLI, tomo II, 2ª ed. (diretta da RUPERTO), Milano, 2014, 272-273. Paradigmatico è il caso del diritto al risarcimento del danno derivante da fatto illecito: la Relazione al Codice Civile giustifica il termine breve di cinque anni *ex art. 2947 c.c.* con il fatto che nella maggior parte dei casi la prova dell'illecito si fonda sulle deposizioni dei testimoni, per cui bisogna tener conto della tendenza a dimenticare con il decorso del tempo. Il passaggio in giudicato della sentenza fa venir meno questo rischio. Non si può definire pacifica l'affermazione, sostenuta da GRASSO, *Prescrizione (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 74 e AZZARITI-SCARPELLO, *Della prescrizione e della decadenza*, in *Comm. Scialoja-Branca*, sub *art. 2934-2969*, 2ª ed., Bologna-Roma, 1977, 325, secondo la quale tra le prescrizioni brevi di cui all'art. 2953 c.c. rientrerebbero anche quelle presuntive (2954 e ss. c.c.): vi è chi segnala, infatti, che, anche se inferiori ai dieci anni, si tratta di prescrizioni di natura diversa (RUPERTO, *Commento all'art. 2953*, cit., 273, nota 16).

¹³⁵ PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, cit., 1144.

¹³⁶ ANDRIOLI, «*Actio judicati*», cit., 479.

¹³⁷ MONTESANO, *Condanna civile*, cit., 21 e ss.; ANDRIOLI, «*Actio judicati*», cit., 480.

affrontando: infatti, anche se il termine di prescrizione fosse riferito all'azione esecutiva, ciò non equivarrebbe a dire che, se l'azione medesima non è esperibile a causa dell'infungibilità dell'obbligo, la condanna non può essere pronunciata. Semplicemente, un'eventuale condanna avente ad oggetto una prestazione infungibile non produrrebbe l'effetto estensivo della prescrizione perché mancherebbe l'azione esecutiva che ne costituisce l'oggetto. Una conseguenza che è comunque destinata a rimanere nel campo delle ipotesi, considerato che non risultano nell'ordinamento diritti a prestazioni inesequibili in via forzata che si prescrivano in meno di dieci anni¹³⁸.

3. Risultato dell'analisi: tra condanna ed esecuzione forzata esiste una correlazione necessaria. Ulteriori conferme.

Mettendo insieme gli esiti dell'analisi svolta nei paragrafi precedenti è certamente più semplice affermare piuttosto che negare l'esistenza di una necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata: gli artt. 612 c.p.c. e 2818 c.c. forniscono indizi importanti in questa direzione e, se è vero che gli artt. 474 c.p.c. e 2953 c.c. non sembrano escludere la pronuncia di condanne non suscettibili di esecuzione forzata, è dirimente considerare che l'uno riguarda le sentenze che sono titolo esecutivo, l'altro ha

¹³⁸ CHIARLONI, *Misure coercitive*, cit., 203, nota 157. Ecco, quindi, che stabilire se la prescrizione ex art. 2953 c.c. sia riferita al diritto o all'azione esecutiva non sembra avere un grande rilievo pratico. A meno che si tratti di un «errore teorico» del legislatore, come ritiene MONTESANO, *Condanna civile*, cit., 26, la norma è chiara nell'affermare che sono «i diritti» a prescriversi e il legislatore stesso quando vuole riferire la prescrizione ad un'azione lo fa espressamente: si vedano esemplificativamente, nel codice civile, gli artt. 428, 482, 502, 526, 591, 606, 624, 646, 761, 763, 768 *quinquies*, 775, 948, 1442, 1449, 1495, 1512, 1667, 1797, 2226, 2903, 2949. D'altra parte, quando si dice, come fa PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, cit., 1144, che, se a prescriversi fosse l'azione esecutiva, «non si comprenderebbe perché il legislatore abbia subordinato al passaggio in giudicato della sentenza la trasformazione della prescrizione breve in prescrizione ordinaria», non si tiene conto del fatto che è l'art. 2945, comma 2°, c.c. a disporre che, in ogni caso, «la prescrizione non corre fino al momento in cui passa in giudicato la sentenza che definisce il giudizio». Contribuisce a mantenere vivo il dibattito l'orientamento giurisprudenziale ormai decennale secondo il quale anche la condanna generica è idonea a determinare la trasformazione della prescrizione breve in ordinaria: Cass. 24 aprile 1981, n. 2465; 15 settembre 1995, n. 9771; 28 marzo 2000, n. 3727; 7 ottobre 2005, n. 19636; da ultimo Cass. 18 giugno 2019, n. 16289. Ovviamente ciò può avere rilievo pratico solo nei casi, accennati al par. 2, in cui la condanna generica funge da sentenza definitiva, poiché, come si è detto poco sopra, in base all'art. 2945, comma 2°, c.c. la prescrizione rimane sospesa fino al passaggio in giudicato della sentenza che definisce il giudizio. Ora, la condanna generica non è titolo esecutivo e questo confermerebbe che non è l'azione esecutiva a prescriversi. Eppure, nelle stesse pronunce sopra citate la Cassazione afferma che la nuova prescrizione decennale riguarda un'azione, ovvero quella per la liquidazione del danno, nonostante l'art. 2947 c.c. subordini alla prescrizione quinquennale il diritto al risarcimento del danno, non la relativa azione. E allora, da una diversa prospettiva, si potrebbe ritenere che la condanna generica sia idonea a produrre l'effetto di cui all'art. 2953 c.c. proprio perché fa comunque sorgere una nuova azione, quale quella per la liquidazione del danno, che, pur non essendo l'azione esecutiva, è comunque ad essa prodromica e funzionale.

un ambito applicativo – posizioni giuridiche che si prescrivono in meno di dieci anni – in cui non rientrano diritti non suscettibili di esecuzione forzata.

I risultati così raggiunti troverebbero conforto in un dato ulteriore: l'elaborazione dottrinale all'epoca della codificazione dava spesso per presupposta la correlazione necessaria tra condanna ed esecuzione forzata¹³⁹. Il dibattito a quel tempo non era direttamente incentrato sulla possibilità di condannare taluno nonostante l'infungibilità dell'obbligo, bensì su cosa la sentenza di condanna contenesse in più o di diverso rispetto alla pronuncia di mero accertamento. Tra le soluzioni proposte¹⁴⁰, diverse implicavano chiaramente un necessario legame tra la condanna e l'esecuzione forzata: il *quid pluris* era infatti individuato nell'ordine rivolto agli organi esecutivi¹⁴¹, nella trasformazione dell'obbligo in soggezione all'esecuzione¹⁴², nella conversione dell'azione dichiarativa (di condanna) in azione esecutiva¹⁴³ o ancora nell'applicazione della sanzione esecutiva¹⁴⁴. Altre ricostruzioni che definivano la condanna apparentemente prescindendo dal suo legame con l'esecuzione forzata, dimostravano poi di non potervi rinunciare: si pensi a chi descriveva la condanna alla stregua di un comando di adempiere rivolto all'obligato, avendo peraltro la premura di specificare che l'obbligo doveva essere possibile e coercibile¹⁴⁵. Certo, vi erano anche alcuni autori che affermavano a chiare lettere che la condanna poteva essere pronunciata anche in caso di impraticabilità dell'esecuzione¹⁴⁶. Ciò, tuttavia, non toglie che prevalesse

¹³⁹ Lo fanno notare ATTARDI, *L'interesse ad agire*, cit., 100-105, e CHIARLONI, *Misure coercitive*, cit., 145-147.

¹⁴⁰ Un'esauritiva rassegna delle varie posizioni espresse in materia si trova in GRAZIOSI, *La sentenza di divorzio*, cit., 137 e ss. Si veda anche MANDRIOLI, *L'azione esecutiva*, Milano, 1955, 283 e ss.

¹⁴¹ CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., 161.

¹⁴² CALAMANDREI, *La condanna*, cit., 491 e ss.

¹⁴³ FURNO, *Condanna e titolo esecutivo*, cit., 104-111, e BETTI, *Il concetto*, cit., 48 e nota 34.

¹⁴⁴ LIEBMAN, *Le opposizioni*, cit., soprattutto 129-130.

¹⁴⁵ A. ROCCO, *La sentenza civile: studi*, Torino, 1906, 161, nota 11.

¹⁴⁶ Così INVREA, *La sentenza di condanna*, in *Riv. dir. proc. civ.*, I, 1935, 50-52, e CARNELUTTI, *Funzione della caparra nel contratto preliminare*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1923, 225-226, del quale è significativo ricordare il mutamento di opinione dopo l'entrata in vigore del c.p.c. del 1940: l'Autore afferma infatti che la condanna, nell'accertare la responsabilità dell'obligato, accerta anche la potestà degli ufficiali che lo sottoporranò all'esecuzione forzata (CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, I, 4^a ed., Roma, 1951, 38). Anche CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., 167, afferma che «si può essere condannati a tutto ciò che si può essere tenuti a prestare», anche ad «una prestazione infungibile». Eppure, si tratta dello stesso Autore (cfr. nota 141) che individua nel comando rivolto agli organi esecutivi l'elemento caratterizzante la condanna. A riguardo c'è da dire che CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., 247-248, ricomprende nel concetto di "esecuzione" sia l'esecuzione forzata (esecuzione per surrogazione) sia la coercizione indiretta (esecuzione per coazione); per cui egli (*Istituzioni*, cit., 249) ritiene che, qualora non sia praticabile né la surrogazione né la coercizione indiretta, il bene richiesto dall'attore «non è praticamente conseguibile nel processo» e l'unica tutela rimanente è il risarcimento del danno. Sembra, quindi, che per Chiovenda la pronuncia di una condanna sia subordinata

l'indirizzo secondo il quale carattere essenziale della condanna è l'attitudine a preparare l'esecuzione forzata: pertanto non è assurdo immaginare che il legislatore degli anni '40 si sia allineato a questo orientamento.

Ma è considerando l'ordinamento in modo più ampio che si può constatare come la necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata sia perfettamente coerente con il sistema delle tutele così come risultante dalla codificazione. L'attenzione va condotta al già citato art. 1174 c.c., in base al quale «la prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica». Qui il legislatore si dimostra del tutto consapevole che il processo non è sempre in grado di soddisfare pienamente l'avente diritto a causa dei limiti di praticabilità dell'esecuzione forzata. Infatti, richiedendo che la prestazione sia economicamente valutabile, fa sì che, qualora essa non possa essere eseguita nelle forme di cui al libro III, sia almeno convertibile nell'equivalente monetario, in tal modo assicurando al creditore la tutela residuale

all'esperibilità dell'esecuzione forzata o della coercizione indiretta (cfr. CHIARLONI, *Misure coercitive*, cit., 141-142). Nondimeno l'Autore mostra una posizione ancora diversa nelle celebri pagine (*Istituzioni*, cit., 20-21) dedicate all'autonomia del diritto d'azione rispetto all'obbligazione. Dopo che si è verificato l'inadempimento, mentre «il diritto d'obbligazione [...] conserva la sua direzione *verso la prestazione* dell'obbligato, il diritto d'azione aspira al conseguimento del bene garantito dalla legge *con tutti gli altri possibili mezzi*»; l'azione, infatti, mira all'attuazione del diritto «indipendentemente dalla volontà dell'obbligato» e il processo che ne segue «non serve a ottenere l'adempimento dell'*obbligazione*, ma sì il conseguimento del bene garantito dalla legge coi mezzi possibili all'infuori dell'obbligazione» (i corsivi sono dell'Autore). Se il processo è preordinato alla soddisfazione del titolare del diritto prescindendo dall'adempimento del debitore, non si sta tenendo conto della coercizione indiretta, ma solo dell'esecuzione per surrogazione; e non si fa altro che descrivere con parole diverse ciò in cui consiste la necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata. Di queste oscillazioni riscontrabili nell'opera di Chiovenda – che parrebbero strane se non confermassero quanto detto nel testo, e cioè che la possibilità o meno di pronunciare una condanna nonostante l'impraticabilità dell'esecuzione forzata non interessasse la dottrina in modo diretto – CHIARLONI, *Misure coercitive*, cit., 135-141, ha fornito una spiegazione del tutto verosimile. Dove afferma che «si può essere condannati a tutto ciò che si può essere tenuti a prestare», Chiovenda sarebbe stato influenzato da quella parte della dottrina tedesca che definiva la condanna quale accertamento del «diritto ad una prestazione in quanto debba essere soddisfatto a seguito della sua violazione» (così MANDRIOLI, *L'azione esecutiva*, cit., 297). Questo influsso dell'elaborazione scientifica germanica non sorprende, considerato che ne è frutto anche la stessa tripartizione delle sentenze – di mero accertamento, di condanna, costitutive – adottata dagli Autori italiani (INVREA, *La sentenza di condanna*, cit., 30). Il fatto è che questa definizione della condanna quale “sentenza di prestazione” (*Leistungsurteil*) era giustificata da alcune peculiarità dell'ordinamento tedesco, che, per esempio, parlava di condanna alla celebrazione del matrimonio, alla ripresa della convivenza coniugale (§ 888, *Abs. 2*, ZPO, vecchia formulazione), alla emanazione di una dichiarazione di volontà (§ 894, *Abs. 1*, ZPO, vecchia formulazione); così si voleva trovare una definizione di condanna idonea a ricomprendere anche ipotesi di questo tipo. In Italia, dunque, è giunta una nozione di condanna costruita sulla base dell'ordinamento processuale civile tedesco e delle sue particolarità, non riscontrabili nel codice di procedura civile italiano del 1865. Questo spiegherebbe la ragione per cui Chiovenda da una parte si dimostri seguace della teorica del *Leistungsurteil*, dall'altra se ne discosti, ritenendo essenziale al concetto di condanna, nei modi già descritti, l'applicazione di una sanzione (come, d'altronde, altra parte della dottrina tedesca: cfr. CHIARLONI, *Misure coercitive*, cit., 138, anche per i riferimenti bibliografici).

consistente nel risarcimento del danno, secondo quanto previsto dall'art. 1218 c.c. Il sistema costruito dal codificatore del 1942 appare completo: in caso di inadempimento, l'avente diritto può ottenere soddisfazione mediante l'esecuzione forzata così come disciplinata nel libro III del c.p.c.; se l'esecuzione non è praticabile, la patrimonialità dell'obbligazione consente di ristorare il titolare del diritto mediante il risarcimento per equivalente. Se nemmeno il rimedio risarcitorio fosse utilizzabile, questo sarebbe indice dell'assenza del requisito essenziale della patrimonialità: il che esclude che l'obbligazione sia giuridicamente rilevante, quindi non può esserci tutela¹⁴⁷.

4. Lo scarto tra ordinamento positivo e principio di effettività della tutela come causa dell'avversione per la correlazione necessaria tra condanna ed esecuzione forzata. Conseguenze sull'interpretazione delle norme.

Come già all'inizio si era anticipato, l'esistenza nell'ordinamento di una necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata è passata dall'essere data sostanzialmente per pacifica all'essere negata da un numero sempre crescente di interpreti. Ora, è nell'ordine di una normale dialettica che di un certo istituto o di una determinata norma si diano nel tempo interpretazioni e ricostruzioni differenti. In questo caso, peraltro, l'inversione di tendenza non è seguita ad un esame obiettivo delle norme relative alla «sentenza di condanna», bensì ad una rilettura dell'ordinamento finalizzata proprio al superamento della necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata.

Le ragioni di questa avversione poggiano fondamentalmente sulla seguente generale considerazione: la tutela pensata dal legislatore degli anni '40 e consacrata nel libro III c.p.c. ha iniziato a dimostrarsi inadeguata rispetto ad un numero gradualmente sempre maggiore di situazioni giuridiche soggettive. Soprattutto a partire dagli anni '60 le evoluzioni e gli importanti mutamenti della società hanno determinato l'aumento e la diversificazione dei diritti da tutelare, senza che, tuttavia, «l'armamentario delle forme processuali di tutela» si sia adeguatamente aggiornato¹⁴⁸. La moltiplicazione dei diritti non suscettibili di esecuzione forzata ha fatto sì che «quelle che prima potevano

¹⁴⁷ Sono le osservazioni di CHIZZINI, *Patrimonialità*, cit., 669-674, ribadite in CHIZZINI, *Commento*, cit., 157-159. L'Autore ha riproposto un pensiero già espresso da BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, 36-37 e 51-52.

¹⁴⁸ DI MAJO, *Tutela (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 371. Si veda anche CHIZZINI, *Patrimonialità*, cit., 666-667.

apparire storture accettabili» in quanto non numerose e di scarso rilievo, siano divenute «frequenti divaricazioni» dal principio di effettività della tutela di cui all'art. 24, comma 1°, Cost.¹⁴⁹, traduzione del canone chiovendiano secondo il quale «*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*»¹⁵⁰. Alla luce di ciò, si è detto grave ed intollerabile che l'impraticabilità dell'esecuzione forzata costringa l'avente diritto a rinunciare all'esatto adempimento della sua pretesa e ad accontentarsi del rimedio del risarcimento per equivalente¹⁵¹. I limiti della legislazione ordinaria in cui si sostanzia il libro III c.p.c. non giustificano la mancata concretizzazione di un sovraordinato principio costituzionale come quello di cui all'art. 24 Cost., essendo invece questo a dover informare l'interpretazione dell'ordinamento positivo e il suo adeguamento¹⁵². Tra l'altro vi sono diritti non tutelabili dall'esecuzione forzata in forma specifica che, avendo contenuto prevalentemente o esclusivamente non patrimoniale, non possono nemmeno essere adeguatamente protetti dallo strumento risarcitorio¹⁵³. Se poi si aggiunge che sovente queste situazioni soggettive, come il diritto al nome, il diritto alla *privacy* o ancora il diritto a lavorare in un ambiente salubre, sono concretizzazioni di libertà fondamentali affermate dalla Costituzione, in quanto implicate nei rapporti tra cittadini e Stato, nei rapporti di famiglia, nei rapporti di lavoro, il quadro si palesa ancora più serio, poiché l'esecuzione forzata risulta inadeguata a tutelare proprio quelle situazioni di vantaggio cui il legislatore costituzionale ha voluto attribuire un rango preminente¹⁵⁴.

Sulla base di queste premesse, la correlazione necessaria tra condanna ed esecuzione forzata è apparsa un ostacolo inaccettabile, contrario al principio di effettività della tutela; quindi, inevitabilmente da superare¹⁵⁵. Slegando la condanna

¹⁴⁹ Le parole tra virgolette appartengono a CHIZZINI, *Commento*, cit., 156.

¹⁵⁰ CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., 40 (il corsivo è dell'Autore).

¹⁵¹ L'opinione riportata nel testo è quella di PROTO PISANI, *L'effettività*, cit., 622-626 e 632-634; PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, cit., soprattutto 1163-1164; TARUFFO, *Note sul diritto alla condanna*, cit., 637 e ss; TOMMASEO, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., 1279.

¹⁵² TARUFFO, *Note sul diritto alla condanna*, cit., 648-649 e 655.

¹⁵³ PROTO PISANI, *L'effettività*, cit., 625. Così anche DENTI, «*Flashes*» *su accertamento e condanna*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 266, e TARUFFO, *Note sul diritto alla condanna*, cit., 643 e 650.

¹⁵⁴ PROTO PISANI, *L'effettività*, cit., 625.

¹⁵⁵ Davvero evocative appaiono le parole, pur recenti rispetto al contesto cui si sta facendo riferimento, di ZUCCONI GALLI FONSECA, *Attualità*, cit., 97: «La corrispondenza [...] fra condanna ed esecuzione forzata del libro III appare una prigione [...] perché la realtà, in continuo mutamento, crea nuovi diritti dai contenuti più peculiari, per i quali l'apparato esecutivo tradizionale non basta più».

dall'esecuzione, da una parte il titolare di un diritto non tutelabile con i mezzi del libro III c.p.c. può ugualmente ottenere che l'obbligato sia condannato e sperare nel suo personale adempimento, invece che retrocedere all'equivalente monetario; dall'altra, la condanna diviene capace di svolgere anche una funzione di prevenzione dell'inadempimento¹⁵⁶. Il legame con l'esecuzione forzata, infatti, limita la condanna ad uno strumento repressivo, che interviene cioè dopo la violazione del diritto per porvi rimedio¹⁵⁷; sciogliendo quel vincolo, la condanna può essere pronunciata anche al fine di ordinare di astenersi per il futuro dalla condotta illegittima.

È chiaro che, se ci si fonda su queste convinzioni, non si può osservare l'ordinamento con uno sguardo obiettivo; piuttosto si aguzzerà la vista alla ricerca di elementi in grado di contraddire l'esistenza di un inscindibile legame tra condanna ed esecuzione forzata. Si ribadisce, dunque, che il radicale mutamento di opinione relativamente alla correlazione tra condanna ed esecuzione forzata non è stato frutto di un esame oggettivo attorno alla tipologia di pronuncia della condanna, bensì di una sorta di petizione di principio¹⁵⁸, di un «apriorismo concettuale»¹⁵⁹. Lo dimostrano e confermano gli argomenti utilizzati e l'interpretazione a senso unico che delle norme è stata data.

Innanzitutto, è stato piuttosto semplice far notare che né l'art. 2818, né l'art. 2953 c.c. contengono alcun esplicito riferimento alla necessità che l'obbligo oggetto della condanna sia suscettibile di esecuzione forzata. Questo, peraltro, insieme all'assenza di una definizione di "condanna", non deve necessariamente significare che sia stata adottata la nozione più ampia possibile di condanna; può essere che il legislatore abbia dato per presupposta la correlazione necessaria tra condanna ed esecuzione forzata, implicitamente rinviando all'elaborazione scientifica dell'epoca¹⁶⁰.

Fa poi specie che l'art. 612 c.p.c., ovvero la norma che più di tutte dimostrerebbe l'esistenza di quella correlazione, non sia stato nemmeno preso in considerazione,

¹⁵⁶ Su questo aspetto si veda in particolare PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, cit., soprattutto 1105-1113.

¹⁵⁷ PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, cit., 1120-1123.

¹⁵⁸ ATTARDI, *Diritto processuale civile*, cit., 107.

¹⁵⁹ Così CHIARLONI, *Misure coercitive*, cit., 143, riferendosi nello specifico al ragionamento seguito da PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, cit., il quale parte dall'assunto «che dovrebbe, invece, costituire l'esito di un processo dimostrativo, secondo cui l'essenza del concetto di condanna sta nell'accertamento della pretesa ad una prestazione, di qualunque tipo essa sia, fungibile o infungibile, di dare, di fare o di non fare».

¹⁶⁰ CHIARLONI, *Misure coercitive*, cit., 145.

nonostante parli espressamente di «sentenza di condanna». Visto l'obiettivo con cui è stato scandagliato l'ordinamento, risulta difficile considerarla un'involontaria dimenticanza.

Al contrario molta attenzione è stata posta nella catalogazione di una serie di norme che contemplano ordini giudiziali aventi ad oggetto condotte infungibili. Una di queste disposizioni è quella la cui entrata in vigore ha dato il "la" all'orientamento contrario alla correlazione necessaria tra condanna ed esecuzione forzata, non a caso manifestatosi con forza a partire dagli anni '70: il riferimento è all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori¹⁶¹, nella parte in cui prevede l'ordine del giudice rivolto al datore di lavoro di reintegrare il lavoratore illegittimamente licenziato. Si tratta di un obbligo complesso e scomponibile in più sotto-prestazioni, alcune delle quali fungibili, come il consentire l'accesso al luogo di lavoro e la corresponsione della retribuzione¹⁶²; nella sua essenza, tuttavia, rimane un obbligo infungibile, poiché il datore di lavoro non può essere sostituito nell'attività «di carattere organizzativo-funzionale, consistente, fra l'altro, nell'impartire al dipendente le opportune direttive, nell'ambito di una relazione di reciproca ed infungibile collaborazione»¹⁶³. Le altre norme sono quelle che prevedono la cd. inibitoria, ovvero l'ordine del giudice di cessare un determinato comportamento illegittimo; un'attività negativa, un non fare, quindi immancabilmente infungibile. Possono essere ricordati gli artt. 7 (tutela del diritto al nome), 9 (tutela del diritto allo pseudonimo), 10 (tutela del diritto all'immagine), 949 comma 2° (azione negatoria), 1079 (azione confessoria), 2599 (inibitoria di atti di concorrenza sleale) e

¹⁶¹ PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, cit., 1138, nota 68, espressamente dichiara che gli artt. 18 e 28 dello Statuto sono stati l'occasione che lo hanno spinto a rivedere la funzione della condanna. Anche DENTI, «*Flashes*», cit., 255, GRAZIOSI, *La sentenza di divorzio*, cit., 151, e COSTANTINO, *Tutela di condanna*, cit., 737-738, evidenziano il ruolo che lo Statuto dei lavoratori ha ricoperto nel suscitare il dibattito intorno alla correlazione tra condanna ed esecuzione forzata.

¹⁶² TARUFFO, *Problemi in tema di esecutorietà della condanna alla reintegrazione del lavoratore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 804-805; FERRONI, *Obblighi*, cit., 295, e Autori ivi citati.

¹⁶³ Così, recentemente, Cass. 30 luglio 2014, n. 17372. Nello stesso senso si vedano anche, per esempio, Cass. 11 gennaio 1988, n. 112; 4 settembre 1990, n. 9125; 19 novembre 1996, n. 10109; 18 giugno 2012, n. 9966. La «riassegnazione al lavoratore delle mansioni precedentemente svolte», ciò in cui si sostanzia la reintegra, è definita «prestazione personale e infungibile» da FERRONI, *Obblighi*, cit., 297-298, nonché dall'ampia dottrina richiamata dall'Autore (note 592-593). Peraltro, si riporta un'interessante notazione di TARUFFO, *Note sull'esecuzione*, cit., 747, il quale fa notare che la medesima prestazione di reintegra del lavoratore non è qualificabile come infungibile se il datore di lavoro è la P.A., in quanto «l'interessato, promuovendo l'apposito giudizio di ottemperanza» davanti al giudice amministrativo, «potrà ottenere la nomina di un commissario *ad acta* che, sostituendosi all'Amministrazione inadempiente, provvederà a tutto quanto occorre per dare esecuzione alla condanna» (cfr. a riguardo anche la nota 233). È solo un esempio di quanto sia inafferrabile la nozione di infungibilità, come si vedrà in modo più approfondito al par. 1, sezione II di questo capitolo.

2813 (inibitoria di atti pericolosi per i beni ipotecati) del codice civile; l'art. 156, l. 22 aprile 1941, n. 633 (tutela del diritto d'autore); l'art. 28 dello Statuto dei lavoratori (repressione della condotta antisindacale). Chiaramente queste fattispecie di inibitoria e l'art. 18 dello Statuto sono stati considerati esempi manifesti di condanne aventi ad oggetto prestazioni infungibili¹⁶⁴, dunque prove dell'inesistenza della necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata.

¹⁶⁴ Per quanto concerne i casi di inibitoria cfr. PROTO PISANI, *L'attuazione dei provvedimenti di condanna*, in MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989, 43, che ricorda anche l'art. 66, r.d. 21 giugno 1942, n. 929, in materia di tutela del marchio e del brevetto; la normativa è stata abrogata dal d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, cd. Codice della proprietà industriale, che presenta come esempi di inibitoria gli artt. 124 e 131. Relativamente all'ordine di reintegrazione ex art. 18 si veda PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, cit., 1155. Il fatto è che la stessa affermazione proviene anche da un sostenitore della necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata come MANDRIOLI, *L'esecuzione specifica dell'ordine di reintegrazione*, cit., 25, il quale così sintetizza il suo ragionamento: dato che all'ordine di reintegrazione è attribuita la «qualifica di titolo esecutivo (ancorché sotto il profilo dell'esecutorietà provvisoria)», significa che gli è anche riconosciuta la «natura di condanna». Così, vista l'infungibilità dell'obbligo del datore di lavoro, l'art. 18 rappresenta una deroga alla necessaria correlazione tra condanna ed «eseguibilità dell'obbligo attraverso una delle forme di esecuzione forzata prevista dal codice di procedura civile» (MANDRIOLI, *L'esecuzione specifica dell'ordine di reintegrazione*, cit., 32). Sorprende soprattutto la risolutezza con cui è presentata tale conclusione, ritenuta indiscutibile poiché nella sua formulazione originaria – quella cui si riferisce l'Autore – il comma 3° dell'art. 18 così stabiliva: «La sentenza pronunciata nel giudizio di cui al primo comma è provvisoriamente esecutiva». Ora, è vero che quella era la sentenza che conteneva l'ordine di reintegrazione; ma non è altrettanto vero che conseguenza necessitata e sillogistica sia che l'ordine di reintegrazione sia dichiarato dal legislatore (titolo) esecutivo e, quindi, da qualificare come condanna. Per esempio, si potrebbe evidenziare che il comma 3° parla di sentenza provvisoriamente esecutiva, non di sentenza che è titolo esecutivo; parte della dottrina potrebbe allora far notare che la provvisoria esecutorietà non è, come invece la qualità di titolo esecutivo, propria della sola condanna, ma anche della sentenza costitutiva, i cui effetti modificativi potrebbero essere anticipati rispetto al passaggio in giudicato (BIAVATI, *Il difficile cammino*, cit., 99, nota 5; CARPI, *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, Milano, 1979, 82-83; CHIZZINI, *Sentenza nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998, 267-268; IMPAGNATIELLO, *Sentenze costitutive, condanne accessorie e provvisoria esecutorietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 751 e ss.; IMPAGNATIELLO, *La provvisoria esecutorietà delle sentenze costitutive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 47 e ss.). Seguendo questo orientamento si potrebbe attribuire la provvisoria esecutorietà alla parte della sentenza di cui al primo comma dell'art. 18 che «dichiara inefficace» o «annulla» il licenziamento (così espressamente ATTARDI, *Diritto processuale civile*, cit., 108). Si ponga invece, come fa l'orientamento maggioritario, che la provvisoria esecutorietà sia riferita esclusivamente all'efficacia esecutiva propria della condanna. Prima di avallare una soluzione a dir poco particolare, per cui sarebbe esecutiva e titolo esecutivo una sentenza che, a causa dell'infungibilità dell'obbligo che ne è oggetto, non può essere portata ad esecuzione, bisognerebbe almeno verificare l'esistenza di opzioni diverse. Innanzitutto si sarebbe potuto immaginare che il legislatore avesse disposto la provvisoria esecutorietà della sentenza pronunciata nel primo grado prevedendo l'ipotesi che essa avesse contenuto anche la condanna in capo al datore di lavoro, prevista dal comma 2° dell'art. 18 nella sua formulazione originaria, al risarcimento del danno e/o alla corresponsione al lavoratore delle «retribuzioni dovute gli in virtù del rapporto di lavoro dalla data della sentenza stessa fino a quella della reintegrazione». Col senno di poi una possibilità non così remota, visto che, con la modifica apportata all'art. 18 nel 1990 (l. 11 maggio 1990, n. 108), è stato sancito che la condanna al risarcimento del danno sia pronunciata dal giudice proprio con la sentenza che ordina la reintegrazione. Ancora, la provvisoria esecutorietà si sarebbe potuta riferire alle sotto-prestazioni fungibili in cui si scompone il complesso obbligo di reintegrazione. MANDRIOLI, *L'esecuzione specifica dell'ordine di reintegrazione*, cit., 33, non ha considerato queste diverse ricostruzioni, preferendo prendere atto di un'anomalia del sistema e, per cercare di spiegarla, ha affermato che la condanna alla

Qui l'accusa di apriorismo concettuale si rafforza: il fatto di aver individuato delle fattispecie accomunate dalla presenza di un ordine o di un'intimazione a tenere un comportamento infungibile giustifica la sussunzione del relativo provvedimento all'interno di una certa categoria, «ma non ne giustifica la sussunzione *tout court* sotto la categoria della sentenza di condanna in nessuno dei sensi in cui la condanna viene davvero *esplicitamente* regolamentata dal legislatore»¹⁶⁵. Aspetto, questo, che va provocatoriamente ma giustamente rimarcato, visto che in nessuna delle norme sopra citate si fa uso della parola "condanna"¹⁶⁶. Così, le norme del genere di quelle appena considerate vanno riguardate per quello che effettivamente sono, cioè ipotesi tipizzate di ordini giudiziali aventi ad oggetto prestazioni infungibili; non integrano, invece, esempi di condanna¹⁶⁷. Anzi, l'esistenza stessa di tali puntuali disposizioni, anche aggiunte di recente come l'art. 840 *sexiesdecies* c.p.c., confligge con l'idea che la condanna possa avere ad oggetto qualsiasi tipo di obbligo: se così fosse, infatti, sarebbe un'inutile superfetazione attribuire espressamente il potere di chiedere la cessazione di una condotta. Piuttosto, il fatto che il legislatore introduca nuove ipotesi di inibitoria, se da una parte determina un'espansione di questo tipo di tutela, dall'altra, paradossalmente,

reintegrazione è titolo esecutivo per una forma di esecuzione specifica non disciplinata dal libro III, ma da ritenersi tipica in quanto prevista dallo stesso art. 18, e consistente nell'adempimento personale del datore di lavoro, che in questo caso andrebbe qualificato, quindi, come organo esecutivo. Per una più recente valorizzazione delle inibitorie e dell'ordine di reintegrazione quali esempi di condanna si veda BOVE, *Diritto e processo*, cit., 384.

¹⁶⁵ CHIARLONI, *Misure coercitive*, cit., 154 (il corsivo è dell'Autore).

¹⁶⁶ CHIARLONI, *Misure coercitive*, cit., 153.

¹⁶⁷ Una volta escluso che ordini siffatti siano delle condanne, rimane la questione di come vadano qualificati. L'opzione preferibile pare essere quella di TARZIA, *Lineamenti del processo di cognizione*, 2a ed., Milano, 2002, 243 ss., secondo il quale l'inibitoria andrebbe considerata un genere a parte. Per ATTARDI, *L'interesse ad agire*, cit., 126-127 (posizione poi ribadita, cfr. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, cit., 107), invece, si tratta di pronunce di mero accertamento. Così anche SPOLIDORO, *Le misure di prevenzione nel diritto industriale*, Milano, 1982, 23 e ss., soprattutto 80-81, con specifico riferimento all'inibitoria, e, relativamente all'ordine di reintegrazione di cui all'art. 18 dello Statuto, FAZZALARI, *Procedimento arbitrale e giurisdizionale nei licenziamenti individuali*, in AA.VV., *I licenziamenti individuali e la reintegrazione nel posto di lavoro*, Milano, 1972, 297-298, che così si esprime: «La reintegra nel posto di lavoro è certamente un fare infungibile e rispetto al fare infungibile non si può dare condanna. Questo non è che lo abbiamo inventato noi processualisti, ma è una realtà della vita prima di essere una realtà del diritto. [...] Il legislatore ha declamato, come sentenza di condanna, l'accertamento di un obbligo, cioè egli può contemplare, con sentenza di mero accertamento, così come contempla che io sono figlio legittimo di mio padre, che il datore di lavoro debba reintegrare». Per MONTESANO, *Problemi attuali su limiti e contenuti (anche non patrimoniali) delle inibitorie, normali e urgenti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, 778, dato che le inibitorie «non si limitano ad accertare [...] un precedente *dictum* sostanziale violato, contestato o incerto, ma gli aggiungono la costituzione e insieme la determinazione di un nuovo vincolo sostanziale», esse vanno fatte rientrare nella categoria dei provvedimenti costitutivi che il giudice può emettere «nei casi previsti dalla legge» *ex art. 2908 c.c.*

ne certifica la tipicità, in quanto implicitamente si riconosce l'inesistenza di un generale potere di inibitoria e la necessità di specifiche previsioni¹⁶⁸.

La ricerca di disposizioni che potessero contribuire ad escludere l'idea di una necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata ha condotto anche all'art. 1453 c.c., che, nel prevedere (al comma 1°) che nei contratti a prestazioni corrispettive la parte diligente «può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno», presupporrebbe in via generale «l'ammissibilità della condanna all'adempimento di obblighi indipendentemente da qualsiasi riferimento al se essi siano suscettibili o no di esecuzione forzata»¹⁶⁹. Al di là del fatto che, come non si fa parola dell'eseguibilità forzata della prestazione, così non se ne fa nemmeno della "condanna", si assiste nuovamente ad un'interpretazione a senso unico, visto che la disposizione potrebbe anche presupporre che una condanna all'adempimento possa essere chiesta e ottenuta nei limiti in cui la prestazione sia suscettibile di esecuzione.

4.1. Segue. La valorizzazione degli effetti della condanna diversi dall'efficacia esecutiva. La tensione verso l'esatto adempimento conduce al diritto penale.

Parallelamente alla indagine volta all'individuazione di norme idonee a contraddire l'esistenza di una necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata, si è evidenziato che una sentenza di condanna, anche se non è titolo esecutivo, lungi dall'essere *inutiliter data*¹⁷⁰ porta con sé altri effetti che la rendono ugualmente utile e capace di spingere il soccombente all'adempimento.

¹⁶⁸ Tale argomentazione si trova anche in ALBANESE, *La tutela preventiva del credito: dall'azione inibitoria all'adempimento coattivo degli obblighi integrativi e strumentali*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, 371, seppur all'interno di una riflessione volta ad un'estensione analogica delle fattispecie previste dalla legge. Per la tipicità della tutela inibitoria cfr. SCOGNAMIGLIO, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, 215, FERRI, *L'azione inibitoria prevista dall'art. 1469-sexies c.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 938 e gli altri Autori citati da CAPPELLETTI MICHELA, *La qualificazione giuridica e l'ammissibilità in via generale della tutela inibitoria nei sistemi italiano e statunitense*, in *boa.unimib.it*, 2018, 83, nota 261. Come si è potuto intuire dal testo, l'atipicità dell'inibitoria è invece corollario della corrente di pensiero che nega l'esistenza di una necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata: si veda, ad esempio, la stessa CAPPELLETTI MICHELA, *La qualificazione giuridica*, cit., 83 e ss. e gli Autori da ella citati alla nota 258, tutti convinti che quelli normativamente previsti siano solo esempi di condanne aventi ad oggetto obblighi infungibili, pronunce che sono comunque in generale ammissibili.

¹⁶⁹ PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, cit., 1146.

¹⁷⁰ Così la considera ATTARDI, *L'interesse ad agire*, cit., 103, ma anche Cass. 24 agosto 1994, n. 7500, la quale proprio per questo ritiene insussistente l'interesse ad agire in condanna per una prestazione infungibile, dichiarando inammissibile la domanda.

In primis sono stati richiamati gli effetti di cui agli artt. 2818 e 2953 c.c., anche se le utilità che portano non sono così rilevanti. Affinché operi l'art. 2953 c.c. è necessario che la prescrizione sia inferiore a dieci anni e, come detto¹⁷¹, non risultano diritti non suscettibili di esecuzione forzata soggetti a prescrizione breve. Tra l'altro, l'estensione del termine di prescrizione in sé considerata non ha alcun effetto rilevante sulla volontà di adempiere del condannato. Per quanto concerne l'iscrizione di ipoteca giudiziale, è stata evidenziata la sua idoneità a funzionare come una misura coercitiva indiretta che spingerebbe il condannato ad adempiere¹⁷²; al di là del rilievo che non è quella la sua ragion d'essere¹⁷³, sarebbe comunque necessario che lo stesso condannato sia titolare di un patrimonio immobiliare e che l'attore vittorioso abbia una capacità economica tale da consentirgli di assolvere l'onere, su di lui incombente *ex art.* 2846 c.c., di anticipare le spese di iscrizione dell'ipoteca¹⁷⁴. Senza contare che l'art. 2818 c.c. non potrebbe offrire questa sua asserita utilità alle obbligazioni che più di tutte ne avrebbero bisogno, essendo per eccellenza non suscettibili di esecuzione forzata, ossia quelle negative a carattere continuativo, con cui l'istituto dell'ipoteca risulta incompatibile. I beni dell'obbligato, infatti, rimarrebbero assoggettati all'ipoteca per tutta la durata dell'obbligo di astensione, senza possibilità per il debitore di estinguere il vincolo con l'adempimento, così come dovrebbe essergli consentito dall'art. 2878 c.c.¹⁷⁵.

Al di là di questi specifici effetti, è bastato considerare che una condanna a prestazione infungibile contiene pur sempre l'accertamento del diritto per ritenerla ugualmente utile: sono emblematiche quelle pronunce giurisprudenziali secondo le quali l'ineseguitabilità dell'obbligo non sarebbe di ostacolo alla emanazione di una condanna, che, con il suo contenuto dichiarativo, risulterebbe «funzionale alla produzione di ulteriori conseguenze giuridiche (derivanti dall'inosservanza dell'ordine in essa contenuto) che il titolare del rapporto è autorizzato ad invocare in suo favore, prima fra tutte la possibile, successiva domanda di risarcimento del danno»¹⁷⁶. In più, la

¹⁷¹ Cfr. par. 2.3 di questo capitolo.

¹⁷² PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, cit., 1116.

¹⁷³ CHIARLONI, *Misure coercitive*, cit., 162-163.

¹⁷⁴ Limiti riconosciuti dallo stesso PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, cit., 1116. E chiaramente, come osserva CHIARLONI, *Misure coercitive*, cit., 163, l'ipoteca non ha alcuna forza di coazione se il debitore non ha intenzione di disporre dei beni ipotecati.

¹⁷⁵ CHIARLONI, *Misure coercitive*, cit., 173-174. Questo aspetto è rimarcato anche da SPOLIDORO, *Le misure di prevenzione*, cit., 81.

¹⁷⁶ Cass. 13 ottobre 1997, n. 9957. Così anche Cass. 26 novembre 2008, n. 28274; 30 settembre 2009, n. 20979; 23 settembre 2011, n. 19454; 11 luglio 2013, n. 17200; 5 settembre 2014, n. 18779; 17 settembre

dichiarazione giudiziale dell'esistenza del diritto può certamente favorire «la eventuale volontaria esecuzione da parte dell'obbligato»¹⁷⁷, convinto dall'autorità di cui si ammanta qualsiasi provvedimento giudiziario¹⁷⁸; e lo stesso potrebbe fare l'eventuale pubblicità della sentenza *ex art. 120 c.p.c.*¹⁷⁹.

Il risultato di tutto ciò è che la pronuncia di una condanna diviene possibile ogni qualvolta vi sia una prestazione da adempiere, finché è possibile l'adempimento, senza che abbia alcuna rilevanza l'eseguibilità forzata dell'obbligo. La condanna trova limiti insuperabili solo nell'impossibilità della prestazione, causata, per esempio, dalla distruzione della cosa da consegnare, e nel conflitto del principio di effettività della tutela giurisdizionale con altre situazioni giuridiche di rango costituzionale facenti capo all'obbligato, quali i diritti di libertà¹⁸⁰.

Il passo successivo è dare concreta attuazione alla condanna anche quando l'esecuzione forzata non è praticabile: ci si rende conto che il solo comando giudiziale di adempiere difficilmente può bastare¹⁸¹. Così, mentre *de iure condendo* si diffondono le proposte volte all'inserimento di misure coercitive indirette che siano in grado di coartare la volontà dell'obbligato verso l'adempimento personale¹⁸², *de iure condito* il suggerimento è principalmente quello di estendere al massimo l'ambito di operatività dell'esecuzione forzata¹⁸³.

2015, n. 18260; 28 luglio 2017, 18835; 15 novembre 2017, n. 27120. Per la giurisprudenza di merito: Trib. Torino 10 febbraio 2004; Trib. Roma 1° giugno 2005; Trib. Trapani 24 luglio 2006; Trib. Trapani 11 aprile 2007; Trib. Nola 20 maggio 2008; Trib. Lagonegro 15 aprile 2010; App. Firenze 11 novembre 2010, n. 1607; Trib. Milano 9 marzo 2015, n. 3123; Trib. Roma 16 settembre 2015, n. 7552; App. Milano 4 febbraio 2016, n. 411; App. Ancona 14 agosto 2017, n. 284; Trib. Avezzano 21 giugno 2018, n. 136, tutte in *www.dejure.it*.

¹⁷⁷ Così Cass. 13 maggio 1968, n. 1499, in *Giust. civ.*, I, 1968, 1856; successivamente Cass. 17 luglio 1992, n. 8721; 17 giugno 2004, n. 11364; 26 novembre 2008, n. 28274; 30 settembre 2009, n. 20979; 11 luglio 2013, n. 17200; 5 settembre 2014, n. 18779; 28 luglio 2017, 18835; 15 novembre 2017, n. 27120; 27 marzo 2018, n. 7576. Per la giurisprudenza di merito si richiamano in blocco le pronunce segnalate alla nota precedente, cui si aggiunge Trib. Verona 9 marzo 2010, in *www.dejure.it*.

¹⁷⁸ TOMMASEO, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., 1282.

¹⁷⁹ TOMMASEO, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., 1282. Rilievo condiviso da VULLO, *Obbligazioni infungibili*, cit., 312.

¹⁸⁰ Così TARUFFO, *Note sul diritto alla condanna*, cit., 648.

¹⁸¹ TARUFFO, *Note sul diritto alla condanna*, cit., 649.

¹⁸² Cfr. Autori citati alla nota 16.

¹⁸³ *In primis* superando quelle tendenze che vanno in un senso diametralmente opposto. L'esecuzione in forma specifica, secondo MONTESANO, *Condanna civile*, cit., 86-91, sarebbe una deroga alla regola generale della *par condicio creditorum*, poiché, «assicurando integralmente ed esclusivamente al creditore il bene che è compreso nel patrimonio del debitore e che è oggetto dell'obbligazione [...] sottrae lo stesso bene alla concorsuale realizzazione statuita nello art. 2741 c.c.». In quanto derogatoria di un principio generale, la disciplina dell'esecuzione forzata in forma specifica andrebbe interpretata restrittivamente. Ebbene, contro questa teorica MANDRIOLI, *L'esecuzione specifica dell'ordine di*

Ma c'è anche chi ritiene già presenti nel tessuto normativo degli strumenti atipici di coercizione indiretta, individuandoli nelle norme incriminatrici degli artt. 650 e 388, commi 1° e 2°, c.p. Per quanto concerne il primo, esso sanziona chi non osserva – tra le altre cose – «un provvedimento legalmente dato dall'Autorità per ragione di giustizia»; facendo rientrare in questa nozione la sentenza di condanna, la sua inosservanza comporterebbe la reazione dell'ordinamento penale, con effetto deterrente per l'inadempimento¹⁸⁴. La proposta, peraltro, è stata presto abbandonata dal suo stesso fautore¹⁸⁵, il quale ha riconosciuto la correttezza delle critiche mosse, fondate sul rilievo per cui l'art. 650 c.p. punisce l'inosservanza di provvedimenti oggettivamente amministrativi dati «per ragione di giustizia», non anche di provvedimenti “di giustizia” quali sono quelli giurisdizionali; nonché sull'osservazione che, quando il legislatore ha inteso punire la mancata osservanza di un provvedimento del giudice con l'art. 650 c.p.,

reintegrazione, cit., 22, semplicemente rileva «l'estraneità alla responsabilità patrimoniale dei crediti diversi da quelli pecuniari», mentre TARUFFO, *Note sul diritto alla condanna*, cit., 660, non è d'accordo sul fatto che la tutela degli altri creditori sia così importante «da legittimare una rilevante compressione del diritto del primo creditore, assistito da una sentenza di condanna, di ottenere l'attuazione integrale del proprio diritto». Un'impostazione peculiare è quella di MAZZAMUTO, *L'attuazione*, cit., 119-150. Egli fa notare che rispetto agli obblighi di fare e di non fare «l'esecuzione forzata riesce a coprire appena una *tranche* del comportamento dovuto», costruendo ciò che avrebbe dovuto essere costruito o distruggendo ciò che non avrebbe dovuto essere costruito, quindi rimuovendo provvisoriamente gli effetti materiali dell'illecito; «ma se ed in quanto il possesso rimane all'obbligato l'esercizio dei poteri di quest'ultimo rappresenta pur sempre nel tempo condizione per il soddisfacimento del diritto: l'episodio esecutivo infatti per sua stessa natura non può dilatarsi *ad infinitum*». Questa «parzialità della surroga appare come una caratteristica precipua di *tutte* le ipotesi di esecuzione in forma specifica che involgono la sfera giuridica dell'obbligato senza risolversi in una definitiva espropriazione dei relativi poteri»: così, nel caso della *servitus alius non tollendi*, la distruzione di ciò che è stato illecitamente edificato non esaurisce il programma obbligatorio, «il quale ricomprende una astensione la cui disponibilità *iure* rimane dell'obbligato». Ecco, rispetto a tale obbligo di astensione – e in tutte le situazioni avvicinati a quella dell'esempio – l'esecuzione forzata, o meglio il singolo episodio esecutivo «funziona da *vis compulsiva*», da vera e propria coazione all'adempimento, come se si trattasse di uno strumento di coercizione indiretta; e questo attraverso il costo stesso dell'esecuzione forzata, la possibilità che essa sia reiterata e ogni altra conseguente circostanza di fatto o di diritto. Riconoscendo all'esecuzione forzata un simile valore di coazione all'adempimento, l'Autore ne amplia l'ambito di applicabilità: basta infatti che il comportamento dovuto, infungibile se complessivamente inteso, presenti una «*tranche* attuativa» realizzabile nelle forme di cui agli artt. 612 e ss. c.p.c., perché l'esecuzione funzioni rispetto ai segmenti infungibili dell'obbligazione come uno strumento di coercizione indiretta. Non può non venire alla mente il caso della reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato: l'esecuzione forzata applicabile alle sottoprestazioni fungibili agirà come mezzo di coazione all'adempimento rispetto a quelle infungibili. Così, infatti, TARUFFO, *Problemi*, cit., 807, chiaramente in linea con la proposta di MAZZAMUTO: «[...] l'esecuzione diretta parziale può essere uno strumento molto efficace di esecuzione totale indiretta: il datore che deve subire la presenza del lavoratore sul luogo di lavoro, e lo deve retribuire, è con ogni probabilità indotto, se non altro per proprio tornaconto, a consentirgli anche l'effettivo svolgimento della prestazione lavorativa». Si dichiara favorevole ad estendere il più possibile la sfera di operatività dell'esecuzione forzata anche DENTI, «*Flashes*», cit., 266.

¹⁸⁴ PROTO PISANI, *L'effettività*, cit., 628; successivamente PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, cit., 1175 e ss.

¹⁸⁵ PROTO PISANI, *L'attuazione dei provvedimenti di condanna*, cit., 54.

lo ha espressamente previsto, come testimonia l'art. 28, comma 4°, dello Statuto dei lavoratori¹⁸⁶.

Relativamente all'art. 388 c.p., comma 1°, c.p., esso punisce chi, allo scopo di «sottrarsi all'adempimento degli obblighi nascenti da un provvedimento dell'autorità giudiziaria [...] compie, sui propri o sugli altrui beni, atti simulati o fraudolenti, o commette allo stesso scopo altri fatti fraudolenti»¹⁸⁷. La norma, quindi, non sanziona il semplice inadempimento del provvedimento giudiziale, ma condotte fraudolente o simulate: questo basta ad escludere che la disposizione in commento possa valere come misura coercitiva, in quanto non ha alcuna applicazione nei confronti di chi "si limita" a rifiutarsi di adempiere¹⁸⁸.

¹⁸⁶ I rilievi critici sono di CHIARLONI, *Misure coercitive*, cit., 193-200. Anche la giurisprudenza ha preso posizione a riguardo: si veda, infatti, come segnalato da MONDINI, *L'attuazione*, cit., 25, Cass. 13 giugno 2001, 29436, in base alla quale «la contravvenzione riguardante l'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità dati per ragioni di giustizia di cui all'art. 650 c.p., può avere a presupposto solo quelli oggettivamente amministrativi che, pur se emanati per motivi inerenti ad attività dirette a scopi di giustizia, hanno come contenuto un esercizio della potestà amministrativa destinata a operare nei rapporti esterni all'attività propria del giudice; di conseguenza, fra tali provvedimenti non rientrano quelli tipici della funzione giurisdizionale (sentenza, ordinanza e decreto)».

¹⁸⁷ La tesi dell'utilizzabilità dell'art. 388 c.p. quale misura coercitiva, avanzata subito dopo l'entrata in vigore del codice penale da VASSALLI, *La mancata esecuzione di provvedimento del giudice*, Torino, 1938, è stata riproposta da PROTO PISANI, *L'effettività*, cit., 627 (successivamente e in modo più approfondito PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, cit., 1170 e ss.; ancora, PROTO PISANI, *L'attuazione dei provvedimenti di condanna*, cit., 50-56).

¹⁸⁸ Lo fa notare anche CHIARLONI, *Misure coercitive*, cit., 186-187, il quale trova in questo aspetto una prova evidente del fatto che il bene protetto dall'art. 388, comma 1°, c.p. non sia l'autorità del provvedimento giudiziario, bensì l'azione esecutiva. Osserva l'Autore che «sia il concetto di frode sia il concetto di simulazione racchiudono sempre nella legge [...] l'idea di un comportamento mirato ad uno scopo che non sarebbe altrimenti raggiungibile». Ebbene, sottrarsi all'adempimento di un obbligo non richiede certamente atti fraudolenti o simulatori, bastando il semplice rifiuto; quest'ultimo, invece, non è sufficiente ad evitare l'azione esecutiva, che si caratterizza proprio per svolgersi prescindendo dalla volontà dell'esecutato. È per sottrarsi all'esecuzione forzata, quindi, che sono necessarie frode e/o simulazione. Da ciò discende che i provvedimenti cui si riferisce l'art. 388, comma 1°, c.p. sono solo quelli suscettibili di esecuzione forzata. Così anche MONDINI, *L'attuazione*, cit., 24. A questo punto si può aggiungere che, vista la formulazione originaria della norma che si riferiva specificamente (rispetto all'attuale «provvedimento dell'autorità giudiziaria») alla «sentenza di condanna», si tratterebbe di un'ulteriore conferma del fatto che il legislatore dia per presupposta la necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata. Considerazioni molto simili a quelle di CHIARLONI erano già state sviluppate in precedenza da ATTARDI, *L'interesse ad agire*, cit., 105-107, nota 44 bis; eppure PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, cit., 1136, nota 65, non le ha ritenute sufficienti, accusando la dottrina processualcivilistica di non aver tenuto conto dell'art. 388 c.p. nell'individuare i possibili contenuti della condanna, così poi influenzando gli autori penalistici nell'interpretazione della norma come riferita alle sole pronunce suscettibili di esecuzione forzata (in particolare è richiamato MOLARI, *La tutela penale della condanna civile*, Padova, 1960, 40). Ma a quelle medesime considerazioni l'Autore non ha puntualmente ribattuto, preferendo spostare l'attenzione sulla necessità di individuare strumenti di tutela per i diritti non eseguibili in via forzata; così un'interpretazione sistematica, informata all'art. 24 Cost. e alla finalità di assicurare all'avente diritto tutto quello e proprio quello che egli ha diritto di conseguire, deve prevalere su un'interpretazione settoriale (PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, cit., 1170-1171, nota 124).

Passando al secondo comma dell'art. 388 c.p., si applica a «chi elude l'ordine di protezione previsto dall'articolo 342 *ter* del codice civile, ovvero un provvedimento di eguale contenuto assunto nel procedimento di separazione personale dei coniugi o nel procedimento di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio ovvero ancora l'esecuzione di un provvedimento del giudice civile, ovvero amministrativo o contabile, che concerna l'affidamento di minori o di altre persone incapaci, ovvero prescriva misure cautelari a difesa della proprietà, del possesso o del credito». Già ad una prima lettura si può facilmente intendere che l'ambito di operatività non è affatto generale, essendo tutelate specifiche tipologie di situazioni soggettive. Anche considerando la condotta di portata più estesa, ossia l'elusione dei provvedimenti cautelari a difesa della proprietà, del possesso o del credito, e ammettendo che la condotta di "elusione" possa consistere nel mero rifiuto di adempiere quando non è possibile rinunciare alla collaborazione dell'obbligato¹⁸⁹, sarebbe assurdo che possa essere tutelato con la misura coercitiva il provvisorio provvedimento cautelare e non la decisione definitiva¹⁹⁰.

Questi aspetti dimostrano come né l'art. 650 né l'art. 388 c.p. siano stati pensati dal legislatore come possibili strumenti di coercizione indiretta. Dopotutto, anche chi ha ritenuto di attribuire ad essi tale funzione ha avuto cura di precisare di considerarli strumenti insoddisfacenti, da utilizzare nell'auspicio dell'introduzione di misure coercitive di carattere patrimoniale¹⁹¹.

¹⁸⁹ Come ritiene la giurisprudenza: si vedano Cass. s.u. 27 settembre 2007, n. 36692; Cass. 25 novembre 2014, n. 51668; 22 marzo 2016, n. 16398; 1° febbraio 2017, n. 11592. Quando invece la prestazione risulta fungibile l'elusione è integrata da comportamenti attivi diretti ad ostacolare l'attività esecutiva di terzi. La giurisprudenza ha quindi definitivamente superato il rilievo lessicale sul significato del termine «elusione», che «presuppone una forma di scaltrezza, sotterfugio o raggiro che non può manifestarsi all'esterno se non mediante un comportamento positivo» (definizione di FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale, Parte speciale*, vol. 1, Bologna, 1993, 312, riportata da MONDINI, *L'attuazione*, cit., 25). Ad oggi, peraltro, va portato all'attenzione un nuovo aspetto. L'art. 9, d.lgs. 11 maggio 2018, n. 63 ha modificato l'art. 388 c.p., che ora punisce anche «chi elude l'esecuzione di un provvedimento del giudice che prescriva misure inibitorie o correttive a tutela dei diritti di proprietà industriale» (comma 3°) e «chiunque, essendo obbligato alla riservatezza per espresso provvedimento adottato dal giudice nei procedimenti che riguardano diritti di proprietà industriale, viola il relativo ordine» (comma 4°). La seconda delle due condotte fa riflettere, poiché dimostrerebbe che all'interno del medesimo art. 388 c.p. la mera "violazione" di un ordine è tenuta distinta dal contegno di "elusione" e questo suggerirebbe di considerarla diversamente.

¹⁹⁰ FERRONI, *Obblighi*, cit., 235, nota 470.

¹⁹¹ PROTO PISANI, *L'attuazione dei provvedimenti di condanna*, cit., 55.

5. In attesa dell'art. 614 bis c.p.c. la dottrina si è sostituita al legislatore.

Lo sconfinamento nel diritto penale non ha trovato molti sostenitori ed è stato anzi bollato come una «penalizzazione surrettizia ed indiscriminata degli obblighi civili»¹⁹². Esso rappresenta comunque la conseguenza più estrema di quell'atteggiamento dottrinale che si è cercato di mettere in risalto, tutto volto a realizzare la tensione all'esatto adempimento quale emerge dalla Costituzione.

Ora, è oggettivo che il sistema fondato sulla sola esecuzione forzata di cui al libro III c.p.c. ha dato segni sempre più evidenti di inadeguatezza, lasciando troppe falle non colmabili dal solo rimedio del risarcimento per equivalente e quindi non ammissibili in un ordinamento che esprime nella Costituzione stessa una chiara tendenza all'esatto adempimento. Una simile situazione richiedeva certamente un intervento di adeguamento e ammodernamento e l'introduzione di un generalizzato sistema di coercizione indiretta si presentava senza dubbio come una delle principali e più adatte soluzioni. Il fatto è che «le improcrastinabili opzioni di valore che sono sottese a ogni possibile evoluzione del sistema processuale, in uno stato di diritto ispirato dal principio di legalità e del giusto processo regolato per legge, [...] debbono essere di necessità assunte dal legislatore» e «non possono essere autonomamente avocate dalla dottrina o dalla stessa giurisprudenza»¹⁹³. E invece è accaduto che, a fronte di un persistente silenzio legislativo, proprio la dottrina, in nome del diritto ad una tutela effettiva *ex art. 24 Cost.*, prima abbia interpretato l'ordinamento in modo da ricavarne l'inesistenza della necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata e poi si sia spinta fino ad adattare norme incriminatrici a strumenti coercitivi indiretti¹⁹⁴.

Il risultato di quest'opera di surrogazione del legislatore è che all'inizio degli anni 2000, e quindi a ridosso dell'entrata in vigore dell'art. 614 *bis* c.p.c., mentre il sistema delle tutele si presenta tale e quale era negli anni '40 (ad eccezione di qualche sparuto intervento settoriale), la dottrina e la giurisprudenza nettamente prevalenti sono ormai ferme nelle loro convinzioni: la correlazione tra condanna ed esecuzione forzata è

¹⁹² CHIARLONI, *Misure coercitive*, cit., 224 e CHIARLONI, *Ars distinguendi e tecniche di attuazione dei diritti*, in MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989, 196. Contrario all'utilizzo degli artt. 388 e 650 c.p. in chiave coercitiva si professa anche TARUFFO, *Note sul diritto alla condanna*, cit., 663.

¹⁹³ Le parole tra virgolette sono di CHIZZINI, *Patrimonialità*, cit., 681.

¹⁹⁴ Un'osservazione di questo tipo la si ritrova anche in SICLARI, *Infungibilità: tra il dare e il fare*, cit., 598, secondo il quale l'indirizzo per cui «l'infungibilità degli obblighi di fare [...] non ostacola l'ammissibilità di una pronuncia di condanna [...] sembra scaturire [...] proprio dall'esigenza di ovviare all'assenza di altri mezzi coercitivi».

spregiativamente etichettata come un «dogma» di creazione dottrinale, scollegato dal dato positivo e del tutto superato¹⁹⁵, tanto che risulta «stucchevole» parlarne¹⁹⁶. È quindi possibile pronunciare una condanna anche se l'obbligo è infungibile; si attende solamente che il legislatore introduca uno strumento atipico di coercizione indiretta per rafforzare pronunce di tal fatta¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Questo è lo stato dell'arte ben descritto da CARNEVALE, *Appunti sulla natura giuridica della tutela inibitoria*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 63 e ss. e soprattutto 87-88, che, vista la vicinanza temporale all'entrata in vigore dell'art. 614 bis c.p.c., è utile nel dare il polso della situazione.

¹⁹⁶ PROTO PISANI, *Note sulla tutela civile dei diritti*, in *Foro it.*, V, 2002, 166-167.

¹⁹⁷ MAZZAMUTO, *La comminatoria*, cit., 949-950, riconosce che l'attesa per l'introduzione di un sistema di coercizione indiretta è stata tanto lunga che nel momento in cui il legislatore è concretamente intervenuto esisteva «un panorama dottrinario dalle posizioni già ben delineate in materia».

SEZIONE II

RUOLO DELL'ART. 614 BIS C.P.C. NELLA DISCUSSIONE SULL'ESISTENZA DI UNA NECESSARIA CORRELAZIONE TRA CONDANNA ED ESECUZIONE FORZATA

1. Il «provvedimento di condanna» e gli «obblighi di fare infungibile e di non fare». L'art. 614 bis c.p.c. come nuovo elemento nel dibattito attorno all'esistenza di una necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata.

Dopo aver descritto gli estremi del dibattito attorno all'esistenza o meno di una necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata, nonché le risultanze provenienti dall'ordinamento positivo, è giunto il momento di analizzare come l'art. 614 bis c.p.c. si inserisca in tutto ciò. Fin dalla sua entrata in vigore nel 2009 la dottrina nettamente prevalente e la giurisprudenza, come visto già convinte dell'inesistenza di un vincolo indissolubile tra condanna ed esecuzione, gli hanno attribuito un ruolo dirimente nella questione, in quanto da esso si ricaverebbe che il «provvedimento di condanna» possa essere pronunciato a prescindere dalla eseguibilità forzata dell'obbligo. La ragione di questa presa di posizione è presto detta: la rubrica dell'art. 614 bis, nella sua formulazione originaria, parlava di «Attuazione degli obblighi di fare infungibile e di non fare», per cui se ne deduceva che proprio quelle prestazioni non suscettibili di esecuzione forzata potevano essere oggetto di una condanna¹⁹⁸.

È bene ricordare come quella rubrica fosse fonte di diversi problemi interpretativi. Dato che il riferimento agli obblighi di fare infungibile e di non fare era presente solo nella rubrica e non anche all'interno del testo della norma¹⁹⁹, un'opinione minoritaria

¹⁹⁸ Si vedano in tal senso CARRATTA, *Le novità*, cit., 723-724; MAZZAMUTO, *La comminatoria*, cit., 950; AMADEI, *Una misura coercitiva*, cit., 358-359; LOMBARDI, *Il nuovo art. 614-bis c.p.c.*, cit., 401; SALETTI, *L'esecuzione processuale indiretta*, cit., 508; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Attualità*, cit., 79-80; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Le novità*, cit., 201; DELLE DONNE, *L'introduzione*, cit., 161; POMELLI, *Stipulazione per facta concludentia*, cit., 1519; TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette*, cit., 152-153; VULLO, *L'art. 614-bis c.p.c.: problemi interpretativi, soluzioni dottrinali e giurisprudenziali (prima parte)*, in *Studium iuris*, 2012, 1363; CONTE R., *Provvedimento cautelare ex art. 700 c.p.c. e tutela penale (con un cenno allo ius retentionis)*, in *Giur. it.*, 2014, 1899; COSTANTINO, *Tutela di condanna*, cit., 739; MONDINI, *L'attuazione*, cit., 116-119; SOLDI, *Manuale*, cit., 1996. Per la giurisprudenza si vedano Cass. 23 settembre 2011, n. 19454 e 11 luglio 2013, n. 17200; Trib. Livorno, sez. I, 9 giugno 2015, n. 818, in *www.dejure.it*.

¹⁹⁹ La tecnica redazionale è stata definita «non felice» da ROMITO, *Artt. 614 bis e 96 c.p.c.*, cit., 2354. Parla di «cattiva tecnica normativa» anche TARUFFO, *Note sull'esecuzione*, cit., 747.

riteneva che la sfera di operatività del nuovo istituto andasse al di là del fare infungibile e del non fare, sulla base della massima per cui *rubrica non est lex*, non parteciperebbe cioè dello stesso rango legislativo della norma che va a corredare²⁰⁰. Ciononostante, prevaleva un'interpretazione "restrittiva" della norma in parola, che, oltre a ravvisare nella *rubrica legis* una normale componente della disposizione normativa²⁰¹, dava risalto alla collocazione diametralmente opposta agli obblighi di cui agli artt. 612-614 c.p.c., tipicamente fungibili²⁰². Ancora, consentire l'estensione dello strumento coercitivo agli obblighi già passibili di esecuzione forzata pareva eccessivamente gravoso nei confronti del debitore²⁰³; senza contare che il richiamo alla «natura della prestazione» di cui al comma secondo dell'art. 614 *bis* era interpretato come riferimento proprio all'infungibilità caratteristica di determinati obblighi²⁰⁴. È stato inoltre evidenziato che l'iniziale disegno di legge ribadiva il riferimento agli obblighi di fare infungibile o di non fare anche all'interno della disposizione; la stessa relazione alla

²⁰⁰ Si veda in particolare CHIARLONI, *L'esecuzione indiretta*, cit., 732-733. L'autore riteneva che l'art. 614 *bis* c.p.c. fosse applicabile sicuramente a tutti gli obblighi di fare e di non fare, considerata la presenza della disposizione all'interno del titolo IV c.p.c. Ciò avrebbe evitato al giudice complesse valutazioni circa la qualificazione di un obbligo in termini di fungibilità o infungibilità, in questo trovando l'appoggio di ZUCCONI GALLI FONSECA, *Le novità*, cit., 204. Lo stesso CHIARLONI, *L'esecuzione indiretta*, cit., 733, sosteneva che, «in caso di insuccesso dell'esecuzione in forma specifica», perfino gli obblighi di consegna di cosa mobile determinata potessero essere assistiti dalla coercitiva, trattandosi di prestazioni di fare seppur latamente intese. Favorevole ad un'applicazione estensiva dell'art. 614 *bis* era anche PETTI, *Riforma del processo civile*, cit., 141-142. Anche alcune pronunce di merito hanno svalutato la rubrica: si vedano Trib. Siena 11 novembre 2013 e Trib. Terni (ord.) 4 agosto 2009, in *Arch. Foro it.*, entrambe citate da MONDINI, *Nota di richiami*, in *Foro it.*, I, 2014, 1984-1986. In particolare, la seconda evidenza che «la limitazione agli obblighi di fare o di non fare è contenuta solo nella rubrica dell'articolo e non anche nel corpo della norma». Sulla *rubrica legis v. TARELLO*, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da CICU-MESSINEO, Milano, 1980, 101 e ss.

²⁰¹ DE STEFANO, *L'esecuzione indiretta*, cit., 1183; DE STEFANO, *Note*, cit., 530; LOMBARDI, *Le modifiche*, cit., 2086; MAZZAMUTO, *La comminatoria*, cit., 961-963; LOMBARDI, *Il nuovo art. 614-bis c.p.c.*, cit., 401; GODIO, *L'astreinte*, cit., 1122; TEDIOLI, *Osservazioni*, cit., 68; MONDINI, *L'attuazione*, cit., 65; TOMMASEO, *L'esecuzione indiretta*, cit., 270-271. Conformi anche Trib. Cagliari 20 aprile 2016, n. 1276; Trib. Monza 3 luglio 2014, n. 2021; Trib. Firenze 6 marzo 2014, n. 723, tutte in *www.dejure.it*. Nonostante anch'essi appoggino un'interpretazione restrittiva, G.F. RICCI, *La riforma del processo civile*, Torino, 2009, 88-89; PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo)*, cit., 265; CAPPONI, *Limiti dell'esecuzione indiretta*, in *Riv. esec. forz.*, 2011, 187; TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette*, cit., 145, sembrano propendere per l'idea che, di norma, la rubrica non è giuridicamente rilevante.

²⁰² MERLIN, *Prime note*, cit., 1549; AMADEI, *Una misura coercitiva*, cit., 347; BOVE, *La misura coercitiva*, cit., 783; MICCOLIS, *Attuazione*, cit., 1050; MONDINI, *L'attuazione*, cit., 66; POLETTI, *Sulla infungibilità degli obblighi di cui all'art. 614 bis c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2014, 751; GALLETTO, *Le nuove frontiere dell'esecuzione forzata: le misure di coercizione indiretta*, in *www.judicium.it*, 2015, 9.

²⁰³ ASPRELLA, *L'attuazione*, cit., 122. Posizione condivisa da TEDIOLI, *Osservazioni*, cit., 68-69.

²⁰⁴ ASPRELLA, *L'attuazione*, cit., 122 e 125.

proposta di legge esponeva la volontà di confinare la misura a quella tipologia di prestazioni²⁰⁵.

Secondariamente, nella rubrica dell'art. 614 *bis* l'attributo dell'infungibilità affiancava i soli obblighi di fare, non quelli di non fare. Nelle pagine precedenti si è ripetuto che gli obblighi negativi non possono in alcun modo ammettere la sostituzione dell'obbligato, per cui l'infungibilità è un carattere ad essi immanente e non vi sarebbe bisogno di alcuna specificazione. Tuttavia, è diffusa la distinzione di due tipologie di prestazioni di non fare: quelle dette fungibili, il cui inadempimento è riparabile mediante l'esecuzione di cui agli artt. 612 e ss. c.p.c.; quelle cd. infungibili o in senso stretto, che se inadempite non ammettono un simile rimedio²⁰⁶. Così era dubbio se l'applicabilità degli artt. 612 e ss. c.p.c. escludesse quella dell'art. 614 *bis*²⁰⁷.

Ma le perplessità attorno alla sfera di operatività di questa disposizione erano prodotte dallo stesso concetto di "infungibilità"²⁰⁸, davvero sfuggente ed enigmatico²⁰⁹, di cui il legislatore non offre alcuna definizione, nemmeno nei lavori preparatori della l.

²⁰⁵ CHIZZINI, *Commento*, cit., 164; SALETTI, *L'esecuzione processuale indiretta*, cit., 507; MONDINI, *L'attuazione*, cit., 66. In effetti l'art. 614 *bis*, comma 1°, all'interno del d.d.l. C. 1441 del 2009 (art. 54) così recitava: «Con il provvedimento di condanna all'adempimento di un obbligo di fare infungibile o di non fare il giudice, su richiesta di parte, fissa la somma dovuta all'avente diritto per ogni violazione o inosservanza successiva». Per quanto concerne la relazione, essa si esprimeva a chiare lettere: «La norma introduce uno strumento di coercizione indiretta per l'adempimento degli obblighi di fare infungibile e per gli obblighi di non fare» (si veda p. 25 del disegno di legge C. 1441 del 2009 *sub* art. 54).

²⁰⁶ Per questa classificazione si vedano chiaramente SALETTI, *L'esecuzione processuale indiretta*, cit., 509, nonché DELLE DONNE, *L'introduzione*, cit., 128; TEDIOLI, *Osservazioni*, cit., 73-74; DEPLANO, *Le obbligazioni negative*, Napoli, 2014, 193. Giustamente MONDINI, *L'attuazione*, cit., 69 fa notare che una simile classificazione «si basa su un errore prospettico avendo riferimento non agli obblighi in sé e per sé ma alle conseguenze della loro eventuale violazione»; evidenza puntualizzata anche da BOVE, *Diritto e processo*, cit., 378, nota 7. Si era già detto in precedenza, infatti, che gli obblighi di non fare di cui parla l'art. 612 c.p.c. sono gli obblighi di distruggere ciò che è stato fatto in violazione di un'obbligazione negativa; prestazioni, cioè, consistenti in un fare.

²⁰⁷ Favorevoli ad un'applicazione estensiva a qualsiasi obbligo di non fare, prescindendo quindi dall'applicabilità delle forme esecutive *ex* artt. 612 e ss. c.p.c. sono BARRECA, *L'attuazione*, cit., 506; DE STEFANO, *Note*, cit., 531; MAZZAMUTO, *La comminatoria*, cit., 963; SALETTI, *L'esecuzione processuale indiretta*, cit., 509-510; CHIARLONI, *L'esecuzione indiretta*, cit., 732; TARUFFO, *Note sull'esecuzione*, cit., 747-748; TOMMASEO, *L'esecuzione indiretta*, cit., 272. Questo orientamento ha trovato un'applicazione concreta in Trib. Terni, ord. 6 agosto 2009, in *www.dejure.it* su cui *infra* nel testo. Per la tesi più restrittiva si vedano CHIZZINI, *Commento*, cit., 164; MERLIN, *Prime note*, cit., 1548; PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo)*, cit., 265; CAPPONI, *Limiti*, cit., 192; GODIO, *L'astreinte*, cit., 1122-1123; CONSOLO, *Spiegazioni*, 2012, cit., 160; VULLO, *L'art. 614-bis c.p.c.: problemi interpretativi*, cit., 1362; MONDINI, *L'attuazione*, cit., 70-71; CONSOLO-GODIO, *La "impasse"*, cit., 376.

²⁰⁸ Esistono contributi interamente dedicati proprio all'individuazione del perimetro dell'infungibilità *ex* art. 614 *bis*: cfr. POLETTI, *Sulla infungibilità degli obblighi*, cit., 750 e ss., e SICLARI, *Infungibilità: tra il dare e il fare*, cit., 583 e ss.

²⁰⁹ MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da RESCIGNO, XX, Torino, 1985, 275; TOMMASEO, *L'esecuzione indiretta*, cit., 271.

n. 69/2009; tant'è che è capace di assumere significati di una varietà tale da allargarsi anche notevolmente rispetto a quello cui si è fatto riferimento finora, perfettamente coincidente con l'area degli obblighi non suscettibili di esecuzione forzata e, quindi, di surrogazione.

Basti pensare che dal punto di vista dell'avente diritto tutti gli obblighi di fare possono essere infungibili: essi, invero, si caratterizzano per il fatto che il contributo personale di colui che esegue la prestazione ha sempre rilevanza²¹⁰, sia che si tratti di obblighi di puro fare, sia che si tratti di prestazioni che si risolvono in un'opera finale; astrattamente, dunque, da parte dell'avente diritto «può esservi *sempre* un interesse a che il debitore esegua personalmente la prestazione»²¹¹. L'infungibilità di cui all'art. 614 *bis* non era in ogni caso intesa in questo senso soggettivo, ma andava valutata dal giudice su basi obiettive²¹²; anche perché, se davvero l'infungibilità fosse stata da riguardare dal punto di vista dell'attore, non avrebbe avuto alcuna utilità specificare che l'obbligo di fare doveva essere infungibile, visto che per l'avente diritto potenzialmente qualsiasi *facere* è infungibile.

Posto dunque che l'infungibilità andava intesa in senso obiettivo, erano comunque plurimi i significati che quel concetto avrebbe potuto assumere.

Il pensiero va, innanzitutto, a quella parte della dottrina secondo la quale l'avente diritto non può ricorrere all'esecuzione forzata quando egli stesso, mediante l'esercizio dei suoi poteri sostanziali, è in grado di conseguire l'utilità che il debitore ha mancato di fargli pervenire²¹³. L'esecuzione forzata diventerebbe invece ammissibile in caso di impossibilità per il creditore di sostituire autonomamente l'obbligato. Viene qui in

²¹⁰ GALASSO, *La rilevanza della persona*, cit., 54. Similmente MICCOLIS, *Attuazione*, cit., 1050; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Le novità*, cit., 204.

²¹¹ ZARRELLI, *Fungibilità ed infungibilità nell'obbligazione*, Napoli, 1969, 102 (il corsivo è dell'Autore). Come osservato da BORRÈ, *Esecuzione forzata*, cit., 17, questa compenetrazione tra prestazione e soggetto ad essa tenuto ha impedito per secoli l'introduzione di una tecnica surrogatoria, lasciando che l'esecuzione forzata continuasse per lungo tempo ad identificarsi nelle sole forme *manu militari*, il che la rendeva inconciliabile con gli obblighi di fare, non solo per una questione di rispetto della libertà umana, ma ancora più a monte per la materiale impossibilità di costringere taluno a fare qualcosa: infatti, anche se si ammettesse l'uso della forza sulla persona, «il disegno intellettuale dell'opera, che non manca mai anche nel compimento del più materiale degli atti umani» (MANDRIOLI, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, cit., 64), non proverrebbe dall'obbligato, ma da altri, i quali sarebbero i reali fautori della prestazione (così MANDRIOLI, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, cit., 64-65, e MAZZAMUTO, *L'attuazione*, cit., 11-12).

²¹² CHIZZINI, *Commento*, cit., 166; MONDINI, *L'attuazione*, cit., 72-73; TOMMASEO, *L'esecuzione indiretta*, cit., 271.

²¹³ MONTESANO, *Condanna civile*, cit., 120 e ss.; BORRÈ, *Esecuzione forzata*, cit., 100 e ss.; FERRONI, *Obblighi*, cit., 177-179.

rilievo la particolarità degli obblighi di fare rispetto a quelli pecuniari e di consegnare: questi ultimi, infatti, rimanendo inadempiti, impediscono all'avente diritto di conseguire la sua utilità senza invadere la sfera possessoria o di disponibilità del debitore. Per questo egli ricorre all'esecuzione, che si direbbe "forzata" proprio perché si concreta in una «aggressione della sfera altrui»²¹⁴. L'inadempimento di un obbligo di fare, invece, non comporta necessariamente un'invasione della sfera debitoria per soddisfare il diritto del titolare: se, per esempio, il giardiniere Caio si è obbligato a sfrondare gli alberi del giardino di Tizio, quest'ultimo, in caso di inadempimento di Caio, potrà – e, secondo i fautori della tesi in commento, dovrà – rivolgersi ad un altro giardiniere, la cui opera sarà a spese dello stesso Caio. Qui non preme allinearsi o meno all'orientamento in esame; piuttosto si intende evidenziare come esso utilizzi la nozione di "infungibilità" non solo quando è impossibile la surrogazione per mezzo degli organi esecutivi, ma anche con riferimento ai casi in cui l'obbligato non può essere sostituito dall'avente diritto nell'esercizio della sua autonomia²¹⁵. Se è pur vero che sempre di insostituibilità si tratta, sotto il profilo della coerenza terminologica esiste un grave *deficit*: vi sarebbe "infungibilità", infatti, sia nei casi di impraticabilità dell'esecuzione forzata a causa dell'insurrogabilità del debitore, sia nei casi (gli unici, secondo la definizione qui esaminata) in cui, al contrario, l'esecuzione stessa è ammessa, quando cioè l'avente diritto, dovendo invadere la sfera possessoria dell'obbligato, ha bisogno dell'intervento degli organi esecutivi. Senza contare che, in applicazione della medesima teorica, anche l'area della non eseguibilità forzata raccoglierebbe situazioni lontanissime tra loro: da una parte quelle in cui, a causa dell'impossibilità di sostituire il debitore, l'avente diritto soffre una penuria di rimedi; dall'altra quelle in cui l'abbondanza di alternative a disposizione dell'avente diritto è proprio ciò che giustifica la negazione dell'esecuzione forzata.

Più recente è un diverso tentativo definitorio della nozione di infungibilità, avvenuto proprio in sede di interpretazione dell'art. 614 *bis* c.p.c. In una delle primissime applicazioni del nuovo istituto, il Tribunale di Terni²¹⁶, richiesto in via cautelare di ordinare la demolizione di un tetto, accoglieva il ricorso e acconsentiva

²¹⁴ BORRÈ, *Esecuzione forzata*, cit., 102.

²¹⁵ BORRÈ, *Esecuzione forzata*, cit., 129.

²¹⁶ Ord. 6 agosto 2009.

anche all'istanza di applicazione dell'art. 614 *bis* c.p.c.²¹⁷, qualificando come infungibile l'obbligo di demolizione. L'Autore che ha commentato l'ordinanza²¹⁸, pur riconoscendo la tradizionale eseguibilità forzata della prestazione demolitoria e per questo definendo «sbalorditiva» e apparentemente illogica l'interpretazione fornita dal giudice, non l'ha criticata, ma anzi l'ha applaudita, traendo da essa spunto per coniare la nozione di «infungibilità di carattere processuale». Una prestazione andrebbe qualificata infungibile non solo quando l'obbligato risulta insostituibile, ma anche in situazioni di urgenza e di «pericolo di pregiudizi ulteriori e magari irreparabili»²¹⁹. Dalla lettura dell'ordinanza non sembra peraltro emergere questa innovativa esegesi. Secondo l'Autore, infatti, il giudice, nella parte in cui afferma che «una ulteriore attesa potrebbe cagionare danni ben più gravi», avrebbe individuato il carattere infungibile della demolizione. In realtà l'infungibilità risulta del tutto immotivata e l'espressione sopra riportata non è che l'affermazione del *periculum in mora* richiesto ai fini dell'emissione del provvedimento cautelare. Per cui l'«infungibilità di carattere processuale» non costituisce un'inconsapevole creazione dell'organo giudicante²²⁰, che, molto più semplicemente, ha mancato di giustificare la qualificazione dell'obbligo demolitorio in termini di infungibilità. Piuttosto si è voluto forzare il significato dell'ordinanza, assegnando all'enunciazione del *periculum in mora*, tipico presupposto della tutela cautelare, una funzione che non gli è propria, ossia quella di requisito applicativo dell'art. 614 *bis* c.p.c. in quanto integrante il carattere della infungibilità. Qui la nozione di «infungibilità» è stata deliberatamente delineata secondo il fine perseguito, consistente nella volontà, espressamente dichiarata dall'Autore, di estendere l'ambito di applicabilità dell'art. 614 *bis* c.p.c.²²¹: così, in effetti, potrebbero essere infungibili anche degli obblighi di consegna se, ad esempio, vi fosse uno stato di particolare urgenza. Nuovamente in uno stesso concetto si fanno convergere fattispecie molto diverse tra loro; in questo caso non esiste nemmeno un comune richiamo all'idea di insostituibilità dell'obbligato, ma si ritiene decisivo il possibile rischio di danni irreparabili dovuti ai tempi processuali. Situazione, questa, che lungi dall'essere priva di

²¹⁷ Sulla applicabilità dell'art. 614 *bis* c.p.c. in sede cautelare si veda *infra* cap. III, par. 5.

²¹⁸ MAZZAMUTO, *La comminatoria*, cit., 947 e ss.

²¹⁹ MAZZAMUTO, *La comminatoria*, cit., 963-964 e, successivamente, MAZZAMUTO, *L'astreinte all'italiana*, cit., 28-29. La novità ha trovato un dichiarato estimatore in TARUFFO, *Note sull'esecuzione*, cit., 748.

²²⁰ Come invece vorrebbe MAZZAMUTO, *La comminatoria*, cit., 963.

²²¹ MAZZAMUTO, *La comminatoria*, cit., 964; MAZZAMUTO, *L'astreinte all'italiana*, cit., 29.

tutela, come invece sono i casi di insurrogabilità del debitore, è tipicamente prevista dal legislatore mediante la disciplina dei provvedimenti cautelari.

Similmente alla proposta interpretativa appena descritta, vi è chi ha ritenuto che l'infungibilità di cui all'art. 614 *bis* ricomprenda anche quella «meramente economica», concretantesi «ogni qual volta l'esecuzione specifica risulti troppo difficoltosa o eccessivamente onerosa», con una particolare attenzione alla necessità di anticipare le spese dell'esecuzione da parte del creditore, secondo quanto previsto dall'art. 614 c.p.c.²²².

Tutte le questioni fin qui elencate non sono più attuali, in quanto l'odierna rubrica, portando con sé una notevole semplificazione, si limita a parlare di «Misure di coercizione indiretta» e il campo di operatività dell'art. 614 *bis* è delineato in negativo all'interno del testo della disposizione escludendo gli obblighi pecuniari e quelli relativi «alle controversie di lavoro subordinato pubblico o privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409».

Peraltro i cambiamenti apportati nel 2015 hanno lasciato intatta la questione che qui interessa, in quanto tra gli «obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro» rientrano certamente anche prestazioni non suscettibili di esecuzione forzata, che non sono dunque state espunte dalla norma insieme all'antecedente rubrica e, infatti, anche dopo la riforma, la dottrina maggioritaria ha ribadito che l'art. 614 *bis* è inconciliabile con la necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata, determinandone il superamento²²³. Nelle pagine seguenti, quindi, si tratterà di verificare la correttezza di tale assunto.

²²² TOMMASEO, *L'esecuzione indiretta*, cit., 270, nota 11.

²²³ FREANDA, *Appunti per una teoria dell'inibitoria come forma di tutela preventiva dell'inadempimento*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 769; CAPPONI, *Ancora su astreinte e condanna civile*, in *Riv. esec. forz.*, 2017, 582; VINCRE, *Le misure coercitive*, cit., 375; VULLO, *Commento*, cit., 927-928; CARRATTA, *Tecniche di attuazione dei diritti e principio di effettività*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 14; NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 238; BOVE, *Diritto e processo*, cit., 384. In giurisprudenza cfr. App. Bari, sez. II, 9 novembre 2015, n. 1767; Trib. Marsala, sez. I, 29 gennaio 2016, n. 86; Trib. Termini Imerese, 26 aprile 2017, n. 507; Trib. Treviso, 16 maggio 2017, n. 1113; Cass. 9 dicembre 2019, n. 32023 e Trib. Grosseto 23 aprile 2020, tutte in *www.dejure.it*. Solo provocatoriamente (questo sembra essere l'intento anche di VINCRE, *Le misure coercitive*, cit., 375) si potrebbe affermare che il legislatore, eliminando il riferimento agli obblighi di fare infungibile e di non fare, abbia voluto escluderli dalla tutela coercitiva indiretta.

2. La «richiesta di parte» è un’istanza endoprocedurale. Il «provvedimento di condanna» è quello conclusivo del grado di giudizio in cui è stata proposta la richiesta ex art. 614 bis c.p.c.

Il meccanismo di cui all’art. 614 bis c.p.c. dipende fondamentalmente da una «richiesta di parte», e quindi dell’attore che ha instaurato il giudizio, del convenuto che ha proposto una domanda riconvenzionale o ancora del terzo interveniente²²⁴. Oggetto dell’istanza non è, come vorrebbe un minoritario orientamento dottrinale²²⁵, l’accertamento di un diritto soggettivo, bensì l’applicazione di una particolare tecnica di tutela volta a favorire l’adempimento personale dell’obbligato²²⁶. Dirimente in tal senso è la seguente considerazione: il diritto di credito al «pagamento delle somme di denaro» non è previsto da alcuna norma e quindi non esiste al di fuori e prima del processo e non può essere oggetto di accertamento²²⁷. Da ciò consegue che la «richiesta» necessaria ai sensi dell’art. 614 bis non può essere considerata una domanda in senso proprio, cioè idonea ad avviare un autonomo giudizio, ma è un’istanza di carattere endoprocedurale, che non può essere avanzata se non in un processo già instaurato²²⁸. Sul piano letterale è

²²⁴ VULLO, *Commento*, cit., 931; NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 143.

²²⁵ In questo senso si vedano AMADEI, *Una misura coercitiva*, cit., 356-357; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Le novità*, cit., 205. Parla di «domanda vera e propria» anche SALETTI, *L’esecuzione processuale indiretta*, cit., 512.

²²⁶ Così TOMMASEO, *L’esecuzione indiretta*, cit., 278, nonché BOVE, *La misura coercitiva*, cit., 786-787. Cfr. anche Trib. Busto Arsizio, 3 marzo 2017, n. 327, in *www.dejure.it*.

²²⁷ MONDINI, *L’attuazione*, cit., 107.

²²⁸ CHIZZINI, *Commento*, cit., 147. Dello stesso avviso sono anche BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della l. 18 giugno 2009, n. 69)*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 799; BARRECA, *L’attuazione*, cit., 507; CARRATTA, *Le novità*, cit., 725-726 (seppur criticando questa opzione, anche in uno scritto successivo – CARRATTA, *Tecniche*, cit., 17-18); DE STEFANO, *L’esecuzione indiretta*, cit., 1183; DE STEFANO, *Note*, cit., 533; LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., 238; MERLIN, *Prime note*, cit., 1549; BOVE, *La misura coercitiva*, cit., 787-788; MICCOLIS, *Attuazione*, cit., 1054; PETTI, *Riforma del processo civile*, cit., 136; CONSOLO, *Spiegazioni*, 2012, cit., 161; TEDIOLI, *Osservazioni*, cit., 72 e 77; CHIARLONI, *L’esecuzione indiretta*, cit., 736; MONDINI, *L’attuazione*, cit., 107-109; RECCHIONI, *L’attuazione forzata*, cit., 1484 e soprattutto 1487; TOMMASEO, *L’esecuzione indiretta*, cit., 278-279; GAMBOLI, *Le misure*, cit., 1291; CONSOLO-GODIO, *Commento*, cit., 1350; CROCI, *L’esecuzione*, cit., 1704 e soprattutto 1705-1706; VULLO, *Commento*, cit., 939; NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 146-147. Peculiare la posizione di ASPRELLA, che dapprima definiva la richiesta come «una vera e propria domanda» (*L’attuazione*, cit., 127), poi le ha riconosciuto «natura puramente processuale», continuando peraltro a postulare la possibilità di instaurare un autonomo giudizio con quella stessa istanza (ASPRELLA, *L’esecuzione*, cit., 40). A chiare lettere si allinea a quanto detto nel testo anche la recente Trib. Roma, sez. V, 9 giugno 2020, n. 8321, in *www.dejure.it*, che ha dichiarato inammissibile un ricorso proposto al solo fine di ottenere una misura coercitiva ex art. 614 bis affermando che l’istanza deve essere avanzata dalla parte «esclusivamente nel corso del giudizio finalizzato all’ottenimento di una condanna». Escludono che si tratti di «un capo autonomo di domanda» anche Trib. Roma, sez. III, 3 novembre 2015, n. 22146; Trib. Terni, sez. I, 5 luglio 2017, n. 537; Trib. Busto Arsizio, 3 marzo 2017, n. 327; App. Milano, sez. V, 21 luglio 2020, n. 1934, tutte in *www.dejure.it*.

indicativo il fatto che la fissazione delle somme dovute avvenga «con il provvedimento di condanna all'adempimento», quindi contestualmente ad esso²²⁹.

Queste osservazioni consentono di giungere ad una prima affermazione: il «provvedimento di condanna» di cui all'*incipit* dell'art. 614 *bis* è quello conclusivo del giudizio in cui è stata avanzata la richiesta di applicazione della misura coercitiva. Non si tratta, quindi, dell'espresso riconoscimento legislativo dell'esistenza di condanne aventi ad oggetto obblighi non suscettibili di esecuzione forzata senza che sia applicata la misura coercitiva.

3. L'art. 614 *bis* c.p.c. non ha una portata sistematica rispetto alla tutela di condanna.

L'argomento decisivo che i detrattori della necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata rinvencono nell'art. 614 *bis* c.p.c. è il seguente: essendo la richiesta di parte solo eventuale e potendo comunque essere rigettata dal giudice, la norma implicherebbe che possa essere pronunciata una condanna avente ad oggetto un obbligo di fare infungibile o di non fare a prescindere dall'applicazione della misura coercitiva²³⁰. Si riconosce all'art. 614 *bis* una vera e propria portata sistematica, poiché

²²⁹ CHIZZINI, *Commento*, cit., 147; MICCOLIS, *Attuazione*, cit., 1052. Per ZUCCONI GALLI FONSECA, *Le novità*, cit., 206, invece, si tratterebbe di «una delle possibili modalità, ma non l'unica, con la quale la misura può essere disposta»; l'altra consisterebbe in un'autonoma domanda con la quale si instaura un nuovo giudizio, ipotesi già scartata nel testo. DELLE DONNE, *L'introduzione*, cit., 132, pur riconoscendo che l'istanza non può essere considerata una vera e propria domanda, ritiene che essa sia «proponibile [...] in un diverso processo, sempre che la relativa *causa petendi* sia basata sull'esistenza di una pregressa condanna con le caratteristiche previste dall'art. 614 *bis*»: questo in virtù della funzione propria della misura coercitiva, ossia ottenere l'esecuzione indiretta della condanna. Di recente il Tribunale di Belluno (ord. 2 maggio 2019, in *Foro it.*, 2019, parte I, 4115) ha affermato che l'espressione in parola implica solamente che «la misura debba essere applicata da un giudice della cognizione», non che «debba essere applicata dal medesimo giudice che pronuncia sul merito», potendo quindi la richiesta *ex art. 614 bis* fondare un autonomo giudizio. Peraltro, le argomentazioni recate dal provvedimento non poggiano sul testo della norma, bensì su un'esigenza ben specifica, quella di tutelare coloro che, prima dell'entrata in vigore dell'art. 614 *bis*, avevano ottenuto una pronuncia favorevole avente ad oggetto obblighi non suscettibili di esecuzione forzata senza poter contare su strumenti di coercizione indiretta. Paradigmatica è proprio la controversia trattata dal tribunale bellunese, nella quale il ricorrente, avendo in passato ottenuto una pronuncia inibitoria e vista l'inottemperanza dell'obbligato, chiede in un autonomo giudizio l'applicazione di una misura di coercizione indiretta *ex art. 614 bis*. Ora, se per l'ordinanza in commento è irragionevole «negare l'utilizzabilità di un istituto di natura esecutiva a coloro che abbiano, già in passato, ottenuto un titolo esecutivo idoneo, solo perché il relativo processo è stato anteriormente definito e la domanda non è stata proposta in quel giudizio (o, come nel caso di specie, non vi era la possibilità giuridica di proporla, perché l'istituto non era ancora stato introdotto)», pare ancor meno ragionevole far dipendere la normale operatività dell'istituto per controversie future dalla necessità di risolvere situazioni ormai passate, disattendendo del resto il dato positivo.

²³⁰ Così ZUCCONI GALLI FONSECA, *Le novità*, cit., 201, e MONDINI, *L'attuazione*, cit., 119.

nel disciplinare direttamente la coercizione indiretta atipica interverrebbe implicitamente anche sulla tematica della condanna²³¹.

Eppure, è una conclusione che non trova alcun conforto nel dato positivo: l'art. 614 *bis*, infatti, descrive come possa essere applicata la misura coercitiva, ma nulla dice circa l'eventualità che sia proposta una domanda di condanna avente ad oggetto un diritto non suscettibile di esecuzione senza che sia avanzata la richiesta di coercizione indiretta, o che questa sia rigettata. Si consideri la pacifica circostanza per cui la misura coercitiva, dovendo essere disposta «con il provvedimento di condanna», può essere applicata solo dal giudice della cognizione e non da quello dell'esecuzione²³². Se il legislatore del 2009 avesse attribuito tale potere anche al giudice dell'esecuzione, sarebbe stata una incontestabile prova dell'esistenza di condanne a prestazioni infungibili, solo eventualmente rafforzabili con una misura coercitiva. Così non è stato, e, si badi, la scelta avrebbe sicuramente potuto essere diversa, come quella presa nel processo amministrativo, visto che l'art. 114, comma 4°, lett. e), c.p.a. attribuisce il potere di applicare la penalità di mora al giudice dell'ottemperanza²³³. Tra l'altro, dopo la modifica del 2015 che ha eliminato il riferimento ai soli obblighi infungibili, l'eventuale riconoscimento del potere di disporre la misura coercitiva anche al giudice

²³¹ Così a chiare lettere MONDINI, *L'attuazione*, cit., 116.

²³² BARRECA, *L'attuazione*, cit., 508; CHIZZINI, *Commento*, cit., 148; DE STEFANO, *L'esecuzione indiretta*, cit., 1183; DE STEFANO, *Note*, cit., 533-534; LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., 235; MERLIN, *Prime note*, cit., 1549-1550; AMADEI, *Una misura coercitiva*, cit., 354; BOVE, *La misura coercitiva*, cit., 784 e 786; MICCOLIS, *Attuazione*, cit., 1052-1053; PETTI, *Riforma del processo civile*, cit., 134; SALETTI, *L'esecuzione processuale indiretta*, cit., 507; SPOTO, *Dalla responsabilità civile*, cit., 925; CAPPONI, *Limiti*, cit., 187-188; ROMITO, *Artt. 614 bis e 96 c.p.c.*, cit., 2356; TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette*, cit., 282; TEDIOLI, *Osservazioni*, cit., 80; BESSO, *L'art. 614 bis*, cit., 765; MONDINI, *L'attuazione*, cit., 128; POLETTI, *Sulla infungibilità degli obblighi*, cit., 751; TOMMASEO, *L'esecuzione indiretta*, cit., 279; VENTURA, *La misura coercitiva di cui all'art. 614 bis c.p.c.*, cit., 768; DE ANGELIS F., *Obblighi infungibili*, cit., 189; GALLETTO, *Le nuove frontiere*, cit., 7; GAMBIOLO, *Le misure*, cit., 1287; CAPPONI, *Ancora su astreinte*, cit., 572; CONSOLO-GODIO, *Commento*, cit., 1350; CROCI, *L'esecuzione*, cit., 1701; GAMBIOLO, *Misure di coercizione indiretta e rito monitorio*, in *Giur. it.*, 2018, 376; CARRATTA, *Tecniche*, cit., 19; NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 146-147; SOLDI, *Manuale*, cit., 2000. In giurisprudenza Trib. Ascoli Piceno, sez. I, 10 febbraio 2016, n. 180; Trib. Milano, sez. III, 1° luglio 2016; Trib. Perugia, sez. II, 13 novembre 2018, n. 1485; Trib. Roma, sez. V, 9 giugno 2020, n. 8321, tutte in *www.dejure.it*.

²³³ TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette*, cit., 282-283. È un altro discorso – e sarà affrontato *infra* – stabilire se il potere di applicare la penalità di mora spetti al giudice amministrativo anche in sede di cognizione. Preme piuttosto sottolineare che l'opzione percorsa nel c.p.a. non può valere come argomento per affermare che non esiste correlazione necessaria tra condanna ed esecuzione forzata: in quella sede, infatti, come acutamente rilevano DELLE DONNE, *Astreinte e condanna pecuniaria della PA tra Codice di procedura civile e Codice del processo amministrativo*, in *Riv. esec. forz.*, 2011, 324-325, e MAZZAMUTO, *L'astreinte all'italiana*, cit., 50, la surrogazione, che nel processo civile avviene solo se praticabili le forme del libro III del c.p.c., è sempre possibile per il tramite della nomina del commissario *ad acta*.

dell'esecuzione di per sé, senza ulteriori indicazioni del legislatore, non rappresenterebbe più un'indubitabile smentita della correlazione tra condanna ed esecuzione forzata, poiché non se ne potrebbe dedurre con certezza che il processo di condanna possa concludersi con un provvedimento di accoglimento nonostante l'impraticabilità dell'esecuzione forzata²³⁴.

L'unico modo per vedere nell'art. 614 *bis* c.p.c. una negazione della correlazione necessaria tra condanna ed esecuzione forzata è partire dal presupposto che quella stessa correlazione non esiste: si ripresenta quell'apriorismo concettuale di cui si è detto in precedenza. Non sorprende che ciò si sia verificato: basta ricordare quale fosse lo stato dell'arte all'entrata in vigore dell'art. 614 *bis*. Larga parte della dottrina e della giurisprudenza erano ormai convinte dell'inesistenza di una necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata e, quindi, ritenevano che l'ordinamento già consentisse condanne aventi ad oggetto obblighi infungibili; si invocava e attendeva lo strumento adatto a portarle ad attuazione, la coercizione indiretta appunto. Così, quando è stato introdotto l'art. 614 *bis* con l'espreso riferimento agli obblighi di fare infungibile e di non fare, la norma è stata vista proprio come la realizzazione di quell'auspicio, la disciplina di uno strumento di coercizione indiretta per rafforzare le condanne ad obblighi non eseguibili in via forzata.

Ma se davvero il legislatore avesse avuto la stessa prospettiva, se cioè avesse considerato già possibili ed esistenti condanne aventi ad oggetto prestazioni infungibili e quindi avesse voluto intervenire per fornirle di uno strumento di tutela, non si capirebbe per quale motivo abbia escluso il potere del giudice di disporre d'ufficio la misura coercitiva²³⁵. In altre parole: se lo scenario di partenza del legislatore fosse stato

²³⁴ È una precisazione che per ora attiene solo il campo delle ipotesi ma che andrà tenuta presente qualora l'art. 614 *bis* dovesse essere ulteriormente modificato secondo la previsione dell'art. 1, comma 12°, lett. o) della legge delega n. 206 del 26 novembre 2021 («Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata»), che contempla l'attribuzione al giudice dell'esecuzione del potere di disporre le misure di coercizione indiretta «quando il titolo esecutivo è diverso da un provvedimento di condanna oppure la misura non è stata richiesta al giudice che ha pronunciato tale provvedimento» (per alcuni spunti v. *infra*).

²³⁵ Bisogna dar conto di un orientamento ormai consolidato nella giurisprudenza di merito per cui l'art. 614 *bis* c.p.c. è ritenuto applicabile d'ufficio in materia di obblighi concernenti l'affidamento dei figli minori: Trib. Roma sez. I, 6 luglio 2012; 27 giugno 2014; 16 dicembre 2016; 23 dicembre 2017; Trib. Milano sez. IX, 7 gennaio 2018; Trib. Bologna, sez. I, 2 luglio 2019, n. 1528, tutte in *www.dejure.it*; Trib. Milano 2 maggio 2019, n. 4202, in *Dir. fam. pers.*, I, 2020, 176 e ss. Nello specifico la misura coercitiva indiretta è fatta rientrare tra i «provvedimenti opportuni» (Trib. Roma sez. I, 6 luglio 2012) che il giudice

effettivamente quello di un ordinamento già popolato da pronunce di condanna non eseguibili nelle forme del libro III c.p.c., non si comprenderebbe la ragione dell'assegnazione di un potere "esclusivo" alla parte nell'azionare lo strumento coercitivo indiretto, negando all'autorità giudiziaria di intervenire autonomamente di fronte a diritti riconosciuti privi di tutela in quanto non realizzabili mediante esecuzione forzata. L'opzione per la necessaria richiesta di parte, dopotutto, non è imposta dal rispetto del principio della domanda²³⁶, che è contemplato anche nell'ordinamento francese (art. 1 *Code de procédure civile*), ove, peraltro, caratteristica dell'*astreinte* è la possibilità che essa sia disposta anche d'ufficio dal giudice. Per rimanere nell'ordinamento nazionale, la stessa legge che ha introdotto l'art. 614 *bis* ha anche inserito in coda all'art. 96 c.p.c. un comma 3^o²³⁷, in base al quale il giudice «anche d'ufficio» può condannare il soccombente «al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata».

L'art. 614 *bis* ha messo a nudo l'errore compiuto dalla dottrina maggioritaria, quello di aver scavalcato il legislatore, di aver voluto rileggere il sistema delle tutele nonostante l'assenza di cambiamenti normativi, nella certezza che le future scelte del legislatore si sarebbero allineate a quella rilettura. La verità è che, se ci si libera da

può adottare ai sensi dell'art. 709 *ter*, comma 2°, c.p.c. nell'ambito delle controversie insorte tra genitori in ordine all'esercizio della responsabilità genitoriale o delle modalità di affidamento della prole. La deviazione rispetto a quanto previsto dall'art. 614 *bis* è giustificata con «la *ratio* sottesa all'art. 709 *ter* c.p.c., che autorizza il Giudice ad adottare anche *ex officio* tutte le misure necessarie per l'attuazione dei provvedimenti inerenti l'affidamento, tra le quali rientrano le misure di carattere esecutivo»; essa quindi «consente al giudice di pronunciare l'*astreinte* anche in assenza di tempestiva domanda di parte. Ciò discende dall'applicazione di principi generali dell'ordinamento fondati sulla necessaria tutela del minore e sui poteri d'ufficio riconosciuti in tale materia» (il virgolettato è tratto da Trib. Roma sez. I, 16 dicembre 2016, in *www.dejure.it*). La specificità e la rilevanza dell'interesse tutelato suggeriscono, limitatamente a questa casistica, di ammettere la deroga rispetto a quanto previsto dall'art. 614 *bis*. La dottrina che si è occupata della fattispecie ha condiviso la soluzione e le ragioni addotte dalla giurisprudenza: cfr. MUSCIO, *Astreintes anche d'ufficio per chi viola il diritto del minore alle frequentazioni con l'altro genitore*, in *ilfamiliarista.it*, 2017; CESARO, *Genitore pubblica sui social network foto e notizie del figlio minore: interviene d'ufficio il Giudice*, in *ilfamiliarista.it*, 2018; ROSSI, *Applicabili d'ufficio i rimedi ex art. 614-bis c.p.c. se la madre ostacola il rapporto tra padre e figlio*, in *ilfamiliarista.it*, 2018; BELLOMO, *Applicazione delle misure sanzionatorie e di coazione indiretta ex artt. 709-ter, comma 2, n. 1 e 614-bis c.p.c. in un caso di sottrazione internazionale di minori*, in *Dir. fam. pers.*, I, 2020, 199-200. L'orientamento giurisprudenziale e dottrinale così consolidatosi è stato recepito anche dal legislatore, come dimostra l'art. 1, comma 23°, lett. mm), della legge delega 26 novembre 2021, n. 206, che, nel prevedere il riordino dell'art. 709 *ter* c.p.c., contempla la possibilità di disporre anche d'ufficio i provvedimenti di cui all'art. 614 *bis* «in caso di inadempimento degli obblighi di fare e di non fare anche quando relativi ai minori».

²³⁶ Come afferma, invece, COSTANTINO, *Tutela di condanna*, cit., 742. Anche secondo CHIARLONI, *L'esecuzione indiretta*, cit., 736, «la misura coercitiva avrebbe anche potuto venir affidata al potere officioso del giudice».

²³⁷ Precisamente l'art. 45, comma 12°, l. 18 giugno 2009, n. 69.

preconcetti e aspettative, il quadro che ne risulta è il seguente: l'originario sistema fondato sull'esecuzione forzata e sul risarcimento dei danni nonché il normale collegamento tra condanna e procedimenti esecutivi di cui al libro III c.p.c. non sono stati smantellati ed è stata piuttosto aggiunta la possibilità per l'avente diritto di chiedere uno strumento di coercizione indiretta per aumentare le probabilità di adempimento personale dell'obbligato. Questo è l'unico ruolo dell'art. 614 *bis* c.p.c., che dunque è privo di qualsiasi portata sistematica²³⁸.

Solamente dando per presupposta l'inesistenza della correlazione necessaria tra condanna ed esecuzione forzata si possono individuare argomenti che la comprovino nell'art. 614 *bis* c.p.c. Una volta smesso quel "binocolo" ci si renderà conto non solo che è sparito qualsiasi riferimento al fare infungibile e al non fare, ma soprattutto che quando quel richiamo era presente serviva esclusivamente a delimitare il campo di applicazione del nuovo istituto, per una iniziale scelta del legislatore, che, magari, ha voluto essere prudente nell'introdurre uno strumento che tanta fatica ha fatto per imporsi; ha ritenuto eccessivamente gravoso per il condannato sommare coercizione indiretta ed esecuzione forzata; o, ancora, ha deciso di riprodurre le limitazioni che la coercizione indiretta ha nell'ordinamento tedesco²³⁹.

4. L'applicazione della misura coercitiva indiretta di cui all'art. 614 *bis* c.p.c. come presupposto di ammissibilità della domanda di condanna avente ad oggetto un obbligo infungibile.

Esclusa la presenza di elementi che, smentendo quanto emerso dall'analisi svolta nella Parte I, dimostrino l'ammissibilità di una pronuncia di condanna avente ad oggetto una prestazione infungibile a prescindere dall'applicazione della misura coercitiva, quello che effettivamente risulta dalla norma è che, su richiesta di parte, può essere pronunciato un provvedimento di condanna avente ad oggetto un obbligo anche infungibile e che costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per successivi inosservanze o ritardi.

²³⁸ CHIARLONI, *L'esecuzione indiretta*, cit., 733, esprime un giudizio simile: nel commentare l'apparente possibilità che sulla base dell'art. 614 *bis* c.p.c. possano esistere condanne prive di sanzione – sia essa l'esecuzione forzata o la coercizione indiretta – egli ritiene che si tratti di un errore che il legislatore ha commesso «di sicuro inconsapevolmente, cosicché non se ne può ricavare alcuna conseguenza giuridica».

²³⁹ Cfr. nota 19.

L'impraticabilità dell'esecuzione forzata, quindi, non è un ostacolo per la positiva conclusione del processo di condanna. Peraltro, non bisogna troppo frettolosamente concludere per un superamento della correlazione tra condanna ed esecuzione forzata: il provvedimento di cui parla l'art. 614 *bis*, o meglio, un capo di quel provvedimento è «titolo esecutivo», non per l'esecuzione in forma specifica, ovviamente impossibile se la prestazione è infungibile, ma per l'espropriazione, per l'esecuzione del diritto di credito creato dal giudice. Con parole diverse: il processo di condanna si chiude comunque con un titolo esecutivo e quindi l'art. 614 *bis* non si dimostra contrario, ma, semmai, allineato alla necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata, per cui scopo del processo di condanna è proprio la formazione del titolo esecutivo.

A questo punto si possono tirare le somme. In nessun modo l'art. 614 *bis* dimostra che siano ammissibili pronunce di condanna aventi ad oggetto obblighi infungibili prescindendo dall'applicazione della misura coercitiva. Non risulta nemmeno che il processo di condanna possa concludersi senza la formazione di un titolo esecutivo. È comunque vero che l'infungibilità dell'obbligo non è un ostacolo insormontabile per l'accoglimento della domanda di condanna. La conclusione è la seguente: l'applicazione della misura coercitiva indiretta di cui all'art. 614 *bis* c.p.c. è condizione di trattabilità e decidibilità nel merito della domanda di condanna che abbia ad oggetto un obbligo infungibile²⁴⁰. L'attribuzione del relativo potere esclusivamente al giudice della cognizione non può che confermare questa ricostruzione; anzi, si può ritenere che ne sia una conseguenza. È una scelta – nel vero senso della parola, poiché, come visto, si poteva optare diversamente – coerente con un sistema in cui la praticabilità dell'esecuzione forzata è presupposto di ammissibilità della domanda di condanna e da ciò è giustificata. Solo chi non condivide tali affermazioni può ritenere, criticando l'operato del legislatore, che sarebbe stato più opportuno dare la competenza al giudice

²⁴⁰ Questa sembra essere la posizione di BALENA, *Istituzioni*, cit., 42-43 e nota 11, il quale infatti ritiene che un'azione di condanna ad una prestazione infungibile in assenza della richiesta di cui all'art. 614 *bis* c.p.c. sia ammissibile «sol quando il provvedimento del giudice serva a risolvere una situazione di obiettiva incertezza circa l'esistenza stessa del diritto oppure circa il contenuto dell'obbligo infungibile». La domanda di condanna, in altre parole, andrebbe trattata come domanda di mero accertamento: cfr. la Parte I di questo Capitolo, par. 1. Già subito dopo l'entrata in vigore della norma lo stesso BALENA, *La nuova pseudo-riforma*, cit., 799-800, aveva prospettato tale situazione, dubitando «dell'ammissibilità di un'azione di condanna a fare infungibile o a non fare che non si accompagni alla richiesta di una misura coercitiva». *Contra* TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette*, cit., 288, il quale decisamente esclude che la richiesta *ex art.* 614 *bis* condizioni l'esito del giudizio di condanna avente ad oggetto obblighi infungibili.

dell'esecuzione «al fine di adeguare meglio l'entità della misura coercitiva al grado e alla qualità dell'inadempimento in atto»²⁴¹.

La correlazione necessaria tra condanna ed esecuzione forzata non è smentita, bensì confermata: l'attore che propone una domanda di condanna ad un obbligo infungibile può in effetti, a differenza del passato, concludere vittoriosamente il giudizio, ma questo perché avrà avanzato in quello stesso processo una richiesta diretta alla formazione di un titolo esecutivo, altrimenti impossibile, che servirà all'esecuzione del diritto di credito creato dal giudice.

4.1. *Segue. Conseguenze.*

L'aver qualificato l'applicazione della misura coercitiva indiretta quale condizione di trattabilità e decidibilità nel merito della domanda di condanna avente ad oggetto un obbligo infungibile porta con sé due immediate conseguenze.

Innanzitutto, fa sì che l'accertamento dell'eseguibilità della prestazione debba essere svolto dal giudice non solo quando la domanda di condanna non è accompagnata dalla richiesta *ex art. 614 bis c.p.c.*, ma anche quando tale istanza è presente (fino al 2015 ciò era necessario *anche* perché l'infungibilità dell'obbligo era requisito di applicabilità della comminatoria).

In secondo luogo, possono vedersi dei riflessi anche sul provvedimento conclusivo del giudizio nel quale è stata accolta la richiesta di cui all'*art. 614 bis*. Si tratta di una pronuncia composta da due capi, quello avente ad oggetto l'obbligo dedotto in giudizio rimasto inadempito e quello costituente la misura coercitiva e che è titolo esecutivo per l'espropriazione delle somme maturate. Giustamente la dottrina li indica rispettivamente come capo principale e capo accessorio²⁴², visto che la richiesta di applicazione della misura ha carattere endoprocessuale e dipende, quindi, dalla previa

²⁴¹ *Relazione sull'amministrazione della Giustizia nell'anno 2009 del Primo Presidente della Corte di Cassazione Vincenzo Carbone*, in www.cortedicassazione.it, 115. In dottrina si vedano LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., 235; GALLETTO, *Le nuove frontiere*, cit., 16; SASSANI, *Possono gli arbitri pronunciare l'astreinte?*, in *Riv. esec. forz.*, 2018, 279-280; CARRATTA, *Tecniche*, cit., 19; NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 146-147.

²⁴² BARRECA, *L'attuazione*, cit., 506-507; CHIZZINI, *Commento*, cit., 147; DE STEFANO, *L'esecuzione indiretta*, cit., 1182; LOMBARDI, *Il nuovo art. 614-bis c.p.c.*, cit., 400; SALETTI, *L'esecuzione processuale indiretta*, cit., 512; SILVESTRI, *Riforma e processo esecutivo*, cit., 501; DELLE DONNE, *L'introduzione*, cit., 137; TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette*, cit., 215; TOMMASEO, *L'esecuzione indiretta*, cit., 268; GAMBOLI, *Le misure*, cit., 1288; VALLONE, *Le misure coercitive*, cit., 42; VINCRE, *Le misure coercitive*, cit., 369; CONSOLO-GODIO, *Commento*, cit., 1333; SASSANI, *Possono gli arbitri pronunciare l'astreinte?*, cit., 284; VULLO, *Commento*, cit., 934.

instaurazione di un processo di condanna. Peraltro, se la prestazione dedotta in giudizio non è eseguibile in via forzata, l'accessorietà del capo che porta la misura coercitiva è quanto meno *sui generis*: è vero che esso non può avere un'esistenza autonoma e ha bisogno di un provvedimento principale cui accedere, ma, allo stesso tempo, è l'esistenza del provvedimento principale a dipendere dall'applicazione della misura coercitiva. Si può quindi affermare che quando l'obbligo per cui si chiede una condanna è infungibile esiste tra il capo principale e quello accessorio una interdipendenza.

Un'ultima considerazione. Non c'è dubbio che il capo accessorio sia una condanna, visto che è «titolo esecutivo»²⁴³; per quanto concerne il capo principale, qualora abbia ad oggetto un obbligo infungibile ci si può domandare se una sua qualificazione in termini di condanna contraddica la necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata che si è appena riaffermata. In effetti, l'Autore che con più determinazione ha ribadito l'esistenza di quella correlazione anche dopo l'avvento dell'art. 614 *bis* ha specificato che il «provvedimento di condanna» di cui all'*incipit* della norma, quando l'obbligo è infungibile, va inteso in senso ampio come un provvedimento di «mero accertamento dell'attualità della situazione soggettiva vantata», cui si accompagna la misura coercitiva²⁴⁴.

Una contraddizione potrà sussistere solo se si ritiene che la necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata impedisca che il provvedimento di merito che accoglie una domanda di condanna avente ad oggetto un obbligo infungibile sia qualificabile come «condanna». Ma a ben vedere non è così: quella appena descritta, invero, è una conseguenza solo indiretta di quella correlazione necessaria, che, come effetto immediato, ha quello di vietare ancora più a monte che a fronte di una domanda di condanna avente ad oggetto un obbligo infungibile si addivenga ad una pronuncia nel merito. Quindi non dovrebbe nemmeno porsi la questione di come quel provvedimento di merito vada qualificato, visto che non può esistere e, se pronunciato, è viziato²⁴⁵.

²⁴³ Cfr. la sezione I di questo Capitolo, par. 2.

²⁴⁴ CHIZZINI, *Commento*, cit., 145 e soprattutto 160-161. Già ATTARDI, *Diritto processuale civile*, cit., 107, anteriormente all'introduzione dell'art. 614 *bis* c.p.c., si esprimeva in questi termini: «[...] se una norma stabilisca che una sentenza di condanna possa contenere disposizioni che prevedano una pena pecuniaria dell'obbligato in relazione al reiterarsi di atti di inadempimento, si dovrà ritenere che essa richieda non più dell'accertamento mero del diritto fatto valere dall'attore perché il giudice condanni l'obbligato medesimo ad una pena pecuniaria per ogni sua inadempienza».

²⁴⁵ Su questo punto si rimanda al par. 1 del cap. I, sez. I.

Se è così, la barriera posta dalla correlazione tra condanna ed esecuzione forzata risulta già superata mediante l'accoglimento della richiesta *ex art. 614 bis c.p.c.* e la conseguente pronuncia del provvedimento di merito, non sussistendo poi ulteriori ostacoli che vietino di chiamare "condanna" il capo principale.

5. Riflessioni conclusive

L'indagine condotta attorno alla questione dell'esistenza o meno nell'ordinamento di una necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata ha mostrato quanto possa essere fuorviante interpretare le norme lasciandosi guidare da un'idea o da una convinzione. Il processo logico deve essere opposto: è dalla lettura delle disposizioni e del sistema normativo che nascono teorie e proposte.

La correlazione necessaria tra condanna ed esecuzione forzata emerge da un'analisi obiettiva dell'ordinamento, come quella che si ritiene di aver svolto in queste pagine. Non si tratta di un dogma attraverso cui leggere le norme, tant'è vero che non esiste alcuna preclusione a che in futuro il legame tra condanna ed esecuzione forzata sia spezzato da un intervento del legislatore; finora, peraltro, non è dato riscontrare una simile intenzione. Questo lo si afferma avuto riguardo non solo dell'*art. 614 bis c.p.c.*, ma anche di altre disposizioni successive che devono certamente essere considerate ai fini della completezza del discorso.

Ci si riferisce innanzitutto all'*art. 18 comma 4°* dello Statuto dei lavoratori, in base al quale, secondo l'attuale formulazione²⁴⁶, il giudice «condanna il datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro». Potrebbe apparire come un disconoscimento della correlazione tra condanna ed esecuzione forzata, visto che, se occorre ribadirlo, la reintegrazione è una prestazione infungibile. Vi sono peraltro alcuni aspetti da considerare: seppur relativa ad una prestazione di grande importanza come la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato, è comunque una norma settoriale, non di portata generale-sistematica; in secondo luogo, se si prosegue nella lettura del *comma 4°* e di quel medesimo periodo si trova scritto che il giudice «condanna il datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro di cui al primo comma e al pagamento di un'indennità risarcitoria», un obbligo pecuniario, cioè fungibile. Contro possibili critiche di eccessivo formalismo bisogna considerare

²⁴⁶ Risultato delle modifiche apportate dall'*art. 1, comma 42, lett. b)*, l. 28 giugno 2012, n. 92.

l'eccezionalità della previsione, a maggior ragione visto che, quando lo stesso art. 18 si riferisce alla sola reintegrazione, parla di «ordine», non di condanna²⁴⁷.

Altra norma di interesse è il recentissimo art. 840 *sexiesdecies* c.p.c., recante la disciplina della nuova azione inibitoria collettiva e già citato al Capitolo I quando se ne è riportata la previsione del 6° comma: «Con la condanna alla cessazione della condotta omissiva o commissiva, il tribunale può, su istanza di parte, adottare i provvedimenti di cui all'articolo 614-*bis*, anche fuori dei casi ivi previsti». Anche qui si potrebbe affermare che un'astensione, la cessazione di una condotta è espressamente riconosciuta come possibile oggetto di una condanna. In realtà vanno ribadite le osservazioni già svolte con riferimento all'art. 614 *bis*, quando si è detto che il «provvedimento di condanna» è la pronuncia conclusiva del giudizio in cui è stata avanzata la richiesta di carattere endoprocessuale di applicazione della misura coercitiva; anche nel caso dell'art. 840 *sexiesdecies*, quindi, non vi è un espresso riconoscimento della condanna alla cessazione. La stessa riflessione vale anche per il successivo comma 7°, che utilizza il medesimo inciso iniziale: «Con la condanna alla cessazione della condotta omissiva o commissiva, il tribunale può, su richiesta del pubblico ministero o delle parti, ordinare che la parte soccombente adotti le misure idonee ad eliminare o ridurre gli effetti delle violazioni accertate». Accanto a questo va svolta un'altra osservazione rilevante, e cioè che quando al comma 1° è descritto il contenuto della domanda inibitoria non si parla di condanna, ma, ancora una volta, di «ordine».

In ogni caso l'evidenza più incisiva è già stata individuata pagine addietro²⁴⁸ ed è bene ribadirla: l'introduzione nel sistema di nuove norme settoriali che espressamente riconoscono il potere di chiedere ordini inibitori certamente determina un ampliamento di questo genere di tutela, ma, allo stesso tempo, è anche la più eloquente conferma della sua tipicità; con parole diverse, il legislatore avverte il bisogno di affermare esplicitamente l'esistenza di tali fattispecie di inibitorie in quanto, in mancanza, il sistema non le contemplerebbe.

In definitiva, nulla esclude un futuro, magari prossimo intervento del legislatore inequivocabilmente contrario alla correlazione necessaria tra condanna ed esecuzione

²⁴⁷ Comma 1°: «Il giudice [...] *ordina* al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro»; «A seguito dell'ordine di reintegrazione...». Comma 4°, ultimo periodo: «A seguito dell'ordine di reintegrazione...».

²⁴⁸ Cap. II, sez. I, par. 4.

forzata. Ad oggi, tuttavia, una simile intenzione non emerge in alcun modo dall'ordinamento e va pertanto riaffermata la conclusione già raggiunta: anche dopo l'avvento dell'art. 614 *bis* c.p.c., continua ad esistere una necessaria correlazione tra la pronuncia di condanna e l'esecuzione forzata.

Questo, peraltro, non è l'unico risultato conseguito al termine del presente capitolo. Si è avuto modo di constatare che la tendenza ad interpretare l'ordinamento con lo scopo di dare una soluzione ai problemi causati dall'infungibilità degli obblighi non ha solo generato il diffuso ostracismo verso la necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata, ma ha anche inciso sul modo di guardare all'art. 614 *bis* c.p.c. Infatti, come già scritto in chiusura del paragrafo 3 di questa sezione, l'esplicito riferimento alle prestazioni infungibili originariamente presente nella *rubrica legis*, invece di essere trattato come un limite inizialmente posto – e poi rimosso – dal legislatore all'operatività della norma, è stato scambiato per la sua ragion d'essere²⁴⁹, quando il vero ruolo della norma, ma ancora più in generale della coercizione indiretta come forma di tutela, è quello di aumentare le probabilità di adempimento personale da parte dell'obligato, a prescindere dalla tipologia di prestazione dovuta, fungibile o infungibile²⁵⁰.

Tale assunto va ora ribadito, poiché, insieme alle conclusioni già raggiunte al termine del capitolo I circa l'assenza di finalità risarcitorie o pubblicistiche, chiarisce definitivamente quale sia la funzione dell'art. 614 *bis* c.p.c.; il che costituisce viatico fondamentale nell'esame della sua struttura, cui sono dedicate le pagine che seguono.

²⁴⁹ Paradigmatico in tal senso LOMBARDI, *Il nuovo art. 614-bis c.p.c.*, cit., 399, il quale afferma che «l'esigenza di introduzione della misura accessoria di cui all'art. 614-*bis* nasce dall'esistenza» di obbligazioni infungibili, che sono definite la «*ratio*» della norma da DELLE DONNE, *Astreinte e condanna pecuniaria*, cit., 318. Nello stesso senso si vedano anche CARRATTA, *Le novità*, cit., 722; VALLEBONA, *La misura compulsoria*, cit., 568; GODIO, *L'astreinte*, cit., 1122-1123; CONSOLO, *Spiegazioni*, 2012, cit., 159; CARRATTA, *Tecniche*, cit., 15. In giurisprudenza Trib. Perugia, sez. II, 13 novembre 2018, n. 1485, in *www.dejure.it*. A testimonianza di quanto sia tutt'oggi radicato questo atteggiamento si può richiamare una sentenza del Tribunale di Roma dell'anno 2020 (sez. V, 9 giugno 2020, n. 8321) dove ancora si afferma che la richiesta *ex art. 614 bis* c.p.c. può essere avanzata «esclusivamente nel corso del giudizio finalizzato all'ottenimento di una condanna ad un fare infungibile o ad un non fare», nonostante il riferimento a tale tipologia di prestazioni fosse stato rimosso da oramai cinque anni.

²⁵⁰ Si riportano di seguito le parole di MAZZAMUTO, *La comminatoria*, cit., 965-966, che esprimono in modo diverso la stessa idea: «È certo vero che l'esecuzione indiretta nasce e si sviluppa per sopperire ai limiti dell'esecuzione diretta in forma specifica [...]. Si tratta, però, di una mera valutazione di ordine storico che mira soltanto ad individuare il terreno in cui ha attecchito l'esigenza di predisporre misure coercitive e che non costringe in alcun modo a relegare l'esecuzione indiretta negli ambiti in cui non giunge l'esecuzione diretta».

CAPITOLO III

L'AMBITO DI APPLICAZIONE DELL'ART. 614 BIS C.P.C.

1. Premessa

Nelle pagine precedenti si è già avuto un primo contatto con la tematica relativa all'ambito di applicabilità dell'art. 614 *bis* c.p.c. In particolare, al capitolo I si è analizzato il suo modo di rapportarsi con le disposizioni che prevedono misure coercitive settoriali, concludendo con la prevalenza di queste ultime e assegnando all'art. 614 *bis* il ruolo di norma di sfondo capace di colmare eventuali lacune nella disciplina degli strumenti coercitivi speciali. Nella sezione II del capitolo II, invece, si sono ricordati i problemi che sollevava l'originaria rubrica della norma in commento, «Attuazione degli obblighi di fare infungibile e di non fare», dall'oscura nozione di “infungibilità” all'assenza dell'attributo “infungibile” accanto agli obblighi di non fare, passando per i dubbi circa il valore normativo della *rubrica legis*.

Le questioni da affrontare rimangono comunque numerose. Considerando l'attuale formulazione dell'art. 614 *bis*, le indicazioni sulla sua sfera di operatività provengono dall'esclusione degli «obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro», delle «controversie di lavoro subordinato pubblico o privato» e dei «rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409» c.p.c., nonché dall'*incipit* «Con il provvedimento di condanna...», che limita le tipologie di pronuncia con cui può essere disposta la misura coercitiva.

2. L'esclusione degli obblighi consistenti nel pagamento di somme di denaro.

L'art. 614 *bis* c.p.c. non tutela qualsiasi tipologia di diritto e in questo senso la limitazione più rilevante e appariscente è quella concernente i diritti al pagamento di una somma di denaro. Una parte della dottrina ha giustificato tale esclusione ritenendo che essa dipenda dalla gravosità della previsione di cui al comma 4° dell'art. 1284 c.c.²⁵¹, che parifica, salvo diverso accordo delle parti, il saggio degli interessi legali dovuti dalla proposizione della domanda a quello – parecchio elevato – previsto per i

²⁵¹ Aggiunto dall'art. 17, comma 1°, del d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modificazioni nella l. 10 novembre 2014, n. 162.

ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, così sconsigliando di addossare al debitore ulteriori “incentivi” all’adempimento²⁵². Si è poi detto che minacciare con una perdita economica chi già è debitore inadempiente di una somma di denaro non sia molto efficace²⁵³. Altri Autori hanno criticato l’inciso in commento, segnalando che di esso mancano spiegazioni plausibili e che il tutto sia da ricondurre ad una mera scelta di politica legislativa²⁵⁴.

In realtà l’esclusione delle prestazioni pecuniarie dal campo applicativo dell’art. 614 *bis* è diretta conseguenza del funzionamento dell’istituto. Si ipotizzi che il giudice abbia condannato Caio a versare 5.000,00 euro in favore di Tizio e, su richiesta di quest’ultimo, abbia fissato in 50,00 euro l’importo dovuto da Caio per ogni giorno di ritardo nel pagamento. Dopo cento giorni, Caio è ancora inadempiente; Tizio decide di agire in espropriazione per la somma fino a quel momento accumulatasi a titolo di coercizione indiretta, pari a 5.000,00 euro. Ebbene, ottenendo in via esecutiva tale importo, Tizio avrebbe in realtà già conseguito quanto dovutogli in via principale e la sua pretesa dovrebbe considerarsi soddisfatta; il titolo esecutivo *ex art. 614 bis* agirebbe quindi come un mezzo di esecuzione forzata diretta, non come uno strumento di coercizione indiretta.

Una conferma di questa realtà la si ha dando uno sguardo all’esperienza sviluppatasi nell’ordinamento belga, ove l’*astreinte*, come l’art. 614 *bis*, non opera rispetto ad obblighi pecuniari. Fin dai primi anni dell’entrata in vigore della già citata Convenzione Benelux del 1973 si era posto il problema di quanto fosse ampia l’esclusione in parola, se cioè fosse assoluta o se ammettesse delle eccezioni. Un caso

²⁵² MAZZAMUTO, *L’astreinte all’italiana*, cit., 16 e soprattutto 42-43; TEDOLDI, *Le novità in materia di esecuzione forzata nel D.L. n. 83/2015...in attesa della prossima puntata...*, in *Corr. giur.*, 2016, 180; CONSOLO-GODIO, *La “impasse”*, cit., 375. Prospettavano questa ragione ancora prima della riforma del 2015 ASPRELLA, *L’esecuzione*, cit., 39, e SICLARI, *Infungibilità: tra il dare e il fare*, cit., 607. La stessa preoccupazione era espressamente manifestata nel d.d.l. 12 febbraio 2014 n. 2092 (collegato alla legge di stabilità 2014) «recante disposizioni per l’efficienza del processo civile, la riduzione dell’arretrato, il riordino delle garanzie mobiliari, nonché altre disposizioni per la semplificazione e l’accelerazione del processo di esecuzione forzata». La proposta, poi non convertitasi in legge, prevedeva già l’estensione dell’art. 614 *bis* con la sola esclusione di quelle pecuniarie, motivata, appunto, dalla volontà di «evitare un eccessivo aggravio della posizione del debitore, già tenuto a corrispondere gli interessi moratori». Si veda su questo progetto di legge ZUCCONI GALLI FONSECA, *Misure coercitive fra condanna e tutela esecutiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 389 e ss.

²⁵³ CONSOLO-GODIO, *La “impasse”*, cit., 375.

²⁵⁴ GAMBOLI, *Le misure*, cit., 1287; VINCRE, *Le misure coercitive*, cit., 382; CARRATTA, *Tecniche*, cit., 16. Non è corroborata da alcun dato normativo la tesi, rimasta isolata, di FINOCCHIARO, *Misure di coercizione indiretta*, cit., 58, per cui la condanna pecuniaria che non abbia una funzione esclusivamente economica, come sarebbe quella al pagamento degli alimenti, potrebbe essere accompagnata dalla misura coercitiva.

concreto che si prospettò fu quello di due coniugi che, avendo divorziato, si erano accordati affinché il marito si facesse carico dei debiti sorti fino ad una certa data. Visto che uno di quei debiti verso una banca era rimasto inadempito, l'ex moglie si rivolse al giudice per ottenere la condanna dell'ex marito a pagare quanto dovuto, chiedendo, nel contempo, l'applicazione di un'*astreinte*. Mentre la domanda principale era stata accolta, quella relativa all'*astreinte* richiese un intervento della *Cour de justice Benelux*²⁵⁵, non essendo chiaro se, in base alla Convenzione, fosse vietato applicare l'*astreinte* in caso di condanna al pagamento di somme di denaro, pur se tali somme spettassero a persona diversa da chi aveva chiesto l'*astreinte*. La Corte diede risalto alla parte della Convenzione che, per giustificare l'esclusione degli obblighi pecuniari dal campo dell'*astreinte*, così recita: «[...] *l'astreinte est appelée à assurer une exécution en nature, tandis qu'une condamnation à une somme d'argent peut se réaliser par les voies d'exécution ordinaire*»²⁵⁶. Ora, se tale eseguibilità in via ordinaria viene meno, ritenne la Corte, lo stesso limite non ha più motivo di esistere. E infatti, con riferimento al caso concreto, data l'impossibilità per l'ex moglie di ottenere l'esecuzione ordinaria di una condanna al pagamento di somme spettanti ad un soggetto diverso (la banca), la Corte considerò applicabile l'*astreinte*. Tale soluzione, a ben guardare, dice anche altro: l'*astreinte* "ridiventa" operativa poiché, essendo il destinatario delle somme da essa derivanti diverso da quello della somma principale, l'espropriazione fondata sull'*astreinte* non si risolve in uno strumento di diretto soddisfacimento del credito principale, così riacquistando la sua identità di mezzo di pura coazione indiretta. Questo aspetto, non considerato dalla *Cour de justice*, costituisce una conferma della lettura di cui *supra*.

Stando così le cose, bisogna allora domandarsi come sia possibile che la «penalità di mora» di cui all'art. 114, comma 4°, lett. e), c.p.a., diversamente dall'art. 614 *bis* c.p.c., sia invece adottabile anche «nei giudizi aventi ad oggetto il pagamento di somme

²⁵⁵ Con sentenza del 9 luglio 1981. Si vedano a riguardo MOREAU-MARGREVE, *L'astreinte*, in *Ann. dr. Liège*, 1982, 72-73, e VON COMPERNOLLE-DE LEVAL, *L'astreinte*, 3^a ed., Bruxelles, 2013, 61, in linea con quanto statuito dalla Corte.

²⁵⁶ VON COMPERNOLLE-DE LEVAL, *L'astreinte*, cit., 61, sottolinea la scarsa ragionevolezza di questa spiegazione, in base alla quale si dovrebbe allora ritenere che l'*astreinte* non sia applicabile ogni qual volta sia possibile l'esecuzione in natura, anche per quanto riguarda obblighi diversi da quelli pecuniari.

di denaro»²⁵⁷. La spiegazione della differenza tra l'art. 114, comma 4°, lett. e), c.p.a. e l'art. 614 *bis* c.p.c., lungi dal rilevare solo sotto il profilo teorico, è di grande importanza pratica, visto che da essa discende una situazione per cui il privato creditore della P.A. trova certamente maggiori benefici rivolgendosi al giudice amministrativo, dal quale può ricevere una tutela che invece il giudice ordinario non può assicurargli. A riguardo taluno ha parlato di una vera e propria discriminazione²⁵⁸. Proprio la comparazione tra i due istituti rende pacifico che, se gli obblighi pecuniari sono esclusi dall'area dell'art. 614 *bis*, non è per evitare un eccessivo peso sul debitore, altrimenti la medesima esclusione dovrebbe essere contemplata dall'art. 114 c.p.a.: l'art. 1284, comma 4°, c.c., infatti, trova applicazione anche nel giudizio amministrativo, dove, tra l'altro, bisogna tener conto del cronico ritardo nei pagamenti ad opera della P.A. nonché degli obiettivi dell'«equilibrio dei bilanci» e della «sostenibilità del debito pubblico» sanciti dall'art. 97, comma 1°, Cost.

A parere di chi scrive esiste una sola possibile spiegazione alla discrasia tra gli artt. 614 *bis* c.p.c. e 114, comma 4°, lett. e), c.p.a. e risiede nella seguente considerazione: l'applicabilità di una misura coercitiva patrimoniale ad obblighi pecuniari è concepibile esclusivamente riconoscendo alla misura coercitiva stessa una funzione anche sanzionatoria; diversamente, essa agirebbe, come già visto, da ultroneo titolo per l'esecuzione diretta. Si riprenda l'esempio precedente: solo ritenendo che la misura coercitiva sia stata disposta anche per punire l'inadempimento e non solo per

²⁵⁷ Tuttavia, questa specificazione è stata aggiunta solo nel 2015 (cfr. nota 27); nella formulazione originaria erano invece assenti indicazioni in positivo o in negativo circa gli obblighi assoggettabili alla penalità di mora. Ciò generava un ampio dibattito circa l'ambito di operatività dell'art. 114 c.p.a., comma 4°, lett. e), con l'attenzione rivolta in particolare proprio alla questione degli obblighi pecuniari. Riassumendo la minuziosa ricostruzione offerta da GASTALDO, *L'astreinte nel processo amministrativo*, Napoli, 2018, 129 e ss., cui si rinvia per il dettaglio dei riferimenti giurisprudenziali e dottrinali, si scontrano fondamentalmente due diversi modi di interpretare tale assenza di indicazioni: da una parte chi riteneva che si trattasse di un "silenzio eloquente", nel senso che la mancanza di richiami a una qualsivoglia tipologia di obblighi doveva tradursi nell'applicabilità della penalità ad ogni tipo di prestazione, comprese quelle pecuniarie; dall'altra chi sosteneva che quel silenzio dovesse essere riempito con le medesime restrizioni presenti nell'art. 614 *bis* c.p.c., all'epoca limitato ai soli obblighi di fare infungibile e di non fare, secondo un'interpretazione analogica della norma civilistica suggerita non solo dalla necessità di «evitare "asimmetrie" tra giudizio civile e giudizio amministrativo», ma anche dalla lettura della Relazione di accompagnamento al c.p.a., in cui l'art. 114, comma 4°, lett. e), è descritto come una riproduzione dell'art. 614 *bis* c.p.c., nonché dal rinvio esterno al c.p.c. operato dall'art. 39 c.p.a. Si rivelò necessario un intervento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (25 giugno 2014, n. 15), la quale, enunciando un principio di diritto, optò definitivamente per l'applicabilità dell'art. 114 c.p.a. anche agli obblighi pecuniari, mettendo soprattutto in risalto l'assenza nell'impianto della norma di limiti espliciti, come invece accade nell'art. 614 *bis* c.p.c.

²⁵⁸ GASTALDO, *L'astreinte*, cit., 143. Critici sono anche GALLETTO, *Le nuove frontiere*, cit., 16-17; GAMBOLI, *Le misure*, cit., 1287, e NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 101-102, nota 8.

favorire l'adempimento si potrà affermare che Tizio, agendo in espropriazione per 5.000,00 euro, non sta realizzando il suo credito, ma riscuotendo una somma che è (anche) una sanzione, e che quindi rimane fermo il suo diritto ad ottenere i 5.000,00 euro costituenti il credito principale.

Ecco quindi che, se l'art. 114, comma 4°, lett. e), c.p.a., a differenza dell'art. 614 *bis* c.p.c., è applicabile anche ad obblighi pecuniari lo si deve alla presenza nel primo di un fine punitivo, che è invece assente nel secondo. In questo modo non si sta smentendo quanto detto precedentemente²⁵⁹ circa il fondamentale ruolo della sanzione nel meccanismo dell'art. 614 *bis*; piuttosto è l'occasione per precisarlo ulteriormente. Invero, mentre nell'art. 614 *bis* la sanzione è esclusivamente il mezzo per raggiungere lo scopo dell'adempimento personale, nell'art. 114, comma 4°, lett. e), c.p.a. la sanzione o punizione (dell'inadempimento) è anche un fine.

La presenza di un fine punitivo nell'art. 114, comma 4°, lett. e), c.p.a. va ora dimostrata e non ci si può basare soltanto sull'espressione «penalità di mora» usata nel c.p.a., che, pur significativa, non è dirimente; piuttosto le prove della diversità di funzione tra art. 614 *bis* e art. 114, comma 4°, lett. e), c.p.a. vanno rintracciate in quella che della funzione di un istituto è lo “specchio”, ossia la struttura dell'istituto medesimo.

Stando alla lettera della norma, la penalità di mora non è disposta con il provvedimento giudiziale che accerta l'esistenza dell'obbligo, come previsto dall'art. 614 *bis* c.p.c., ma con una statuizione successiva richiesta dalla parte a causa del persistere dell'inadempimento dell'amministrazione *già* condannata. Quello di cui all'art. 114, comma 4°, lett. e), c.p.a., infatti, è uno dei poteri riconosciuti al giudice dell'ottemperanza, tipicamente adito dal privato quando la pubblica amministrazione non ha provveduto ad adeguarsi a quanto stabilito dal giudice della cognizione. Ne risulta che l'applicazione della penalità non è contestuale alla fase cognitoria, ma successiva; per cui è ben comprensibile che la penalità abbia anche un risvolto punitivo-sanzionatorio, intervenendo in un momento in cui l'amministrazione si è già dimostrata inottemperante all'ordine del giudice.

La validità di questo argomento sarebbe posta nel nulla se si condividesse la posizione recentemente assunta dall'Adunanza Plenaria con sentenza n. 7 del 2019.

²⁵⁹ Cap. I, par. 3.

Dando ragione a parte della dottrina e seguendo le indicazioni da essa fornite²⁶⁰, il Consiglio di Stato ha valorizzato il disposto dell'art. 34, comma 1°, lett. e), c.p.a., che, tra i poteri del giudice della cognizione, contempla quello di disporre con la sentenza di accoglimento «le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, compresa la nomina di un commissario *ad acta*». Tra tali «misure» rientrerebbe anche la penalità di mora, poiché la previsione del potere di nominare il commissario *ad acta*, «lungi dal restringere la portata delle “misure attuative del giudicato” pronunciabili, su istanza di parte, dal giudice della cognizione, assolve, semmai, ad una finalità ampliatrix delle determinazioni adottabili in sede di merito, espressamente ricomprendendovi persino la più penetrante ed invasiva delle misure, ossia la sostituzione dell'amministrazione»²⁶¹.

Si ritiene di dover dissentire da questa presa di posizione. Non è sufficiente a giustificarla il richiamo al principio di concentrazione delle tutele di cui all'art. 7, comma 7°, c.p.a.²⁶²: il legislatore, limitando il potere di (chiedere e di) disporre una penalità di mora alla fase dell'ottemperanza, ha compiuto una precisa scelta che si discosta dall'impianto presente nel processo civile. In tal senso è stato lo stesso Consiglio di Stato²⁶³ ad aver evidenziato una peculiarità dell'art. 114, comma 4°, lett. e), c.p.a. rispetto all'art. 614 *bis* c.p.c.: il primo, infatti, inquadra espressamente la penalità di mora quale strumento a tutela del solo *giudicato*, non di pronunce

²⁶⁰ DELLE DONNE, *Astreinte e condanna pecuniaria*, cit., 320, nota 3; LIPARI, *L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza*, in www.federalismi.it, 2010, 39-41; DI MARCO, *Inerzia dell'amministrazione e astreinte*, in *Corr. merito*, 2011, 993; VIOLA, *Nuovi poteri sanzionatori del giudice amministrativo, astreintes e giudizio di ottemperanza*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 592-597; COMMANDATORE, *Osservazioni su presupposti e limiti per l'applicazione della penalità di mora prevista dall'art. 114, comma 4, lett. e), c.p.a.*, in *Giur. it.*, 2013, 2383-2384; CARBONE, *Riflessioni sul valore sanzionatorio dell'astreinte e sulla sua applicazione nel processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 2014, 1306-1308; CORTESE, *Sull'obbligo di pagare una somma di denaro ex art. 114, comma 4, lett. e), c.p.a.: natura giuridica e regime applicativo*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 666; CASTORINA, *L'astreinte nel processo amministrativo fra effettività della tutela e buon andamento dell'amministrazione*, in www.federalismi.it, 2015, 19; PREVITI, *Natura giuridica e risvolti applicativi dell'astreinte nell'ambito del processo amministrativo. La riscoperta della cognizione fra i meandri del giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1426-1428; GASTALDO, *L'astreinte*, cit., 176-178.

²⁶¹ Ad. plen. 9 maggio 2019, n. 7. In realtà bisognerebbe riflettere sull'effettiva maggior pervasività della nomina del commissario *ad acta* rispetto alla penalità di mora: cfr. LIPARI, *L'effettività della decisione*, cit., 39.

²⁶² Operato da tutti gli Autori citati alla nota 260.

²⁶³ Cons. St. 10 maggio 2018, n. 2815. Conformemente: TAR Veneto 18 aprile 2019, n. 491, e TAR Campania 28 maggio 2020, n. 2036, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it. In dottrina SPADARO, *Modificabilità dell'astreinte. Un quadro normativo e interpretativo che elide le potenzialità della misura coercitiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 148.

semplicemente esecutive²⁶⁴. Come prevede l'art. 2, comma 1°, c.p.a., «il processo amministrativo attua i principi [...] del giusto processo previsto dall'art. 111, primo comma, della Costituzione», quindi del «giusto processo regolato dalla legge». La rilevanza del principio di legalità è in questo caso accresciuta dalla circostanza che ad essere esteso al di là di quanto previsto dalla legge non sarebbe “solo” il potere del giudice, ma prima ancora il potere della parte di chiedere la penalità di mora. Se si considera che presso Palazzo Spada è ormai radicata l'interpretazione della detta penalità quale sanzione²⁶⁵, l'Adunanza Plenaria, nella sentenza sopra citata, si è mostrata quanto meno contraddittoria nell'ammettere che una sanzione sia applicata al di là dei casi espressamente previsti dalla legge²⁶⁶. Prescindendo da quest'ultimo rilievo, considerato che la funzione anche sanzionatoria della penalità è ciò che il presente discorso intende dimostrare, si osservi che, anche se la misura fosse applicabile già in sede di cognizione, il combinato disposto degli artt. 114 e 34 c.p.a. determinerebbe un differimento dell'operatività della misura al passaggio in giudicato della sentenza, così riducendone notevolmente o anche annullandone la funzione comminatoria.

Ancora, si può notare come l'art. 59 c.p.a., «qualora i provvedimenti cautelari non siano eseguiti», riconosca al giudice «i poteri inerenti al giudizio di ottemperanza di cui al Titolo I del Libro IV». Il primo aspetto da evidenziare è il seguente: a differenza dell'art. 34 c.p.a., vi è un espresso rinvio ai poteri del giudice dell'ottemperanza. Tuttavia, un provvedimento cautelare non è di certo assimilabile al «giudicato» di cui parla l'art. 114, comma 4°, lett. e)²⁶⁷; pertanto deve escludersi che la penalità di mora possa essere fissata in sede cautelare²⁶⁸. *A maiori ad minus*, se la penalità non è applicabile quando sono espressamente richiamati i poteri dell'ottemperanza, tanto

²⁶⁴ La disposizione del c.p.a. parla di «...ritardo nell'esecuzione del giudicato»; quella del c.p.c. di «...ritardo nell'esecuzione del provvedimento».

²⁶⁵ Cons. St. 20 dicembre 2011, n. 6688; 14 maggio 2012, n. 2744; 30 maggio 2013, n. 2933; 16 settembre 2014, n. 4711; 20 aprile 2015, n. 1995; 21 febbraio 2017, n. 819.

²⁶⁶ A tal proposito va citata ancora Cons. St. 10 maggio 2018, n. 2815: «Stante la insuperabile differenza ontologica fra giudizio di esecuzione di una sentenza non ancora divenuta irrevocabile e giudizio di esecuzione del giudicato vero e proprio, a fronte della univocità del tenore testuale della norma [...], è impossibile addivenire ad una diversa conclusione facendo leva su argomenti di carattere sistematico e teleologico che condurrebbero ad una non consentita estensione dell'ambito applicativo di una misura sanzionatoria».

²⁶⁷ Ciò vale ancor di più nel processo amministrativo, in cui non è contemplata alcuna forma di strumentalità attenuata del provvedimento cautelare rispetto al giudizio di merito, come invece avviene nel processo civile, ai sensi dell'art. 669 *octies*, commi 6°, 7° e 8°, c.p.c.

²⁶⁸ *Contra* VIOLA, *Le astreintes nel processo amministrativo e la pretesa incompatibilità con le obbligazioni pecuniarie della P. A.*, in *Foro amm.*, 2012, 820.

meno deve esserlo quando tale rinvio è assente. In secondo luogo, la ricostruzione sopra offerta dall'Adunanza Plenaria sarebbe più fortemente smentita proprio qualora si ammettesse astrattamente che la penalità di mora sia applicabile in sede cautelare. Se così fosse, risulterebbe ribadito lo schema legislativo per cui nel processo amministrativo la detta penalità non può essere fissata con il provvedimento di cognizione (in questo caso cautelare), ma solo successivamente all'inosservanza di un comando già dato dal giudice: ai sensi dell'art. 59 c.p.a., infatti, i provvedimenti cautelari devono risultare ineseguiti perché il tribunale, su istanza di parte, possa attivare i poteri di cui all'art. 114 c.p.a.

Una volta dimostrato che la penalità di mora non appartiene alla fase della cognizione come nel processo civile, ma unicamente a quella dell'ottemperanza, tra l'altro delle sole pronunce già passate in giudicato, si può ribadire l'assunto fondamentale dell'intero discorso: la differenza strutturale tra la misura di cui all'art. 614 *bis* c.p.c. e quella *ex art.* 114, comma 4°, lett. e), c.p.a. è il riflesso di una diversità sul piano della funzione, che solo nella penalità del processo amministrativo può dirsi anche punitiva. Il che è l'unica ragione che validamente giustifica il fatto che i diritti al pagamento di somme di denaro sono tutelabili mediante la coercizione indiretta davanti al giudice amministrativo e non nel processo civile.

3. L'esclusione delle controversie di lavoro subordinato pubblico o privato e dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409 c.p.c.

Un'altra espressa limitazione che il legislatore ha previsto per l'applicazione dell'art. 614 *bis* c.p.c. è sancita dall'ultimo periodo del primo comma della norma e concerne le «controversie di lavoro subordinato pubblico o privato» e i «rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409 c.p.c.»²⁶⁹. Si tratta di una scelta di politica legislativa di cui ci si può solo sforzare di cogliere la *ratio*²⁷⁰: forse il

²⁶⁹ Sulla base della formulazione antecedente alla riforma del 2015, BALENA, *La nuova pseudo-riforma*, cit., 797, e SALETTI, *L'esecuzione processuale indiretta*, cit., 511, ritenevano che il legislatore, menzionando espressamente questa tipologia di rapporti, ne confermasse implicitamente il carattere infungibile, altrimenti non sarebbe stata necessaria un'apposita dicitura per escluderli. Posto che ad oggi tale deduzione non sarebbe più ricavabile dal testo della norma, già all'epoca MAZZAMUTO, *La comminatoria*, cit., 996, affermava che una simile conclusione sarebbe stata eccessiva visto che quella delle controversie di lavoro è un'esclusione «di principio» da cui non si possono trarre indicazioni in materia di coercibilità delle prestazioni.

²⁷⁰ DE STEFANO, *L'esecuzione indiretta*, cit., 1183; DE STEFANO, *Note*, cit., 530; BOVE, *La misura coercitiva*, cit., 784. Per il resto, come dice TARUFFO, *Note sull'esecuzione*, cit., 749, bisogna prenderla

legislatore ritiene che la materia meriti un trattamento differenziato e dedicato²⁷¹, oppure che gli strumenti già esistenti – su tutti l’art. 18 dello Statuto dei lavoratori per quel che riguarda il diritto del lavoratore illegittimamente licenziato ad essere reintegrato nel posto di lavoro – siano sufficienti e l’art. 614 *bis* rappresenti in tal senso un possibile eccessivo aggravio²⁷².

La dottrina prevalente ritiene comunque che non ci siano delle ragioni tali da giustificare la previsione in commento, che infatti è ritenuta irragionevole²⁷³ ed è anche sospettata di illegittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost., visto il trattamento diverso e meno garantista rispetto agli altri rapporti civili²⁷⁴, in particolare quelli più vicini perché comunque rientranti nel settore lavoristico, come i rapporti di lavoro autonomo²⁷⁵ o le collaborazioni occasionali^{276 277}. L’irragionevolezza della

come tale e condividerla oppure no. Il medesimo Autore la inserisce come ulteriore tappa all’interno di un processo volto a «limitare sostanzialmente, se non ad eliminare del tutto, le tutele del lavoratore, proseguendo lungo la via della monetizzazione – ma a costi possibilmente ridotti – delle condotte illecite del datore di lavoro».

²⁷¹ LOMBARDI, *Le modifiche*, cit., 2087.

²⁷² Come provano ad ipotizzare MAZZAMUTO, *La comminatoria*, cit., 995; VALLEBONA, *La misura compulsoria*, cit., 568; MICCOLIS, *Attuazione*, cit., 1052; SALETTI, *L’esecuzione processuale indiretta*, cit., 510-511; DELLE DONNE, *L’introduzione*, cit., 130; VALLONE, *Le misure coercitive*, cit., 42; CROCI, *L’esecuzione*, cit., 1706-1707.

²⁷³ BARRECA, *L’attuazione*, cit., 506; GAMBINERI, *Attuazione*, cit., 323; AMADEI, *Una misura coercitiva*, cit., 347; CIATTI CAIMI, *L’esecuzione processuale indiretta*, cit., 34; DE ANGELIS F., *Obblighi infungibili*, cit., 185; CARRATTA, *Tecniche*, cit., 20-21. Il giudizio è condiviso anche nella *Relazione sull’amministrazione della giustizia nell’anno 2009*, in www.federalismi.it, 2010, n. 3, 116.

²⁷⁴ CARRATTA, *Le novità*, cit., 734; CHIZZINI, *Commento*, cit., 175-176; IUORIO, *Il nuovo art. 614-bis c.p.c.*, cit., 421; LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., 238; PAGNI, *La “riforma”*, cit., 1319; PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo)*, cit., 265; SILVESTRI, *Riforma e processo esecutivo*, cit., 509; CELARDI, *Prime applicazioni dell’art. 614-bis c.p.c.: note critiche*, in *Giust. civ.*, I, 2011, 2973; DE ANGELIS L., *La nuova generale misura coercitiva (art. 614 bis c.p.c.) e le controversie di lavoro*, in *Foro it.*, V, 2011, 19-20; COSTANTINO, *Tutela di condanna*, cit., 740; TARUFFO, *Note sull’esecuzione*, cit., 749; TOMMASEO, *L’esecuzione indiretta*, cit., 273; PISANI, *L’obbligazione*, cit., 1433, nota 57; CONSOLO-GODIO, *La “impasse”*, cit., 376-377; GASTALDO, *L’astreinte*, cit., 183; PROTO PISANI, *Note personali e no a margine dell’art. 614-bis c.p.c.*, in *Rass. Esec. forz.*, 2019, 8. Così invece Trib. Milano 19 dicembre 2018, in *Argomenti dir. lav.*, 2019, 653 con nota di PICUNIO, *L’incerta cittadinanza dei danni punitivi nel diritto del lavoro: «L’esclusione delle controversie di lavoro dall’applicazione dell’art. 614 bis c.p.c. non si pone in contrasto con l’assetto costituzionale, in quanto la rilevanza attribuita dalla Costituzione alle posizioni coinvolte nel rapporto di lavoro non è conciliabile con tale previsione».*

²⁷⁵ CHIARLONI, *L’esecuzione indiretta*, cit., 735.

²⁷⁶ MERLIN, *Prime note*, cit., 1556-1558. Come segnalato da MAZZAMUTO, *La comminatoria*, cit., 996-1000, un profilo di irragionevolezza dell’art. 614 *bis* si coglie anche facendo caso alla presenza nello stesso settore del lavoro subordinato di misure coercitive anche più severe di quella generale prevista dal c.p.c. Un esempio è offerto dall’art. 37 del d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198 (cd. “Codice delle pari opportunità”), che prevede il potere del giudice di ordinare al datore di lavoro che ponga in essere comportamenti discriminatori «il pagamento di una somma di 51 euro per ogni giorno di ritardo nell’esecuzione del provvedimento». Tali riflessioni si trovano ribadite in MAZZAMUTO, *L’astreinte all’italiana*, cit., 36-41.

previsione è divenuta ancora più evidente con l'entrata in vigore del c.p.a., visto che la penalità di mora di cui all'art. 114, comma 4°, lett. e) non trova il limite previsto dall'art. 614 *bis* c.p.c. ed è quindi applicabile ai rapporti di lavoro pubblico riservati alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo²⁷⁸.

È stata anche avanzata la proposta di leggere la norma quanto meno in senso più restrittivo, riferendola quindi alle controversie *aventi ad oggetto prestazioni* di lavoro subordinato pubblico o privato e *prestazioni* di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409 c.p.c.^{279 280}.

4. La misura coercitiva si applica con un provvedimento del giudice. Questioni attorno al verbale di conciliazione e al lodo arbitrale.

Il fatto che la misura coercitiva debba essere disposta con un «provvedimento» del giudice esclude che essa possa accompagnare atti diversi dalle pronunce giudiziali, quali sono i verbali di conciliazione²⁸¹. Alcuni Autori sono contrari a questa conclusione, almeno con riferimento al verbale conciliativo giudiziale, non solo perché esso, chiudendo il processo in luogo della sentenza, deve poter avere la medesima effettività di quella, compresa la possibilità di recare una misura coercitiva²⁸², ma anche perché la

²⁷⁷ Nel procedimento conclusosi con sentenza n. 1814 del 19 giugno 2017, la Sezione Lavoro del Tribunale di Milano ha dichiarato non rilevante una questione di legittimità costituzionale nei confronti dell'art. 614 *bis* sollevata proprio per la previsione della sua non applicabilità alle controversie di lavoro.

²⁷⁸ COSTANTINO, *Tutela di condanna*, cit., 740; MONDINI, *L'attuazione*, cit., 93-95; MAZZAMUTO, *L'astreinte all'italiana*, cit., 41 e soprattutto 54-55; CONSOLO-GODIO, *La "impasse"*, cit., 377. L'art. 133, comma 1°, lett. i), c.p.a. devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «le controversie relative ai rapporti di lavoro del personale in regime di diritto pubblico».

²⁷⁹ CARRATTA, *Le novità*, cit., 734. La soluzione è condivisa da SALETTI, *L'esecuzione processuale indiretta*, cit., 511, e VULLO, *Commento*, cit., 933. *Contra* TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette*, cit., 200, e MONDINI, *L'attuazione*, cit., 96, che rimangono aderenti al dettato normativo.

²⁸⁰ Anche la recentissima legge delega n. 206 del 26 novembre 2021, pur indicando alcune modifiche da apportare all'art. 614 *bis*, non contempla la rimozione dell'esclusione dell'ambito lavoristico, nonostante in Senato fosse stato presentato un emendamento a ciò finalizzato (cfr. <http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=ListEmendc&leg=18&id=52664>, emendamento n. 8.32 del Sen. Dell'Olio).

²⁸¹ BARRECA, *L'attuazione*, cit., 509; CARRATTA, *Le novità*, cit., 727; CHIARLONI, *L'esecuzione indiretta*, cit., 736; CHIZZINI, *Commento*, cit., 146-147; COSTANTINO, *Tutela di condanna*, cit., 742; MERLIN, *Prime note*, cit., 1548; MONDINI, *L'attuazione*, cit., 126-128 e 131-135; PAGNI, *La "riforma"*, cit., 1316; AMADEI, *Una misura coercitiva*, cit., 352; MICCOLIS, *Attuazione*, cit., 1054; SALETTI, *L'esecuzione processuale indiretta*, cit., 512, nota 17; SILVESTRI, *Riforma e processo esecutivo*, cit., 505; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Le novità*, cit., 202; ASPRELLA, *L'attuazione*, cit., 126; TEDIOLI, *Osservazioni*, cit., 71; TOMMASEO, *L'esecuzione indiretta*, cit., 276; CROCI, *L'esecuzione*, cit., 1704.

²⁸² BOVE, *La misura coercitiva*, cit., 785. Così anche TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette*, cit., 270, e GAMBIOI, *Le misure*, cit., 1290-1291, il quale accosta, in un rapporto *a maiore ad minus*, l'art. 614 *bis* all'art. 612 c.p.c., dove, come si è visto addietro, la dicitura «sentenza di condanna» non

conciliazione va incentivata e bisogna evitare che la parte vi rinunci e richieda un provvedimento giudiziale al solo scopo di veder applicato l'art. 614 *bis* c.p.c.²⁸³. In realtà l'esclusione in parola si dimostra assolutamente opportuna, impedendo che, «una volta raggiunto l'accordo, il giudice possa intervenire di nuovo sull'assetto degli interessi raggiunto», modificandolo anche notevolmente mediante l'applicazione di una misura coercitiva²⁸⁴. Al di là di questo, non sembra che negare l'idoneità del verbale ad essere accompagnato dallo strumento di cui all'art. 614 *bis* comporti un *deficit* tale da spingere le parti a scegliere di non conciliarsi: le parti medesime, dopotutto, possono provvedere da sé stesse a determinare nel loro accordo una penalità con finalità di coazione all'adempimento²⁸⁵. Eventualità che, tra l'altro, è espressamente contemplata dall'art. 11, comma 3°, del d.lgs. 28/2010 in materia di mediazione²⁸⁶, in base al quale «l'accordo raggiunto [...] può prevedere il pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza degli obblighi stabiliti ovvero per il ritardo nel loro adempimento»²⁸⁷.

Il riferimento al provvedimento del giudice contenuto dall'art. 614 *bis* impone poi di riflettere sulla possibilità di applicare la misura coercitiva con il lodo arbitrale rituale²⁸⁸. Non si porrebbe alcun problema se il giudice dell'*exequatur* potesse provvedere all'applicazione della misura coercitiva; il suo compito, tuttavia, è limitato

impedisce che l'esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare si fondi su un verbale di conciliazione (similmente lo stesso TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette*, cit., 270-271, e VULLO, *Commento*, cit., 929).

²⁸³ Così ancora a sostegno della loro posizione TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette*, cit., 270, e GAMBIOI, *Le misure*, cit., 1291.

²⁸⁴ CHIZZINI, *Commento*, cit., 147. Condivide questa posizione SILVESTRI, *Riforma e processo esecutivo*, cit., 505.

²⁸⁵ BARRECA, *L'attuazione*, cit., 509; CARRATTA, *Le novità*, cit., 727-728; CHIZZINI, *Commento*, cit., 147; AMADEI, *Una misura coercitiva*, cit., 353; MICCOLIS, *Attuazione*, cit., 1054; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Le novità*, cit., 202; COSTANTINO, *Tutela di condanna*, cit., 742; NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 113-114.

²⁸⁶ Il riferimento è suggerito da CHIARLONI, *L'esecuzione indiretta*, cit., 736.

²⁸⁷ Per PAGNI, *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti*, in *Le Società*, 2010, 625, visto che «non vi sarebbe stato bisogno di una previsione espressa per consentire alle parti di concordare una clausola penale come quella dell'art. 1382 c.c.», si potrebbe ritenere che il comma 3° dell'art. 11 d.lgs. 28/2010 «sia [...] nell'intenzione del legislatore, sostitutivo dell'art. 614 *bis* c.p.c.», così facendosi rientrare nell'ambito applicativo di quest'ultima norma anche gli accordi conciliativi stragiudiziali. L'opinione, condivisa da TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette*, cit., 276-277, e da NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 115, non può essere accolta, in quanto un verbale stragiudiziale in nessun modo può essere assimilato al «provvedimento di condanna» di cui all'art. 614 *bis*; una deroga tanto importante richiederebbe un espresso rinvio legislativo all'art. 614 *bis*.

²⁸⁸ È unanimemente riconosciuto che la natura puramente negoziale del lodo irrituale lo rende inconciliabile con l'art. 614 *bis* c.p.c. Per tutti TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette*, cit., 269, e ZUCCONI GALLI FONSECA, *Misure coercitive ed arbitrato*, cit., 425.

al controllo della regolarità formale del lodo e non è di certo suscettibile di estendersi alle valutazioni relative all'*an* e al *quantum* della misura²⁸⁹. Senza contare che ciò avverrebbe in assenza di contraddittorio²⁹⁰.

La dottrina prevalente fa valere anche qui la constatazione, già accennata con riferimento alla conciliazione, per cui negare l'utilizzabilità della coercizione indiretta costituirebbe un disincentivo ad optare per l'arbitrato, quando invece gli strumenti di *ADR* vanno valorizzati. In quest'ottica il lodo deve «poter dare la stessa tutela che altrimenti darebbe la sentenza statale»²⁹¹. Se poi è vero che il legislatore ha mancato di attribuire espressamente il potere di cui all'art. 614 *bis* agli arbitri, altrettanto lo è, si dice, che non ha nemmeno posto divieti come quello avente ad oggetto l'emanazione di provvedimenti cautelari (art. 818 c.p.c.)²⁹². Tra l'altro, ricordando quanto già detto precedentemente²⁹³, la misura coercitiva non costituisce un diritto autonomo, ma uno strumento processuale per rendere più probabile l'adempimento personale; da questa qualificazione deriva che il potere arbitrale di disporre ai sensi dell'art. 614 *bis* sussisterebbe a prescindere da una specifica attribuzione delle parti mediante compromesso o clausola compromissoria²⁹⁴.

Simili argomentazioni, pur apprezzabili, devono cedere il passo alla tesi restrittiva che nega agli arbitri il potere di cui all'art. 614 *bis*²⁹⁵. Al di là della valorizzazione della lettera della norma, è stato giustamente rilevato che nel nostro ordinamento solo per espressa previsione di legge il giudice ha ottenuto il potere di applicare misure coercitive indirette; se è stato necessario un esplicito riconoscimento legislativo per il giudice, lo stesso deve valere per l'arbitro, ma una disposizione *ad hoc* non è stata

²⁸⁹ BOVE, *La misura coercitiva*, cit., 785.

²⁹⁰ Le giuste osservazioni sono di MONDINI, *L'attuazione*, cit., 134.

²⁹¹ BOVE, *La misura coercitiva*, cit., 785. Si vedano anche LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., 236; AMADEI, *Una misura coercitiva*, cit., 351; MICCOLIS, *Attuazione*, cit., 1053-1054; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Le novità*, cit., 202; ASPRELLA, *L'attuazione*, cit., 126; TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette*, cit., 267; BESSO, *L'art. 614 bis*, cit., 766; GALLETTO, *Le nuove frontiere*, cit., 10; GAMBOLI, *Le misure*, cit., 1290; NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 116.

²⁹² GAMBOLI, *Le misure*, cit., 1290.

²⁹³ Cap. II, sez. II, par. 2.

²⁹⁴ BOVE, *La misura coercitiva*, cit., 785-786; MICCOLIS, *Attuazione*, cit., 1054; BESSO, *L'art. 614 bis*, cit., 766; GALLETTO, *Le nuove frontiere*, cit., 10; SASSANI, *Possono gli arbitri pronunciare l'astreinte?*, cit., 287; NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 116. Piuttosto e al contrario con tali strumenti le parti potranno convenire di privare gli arbitri del potere di applicare la misura coercitiva, oppure di porre limiti particolari, per esempio, all'ambito di operatività dello strumento: GAMBOLI, *Le misure*, cit., 1290.

²⁹⁵ Sono sostenitori di questa opinione TEDIOLI, *Osservazioni*, cit., 71; CHIARLONI, *L'esecuzione indiretta*, cit., 736; MONDINI, *L'attuazione*, cit., 133-136; CIATTI CAIMI, *L'esecuzione processuale indiretta*, cit., 38.

introdotta²⁹⁶. Due sono le considerazioni che avvalorano questa tesi: la prima poggia sulla generale refrattarietà dell'ordinamento italiano verso la diffusione della coercizione indiretta. Così, come il campo di operatività dell'art. 614 *bis* era inizialmente limitato ai soli obblighi infungibili e solo successivamente è stato esteso alla generalità degli obblighi con le sole esclusioni di quelli pecuniari e di quelli in materia lavoristica, non pare affatto un eccessivo formalismo ritenere necessaria una modifica normativa per l'ulteriore estensione applicativa che conseguirebbe all'attribuzione del potere anche agli arbitri. In questo senso, e si giunge così alla seconda considerazione, nulla è più eloquente dell'esperienza dei Paesi Benelux: l'art. 1^{er} della già citata Convenzione sulla legge uniforme relativa all'*astreinte* prevede che sia il giudice ad avere il potere di applicare l'*astreinte*, ed è nella medesima Convenzione che si trova la specificazione che nel termine «giudice» («*juge*») non rientrano gli arbitri. Tuttavia, si dice anche che sulla base dell'art. 2 della Convenzione, il quale riconosce una generale facoltà di integrare la legge uniforme con altre disposizioni, il legislatore di ciascun Paese può decidere se estendere il potere anche agli arbitri. Limitando l'attenzione all'ordinamento belga, l'espressa attribuzione agli arbitri del potere di applicare l'*astreinte* (con estensione dell'intera disciplina) oggi contenuta dall'art. 1713, § 7, *Code judiciaire*²⁹⁷, è avvenuta solo nel 1998 (art. 12 l. 19 maggio 1998) con l'introduzione dell'originario art. 1709 *bis* all'interno del *Code judiciaire*; fino a quel momento l'*astreinte* non poteva essere disposta dagli arbitri²⁹⁸.

5. Il «provvedimento di condanna»: tra irrilevanza della forma e centralità del contenuto. Applicabilità della misura coercitiva in sede cautelare.

L'art. 614 *bis* c.p.c. con un generico riferimento al «provvedimento» rende indifferente l'aspetto formale della pronuncia: potrà assumere la veste della sentenza, dell'ordinanza o del decreto²⁹⁹. Ciò che conta veramente è l'aspetto contenutistico:

²⁹⁶ CHIZZINI, *Commento*, cit., 148-149, il quale comunque sembra ammettere che gli arbitri possano applicare la misura coercitiva se le parti hanno riconosciuto questa facoltà con il compromesso o la clausola compromissoria (ferma restando la necessità della richiesta di parte).

²⁹⁷ «*Le tribunal arbitral peut condamner une partie au paiement d'une astreinte. Les articles 1385bis à octies sont d'application mutatis mutandis*».

²⁹⁸ MOREAU-MARGREVE, *L'astreinte*, cit., 60.

²⁹⁹ CARRATTA, *Le novità*, cit., 727; CHIZZINI, *Commento*, cit., 145; DE STEFANO, *Note*, cit., 534; LOMBARDI, *Le modifiche*, cit., 2086; LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., 236; MERLIN, *Prime note*, cit., 1548; BOVE, *La misura coercitiva*, cit., 784; LOMBARDI, *Il nuovo art. 614-bis c.p.c.*, cit., 401; SALETTI, *L'esecuzione processuale indiretta*, cit., 512; SPOTO, *Dalla responsabilità civile*, cit.,

dovrà trattarsi di una condanna che non abbia ad oggetto né obblighi pecuniari né le controversie di lavoro secondo quanto già detto *supra*.

La preponderanza del contenuto sulla forma diviene tangibile se si considera la situazione del decreto ingiuntivo e delle ordinanze di cui agli artt. 186 *ter* e 186 *quater* c.p.c. Prima della riforma del 2015 la misura coercitiva non poteva accompagnare tali provvedimenti, non perché formalmente diversi dalla sentenza, ma a causa dell'ambito applicativo dello strumento, limitato agli obblighi di fare infungibile e di non fare, ovvero prestazioni per le quali non possono essere chiesti né il decreto ingiuntivo né le ordinanze succitate³⁰⁰. Il quadro attuale è differente, visto che l'art. 614 *bis* può essere applicato per favorire l'adempimento anche di obblighi di consegna e rilascio, così consentendo un allargamento (anche) delle tipologie provvedimenti utilizzabili³⁰¹.

Per il resto nulla vieta che la misura coercitiva sia applicata, per esempio, con l'ordinanza di cui all'art. 702 *ter* c.p.c. conclusiva del procedimento sommario di cognizione³⁰², oppure con un decreto al termine di un procedimento in camera di consiglio³⁰³.

926; DELLE DONNE, *L'introduzione*, cit., 124; ASPRELLA, *L'esecuzione*, cit., 35-36; CONSOLO, *Spiegazioni*, 2012, cit., 160; TEDIOLI, *Osservazioni*, cit., 69; CHIARLONI, *L'esecuzione indiretta*, cit., 736; COSTANTINO, *Tutela di condanna*, cit., 741; MONDINI, *L'attuazione*, cit., 119; RONCO, *L'art. 614 bis c.p.c. e le controversie in materia di famiglia*, in *Giur. it.*, 2014, 760; TOMMASEO, *L'esecuzione indiretta*, cit., 275; GAMBIOLO, *Le misure*, cit., 1289; MONTELEONE, *Misure coercitive*, cit., 552; SALETTI, *Commento all'art. 614-bis. Misure di coercizione indiretta*, in SALETTI-VANZ-VINCRE, *Le nuove riforme dell'esecuzione forzata*, Torino, 2016, 341; VALLONE, *Le misure coercitive*, cit., 40; GAMBIOLO, *Misure di coercizione indiretta e rito monitorio*, cit., 376; VULLO, *Commento*, cit., 928; BOVE, *Diritto e processo*, cit., 382, nota 16.

³⁰⁰ BARRECA, *L'attuazione*, cit., 508; MONDINI, *L'attuazione*, cit., 129.

³⁰¹ CIRULLI, *La riforma del processo esecutivo*, in *www.judicium.it*, 2015, 41; MONTELEONE, *Misure coercitive*, cit., 552; CROCI, *L'esecuzione*, cit., 1705; NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 111; SOLDI, *Manuale*, cit., 2001. Un esempio nella pratica è offerto da Trib. Torino 16 ottobre 2017, n. 9440 (decreto ingiuntivo), in *Giur. it.*, 2018, 375, con il commento di GAMBIOLO, *Misure di coercizione indiretta e rito monitorio*, cit., 375 e ss. (trattasi di una misura coercitiva ex art. 614 *bis* c.p.c. applicata con decreto ingiuntivo).

³⁰² BARRECA, *L'attuazione*, cit., 508; CHIZZINI, *Commento*, cit., 145; LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., 236; MERLIN, *Prime note*, cit., 1548; LOMBARDI, *Il nuovo art. 614-bis c.p.c.*, cit., 401; MICCOLIS, *Attuazione*, cit., 1053; SALETTI, *L'esecuzione processuale indiretta*, cit., 512; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Le novità*, cit., 202; CELARDI, *Prime applicazioni*, cit., 2973; TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette*, cit., 258-259; TEDIOLI, *Osservazioni*, cit., 71; DE ANGELIS F., *Obblighi infungibili*, cit., 189; GAMBIOLO, *Le misure*, cit., 1289; MONTELEONE, *Misure coercitive*, cit., 552; NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 110-111; SOLDI, *Manuale*, cit., 2001. Per un esempio di applicazione dell'art. 614 *bis* con ordinanza pronunciata in chiusura di un procedimento sommario di cognizione si veda Trib. Roma sez. V, 1° febbraio 2017, in *www.dejure.it*. MONDINI, *L'attuazione*, cit., 120-121, aggiunge che di per sé la richiesta ex art. 614 *bis* non dovrebbe implicare quell'«istruzione non sommaria» che porta il giudice a mutare il rito da sommario a ordinario in applicazione dell'art. 702 *ter*, comma 3°, c.p.c. Lo stesso Autore ritiene che, qualora in concreto si rivelasse effettivamente necessaria un'istruzione non sommaria, non si assisterebbe ad una separazione di cause, portando la sola istanza ex art. 614 *bis* nel regime del rito ordinario: questo perché trattasi, come visto al cap. II, sez. II, par. 2, di

Più che un elenco dei provvedimenti con cui la misura può essere disposta, conviene indicare quelli la cui idoneità è esclusa o dubbia. Vengono subito in mente le pronunce di carattere endoprocessuale, con particolare riferimento a quelle istruttorie: è infatti pacifico che quelli di cui all'art. 614 *bis* siano esclusivamente «provvedimenti finali con contenuto sostanziale»³⁰⁴.

La questione più rilevante, peraltro, è quella concernente i provvedimenti cautelari. In dottrina vi è chi nega che essi rientrino nell'ambito applicativo della norma, ritenendo che il «provvedimento di condanna» di cui all'art. 614 *bis* implichi l'idoneità al giudicato di cui difetta la pronuncia cautelare³⁰⁵. Tuttavia, mancando un qualsiasi espresso richiamo all'incontrovertibilità del provvedimento o segnatamente all'art. 2909 c.c., è da preferire l'opinione nettamente maggioritaria³⁰⁶ e condivisa dalla giurisprudenza³⁰⁷ per cui l'applicazione della misura coercitiva può avvenire anche con provvedimento cautelare: quando esso è anticipatorio della pronuncia di condanna è «senz'altro assimilabile a quest'ultima agli effetti dell'applicabilità della disciplina richiamata»³⁰⁸. Più in generale si dà risalto alla necessità di garantire l'effettività della

istanza endoprocessuale, che non può essere oggetto di autonomo processo. Essendo la causa unica, dunque, andrebbe interamente trattata secondo le regole del libro II c.p.c.

³⁰³ TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette*, cit., 258-259 e MONDINI, *L'attuazione*, cit., 121. Esempi concreti sono i decreti Trib. Milano sez. IX, 7 gennaio 2018, e Trib. Roma sez. I, 16 dicembre 2016, entrambi in *www.dejure.it*. Si veda anche Trib. Torino 2 luglio 2010, in *Giur. it.*, 2011, 1121, con nota di FRASCHINI: «È ammissibile la domanda diretta all'emanazione di un provvedimento *ex art.* 614 *bis* c.p.c. per l'attuazione della prescrizione contenuta nel decreto emesso ai sensi dell'art. 113 disp. att. c.c., atteso che la norma richiama il concetto di "provvedimento" e risulta pertanto riferibile non soltanto alle sentenze».

³⁰⁴ TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette*, cit., 257. Si vedano anche CHIZZINI, *Commento*, cit., 147, MONDINI, *L'attuazione*, cit., 129, e NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 126-127.

³⁰⁵ CHIZZINI, *Commento*, cit., 146, seguito da TEDIOLI, *Osservazioni*, cit., 69-70.

³⁰⁶ GAMBINERI, *Attuazione*, cit., 323; LOMBARDI, *Le modifiche*, cit., 2086; MAZZAMUTO, *La comminatoria*, cit., 956; MERLIN, *Prime note*, cit., 1548; AMADEI, *Una misura coercitiva*, cit., 352; BOVE, *La misura coercitiva*, cit., 784; MICCOLIS, *Attuazione*, cit., 1053; PETTI, *Riforma del processo civile*, cit., 135; PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo)*, cit., 265; SILVESTRI, *Riforma e processo esecutivo*, cit., 504; ASPRELLA, *L'attuazione*, cit., 126; CELARDI, *Prime applicazioni*, cit., 2973; DELLE DONNE, *L'introduzione*, cit., 124; ROMITO, *Artt. 614 bis e 96 c.p.c.*, cit., 2350-2351; CONSOLO, *Spiegazioni*, 2012, cit., 160; TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette*, cit., 260 e ss.; MONDINI, *L'attuazione*, cit., 123-126; TOMMASEO, *L'esecuzione indiretta*, cit., 277-278; CIATTI CAIMI, *L'esecuzione processuale indiretta*, cit., 38; DE ANGELIS F., *Obblighi infungibili*, cit., 189; GAMBIOLO, *Le misure*, cit., 1289-1290; MAZZAMUTO, *L'astreinte all'italiana*, cit., 20-21; MONTELEONE, *Misure coercitive*, cit., 552; VALLONE, *Le misure coercitive*, cit., 40-41; VINCRE, *Le misure coercitive*, cit., 377-379; CONSOLO-GODIO, *Commento*, cit., 1338; NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 117-118; SOLDI, *Manuale*, cit., 2001.

³⁰⁷ Concrete applicazioni si trovano in Trib. Cagliari 19 ottobre 2009; Trib. Bari 10 maggio 2011; Trib. Matera 1° dicembre 2012; Trib. S. Maria Capua Vetere, sez. I, 21 aprile 2015; Trib. Grosseto 23 aprile 2020, tutte in *www.dejure.it*.

³⁰⁸ Trib. Cagliari 19 ottobre 2009, in *www.dejure.it*.

tutela cautelare tanto quanto quella di condanna³⁰⁹, a maggior ragione visto che sono proprio i provvedimenti cautelari anticipatori a godere del regime di strumentalità attenuata di cui all'art. 669 *octies* c.p.c., il che, pur non equiparandoli al giudicato, li dota di una «efficacia indefinitamente protratta»³¹⁰.

A sostegno di quanto detto sin qui può essere spesa la seguente osservazione. Nei lavori preparatori della legge che ha introdotto l'art. 614 *bis*, quando è esplicito il contenuto della disposizione, si fa sempre riferimento alla «sentenza»³¹¹. Non solo: nei *dossier* predisposti dal Servizio Studi della Camera dei Deputati e del Senato per l'esame da parte delle due Assemblee finalizzato alla conversione in legge del decreto legge 27 giugno 2015, n. 83, contenente la modifica dell'art. 614 *bis*, è nuovamente utilizzato il termine «sentenza» come sinonimo di «condanna»: «La riforma estende l'ambito di applicazione di queste misure a qualsiasi condanna all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro. Spetterà dunque al giudice, già in sede di condanna, fissare a richiesta di parte la somma dovuta per ogni inosservanza della *sentenza* stessa, tenendo conto del valore della controversia»³¹². Ora, pur trattandosi di indicatori di una plausibile *intentio legislatoris* propensa a limitare il campo di applicazione dell'art. 614 *bis* c.p.c. alle sole sentenze e quindi ai soli

³⁰⁹ PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo)*, cit., 265; D'AMICO, *Sull'applicabilità dell'art. 614 bis c.p.c. ai provvedimenti cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 718; TOMMASEO, *L'esecuzione indiretta*, cit., 277; VINCRE, *Le misure coercitive*, cit., 379; NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 118.

³¹⁰ MAZZAMUTO, *La comminatoria*, cit., 958-959. Rilievo promosso anche da ROMITO, *Artt. 614 bis e 96 c.p.c.*, cit., 2351, e VINCRE, *Le misure coercitive*, cit., 379.

³¹¹ D.d.l. C-1441 presentato il 2 luglio 2008: «Articolo 54 (*Modifiche al libro terzo del codice di procedura civile*). La norma introduce uno strumento di coercizione indiretta per l'adempimento degli obblighi di fare infungibile e per gli obblighi di non fare, prevedendo che la *sentenza* che accoglie la domanda di condanna all'adempimento di tali obblighi contenga anche la determinazione di una somma di denaro spettante al creditore per ogni violazione o inosservanza successiva alla pronuncia. Si prevede, al riguardo, che il creditore di un'obbligazione di fare infungibile o di non fare non sia tenuto a promuovere un autonomo giudizio per l'accertamento della violazione, in quanto la *sentenza* che ha accertato l'esistenza dell'obbligazione (condannando il debitore all'adempimento) costituirà titolo esecutivo anche per la riscossione delle somme (già liquidate dal giudice) dovute per ogni violazione successiva alla pronuncia. Tale meccanismo non limita in alcun modo la difesa del debitore al quale sia notificato precepto per il pagamento della somma di denaro, in quanto egli potrà esperire il rimedio dell'opposizione all'esecuzione di cui all'articolo 615 del codice di procedura civile per fare accertare di non essere inadempiente, o che il mancato adempimento di quanto statuito nella *sentenza* di condanna è dipeso da causa a lui non imputabile, ovvero che l'adempimento è divenuto impossibile».

³¹² Così il *Dossier* del Servizio Studi della Camera dei deputati n. 318/2 del 21 luglio 2015, in <https://www.camera.it/leg17/126?tab=6&leg=17&idDocumento=3201&sede=&tipo=> e il *Dossier* del Servizio Studi del Senato n. 89 del luglio 2015, in http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/dossier/45898_dossier.htm.

provvedimenti idonei al giudicato³¹³, rimane il fatto che tale ipotetica intenzione non si è tradotta in legge, visto che nel testo in vigore si utilizza il più generico e ampio termine «provvedimento».

Ciò permette di concludere affermando che non esiste alcun ostacolo a che l'art. 614 *bis* sia applicato nel giudizio cautelare.

5.1. *Segue.* Inapplicabilità della misura coercitiva in processi di mero accertamento o costitutivi. Il caso specifico della pronuncia di cui all'art. 2932 c.c.

Si è già accennato³¹⁴ al fatto che l'espresso riferimento alla «condanna» ha come effetto immediato quello di escludere dalle pronunce idonee ad essere corredate da una misura coercitiva quelle meramente dichiarative e quelle costitutive³¹⁵. Si potrebbe dire che in realtà la specificazione non serviva, in quanto, e si ripetono ancora cose già dette³¹⁶, i provvedimenti di mero accertamento e quelli costitutivi soddisfano di per sé pienamente la domanda dell'attore, senza che vi sia bisogno di un'attività ulteriore; mancherebbe, insomma, un provvedimento da eseguire, come richiede l'art. 614 *bis* c.p.c.³¹⁷.

Nondimeno, secondo un'opinione dottrinale la norma potrebbe trovare applicazione qualora si tratti di provvedimenti costitutivi cd. non necessari, i quali sono richiesti al giudice per produrre effetti giuridici che sono mancati a causa dell'inadempimento da parte del soggetto obbligato. L'esempio utilizzato per dimostrare la teorica in parola è quello – che si può dire classico – offerto dalla pronuncia di cui all'art. 2932 c.c.: «Se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione, l'altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo, può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso». Si è

³¹³ Anche se assumono la forma dell'ordinanza o del decreto, secondo la concezione cd. sostanzialista del termine "sentenza": si veda a riguardo la ormai risalente s.u. 30 luglio 1953, n. 2593.

³¹⁴ Cap. II, sez. I, par. 1.

³¹⁵ CHIZZINI, *Commento*, cit., 145-146; MERLIN, *Prime note*, cit., 1548; TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette*, cit., 256; TEDIOLI, *Osservazioni*, cit., 69; TOMMASEO, *L'esecuzione indiretta*, cit., 275; CAPPONI, *Ancora su astreinte*, cit., 582.

³¹⁶ Cap. II, sez. I, par. 2.

³¹⁷ SALETTI, *L'esecuzione processuale indiretta*, cit., 512; GAMBOLI, *Le misure*, cit., 1288; TEDOLDI, *Le novità*, cit., 181. È quindi la logica stessa ad imporre che l'istanza *ex art.* 614 *bis* sia avanzata in un giudizio introdotto da - o in cui sia proposta anche - una domanda di condanna. La misura coercitiva non può accompagnare, come ritiene invece NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 112-113, nota 20, una pronuncia meramente dichiarativa o costitutiva, dovendo per forza accostarsi ad un capo condannatorio la cui formazione, in virtù del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, va appositamente richiesta. Si possono richiamare le considerazioni già svolte al Capitolo II, sez. I, par. 2.

detto: è vero che la sentenza produce gli effetti del contratto non concluso, ma perché ciò avvenga occorre attendere il passaggio in giudicato; l'orientamento nettamente maggioritario, infatti, esclude che le sentenze costitutive siano provvisoriamente esecutive, essendo l'art. 282 c.p.c. riferibile alle sole pronunce di condanna. Applicando la misura coercitiva, è probabile che l'inadempiente si convinca a concludere il contratto, così evitando di far attendere alla parte diligente l'incontrovertibilità della pronuncia³¹⁸. Tale ricostruzione, tra l'altro, è resa in modo che formalmente sia rispettosa del dettato dell'art. 614 *bis*: la misura coercitiva, invero, non accedrebbe alla pronuncia costitutiva, bensì al provvedimento di condanna che accoglie la relativa domanda (di condanna) proposta cumulativamente a quella costitutiva³¹⁹.

Anche così, tuttavia, rimane ferma la critica fondamentale da muovere a tale teoria, che ne impedisce l'accoglimento. Se, infatti, si richiede che le pronunce

³¹⁸ L'opinione è di CONSOLO, *Una buona "novella"*, cit., 741-742, ed è stata ribadita dall'Autore dopo la modifica apportata all'art. 614 *bis* c.p.c. nel 2015 (CONSOLO-GODIO, *La "impasse"*, cit., 370 e ss.), che, rimuovendo il requisito dell'infungibilità della prestazione, ha eliminato un possibile ostacolo alla teoria: infatti, vista l'esistenza dello specifico rimedio disciplinato dall'art. 2932 c.c., parte della dottrina esclude che l'obbligo di contrarre possa considerarsi infungibile [così CARRATTA, *Le novità*, cit., 730; CHIZZINI, *Commento*, cit., 167; GAMBINERI, *Attuazione*, cit., 320; IUORIO, *Il nuovo art. 614-bis c.p.c.*, cit., 421; MICCOLIS, *Attuazione*, cit., 1051; PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo)*, cit., 266; SALETTI, *L'esecuzione processuale indiretta*, cit., 517; TEDIOLI, *Osservazioni*, cit., 69; si veda anche la *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2009*, in *www.federalismi.it*, 2010, n. 3, 116]. Si tratta di un ottimo esempio per far comprendere quanto sia opinabile il concetto di infungibilità: per MONDINI, *L'attuazione*, cit., 84, l'obbligo di prestare il consenso è invece infungibile poiché «il meccanismo dell'art. 2932 c.c. non si sostanzia nella (impossibile) sostituzione del consenso dell'obbligato con il consenso di un terzo ma nella sostituzione al consenso dell'obbligato di un provvedimento costitutivo che tiene luogo [...] alla mancanza del consenso stesso». Anche per TOMMASEO, *L'esecuzione indiretta*, cit., 273-274, l'obbligo di contrarre è infungibile, ma l'applicazione dell'art. 614 *bis* sarebbe ugualmente esclusa: per l'Autore lo è in generale «ogni qual volta il legislatore abbia creato strumenti diversi per dare soddisfazione integrale al creditore» e tra questi mezzi è ricompreso anche quello di cui all'art. 2932 c.c.; allineato a questa posizione è anche CROCI, *L'esecuzione*, cit., 1708. Secondo MAZZAMUTO, *La comminatoria*, cit., 991-993, la prestazione di contrarre è fungibile dal punto di vista sostanziale, ma l'art. 614 *bis* c.p.c. sarebbe stato comunque applicabile adottando l'ampio concetto di «infungibilità processuale» di cui l'Autore medesimo è ideatore (cfr. cap. II, sez. II, par. 1): l'esecuzione *ex art.* 2932 c.c., infatti, richiede tempi lunghi (il passaggio in giudicato della sentenza) che potrebbero essere accelerati dalla misura coercitiva indiretta. Venuto meno il limite dell'infungibilità l'Autore non ha avuto problemi ad ammettere l'applicabilità dell'art. 614 *bis* all'obbligo di contrarre: MAZZAMUTO, *L'astreinte all'italiana*, cit., 16. Condividono l'opinione descritta nel testo VINCRE, *Le misure coercitive*, cit., 373, e NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 174-175. Apre alla possibilità di utilizzare l'art. 614 *bis* c.p.c. per coartare la volontà del soggetto obbligato a concludere un contratto anche PAGNI, *La "riforma"*, cit., 1317, nota 13.

³¹⁹ CONSOLO, *Una buona "novella"*, cit., 741, e CONSOLO-GODIO, *La "impasse"*, cit., 372. La precisazione, rimarcata anche da VENTURA, *La misura coercitiva di cui all'art. 614 bis c.p.c.*, cit., 771-772, e VINCRE, *Le misure coercitive*, cit., 373, consente di aggirare la più ovvia critica, espressa da PETTI, *Riforma del processo civile*, cit., 143, e GAMBOLI, *Le misure*, cit., 1288-1289, per cui l'art. 614 *bis* si applica a provvedimenti di condanna e non a quelli costitutivi. *Contra* SALETTI, *L'esecuzione processuale indiretta*, cit., 517, il quale dubita «che si possa richiedere una duplice statuizione, di condanna e costitutiva, per la medesima finalità, con riguardo alla stessa situazione giuridica». Un'obiezione simile è stata mossa anche da CARRATTA, *Le novità*, cit., 730-731.

costitutive debbano passare in giudicato per produrre i loro effetti è per garantire la massima stabilità degli effetti medesimi, per evitare situazioni di incertezza circa l'esistenza del rapporto giuridico³²⁰. Applicare la comminatoria significherebbe andare dichiaratamente contro questa esigenza, poiché la coazione psicologica prodotta dovrebbe far sì che l'obbligato adempia personalmente prima del passaggio in giudicato, così producendo gli effetti voluti, i quali tuttavia sarebbero precari e provvisori, in quanto suscettibili di essere rimessi in discussione ed eliminati da eventuali successivi giudizi di impugnazione, a loro volta possibili proprio perché il provvedimento non è ancora incontrovertibile³²¹.

Pertanto, in nessun modo l'art. 614 *bis* potrebbe trovare applicazione rispetto all'obbligo di contrarre o ad altre prestazioni sulle quali comunque il giudice interviene con provvedimenti costitutivi non necessari³²². Invero, se si ritiene, come vuole la maggioranza degli interpreti, che la sentenza costitutiva debba passare in giudicato per produrre i suoi effetti per evitare incertezza sui rapporti giuridici, sarà proprio questa medesima *ratio* ad escludere l'applicabilità dell'art. 614 *bis*; se invece si ritiene che la sentenza costitutiva sia provvisoriamente esecutiva ai sensi dell'art. 282 c.p.c., allora l'art. 614 *bis* perde ogni ragion d'essere, visto che l'effetto che dovrebbe produrre coartando la volontà dell'obbligato è già immediatamente prodotto dalla sentenza³²³.

³²⁰ CHIZZINI, *Commento*, cit., 146, nota 372, e 167; MONDINI, *L'attuazione*, cit., 84.

³²¹ MONDINI, *L'attuazione*, cit., 84.

³²² Proprio in un giudizio instaurato ex art. 2932 c.c. Trib. Monza, sez. I, 22 ottobre 2016, n. 2727, in *www.dejure.it*, ha respinto la richiesta di cui all'art. 614 *bis* per la natura costitutiva della sentenza di accoglimento.

³²³ Invero FINOCCHIARO, *Misure di coercizione indiretta*, cit., 57-58, afferma che, se l'obiettivo è quello di accorciare i tempi dei giudizi costitutivi, è preferibile perseguirlo riconoscendo che anche le pronunce costitutive siano provvisoriamente esecutive, piuttosto che mediante l'applicazione dell'art. 614 *bis*.

CAPITOLO IV

IL PROCEDIMENTO

SEZIONE I

LA RICHIESTA DI PARTE, LA DECISIONE DEL GIUDICE E LA QUANTIFICAZIONE DELLA MISURA COERCITIVA

1. La richiesta di parte e il relativo regime.

Lo studio della dinamica applicativa dell'art. 614 *bis* c.p.c. non può che partire dalla prima e fondamentale tappa rappresentata dalla «richiesta di parte». Più dietro³²⁴ si è avuto modo di parlarne, qualificandola come istanza endoprocessuale ed escludendo, nel contempo, che si tratti di una domanda in senso proprio idonea ad instaurare un autonomo giudizio; il che produce una serie consistente di implicazioni sul piano operativo.

Innanzitutto, la richiesta avente ad oggetto la misura coercitiva non incide sulla determinazione del valore della causa e, quindi, sull'individuazione del giudice competente³²⁵, aspetto che, facendo un confronto con la disciplina belga, è espressamente sancito dall'art. 1385 *nonies* del *Code judiciaire*³²⁶.

Secondariamente, l'istanza non è soggetta al regime delle preclusioni: essa potrà quindi essere avanzata anche in sede di precisazione delle conclusioni³²⁷. Vi è chi ritiene

³²⁴ Cap. II, sez. II, par. 2.

³²⁵ CHIZZINI, *Commento*, cit., 178; DE STEFANO, *L'esecuzione indiretta*, cit., 1183; DE STEFANO, *Note*, cit., 533; LOMBARDI, *Le modifiche*, cit., 2086; TEDIOLI, *Osservazioni*, cit., 77; CIATTI CAIMI, *L'esecuzione processuale indiretta*, cit., 38; CROCI, *L'esecuzione*, cit., 1704. MONDINI, *L'attuazione*, cit., 112, aggiunge (nota 29) che, altrimenti, la proposizione dell'istanza renderebbe automaticamente indeterminabile il valore della causa, visto che la quantificazione della misura coercitiva è totalmente rimessa alla valutazione del giudice; in questo modo, ai sensi dell'art. 9, comma 2°, c.p.c., la competenza sarebbe esclusivamente del tribunale, con esclusione di quella del giudice di pace. Lo stesso rilievo proviene da VALLONE, *Le misure coercitive*, cit., 41.

³²⁶ «*Il n'est pas tenu compte de l'astreinte pour la détermination de la compétence et du ressort*».

³²⁷ BARRECA, *L'attuazione*, cit., 507; CHIZZINI, *Commento*, cit., 178; DE STEFANO, *Note*, cit., 533; LOMBARDI, *Le modifiche*, cit., 2086; LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., 238; BOVE, *La misura coercitiva*, cit., 788; MICCOLIS, *Attuazione*, cit., 1054-1055; PETTI, *Riforma del processo civile*, cit., 136; PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo)*, cit., 265-266; CELARDI, *Prime applicazioni*, cit., 2973; DELLE DONNE, *L'introduzione*, cit., 133; CONSOLO, *Spiegazioni*, 2012, cit., 161; TEDIOLI, *Osservazioni*, cit., 76; CHIARLONI, *L'esecuzione indiretta*, cit.,

che la sua introduzione sia ammissibile persino nella comparsa conclusionale, visto che, si dice, il necessario rispetto del contraddittorio sarebbe comunque garantito dalla possibilità di usufruire della memoria di replica³²⁸; è di contrario avviso la giurisprudenza³²⁹. Le «esigenze di trattazione ed istruttoria» non sono invece tali da giustificare la diversa soluzione di assimilare la richiesta ad una modifica della domanda, quindi proponibile nel rispetto dei termini di cui all'art. 183 commi 5° e 6°³³⁰.

Ulteriormente, pur in mancanza di un'esplicita previsione che anche in questo caso è invece presente nel *Code judiciaire* belga, specificamente all'art. 1385 *bis*, comma 2°³³¹, la richiesta di cui all'art. 614 *bis* può essere introdotta per la prima volta nel giudizio di impugnazione³³². Si tratterà del caso in cui colui che si afferma titolare

736; MONDINI, *L'attuazione*, cit., 111; TOMMASEO, *L'esecuzione indiretta*, cit., 278-279; CIATTI CAIMI, *L'esecuzione processuale indiretta*, cit., 38; GAMBIOLO, *Le misure*, cit., 1291; VALLONE, *Le misure coercitive*, cit., 41; CROCI, *L'esecuzione*, cit., 1705-1706; VULLO, *Commento*, cit., 939. Davvero sottile il rilievo di CONSOLO-GODIO, *La "impasse"*, cit., 377, per cui una riprova della proponibilità dell'istanza fino alla precisazione delle conclusioni è data dalla previsione del d.l. n. 83 del 2015, in base alla quale la nuova formulazione dell'art. 614 *bis* opera anche nei processi già pendenti (art. 23, comma 9°, cfr. a riguardo anche *infra* nota 518); se davvero si applicasse il regime delle preclusioni tale precisazione «risulterebbe difficilmente comprensibile». In giurisprudenza Trib. Ascoli Piceno, sez. I, 10 febbraio 2016, n. 180, e Trib. Terni, sez. I, 5 luglio 2017, n. 537; Trib. Napoli, sez. IV, 30 aprile 2018, n. 4192; App. Milano, sez. V, 21 luglio 2020, n. 1934; Trib. Forlì, sez. I, 17 marzo 2021, n. 314, tutte in *www.dejure.it*. *Contra* PAGNI, *La "riforma"*, cit., 1318-1319; AMADEI, *Una misura coercitiva*, cit., 348; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Le novità*, cit., 205-206; ASPRELLA, *L'attuazione*, cit., 127, che, peraltro, qualificano tutti come domanda la richiesta *ex art. 614 bis*. Per Trib. Perugia, sez. II, 23 ottobre 2018, n. 1413, in *www.dejure.it*, «La domanda *ex art. 614 bis* c.p.c. [...] richiedendo una espressa istanza di parte e trattandosi di una domanda di natura accessoria rispetto alla domanda formulata in via principale di condanna ad un *facere* infungibile deve essere tempestivamente e ritualmente formulata negli atti introduttivi del giudizio». Le medesime parole sono usate da Trib. Termini Imerese, 30 maggio 2018, n. 705, in *www.dejure.it*. Dichiarò inammissibile l'istanza proposta «solo in sede di precisazione delle conclusioni» anche App. Venezia, 2 novembre 2018, n. 2983, in *www.dejure.it*.

³²⁸ NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 145. Si dichiara «tentato» da questa opzione CHIARLONI, *L'esecuzione indiretta*, cit., 736, e anche GALLETTO, *Le nuove frontiere*, cit., 7, ritiene che non vi siano preclusioni temporali.

³²⁹ Trib. Livorno, sez. I, 15 gennaio 2015, n. 84, in *www.dejure.it*, ha rigettato l'istanza *ex art. 614 bis* proposta nella comparsa conclusionale proprio perché tardivamente proposta. Così anche Trib. Velletri, sez. II, 10 febbraio 2016, n. 605; Trib. Napoli, sez. VI, 7 giugno 2016, n. 7113; Trib. Napoli, sez. XI, 28 febbraio 2017, n. 2380; Trib. Busto Arsizio, 3 marzo 2017, n. 327; Trib. Bergamo, sez. IV, 6 giugno 2019, n. 1338, tutte in *www.dejure.it*. Espressamente contrario è anche MONDINI, *L'attuazione*, cit., 111, proprio perché dopo l'udienza di precisazione delle conclusioni non residuerebbe uno spazio sufficiente a garantire il contraddittorio.

³³⁰ È la tesi di MERLIN, *Prime note*, cit., 1549. Per Trib. Messina, sez. I, 24 marzo 2017, n. 849, in *www.dejure.it*, la proposizione dell'istanza nella memoria contemplata dall'art. 183, comma 6°, n. 1), è già tardiva; il giudicante ha infatti ritenuto si trattasse di una domanda nuova, contrariamente a quanto si sostiene nel testo e a quanto riportato in Trib. Bari, sez. II, 6 aprile 2018, n. 1527, in *www.dejure.it*, dove si evidenzia come l'istanza *ex art. 614 bis* non determina alcuna modifica al *petitum*.

³³¹ «*La demande est recevable, même si elle est formée pour la première fois sur opposition ou en degré d'appel*».

³³² BARRECA, *L'attuazione*, cit., 507; DE STEFANO, *Note*, cit., 533; LOMBARDI, *Le modifiche*, cit., 2086; BOVE, *La misura coercitiva*, cit., 788; PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo)*, cit., 266; CELARDI, *Prime applicazioni*, cit., 2973; DELLE DONNE,

del diritto è stato soccombente in primo grado, oppure di quello in cui la sentenza è stata impugnata dal condannato; è invece da escludere che il giudizio di gravame possa essere promosso al solo scopo di chiedere l'applicazione della comminatoria³³³. Nondimeno, vi è chi, pur negando che l'istanza in parola sia una domanda in senso proprio, evidenzia d'altra parte che i gravami si svolgono esclusivamente in funzione del riesame di materiali e questioni già dedotti in primo grado; per cui, in mancanza di una previsione espressa derogatoria di questo principio, sarebbe da escludere che la richiesta di misura coercitiva possa fare il suo primo ingresso nei giudizi di impugnazione³³⁴. In più si è detto che l'obbligato sarebbe privato di una possibilità di riesame nel merito³³⁵.

Dal punto di vista formale, non esiste alcuna indicazione che faccia pensare alla necessità di presentare l'istanza per iscritto; potrà quindi essere avanzata oralmente in udienza per essere verbalizzata³³⁶.

2. La decisione sull'an della misura coercitiva. Il requisito della non manifesta iniquità.

Il giudice richiesto di applicare la misura coercitiva indiretta deve negarla tutte le volte in cui si è al di fuori del perimetro tracciato dall'art. 614 *bis* c.p.c., già analizzato al capitolo precedente: dovrà rigettare l'istanza, per esempio, se la prestazione dedotta in giudizio ha ad oggetto somme di denaro, oppure se la domanda introduttiva del processo è meramente dichiarativa e non di condanna.

Se è rispettato lo spazio operativo delineato dalla norma³³⁷, il giudice dispone la misura, «salvo che ciò sia manifestamente iniquo». La formula scelta dal legislatore si

L'introduzione, cit., 133; CONSOLO, *Spiegazioni*, 2012, cit., 163; TEDIOLI, *Osservazioni*, cit., 76-77; CHIARLONI, *L'esecuzione indiretta*, cit., 736; GAMBOLI, *Le misure*, cit., 1291; CONSOLO-GODIO, *La "impasse"*, cit., 377; NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 146. Negano tale possibilità ZUCCONI GALLI FONSECA, *Le novità*, cit., 206; ASPRELLA, *L'attuazione*, cit., 127, sempre partendo dal presupposto che si tratti di una domanda.

³³³ MONDINI, *L'attuazione*, cit., 113; CONSOLO-GODIO, *Commento*, cit., 1342.

³³⁴ CHIZZINI, *Commento*, cit., 178-179; MONDINI, *L'attuazione*, cit., 113. Si veda anche VULLO, *Commento*, cit., 939.

³³⁵ CHIZZINI, *Commento*, cit., 178; MONDINI, *L'attuazione*, cit., 113.

³³⁶ CONSOLO, *Spiegazioni*, 2012, cit., 161; CONSOLO-GODIO, *Commento*, cit., 1343; NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 143.

³³⁷ Dovrebbe essere questa valutazione a corrispondere al giudizio di legittimità sulla misura coercitiva di cui parla CAPPONI, *Ancora su astreinte*, cit., 580.

rivela davvero infelice³³⁸: vista da una certa prospettiva, invero, essa consente, *rectius*, impone l'accoglimento della richiesta anche se iniqua, proprio perché non lo è in modo manifesto³³⁹. Ecco, facendo particolare attenzione alla terminologia utilizzata, l'unico punto fermo ricavabile è che il giudizio sull'iniquità ha ad oggetto la fissazione della misura in sé e per sé (ad essa si riferisce il «ciò» della disposizione) e non la relativa richiesta³⁴⁰: la precisazione si impone poiché in dottrina, proprio per evidenziare la vaghezza del dettato normativo, si è ipotizzato che il giudice possa rifiutarsi di applicare l'art. 614 *bis* per la manifesta iniquità del contenuto che il proponente ha dato alla sua istanza, indicando, per esempio, un ammontare del tutto sproporzionato³⁴¹. In fin dei conti – lo si vedrà anche in chiusura del prossimo paragrafo – le eventuali indicazioni sul *quantum* provenienti dal richiedente non sono affatto vincolanti per il giudice³⁴². Più in generale, non si vede come possa definirsi “manifestamente iniquo” che un soggetto sia tenuto a pagare una certa somma di denaro se si renda inadempiente contravvenendo ad un comando del giudice³⁴³.

Più di un Autore ha criticato l'inciso in commento, la cui ambiguità finisce per lasciare al giudice un'assoluta discrezionalità, un vero e proprio arbitrio nel decidere se accogliere o meno la richiesta³⁴⁴. A dire il vero non ci sarebbe nulla di strano, visto che

³³⁸ SILVESTRI, *Riforma e processo esecutivo*, cit., 510; CHIARLONI, *L'esecuzione indiretta*, cit., 735; PISANI, *L'obbligazione*, cit., 1429.

³³⁹ TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette*, cit., 181; CHIARLONI, *L'esecuzione indiretta*, cit., 735; SICLARI, *Infungibilità: tra il dare e il fare*, cit., 607-608.

³⁴⁰ Precisazione che si trova anche in CONSOLO-GODIO, *Commento*, cit., 1339.

³⁴¹ GODIO, *L'astreinte*, cit., 1124, nota 14.

³⁴² Quanto basta a SILVESTRI, *Riforma e processo esecutivo*, cit., 509, per negare la correttezza della proposta appena considerata nel testo.

³⁴³ CHIZZINI, *Commento*, cit., 169; BOVE, *La misura coercitiva*, cit., 788; TARUFFO, *Note sull'esecuzione*, cit., 749, nota 52.

³⁴⁴ IUORIO, *Il nuovo art. 614-bis c.p.c.*, cit., 417-418, che ipotizza anche un contrasto con il principio di necessaria regolamentazione per legge del processo ai sensi dell'art. 111 Cost.; LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., 239; MERLIN, *Prime note*, cit., 1558; BOVE, *La misura coercitiva*, cit., 788; PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo)*, cit., 266; SILVESTRI, *Riforma e processo esecutivo*, cit., 510; TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette*, cit., 181; TEDIOLI, *Osservazioni*, cit., 75; MONDINI, *L'attuazione*, cit., 86; RECCHIONI, *L'attuazione forzata*, cit., 1486; TOMMASEO, *L'esecuzione indiretta*, cit., 274; CAPPONI, *Ancora su astreinte*, cit., 579-581, secondo il quale l'espressione è tanto vaga da essere «in grado di porre fuori gioco la tutela esecutiva indiretta»; NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 156. Nella *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2009*, in www.federalismi.it, 2010, n. 3, 115, si afferma che è così attribuito al giudice un «incontrollabile potere discrezionale». Meno critici sono GAMBIOLO, *Le misure*, cit., 1291, che si limita a riscontrare la genericità dell'espressione; AMADEI, *Una misura coercitiva*, cit., 348, e ASPRELLA, *L'attuazione*, cit., 128, che evidenziano l'ampia discrezionalità data al giudice. In controtendenza DE STEFANO, *Note*, cit., 531, che, pur rimarcando che si tratta di «una clausola generale [...] foriera di amplissimi spazi di discrezionalità», la ritiene «probabilmente opportuna» (giudizio condiviso da PETTI, *Riforma del processo civile*, cit., 135; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Le novità*, cit., 205; CARRATTA,

negli ordinamenti belga e francese, addietro già usati come utili punti di riferimento, la legge non prevede limiti consimili a quello dell'art. 614 *bis*³⁴⁵, lasciando l'applicazione dell'*astreinte* alla libera volontà del giudice. Piuttosto va sottolineato questo: è chiara l'intenzione del legislatore di limitare i casi in cui la richiesta possa essere rigettata, dato che l'iniquità deve essere manifesta, quindi evidente, acclarata, percepibile *ictu oculi*³⁴⁶; il giudice deve accogliere l'istanza salvo il caso della manifesta iniquità³⁴⁷, che andrà certamente motivata nel dispositivo³⁴⁸. Nondimeno, l'espressione utilizzata è tanto vaga da sacrificare la segnalata volontà del legislatore. Si può ritenere, a questo punto, che il richiamo alla manifesta iniquità, più che a limitare la discrezionalità del giudice, serva ad imporgli di motivare l'eventuale rigetto della richiesta, così da permettere un controllo in sede di impugnazione.

Vista l'indeterminatezza della clausola, le situazioni idonee ad attivarla devono essere individuate in via interpretativa. In dottrina, per esempio, si è fatto riferimento al caso in cui la prestazione inadempita sia «strettamente personale»³⁴⁹, e magari l'interesse dell'avente diritto sia esclusivamente patrimoniale³⁵⁰; alla «palese sproporzione» che potrebbe crearsi tra l'entità dell'inadempimento del condannato e la sanzione addossatagli³⁵¹; alla condanna che implichi il fatto del terzo³⁵²; all'eventualità

Tecniche, cit., 20), e MAZZAMUTO, *La comminatoria*, cit., 972-973, il quale vede nel rinvio all'equità il migliore strumento per il giudice al fine di avvicinare la decisione ai concreti interessi in gioco.

³⁴⁵ A ragione definiti «cervellotici, oltre che obiettivamente poco distinguibili» da CAPPONI, *Limiti*, cit., 194-195, tanto che per SILVESTRI, *Riforma e processo esecutivo*, cit., 510, si sarebbe dovuto evitare il riferimento alla «manifesta iniquità».

³⁴⁶ BARRECA, *L'attuazione*, cit., 507; CARRATTA, *Le novità*, cit., 728; DE STEFANO, *Note*, cit., 531; SALETTI, *L'esecuzione processuale indiretta*, cit., 513; CELARDI, *Prime applicazioni*, cit., 2974; TEDIOLI, *Osservazioni*, cit., 75; TOMMASEO, *L'esecuzione indiretta*, cit., 275, propone di basare la valutazione circa l'equità del provvedimento *ex art. 614 bis* sui parametri previsti per l'appello avverso le sentenze del giudice di pace, previsti dall'art. 339, comma 3°, c.p.c.: rispetto delle «norme sul procedimento», delle «norme costituzionali o comunitarie», dei «principi regolatori della materia».

³⁴⁷ A riguardo CAPPONI, *Ancora su astreinte*, cit., 580, parla di un nuovo modello di giudizio equitativo, denominabile «equità *ostativa*» (il corsivo è dell'Autore).

³⁴⁸ SALETTI, *L'esecuzione processuale indiretta*, cit., 513; COSTANTINO, *Tutela di condanna*, cit., 2014, 742; VENTURA, *La misura coercitiva di cui all'art. 614 bis c.p.c.*, cit., 768; VALLONE, *Le misure coercitive*, cit., 43; NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 157.

³⁴⁹ TOMMASEO, *L'esecuzione indiretta*, cit., 275.

³⁵⁰ CHIZZINI, *Commento*, cit., 171.

³⁵¹ BALENA, *La nuova pseudo-riforma*, cit., 798; BARRECA, *L'attuazione*, cit., 507; DE STEFANO, *L'esecuzione indiretta*, cit., 1183; DE STEFANO, *Note*, cit., 531; TEDIOLI, *Osservazioni*, cit., 75; NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 157. Per una ragione di questo tipo l'istanza di cui all'art. 614 *bis* è stata rigettata da Trib. Civitavecchia, sez. I, 17 marzo 2016, n. 315, e da Trib. Torino, sez. IV, 29 aprile 2019, n. 2074, entrambe in *www.dejure.it*.

³⁵² SALETTI, *L'esecuzione processuale indiretta*, cit., 513.

che la prestazione consista in un'attività «creativa o artistica»³⁵³, o che il danno patito dal creditore a causa della violazione o del ritardo sarebbe «tenuissimo»³⁵⁴; al caso in cui sia applicabile un diverso strumento coercitivo indiretto³⁵⁵; alla difficile situazione economica del condannato³⁵⁶; si dice manifestamente iniquo anche gravare l'obbligato della misura coercitiva se è praticabile l'esecuzione forzata³⁵⁷.

Il compito di integrare la disposizione, peraltro, è soprattutto della giurisprudenza, che ha già avuto modo di pronunciarsi a riguardo. In un'occasione si è detto che «quando il debitore inadempiente non risulti oggettivamente in grado di dare attuazione al provvedimento giudiziale di condanna a eseguire le complesse prestazioni infungibili rimaste colpevolmente ineseuite, sarebbe manifestamente iniquo irrogare misure coercitive *ex art. 614 bis c.p.c.*, che si tradurrebbero in una penale per il ritardo e, in definitiva, in un abuso dello strumento processuale»³⁵⁸. Il fatto è che in quel caso era esclusa la pronuncia stessa di una condanna³⁵⁹, poiché il debitore era impossibilitato ad adempiere l'obbligo; non si trattava, quindi, di manifesta iniquità della misura, ma dell'ontologica impossibilità di applicarla. Secondo un'altra pronuncia «è manifestamente iniquo emettere un provvedimento *ex art. 614 bis c.p.c.* allorché risulti la volontà dell'obbligato di provvedere all'adempimento della condanna»³⁶⁰, magari in

³⁵³ COSTANTINO, *Tutela di condanna*, cit., 742-743. Similmente VALLONE, *Le misure coercitive*, cit., 43.

³⁵⁴ DE STEFANO, *Note*, cit., 532.

³⁵⁵ CAPPONI, *Ancora su astreinte*, cit., 581.

³⁵⁶ CARRATTA, *Le novità*, cit., 729; ASPRELLA, *L'attuazione*, cit., 128; ASPRELLA, *L'esecuzione*, cit., 41.

³⁵⁷ Si potrebbe pensare che tale proposta appartenesse al periodo antecedente alla riscrittura dell'art. 614 *bis*, quando si poteva far leva sulla necessaria infungibilità della prestazione e quindi sull'inesistenza di mezzi alternativi per soddisfare l'avente diritto: in questo senso si veda COSTANTINO, *Tutela di condanna*, cit., 743. In realtà è un'interpretazione tutt'ora in voga: MAZZAMUTO, *L'astreinte all'italiana*, cit., 29-30, che prima delle modifiche apportate all'art. 614 *bis* nel 2015 aveva coniato il concetto di "infungibilità processuale" per estendere l'operatività della norma (cfr. cap. II, sez. II, par. 1), ritiene ora al contrario che sia manifestamente iniquo disporre la misura coercitiva in tutti i casi di "fungibilità processuale", quando cioè «l'esecuzione diretta è idonea specie sotto il profilo dei tempi a soddisfare l'avente diritto». Un pensiero molto simile è quello espresso da BOVE, *Diritto e processo*, cit., 400-401, secondo il quale se l'esecuzione in forma specifica non pone problemi è manifestamente iniquo applicare la misura coercitiva, in questo modo riducendo sensibilmente le ipotesi di cumulabilità tra i due strumenti (argomento su cui ci si soffermerà *infra* al cap. IV, sez. II, par. 3).

³⁵⁸ Trib. Monza 16 febbraio 2016, in *Corr. giur.*, 2017, 1419, con nota di PISANI, *L'obbligazione*, cit., 1419 e ss.

³⁵⁹ Come riconosciuto nella stessa pronuncia.

³⁶⁰ Trib. Livorno, sezione distaccata di Cecina, ord. 4 aprile 2011, in *Foro it.* I, 2014, 1980, con nota di MONDINI. Similmente Trib. Bergamo, sez. IV, 24 febbraio 2016, n. 674, in *www.dejure.it*, che ha dichiarato manifestamente iniqua l'applicazione dell'art. 614 *bis* «atteso che la convenuta si è sempre dichiarata disponibile» ad adempiere, o ancora Trib. Roma, sez. II, 28 novembre 2017, n. 22246, in *www.dejure.it*, che ha rigettato l'istanza poiché la condotta processuale della parte convenuta faceva

quanto è stata rilasciata una cauzione oppure perché è stato stipulato un apposito contratto di garanzia con cui l'obbligato si impegna a tenere indenne l'avente diritto dalle conseguenze dell'inadempimento³⁶¹. Ancora, si è detto che «l'iniquità manifesta della misura può risultare dalla valutazione *ex ante* di inidoneità della condanna al pagamento di qualsiasi somma di denaro a compulsare il debitore, in guisa della natura della prestazione oggetto della condanna principale ovvero delle condizioni patrimoniali in cui versa l'obbligato»^{362 363}.

In questa cornice di ambiguità, le certezze sono solo due. La prima è che il margine lasciato al giudice ordinario è minore rispetto a quello attribuito al giudice amministrativo, il quale, ai sensi dell'art. 114, comma 4°, lett. e), c.p.a., può rifiutare la penalità di mora non solo per manifesta iniquità, ma anche se sussistono «altre ragioni ostative», altra formula che si distingue per estrema vaghezza³⁶⁴. Il secondo punto fermo

ragionevolmente ritenere che la stessa avrebbe dato spontanea esecuzione agli ordini del Tribunale. Ancora, sempre sulla stessa linea, App. Bari, sez. I, 3 febbraio 2020, n. 205, in *www.dejure.it*.

³⁶¹ Così TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette*, cit., 182.

³⁶² Trib. Varese 17 febbraio 2011, in *www.dejure.it*. Trib. Rimini, sez. I, 16 febbraio 2017, n. 153, in *www.dejure.it*, ha ritenuto manifestamente iniquo imporre una misura coercitiva per il rilascio di un immobile in quanto essa si sarebbe aggiunta ad una condanna principale al pagamento di euro 95.000,00.

³⁶³ Un altro esempio in cui il giudice ha ritenuto manifestamente iniqua l'applicazione della misura coercitiva è dato da Trib. Ivrea, sez. I, 29 novembre 2017, n. 1028, in *www.dejure.it*, di cui si può apprezzare la dettagliata motivazione: «[...] tenuto conto della natura demaniale della strada su cui viene esercitato il passaggio nel cui possesso i ricorrenti chiedono di essere reintegrati, valutata l'entità del danno che potrebbe derivare agli attori dall'omessa immediata esecuzione del provvedimento, essendo pacifica l'esistenza di un passaggio alternativo a quello di cui si discorre ancorché meno agevole, e considerata la condizione personale del convenuto, ammesso al beneficio del patrocinio a spese dello Stato». Trib. Pordenone, 15 febbraio 2016, n. 111, in *www.dejure.it*, ha ritenuto manifestamente iniquo disporre la misura coercitiva tenendo conto anche dell'andamento della lite e della reciprocità della soccombenza, mentre Trib. Torino, sez. VIII, 20 novembre 2018, n. 5389, in *www.dejure.it*, ha rigettato l'istanza perché già presente il titolo per l'esecuzione in forma specifica (rilascio di immobile). Ancora, Trib. Monza, sez. II, 7 febbraio 2019, n. 215, in *www.dejure.it*, ha motivato la manifesta iniquità della misura coercitiva con la soccombenza reciproca delle parti.

³⁶⁴ Tanto che SCOCA, *Natura e funzione dell'astreinte nel processo amministrativo*, in *Corr. giur.*, 2014, 1413, e GASTALDO, *L'astreinte*, cit., 125, la definiscono «enigmatica», mentre per MAZZAMUTO, *L'astreinte all'italiana*, cit., 51, l'onnicomprendività della clausola è tale da «rendere superflua la ripetizione di quella tratta dall'art. 614 bis». Va segnalata l'esistenza di un consolidato filone giurisprudenziale secondo il quale la crisi della finanza pubblica costituisce ragione ostativa all'applicazione della penalità di mora: T.A.R. Perugia, (Umbria) sez. I, 04/08/2015, n.352; T.A.R. Potenza (Basilicata) sez. I, 18/08/2015, n. 541; T.A.R. Catania, (Sicilia) sez. III, 11/05/2016, n.1242, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*. In modo ancora più netto, già in Ad. plen. 25 giugno 2014, n. 15 e poi in successive pronunce tra cui recentemente T.A.R. Napoli, (Campania) sez. VIII, 03/01/2020, n.28, e T.A.R. Perugia, (Umbria) sez. I, 27/07/2020, n.315, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it*, si trova scritto che se il legislatore «ha aggiunto al limite negativo della manifesta iniquità, previsto nel codice di rito civile, quello, del tutto autonomo, della sussistenza di *altre ragioni ostative*» è proprio perché ha tenuto conto delle «peculiari condizioni del debitore pubblico», «con specifico riferimento alle difficoltà nell'adempimento collegate a vincoli normativi e di bilancio, allo stato della finanza pubblica e alla rilevanza di specifici interessi pubblici». La dottrina si dimostra contraria, poiché in questo modo l'amministrazione inadempiente, «nascondendosi dietro la mancanza di liquidità, potrebbe anche sentirsi

è che nel valutare la non manifesta iniquità della misura coercitiva il giudice non può mettere sullo stesso piano obblighi fungibili e obblighi infungibili. Per i secondi, infatti, l'art. 614 *bis* rappresenta l'unico strumento in grado di aumentare concretamente le possibilità di realizzazione del diritto³⁶⁵; rispetto ad un obbligo infungibile, pertanto, negare la coercizione indiretta non significa solamente escludere una forma di tutela, ma negare la concretizzazione del principio di effettività della tutela sancito dall'art. 24 Cost. Per tale ragione lo spazio di discrezionalità in capo al giudice si riduce moltissimo e giustamente è stato osservato che la concessione della misura coercitiva è manifestamente iniqua solo quando si risolve «in un pregiudizio ad un interesse del debitore che appaia costituzionalmente prevalente»³⁶⁶. Si tratterà di libertà personali per le quali non è ammissibile una compressione, rispetto alle quali non è concepibile una coazione psicologica³⁶⁷.

Quando la prestazione è infungibile, dunque, la clausola di manifesta iniquità della misura si attiva in uno spazio così ristretto da essere «difficilmente individuabile»³⁶⁸. In questi casi, riprendendo la conclusione del capitolo II per cui l'applicazione della misura coercitiva è condizione di ammissibilità della domanda di condanna, quest'ultima andrà rigettata e il giudizio si concluderà con un'*absolutio ab instantia*. Dopotutto sarebbe quanto meno paradossale che l'avente diritto ad una prestazione infungibile ottenga l'accoglimento della domanda di condanna e allo stesso tempo veda respinta per “manifesta iniquità” l'istanza per conseguire l'unico strumento in grado di dare effettività a quella pronuncia³⁶⁹. Eppure, vi è chi, presupponendo

legittimata a sottrarsi all'attuazione di decisioni passate in giudicato», con una illegittima prevaricazione di esigenze finanziarie sul principio di effettività della tutela: così PREVITI, *Natura giuridica*, cit., 1409-1410, riprendendo considerazioni già sviluppate da SCOCA, *Natura e funzione dell'astreinte*, cit., 1413. Sulla stessa linea anche D'ARIENZO, *Penalità di mora (o astreintes) nel giudizio di ottemperanza: criticità e prospettive della disciplina alla luce delle novità introdotte dalla legge di stabilità 2016*, in *www.federalismi.it*, 2016, 8; GASTALDO, *L'astreinte*, cit., 127, e CAPORALE, *L'astreinte nel processo amministrativo e i modelli di esecuzione del giudicato*, in *Gior. dir. amm.*, 2020, 250 e ss. Per COMMANDATORE, *Osservazioni*, cit., 2385, le «ragioni ostative», a differenza della manifesta iniquità, «non sono il frutto dell'interpretazione di una clausola generale, ma rappresentano dei limiti riscontrabili nel diritto positivo»; l'Autore stesso porta come esempio quelle disposizioni che prevedono un termine dilatorio per l'adempimento in favore della P.A.

³⁶⁵ MONDINI, *L'attuazione*, cit., 90.

³⁶⁶ MONDINI, *L'attuazione*, cit., 90. Similmente, ma senza distinguere tra obblighi fungibili e infungibili, NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 158.

³⁶⁷ GAMBINERI, *Attuazione*, cit., 323.

³⁶⁸ Come nota, ancora, MONDINI, *L'attuazione*, cit., 90.

³⁶⁹ È una constatazione condivisa da BOVE, *Diritto e processo*, cit., 393-394, di cui si riporta questo efficace esempio: «Non è che un editore possa chiedere la condanna dell'autore a scrivere il libro che questi si era impegnato a scrivere e poi non possa ottenere il rafforzamento della sua vittoria con la

l'inesistenza della necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata, ritiene che una tale divaricazione sia possibile, poiché ad essere escluso è l'assoggettamento alla coazione prodotta dallo strumento di cui all'art. 614 *bis*, ma non «a quella di per sé derivante dalla stessa condanna»³⁷⁰. In realtà non è così: infatti, e lo si è visto poco sopra, il giudice dichiara manifestamente iniquo sottoporre alla misura *ex art. 614 bis* il soggetto tenuto ad una prestazione infungibile solo quando la sua libertà di decidere se adempiere o meno non ammette compressioni. Non si tratta, quindi, di ragioni attinenti nello specifico allo strumento di cui all'art. 614 *bis*, bensì della generale impossibilità di esercitare una qualsiasi sollecitazione sulla volontà dell'obbligato, compresa quella che deriverebbe dalla pronuncia di una ipotetica condanna.

3. La determinazione dell'ammontare della misura coercitiva. Gli indici di cui al secondo comma dell'art. 614 *bis* c.p.c.

Nel secondo comma dell'art. 614 *bis* c.p.c. si trova l'intera regolamentazione dell'attività di determinazione del contenuto della misura coercitiva. La norma consiste nell'enumerazione di una serie di parametri che il giudice deve utilizzare nello stabilire la somma dovuta dall'obbligato.

Dopo il primo riferimento al «valore della controversia», si rimanda alla «natura della prestazione», quindi, con parole diverse, al tipo di obbligo che va adempiuto. È facile immaginare che nella valutazione del giudice peserà la presenza di un contributo personale più o meno importante dell'obbligato³⁷¹, la presenza di un *facere* o un *dare* da una parte o di un *non facere* dall'altra³⁷², la praticabilità o meno dell'esecuzione forzata, quindi la fungibilità o infungibilità della prestazione³⁷³, ma ancora più in generale il suo

concessione della misura coercitiva perché, in ipotesi, ciò sarebbe iniquo, a causa della personalità della prestazione. Piuttosto è che la personalità della prestazione impedisce, in caso di inadempimento, la sopravvivenza dell'obbligazione originaria, la quale si trasforma, sul piano sostanziale e prima del processo, in un obbligo risarcitorio. Per cui l'editore non può neanche chiedere la pronuncia di una sentenza di condanna a scrivere un libro, in quanto non è configurabile la sopravvivenza di un rapporto obbligatorio, nell'ambito del quale si abbia il dovere di compiere quella prestazione».

³⁷⁰ MONDINI, *L'attuazione*, cit., 86.

³⁷¹ BARRECA, *L'attuazione*, cit., 510; DE STEFANO, *L'esecuzione indiretta*, cit., 1184; DE STEFANO, *Note*, cit., 535; IUORIO, *Il nuovo art. 614-bis c.p.c.*, cit., 423; TEDIOLI, *Osservazioni*, cit., 78.

³⁷² CARRATTA, *Le novità*, cit., 735.

³⁷³ NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 151.

grado di difficoltà e il tempo ragionevolmente necessario ad eseguirla, in modo da parametrare la misura coercitiva al caso concreto³⁷⁴.

Altro indice è quello del «danno quantificato o prevedibile». Si è già avuto modo di specificare che l'art. 614 *bis* non ha finalità risarcitorie e, infatti, il danno di cui si è appena fatta parola non è quello già prodottosi, bensì quello che conseguirà sicuramente («danno quantificato») o molto probabilmente («danno prevedibile») all'eventuale inottemperanza del condannato al provvedimento del giudice³⁷⁵.

L'ultimo parametro è dato da «ogni altra circostanza utile». Esso permette al giudice di prendere in considerazione ogni elemento della fattispecie concreta che consenta di calibrare al meglio la misura coercitiva. Ovviamente non è possibile fare un elenco di tutte le circostanze potenzialmente utili; peraltro, alcune paiono davvero irrinunciabili nella valutazione del giudice e infatti in dottrina sono state specificamente enunciate³⁷⁶. Si tratta del contegno, processuale e non, dell'obbligato, per capire quanto sia fermo nella sua decisione di non adempiere e quanto serva per smuoverlo da questa convinzione³⁷⁷; delle condizioni personali, soprattutto patrimoniali, delle parti³⁷⁸; in più il giudice deve assicurarsi che la misura coercitiva renda l'inadempimento effettivamente più svantaggioso rispetto all'adempimento³⁷⁹.

Fin qui l'analisi di quanto prevede il secondo comma dell'art. 614 *bis* c.p.c.; volendo ora esprimere un giudizio su questa disciplina, esso è del tutto negativo. Il

³⁷⁴ Un esempio in cui la «natura della prestazione» non è stata minimamente considerata ai fini della determinazione della somma dovuta è offerto da Trib. Roma, sez. I, 26 ottobre 2016, n. 20022, in *www.dejure.it*, che ha disposto una misura coercitiva di euro 5.000,00 «per ogni singola violazione inosservanza o ritardo delle prescrizioni contenute nel dispositivo», concretantisi in due obblighi totalmente differenti, verosimilmente da trattare in modo diverso: l'astensione dall'utilizzo di un nome e la pubblicazione del provvedimento su un quotidiano. Lo stesso schema si ritrova anche in App. Milano, 20 novembre 2018, n. 5043, in *www.dejure.it*.

³⁷⁵ MONDINI, *L'attuazione*, cit., 154-156.

³⁷⁶ Il riferimento è soprattutto alla diffusa analisi di MONDINI, *L'attuazione*, cit., 152-154. Si veda anche NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 152.

³⁷⁷ A tal riguardo si veda Trib. Torino, sez. II, 18 luglio 2019, n. 3616, in *www.dejure.it*.

³⁷⁸ CARRATTA, *Le novità*, cit., 737; IUORIO, *Il nuovo art. 614-bis c.p.c.*, cit., 424; MAZZAMUTO, *La comminatoria*, cit., 971; SILVESTRI, *Riforma e processo esecutivo*, cit., 513; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Le novità*, cit., 207; GODIO, *L'astreinte*, cit., 1125-1126; CELARDI, *Prime applicazioni*, cit., 2974; CONSOLO, *Spiegazioni*, 2012, cit., 161; TEDIOLI, *Osservazioni*, cit., 78, nota 65; CONSOLO-GODIO, *La "impasse"*, cit., 377. In giurisprudenza, per esempio, Trib. Bergamo, sez. IV, 25 febbraio 2017, n. 489, in *www.dejure.it*, si rifà espressamente alle «condizioni soggettive del debitore». Il disegno di legge che prevedeva l'introduzione dell'art. 614 *bis* c.p.c., nella sua seconda versione (d.d.l. C-1441 *bis*-A), contemplava tra i parametri per la quantificazione della misura anche le «condizioni personali e patrimoniali delle parti».

³⁷⁹ Sembra non averne tenuto conto Trib. Genova, sez. III, 20 settembre 2017, n. 2349, che, fissando una somma di 1 euro per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione di un obbligo di consegna, sembra aver individuato più che altro un importo simbolico.

legislatore italiano ha deciso, a differenza di tutte le esperienze straniere più vicine, di concentrarsi sull'indicazione di una serie di parametri che il giudice deve seguire, ma dei quali non si coglie l'utilità, visto che in ogni caso non limitano la sua discrezionalità, che rimane pressoché totale³⁸⁰. Non sbaglia chi afferma che il secondo comma dell'art. 614 *bis* è una norma vuota e che al giudice è lasciato un vero e proprio arbitrio³⁸¹. Il che, similmente a quanto detto con riferimento al limite della non manifesta iniquità, non è di per sé sbagliato, considerando che in altri ordinamenti non c'è traccia di parametri di quantificazione e il giudice è libero di stabilire come meglio crede la somma³⁸². Dopotutto ciò si riscontra anche nella norma “gemella” dell'art. 614 *bis* c.p.c., ovvero l'art. 114, comma 4°, lett. e), c.p.a., che si limita a segnalare, a seguito dell'aggiunta apportata dall'art. 1, comma 781°, lett. a), della l. 20 dicembre 2015, n. 208, che «nei giudizi di ottemperanza aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro»³⁸³ la penalità di mora «non può considerarsi manifestamente iniqua quando è stabilita in misura pari agli interessi legali»³⁸⁴. Il punto è che, a differenza delle legislazioni di altri Paesi, l'art. 614 *bis* – ma ciò vale anche per lo stesso art. 114 c.p.a. – è invece completamente silente su una serie non indifferente di aspetti capaci di incidere in modo determinante sulla concreta operatività della misura coercitiva indiretta. Il raffronto con

³⁸⁰ AMADEI, *Una misura coercitiva*, cit., 348-349; PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo)*, cit., 266.

³⁸¹ LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., 237; BOVE, *La misura coercitiva*, cit., 789; MICCOLIS, *Attuazione*, cit., 1055; TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette*, cit., 205. Criticano l'eccessiva discrezionalità anche MERLIN, *Prime note*, cit., 1558-1559; TOMMASEO, *L'esecuzione indiretta*, cit., 274, nota 24; GAMBOLI, *Le misure*, cit., 1291. Per PETTI, *Riforma del processo civile*, cit., 136, i parametri conferiti dal legislatore sono invece apprezzabili poiché assicurano «l'indispensabile elasticità della scelta» (l'Autore si dimostra coerente con il *favor* che ha dimostrato anche per la clausola della “non manifesta iniquità”: cfr. nota 344).

³⁸² Infatti, per DE STEFANO, *Note*, cit., 534, l'«estrema ampiezza della discrezionalità del giudice» italiano non è dissimile da quella attribuita al giudice francese. Così anche D'AMICO, *Sull'applicabilità dell'art. 614 bis c.p.c.*, cit., 725.

³⁸³ E solamente in questi: cfr. PREVITI, *Natura giuridica*, cit., 1426; GASTALDO, *L'astreinte*, cit., 161; SPADARO, *Modificabilità dell'astreinte*, cit., 147, nota 7.

³⁸⁴ È ancora la nozione di non manifesta iniquità, che si conferma particolarmente cara al legislatore nonostante le critiche provenienti dalla dottrina, a creare problemi interpretativi. La presunzione di non manifesta iniquità dell'ammontare della penalità di mora quando parificato agli interessi legali rischierebbe di non avere alcun valore se poi la quantificazione della misura potesse essere messa in discussione per altre ragioni; per cui se ne deve ricavare implicitamente che essa possa essere contestata esclusivamente per una sua manifesta iniquità. Non che questo riduca la discrezionalità del giudice, visto che rimane pur sempre un criterio di difficile delimitazione; piuttosto si viene a creare una situazione alquanto paradossale, poiché, almeno stando alla lettera, quando il provvedimento di cui si chiede l'ottemperanza ha ad oggetto una prestazione pecuniaria ci sarà più spazio per contestare l'*an* della penalità, essendo adducibili anche «altre ragioni ostative», rispetto al suo *quantum*. Per il resto ha ragione D'ARIENZO, *Penalità di mora*, cit., 12-13, nell'affermare che il giudice può anche stimare la penalità di mora in una cifra maggiore rispetto agli interessi legali, in quanto «il parametro normativo introdotto dalla legge di Stabilità è indicativo e non vincolante».

la disciplina belga mette in luce le numerose lacune, come si è già avuto modo di constatare in alcuni passi del par. 1 di questo Capitolo.

Mentre l'art. 1385 *bis*, comma 4°, *Code judiciaire* riconosce al giudice il potere di accordare al condannato un termine per adempiere durante il quale l'*astreinte* non inizia a maturare, nulla di simile è previsto all'art. 614 *bis* c.p.c., nonostante sia da ritenere che tale facoltà appartenga anche al giudice italiano³⁸⁵. Non si tratta, peraltro, di un dovere, per cui può essere che nel provvedimento questa specificazione sia assente; il legislatore belga precisa che in ogni caso l'*astreinte* non è efficace finché non è avvenuta la notificazione («*signification*») del provvedimento che l'ha disposta (art. 1385 *bis*, comma 3°, *Code judiciaire*). Anche su questo la disciplina italiana tace³⁸⁶ e, infatti, sono state prospettate più soluzioni circa il momento in cui la misura coercitiva diviene operativa, variamente individuato nella notificazione del provvedimento di condanna³⁸⁷, nella sua pubblicazione³⁸⁸ o nella sua comunicazione³⁸⁹; viste l'assenza di puntuali indicazioni e la vicinanza tra i rispettivi istituti, pare preferibile condividere la soluzione adottata in Belgio. Ancora, si ritiene in dottrina che il giudice possa stabilire un importo massimo raggiunto il quale la misura coercitiva cessa di operare³⁹⁰; il che è

³⁸⁵ Si veda in particolare Trib. Terni 6 agosto 2009 (ordinanza), in *Giur. it.* 2010, 637-638, in cui è prescritto che la misura inizi a decorrere dal 21° giorno dalla notificazione del provvedimento. Cfr. anche Trib. Bolzano, 8 marzo 2017, n. 303; Trib. Milano 10 novembre 2017, n. 11380; Trib. Bologna, sez. II, 19 aprile 2018; Trib. Milano, sez. IX, 2 maggio 2019; Trib. Napoli, sez. II, 4 maggio 2018, n. 4311; Trib. Roma, sez. V, 29 maggio 2018, n. 10809; Trib. Milano, sez. XIII, 16 dicembre 2019; Trib. Bergamo, sez. IV, 23 luglio 2021, n. 1420, tutte in *www.dejure.it*. Anche in dottrina si ritiene che tra le facoltà del giudice ci sia quella di stabilire il *dies a quo* della misura coercitiva: CHIZZINI, *Commento*, cit., 151; LOMBARDI, *Le modifiche*, cit., 2088; MAZZAMUTO, *La comminatoria*, cit., 967; SILVESTRI, *Riforma e processo esecutivo*, cit., 512; TEDIOLI, *Osservazioni*, cit., 79; VENTURA, *La misura coercitiva di cui all'art. 614 bis c.p.c.*, cit., 769; VINCRE, *Le misure coercitive*, cit., 384-385; CONSOLO-GODIO, *La "impasse"*, cit., 378; NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 149.

³⁸⁶ Lo evidenzia anche PAGNI, *La "riforma"*, cit., 1318. All'art. 114, comma 4°, lett. e), c.p.a., a seguito della modifica apportata dall'art. 1, comma 781, lett. a), della l. 20 dicembre 2015, n. 208 si trova una precisazione valida per i soli «giudizi di ottemperanza aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro», nei quali «la penalità di mora [...] decorre dal giorno della comunicazione o notificazione dell'ordine di pagamento disposto nella sentenza di ottemperanza».

³⁸⁷ CHIZZINI, *Commento*, cit., 180; NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 149 nota 82. Per la giurisprudenza si vedano Trib. Cagliari 19 ottobre 2009, e Trib. Roma, sez. V, 1° febbraio 2017, entrambe in *www.dejure.it*.

³⁸⁸ RECCHIONI, *L'attuazione forzata*, cit., 1490. In giurisprudenza cfr. Trib. Reggio Emilia, 4 febbraio 2016, n. 109; Trib. S. Maria Capua V., sez. IV, 1° agosto 2016, n. 2814, entrambe in *www.dejure.it*.

³⁸⁹ Trib. Matera 1° dicembre 2012, e App. Bari, sez. II, 9 febbraio 2021, n. 232, entrambe in *www.dejure.it*, fanno decorrere la misura dalla comunicazione, rispettivamente, del provvedimento cautelare e dell'ordinanza conclusiva del procedimento sommario di cognizione.

³⁹⁰ MONDINI, *L'attuazione*, cit., 144; CONSOLO-GODIO, *La "impasse"*, cit., 378 (gli Autori prospettano come possibile anche la determinazione di una durata temporale massima di efficacia della misura, come fa anche SILVESTRI, *Riforma e processo esecutivo*, cit., 512, e come concretamente hanno disposto Trib. Arezzo, 4 aprile 2017, n. 411, in *www.dejure.it*, decretando un «termine finale di

assolutamente ragionevole nell'ottica di evitare che il creditore arrivi a preferire l'inadempimento all'adempimento in quanto più remunerativo³⁹¹. Sta di fatto che anche questa facoltà non è riconosciuta dall'art. 614 *bis* c.p.c., mentre lo è dall'art. 1385 *ter* Code judiciaire³⁹². Seppur sia facilmente intuibile che vada stabilito se l'importo sia dovuto per ogni violazione o inosservanza successiva ovvero per ogni ritardo, e in questo secondo caso che sia da specificare l'unità di tempo di riferimento, quindi il giorno, la settimana, il mese, ecc.³⁹³, anche questa è un'indicazione che, assente all'art. 614 *bis* c.p.c., si trova invece espressa all'art. 1385 *ter* Code judiciaire, il quale contempla esplicitamente un'altra modalità applicativa certamente presente nella pratica, ovvero l'imposizione di un'*astreinte una tantum*³⁹⁴.

Insomma, è chiaro che il legislatore italiano ha lasciato che l'operatività della norma sia disciplinata dalla prassi. Tutta questa libertà certamente consente all'organo giudicante di modellare lo strumento alle esigenze del caso concreto: a riguardo è stata valorizzata l'assenza di una cornice edittale, così che si possa tenere conto della «potenziale atipicità delle situazioni sostanziali coinvolte»³⁹⁵. La malleabilità dello strumento è stata sfruttata anche prevedendo che la somma fissata per ogni violazione o

applicazione della misura di un anno», e Trib. Roma, sez. V, 12 maggio 2021, n. 8317, sempre in *www.dejure.it*, condannando il convenuto al pagamento di una somma giornaliera «fino alla data in cui detto provvedimento verrà eseguito e comunque per non oltre 150 giorni»); NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 149, nota 81; BOVE, *Diritto e processo*, cit., 400. Sembrano auspicarlo anche AMADEI, *Una misura coercitiva*, cit., 349, e ZUCCONI GALLI FONSECA, *Le novità*, cit., 207.

³⁹¹ BARRECA, *L'attuazione*, cit., 510, ritiene invece che fissare un termine finale oltre il quale le somme smettono di crescere sminuisca la funzione coercitiva della misura. Dello stesso avviso DE STEFANO, *Note*, cit., 535.

³⁹² «[...] le juge peut aussi déterminer un montant au-delà duquel la condamnation aux astreintes cessera ses effets».

³⁹³ CONSOLO-GODIO, *La "impasse"*, cit., 378; CROCI, *L'esecuzione*, cit., 1713. Per G.F. RICCI, *La riforma*, cit., 90, invece, lasciare che sia il giudice a stabilire l'unità temporale di riferimento è inaccettabile «perché ciò potrebbe prestarsi al più ampio arbitrio». Si riporta di seguito il dispositivo di Trib. Milano, 8 aprile 2016, n. 4445, in *www.dejure.it*, per un esempio di riferimento sia alla violazione o inosservanza sia al ritardo: «[...] condanna i convenuti in solido tra loro alla rimozione di ogni riferimento al marchio "Solopista" dal sito *www.irsmotor.it*, con condanna degli stessi, ai sensi dell'art. 614 *bis* c.p.c., al pagamento di una somma pari ad euro 50,00 per ogni eventuale violazione e/o inosservanza e ad euro 500,00 per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione di detto provvedimento». Va peraltro segnalato che in questo caso i criteri liquidativi non sono affatto chiari: a fronte di un unico comando, infatti, sono presenti due diverse penalità; dovendosi escludere questa ultronea e inspiegabile ridondanza, viene da pensare che il pagamento disposto per ogni violazione o inosservanza sia da riferire ad un ordine di astenersi dall'utilizzare in futuro il marchio; ordine, tuttavia, non presente nella sentenza, a meno di voler considerare tale la parte dispositiva in cui si accerta l'avvenuto indebito utilizzo del marchio altrui. Trattandosi di mero accertamento, peraltro, non potrebbe essere accompagnato dalla misura coercitiva.

³⁹⁴ «Le juge peut fixer l'astreinte soit à une somme unique, soit à une somme déterminée par unité de temps ou par contravention». Per la previsione di una misura coercitiva consistente in un'unica somma si veda Trib. Cassino, sez. I, 6 settembre 2018, n. 972, in *www.dejure.it*.

³⁹⁵ CHIZZINI, *Commento*, cit., 176.

ritardo possa aumentare dopo un certo lasso di tempo durante il quale si è protratto l'inadempimento³⁹⁶. Per far comprendere fino a che punto la creatività del giudice possa spingersi per rendere la comminatoria il più efficace possibile si ritiene utile riportare il dispositivo di una pronuncia di merito che, nel condannare il convenuto all'esecuzione di alcune opere, ha così scandito la misura *ex art. 614 bis*: «euro 1.500,00, ove nel termine di un mese dalla comunicazione del presente provvedimento gli interventi non abbiano avuto principio di esecuzione; euro 3.000,00 ove nei successivi due mesi (complessivamente termine di mesi tre dalla comunicazione dell'ordinanza) i lavori sopra indicati non abbiano avuto completa esecuzione; euro 1.500,00 per ogni successivo mese di ritardo nel completamento fino al decorso complessivo di mesi n. 7 dalla comunicazione del presente provvedimento, oltre il compimento del quale alcuna ulteriore somma a titolo di misura coercitiva sarà dovuta»³⁹⁷.

Per concludere, nulla vieta che la parte indichi nella sua richiesta anche il contenuto che vorrebbe avesse la misura coercitiva; il giudice comunque non sarebbe in alcun modo obbligato a tenerne conto³⁹⁸, quindi nemmeno a motivare una decisione differente.

³⁹⁶ Nel dispositivo di Trib. Cagliari 19 ottobre 2009, in *www.dejure.it*, il soccombente è stato condannato al pagamento di euro 35,00 per ogni giorno di ritardo nell'adempimento per i primi 30 giorni e al pagamento di euro 100,00 per ogni ulteriore giorno di ritardo. Concordi sull'applicabilità di una misura crescente con il protrarsi delle violazioni sono BARRECA, *L'attuazione*, cit., 510; CHIZZINI, *Commento*, cit., 176; DE STEFANO, *L'esecuzione indiretta*, cit., 1184; DE STEFANO, *Note*, cit., 535; IUORIO, *Il nuovo art. 614-bis c.p.c.*, cit., 423; LOMBARDI, *Le modifiche*, cit., 2088; PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo)*, cit., 266; SILVESTRI, *Riforma e processo esecutivo*, cit., 512; TEDIOLI, *Osservazioni*, cit., 78; CONSOLO-GODIO, *La "impasse"*, cit., 378 (secondo i quali oltre che aumentare la misura può anche decrescere); CROCI, *L'esecuzione*, cit., 1714; VULLO, *Commento*, cit., 937; NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 150, mentre è dubbioso SALETTI, *L'esecuzione processuale indiretta*, cit., 513.

³⁹⁷ Trib. Matera, 1° dicembre 2012, in *www.dejure.it*.

³⁹⁸ DE STEFANO, *Note*, cit., 533; MONDINI, *L'attuazione*, cit., 145-146; NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 147. Esempi concreti si trovano in Trib. Torino, sez. VIII, 28 aprile 2017, n. 2263, in *www.dejure.it*, che a fronte di una richiesta quantificata dalla parte in euro 30,00 per ogni giorno di ritardo ha indicato una somma di euro 10,00, e in Trib. Napoli sez. II, 6 ottobre 2017, n. 9982, sempre in *www.dejure.it*, che invece della richiesta cifra giornaliera di euro 500,00 ne ha disposta una pari ad euro 100,00. Ma si veda anche Trib. Bologna, sez. IV, 30 gennaio 2018, n. 301, in *www.dejure.it*. Errata è invece la lettura offerta da App. Roma, sez. IV, 25 giugno 2018, n. 3690, in *www.dejure.it*, che ha dichiarato manifestamente iniqua l'applicazione della misura a causa della cifra «esorbitante» richiesta dalla parte per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione della prestazione.

4. Il provvedimento di applicazione della misura coercitiva: una condanna accessoria subordinata ad un evento futuro ed incerto ed eventualmente ad un termine.

Accogliendo l'istanza di cui all'art. 614 *bis* c.p.c. il giudice pronuncia un provvedimento composto di due capi, dei quali uno, quello con cui è accolta la domanda di condanna, può dirsi principale, mentre quello che dà applicazione alla richiesta misura di coercizione indiretta ha carattere accessorio³⁹⁹. Infatti, ripetendo cose già dette, non può essere instaurato un autonomo giudizio con l'esclusiva finalità di disporre la comminatoria; la relativa istanza non può che accedere ad un processo già instaurato.

Ricordando poi le ragioni che stanno dietro a questo assunto, ovvero che la richiesta di cui all'art. 614 *bis* non ha ad oggetto un diritto sostanziale che esiste prima e al di fuori del processo ma esclusivamente l'applicazione di uno strumento processuale⁴⁰⁰, è possibile identificare un altro carattere del capo contenente la comminatoria: visto che esso «non definisce [...] un preesistente rapporto sostanziale fra le parti, [...] bensì fa nascere un nuovo rapporto obbligatorio con il fine prettamente processuale di dare esecuzione forzata indiretta alla pronuncia giudiziale»⁴⁰¹, è escluso che si tratti di un provvedimento di merito, mentre è corretto qualificarlo come pronuncia di rito⁴⁰².

Ancora, se per il capo principale è indubbia la natura condannatoria⁴⁰³, visto che si tratta dell'accoglimento di una domanda di condanna, lo stesso dicasi di quello accessorio, che, ai sensi dell'art. 614 *bis*, «costituisce titolo esecutivo»: visto quanto

³⁹⁹ Se poi la prestazione oggetto del contendere è infungibile, tale accessorietà è affatto peculiare, poiché se è vero che il capo contenente la misura coercitiva dipende da quello che dispone la condanna all'adempimento dell'obbligo, è anche vero che quest'ultimo non potrebbe essere pronunciato in assenza della misura coercitiva: si rimanda al cap. II, sez. II, par. 4.1.

⁴⁰⁰ Cap. II, sez. II, par. 2.

⁴⁰¹ MERLIN, *Prime note*, cit., 1550.

⁴⁰² LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., 236; MERLIN, *Prime note*, cit., 1550; PETTI, *Riforma del processo civile*, cit., 134; TEDIOLI, *Osservazioni*, cit., 77; MONDINI, *L'attuazione*, cit., 165; CIATTI CAIMI, *L'esecuzione processuale indiretta*, cit., 38. Non si condivide la proposta di CONSOLO-GODIO, *Commento*, cit., 1360, per cui «certamente la comminatoria ha natura di provvedimento di rito. [...] Tuttavia, tale provvedimento [...] presenta invece anche natura di provvedimento di merito: si tratta infatti di una condanna che fa nascere un diritto soggettivo. Se ne deve concludere per la natura mista della comminatoria, in parte di rito e in parte di merito».

⁴⁰³ Cfr. Cap. II, par. 4.1 per il caso in cui la prestazione sia infungibile.

detto più indietro⁴⁰⁴, tanto basta per escludere che si tratti di un provvedimento di mero accertamento o costitutivo⁴⁰⁵.

In dottrina esiste un dibattito sull'ulteriore qualificazione da dare al capo recante la misura coercitiva indiretta, se si tratti cioè di una condanna condizionale o di una condanna in futuro⁴⁰⁶. Se il criterio distintivo tra le due è che nella prima l'efficacia esecutiva è subordinata al verificarsi di una condizione e quindi di un evento futuro e incerto, mentre nella seconda la medesima efficacia dipende dallo scadere di un termine (iniziale)⁴⁰⁷, è chiaro che il capo pronunciato *ex art. 614 bis* è una condanna condizionata all'evento futuro e incerto consistente nell'inadempimento/ritardo da parte dell'obbligato. Tuttavia, nei casi – auspicabilmente più numerosi – in cui il giudice dispone che la misura coercitiva non operi prima del decorso di un certo termine, così da consentire all'obbligato di adempiere con la certezza di non soffrire alcuna perdita patrimoniale⁴⁰⁸, il provvedimento assumerà anche e primariamente i connotati di una condanna in futuro⁴⁰⁹.

⁴⁰⁴ Cap. II, sez. I, par. 2.

⁴⁰⁵ TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette*, cit., 215; VULLO, *Commento*, cit., 934. Parla espressamente di provvedimento di condanna anche BARRECA, *L'attuazione*, cit., 508.

⁴⁰⁶ Nel primo senso si vedano CHIZZINI, *Commento*, cit., 163; BOVE, *La misura coercitiva*, cit., 791; SALETTI, *L'esecuzione processuale indiretta*, cit., 514; TEDIOLI, *Osservazioni*, cit., 79; MONDINI, *L'attuazione*, cit., 183; TOMMASEO, *L'esecuzione indiretta*, cit., 280; GALLETTO, *Le nuove frontiere*, cit., 8; CONSOLO-GODIO, *Commento*, cit., 1353; VULLO, *Commento*, cit., 934; NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 140. Per la qualificazione in termini di condanna in futuro cfr. BALENA, *La nuova pseudo-riforma*, cit., 799; CARRATTA, *Le novità*, cit., 732; PAGNI, *La "riforma"*, cit., 1317; AMADEI, *Una misura coercitiva*, cit., 351; SILVESTRI, *Riforma e processo esecutivo*, cit., 514; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Le novità*, cit., 206; ASPRELLA, *L'attuazione*, cit., 126; CHIARLONI, *L'esecuzione indiretta*, cit., 735; RONCO, *L'art. 614 bis c.p.c. e le controversie in materia di famiglia*, cit., 759; CAPPONI, *Dall'esecuzione civile all'ottemperanza amministrativa?*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 372; SASSANI, *Possono gli arbitri pronunciare l'astreinte?*, cit., 282; CARRATTA, *Tecniche*, cit., 17, nota 45; PROTO PISANI, *Note personali*, cit., 6. Peculiare la posizione di MONTELEONE, *Misure coercitive*, cit., 554, secondo il quale il provvedimento di cui all'art. 614 bis sarebbe avvicinabile al *genus* della condanna generica in quanto «manca la determinazione dell'oggetto della prestazione».

⁴⁰⁷ È la distinzione che si ritrova in ATTARDI, *Diritto processuale civile*, cit., 109, utilizzata anche da CHIZZINI, *Commento*, cit., 163, e MONDINI, *L'attuazione*, cit., 183. Va comunque ricordato che si tratta di una classificazione assente dall'ordinamento e che quindi la riconduzione della condanna pronunciata ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c. in una o nell'altra categoria dipende da come esse sono di volta in volta intese. Sulla labilità della classificazione in commento si veda ZUFFI, *Sull'incerto operare del fenomeno condizionale nelle sentenze di accertamento e di condanna*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 1003-1004.

⁴⁰⁸ Si tratterà di obblighi positivi di fare, non di obblighi di astensione da una certa condotta. Per i casi pratici si veda più sopra la nota 385.

⁴⁰⁹ Pur senza fondarsi sui medesimi rilievi, propendono per questa duplice configurazione MERLIN, *Prime note*, cit., 1549; TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette*, cit., 216-220; RECCHIONI, *L'attuazione forzata*, cit., 1485; CROCI, *L'esecuzione*, cit., 1701.

SEZIONE II

LE VICENDE DEL PROVVEDIMENTO TRA IMPUGNAZIONI ED ESECUZIONE

1. L'impugnazione della pronuncia contenente la misura coercitiva di cui all'art. 614 *bis* c.p.c.

Il provvedimento pronunciato al termine del giudizio in cui è stata avanzata l'istanza *ex art. 614 bis* c.p.c. è certamente impugnabile.

Prima di vedere in dettaglio come si svolgono i gravami in questo specifico caso, è bene evidenziare che l'applicazione della misura di coercizione indiretta già di per sé agisce sull'operatività di una delle regole generali del sistema delle impugnazioni, ovvero quella di cui all'art. 329 c.p.c. Infatti, quando l'obbligato è gravato da una misura comminatoria il suo eventuale adempimento personale non può essere considerato uno di quegli «atti incompatibili con la volontà di avvalersi delle impugnazioni» che comportano acquiescenza alla sentenza, in quanto esso non sarebbe spontaneo⁴¹⁰, ma coartato, e in nessun modo farebbe trasparire la condivisione del provvedimento giudiziale da parte del debitore, essendo quest'ultimo primariamente interessato ad evitare la perdita patrimoniale che gli verrebbe inflitta in caso di inadempimento⁴¹¹.

Detto questo, nell'affrontare la disciplina delle impugnazioni rapportata allo strumento di cui all'art. 614 *bis* occorre tenere a mente la posizione accessoria del capo che lo regola rispetto al capo di sentenza principale che accerta, invece, l'obbligo rimasto inadempito. La conseguenza fondamentale di questo schema è che le vicende relative al capo principale si ripercuotono su quello dipendente. Il riferimento è, ovviamente, al caso in cui il giudizio di impugnazione si concluda con l'accertamento

⁴¹⁰ DE STEFANO, *Note*, cit., 529.

⁴¹¹ SALETTI, *L'esecuzione processuale indiretta*, cit., 519; TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette*, cit., 304-305; MONDINI, *L'attuazione*, cit., 163; TOMMASEO, *L'esecuzione indiretta*, cit., 279-280; VULLO, *Commento*, cit., 944; NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 97, nota 1. Bisogna comunque ricordare che, anche in assenza di misure coercitive, l'adempimento da parte del condannato non è affatto considerato sempre e comunque segno di accettazione della sentenza: basti qui citare Cass. 9 giugno 2004, n. 10963, per cui è sufficiente che il provvedimento sia idoneo ad avviare l'esecuzione forzata per far ritenere che l'adempimento sia volto ad evitare il processo esecutivo e non sia quindi manifestazione di acquiescenza alla pronuncia da parte dell'obbligato. Così più di recente anche Trib. Salerno, sez. II, 1° marzo 2018, n. 605, in *www.dejure.it*.

dell'inesistenza dell'obbligo, il che comporta la caducazione anche della misura coercitiva indiretta⁴¹². Questa, infatti, mira all'adempimento della prestazione, quindi perde la sua ragion d'essere se l'adempimento medesimo non è dovuto, anche se solo temporaneamente, come avviene quando è sospesa l'esecutorietà del capo principale, *ex art. 283 o 373 c.p.c.* a seconda che si tratti di giudizio di appello o di ricorso per cassazione⁴¹³.

I rapporti tra capo principale e capo contenente la misura coercitiva sono quindi disciplinati dall'art. 336, comma 1°, c.p.c.⁴¹⁴. Non è peraltro vero che qualsivoglia modifica apportata al capo principale si estenda *sic et simpliciter* al capo accessorio. Se, infatti, la variazione non attiene l'*an* ma solo il *quantum*, nel senso che è confermata la titolarità del diritto in capo al titolare ma in misura minore o maggiore rispetto al grado precedente, l'adeguamento quantitativo della misura non è automatico, ma richiede una specifica richiesta della parte interessata: non solo per mancanza di un potere officioso del giudice, aspetto specificamente attinente l'art. 614 *bis*, ma anche per la generale previsione di cui all'art. 346 c.p.c., per cui «le domande e le eccezioni non accolte nella sentenza di primo grado, che non sono espressamente riproposte in appello, si intendono rinunciate»⁴¹⁵.

Se poi il caso è quello di una domanda di condanna e di una richiesta *ex art. 614 bis* entrambe rigettate in primo grado, in appello l'istanza coercitiva andrà riproposta perché dallo stesso art. 614 *bis* è sempre e comunque richiesta l'iniziativa di parte, non essendo applicabile l'art. 346 c.p.c. che si riferisce alle domande in senso proprio⁴¹⁶.

L'altro scenario ipotizzabile è che ad essere impugnato sia solamente il capo dipendente: la sua accessorialità, infatti, non toglie che formalmente si tratti di una

⁴¹² BALENA, *La nuova pseudo-riforma*, cit., 800; BARRECA, *L'attuazione*, cit., 512; DE STEFANO, *L'esecuzione indiretta*, cit., 1184; DE STEFANO, *Note*, cit., 536; VALLEBONA, *La misura compulsoria*, cit., 568; CONSOLO-GODIO, *Commento*, cit., 1358.

⁴¹³ BARRECA, *L'attuazione*, cit., 513; DE STEFANO, *L'esecuzione indiretta*, cit., 1184; DE STEFANO, *Note*, cit., 536; MONDINI, *L'attuazione*, cit., 164; NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 167.

⁴¹⁴ BALENA, *La nuova pseudo-riforma*, cit., 800; CARRATTA, *Le novità*, cit., 727; CHIZZINI, *Commento*, cit., 179; MAZZAMUTO, *La comminatoria*, cit., 986; MICCOLIS, *Attuazione*, cit., 1056; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Le novità*, cit., 209; DELLE DONNE, *L'introduzione*, cit., 139; ASPRELLA, *L'esecuzione*, cit., 42; TOMMASEO, *L'esecuzione indiretta*, cit., 280; GAMBOLI, *Le misure*, cit., 1291; NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 167.

⁴¹⁵ MONDINI, *L'attuazione*, cit., 165-167.

⁴¹⁶ MONDINI, *L'attuazione*, cit., 181.

pronuncia autonoma, pertanto assoggettabile a vicende processuali senza che sia coinvolto il capo principale⁴¹⁷.

Può accadere che l'azione sia proposta dall'attore già vittorioso circa il riconoscimento del suo diritto alla prestazione ma soccombente sulla richiesta di misura coercitiva indiretta, o magari vittorioso anche sull'istanza *ex art. 614 bis* ma non soddisfatto della quantificazione della misura, ritenuta non adeguata a far sì che il condannato si convinca ad adempiere.

L'azione di impugnazione può chiaramente essere esercitata anche dal condannato, in disaccordo con la decisione del giudice per l'*an e/o* il *quantum* della misura coercitiva. Nel caso in cui lo scopo sia la rimozione del capo accessorio, i motivi adducibili saranno: l'applicazione della comminatoria al di fuori dell'ambito dalla legge assegnatole, quindi, per esempio, per la tutela di un diritto a prestazione pecuniaria; la proposizione dell'istanza *ex art. 614 bis* in un momento del giudizio tale da non aver permesso il contraddittorio; l'esistenza, per la situazione giuridica soggettiva oggetto del giudizio, di una misura coercitiva settoriale, che, come visto⁴¹⁸, esclude l'applicabilità della disposizione generale di cui all'*art. 614 bis*; ancora, la manifesta iniquità della misura. Relativamente a quest'ultima casistica vi è chi ritiene che essa implichi delle valutazioni di merito, il che escluderebbe che di essa possa occuparsi la Corte di Cassazione⁴¹⁹. La tesi non è condivisibile, poiché più dietro⁴²⁰ il capo contenente la misura coercitiva è stato qualificato come pronuncia di rito che non interviene su una situazione sostanziale preesistente (come farebbe, invece, una pronuncia di merito), ma disciplina uno strumento processuale a tutela del diritto fatto valere. In quanto statuizione di rito su di essa la Cassazione è anche giudice del fatto e, pertanto, può sindacare l'esistenza o meno del presupposto della manifesta iniquità⁴²¹.

La parte condannata, come l'attore vittorioso, può anche limitarsi a contestare la quantificazione della misura coercitiva operata dal giudice del grado precedente; è eccezionale, per esempio, un diverso apprezzamento del «valore della controversia»,

⁴¹⁷ BARRECA, *L'attuazione*, cit., 512; CHIZZINI, *Commento*, cit., 179; DE STEFANO, *L'esecuzione indiretta*, cit., 1184; DE STEFANO, *Note*, cit., 535-536; IUORIO, *Il nuovo art. 614-bis c.p.c.*, cit., 424; PETTI, *Riforma del processo civile*, cit., 145; DELLE DONNE, *L'introduzione*, cit., 138-139; TEDIOLI, *Osservazioni*, cit., 80.

⁴¹⁸ Cap. I, par. 2.1.

⁴¹⁹ CONSOLO, *Spiegazioni*, 2012, cit., 162; CONSOLO-GODIO, *Commento*, cit., 1360.

⁴²⁰ Cap. IV, sez. I, par. 4.

⁴²¹ LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., 237; MONDINI, *L'attuazione*, cit., 165.

della «natura della prestazione» o del «danno quantificato o prevedibile», elementi espressamente citati dal secondo comma dell'art. 614 *bis*, così come «ogni altra circostanza utile» che il soccombente sia in grado di valorizzare a proprio favore.

Ferma l'ammissibilità della richiesta di una nuova determinazione della somma da parte del condannato, vanno svolti dei rilievi su ciò che promana da tale contegno processuale. In esso è innanzitutto implicita la volontà di non adempiere la prestazione e di preferire una perdita patrimoniale; è un'eventualità del tutto verosimile, tanto che esiste una vera e propria teoria del cd. *efficient breach*, "inadempimento efficiente" o "razionale"⁴²²: si pensi ad un'impresa di costruzioni che, per adempiere l'obbligo cui è stata condannata dal giudice, dovrebbe rinunciare ad un'altra opera commissionata, così remunerativa che renderebbe comunque più vantaggioso pagare il denaro coercitivo.

Qui si incardina la seconda considerazione: il disegno che sta dietro qualsiasi misura comminatoria è quello di rendere l'inadempimento più svantaggioso dell'adempimento; questo vale anche nel caso dell'art. 614 *bis*⁴²³. Ora, la richiesta di riduzione della somma dovuta, oltre a segnalare la volontà di non adempiere, è anche indice del fatto che l'obiettivo di rendere l'inadempimento più sconsigliato dell'adempimento è stato raggiunto. Il condannato, invero, chiede un ricalcolo tale per cui l'inadempimento, per quanto costoso, si fa comunque preferire all'esecuzione della prestazione. Il giudice dell'impugnazione, pertanto, dovrà tenerne conto e, pur potendo certamente diminuire l'importo stabilito nel grado di giudizio precedente, dovrà comunque non oltrepassare quella soglia oltre la quale l'inadempimento torna ad essere più vantaggioso dell'adempimento⁴²⁴.

⁴²² Richiamata anche da MONTANARI, *Provvedimenti cautelari e misure coercitive*, in *Giur. it.*, 2017, 847, e PISANI, *L'obbligazione*, cit., 1426, e che ha tra i suoi massimi esponenti POSNER, *Economic Analysis of law*, 5^a ed., Aspen, 1998, 130 e ss. Cfr. anche COOTER-MATTEI-MONATERI-PARDOLESI-ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 1999, 335 e ss. Giustamente MAZZAMUTO, *L'astreinte all'italiana*, cit., 29-30, precisa che si tratta di fenomeno non molto facilmente concretizzabile in un ordinamento come quello italiano, a causa dell'assenza di due presupposti fondamentali che permettono all'obbligato di beneficiare del suo inadempimento, ovvero «la certezza dei criteri di quantificazione del danno e la brevità dei tempi della giustizia».

⁴²³ Specificamente sul punto Trib. Roma, sez. V, 26 aprile 2017, n. 8244; Trib. Busto Arsizio, sez. III, 4 luglio 2020, n. 760; Trib. Vicenza, 1° settembre 2020, n. 1412, tutte in *www.dejure.it*.

⁴²⁴ Quello che PISANI, *L'obbligazione*, cit., 1430, definisce «l'esatto punto economico di caduta dell'inadempimento razionale. Ossia quanto vale l'inadempimento per il convenuto». Secondo l'Autore il calcolo è di così grande importanza che, almeno nei casi più complessi, il giudice potrà certamente chiedere la consulenza tecnica di un esperto. Anche CROCI, *L'esecuzione*, cit., 1714, evidenzia

1.1 Segue. I possibili esiti delle impugnazioni. La stabilità del capo contenente la misura coercitiva.

Al termine del giudizio di impugnazione si possono avere fondamentalmente tre tipologie di esito: la comminatoria è applicata per la prima volta, perché nel grado precedente la relativa richiesta era stata respinta; la misura coercitiva già esistente è confermata; o, ancora, è rimossa o modificata. Resta da vedere come tutto ciò influisca sull'obbligo di pagamento di cui all'art. 614 *bis* c.p.c.

Le prime due ipotesi non pongono particolari problemi: nel primo caso è indubbio che la decorrenza della prestazione sia *ex nunc*, nel secondo il condannato è tenuto a pagare la somma maturata da quando la misura è stata disposta nel grado di giudizio precedente⁴²⁵.

Occorre invece spendere qualche parola in più per il caso in cui la coercitiva subisca dei cambiamenti, sia che essi dipendano da una modifica del capo principale, sia che seguano all'impugnazione del solo capo accessorio.

Partendo dall'eventualità di una variazione in senso peggiorativo per il condannato, quest'ultimo sarà tenuto a pagare la somma più elevata (o magari la medesima somma ma con una maggiore frequenza⁴²⁶) *ex nunc*, quindi dalla chiusura del giudizio di impugnazione, rimanendo fermo invece l'ammontare dell'obbligo per il passato⁴²⁷. La finalità della misura coercitiva, infatti, è convincere l'obbligato ad adempiere, quindi è rivolta al futuro; conseguentemente, non darebbe alcun contributo in quella direzione riscuotere dal condannato la differenza per il tempo già trascorso.

Il mutamento più radicale che può occorrere alla misura coercitiva è la sua cancellazione; il quesito riguarda la sorte degli importi maturati fino a quel momento, se siano dovuti o meno. Qualora la rimozione della misura sia dovuta alla mancanza dei presupposti per applicarla, non ci sono dubbi che nulla sia dovuto da parte del condannato poiché la coercitiva non poteva essere disposta⁴²⁸. Se, invece, la

l'importanza dell'individuazione da parte del giudice della giusta entità della misura coercitiva, dimodoché sia «idonea a privare l'obbligato di interesse all'inadempimento».

⁴²⁵ MONDINI, *L'attuazione*, cit., 170.

⁴²⁶ Ad esempio: non più 100,00 euro per ogni settimana di ritardo nell'adempimento, ma per ogni giorno.

⁴²⁷ MONDINI, *L'attuazione*, cit., 170; CONSOLO-GODIO, *Commento*, cit., 1358.

⁴²⁸ MICCOLIS, *Attuazione*, cit., 1056; DELLE DONNE, *L'introduzione*, cit., 140; MONDINI, *L'attuazione*, cit., 168; CONSOLO-GODIO, *La "impasse"*, cit., 380; NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 167.

cancellazione è conseguente alla negazione dell'esistenza dell'obbligo principale, l'opinione non è unanime: vi è chi ritiene che il pagamento sia ugualmente dovuto, poiché non sarebbe eliminata la causa che lo ha originato, ovvero, sempre secondo il medesimo orientamento, il mancato rispetto dell'ordine impartito dall'autorità giudiziaria. Di questa interpretazione si è già dato conto in chiusura del capitolo I: essa si fonda sull'attribuzione all'art. 614 *bis* di una funzione prettamente sanzionatoria, diretta a punire il mancato adeguamento al *dictum* giudiziale⁴²⁹; quindi, anche se al termine del giudizio di impugnazione la misura coercitiva è rimossa, rimane il fatto che fino a quel momento il condannato ha disobbedito al comando impartito e deve essere sanzionato. Riprendendo quanto scritto in quella sede, trattasi di un pensiero non condivisibile, in quanto riconosce alla norma una finalità di carattere pubblicistico, consistente, appunto, nella tutela dell'autorità dei comandi emanati dall'autorità giudiziaria, chiaramente smentita da elementi come la necessità dell'impulso di parte e la destinazione delle somme di denaro all'avente diritto. Ciò che l'art. 614 *bis* sanziona è l'inadempimento della prestazione, non il mancato rispetto dell'ordine in quanto tale. L'accertamento dell'inesistenza del diritto toglie dunque qualsiasi ragion d'essere alla misura coercitiva e le somme accumulate risultano non dovute e, se già pagate, vanno restituite⁴³⁰. Non solo: qualora il condannato abbia effettivamente prestato l'opera sotto l'effetto coercitivo della misura, egli dovrà anche essere risarcito per avere adempiuto un obbligo non dovuto; come giustamente è stato fatto notare⁴³¹, in caso di obbligo di fare non si potrà che ricorrere ad un risarcimento per equivalente, non essendo ipotizzabile la mera restituzione di quanto prestato come negli obblighi di consegna.

Quanto detto per il caso di rimozione della misura coercitiva vale, proporzionalmente, per l'ipotesi di una sua rimodulazione in senso migliorativo per il condannato. Quest'ultimo, quindi, sarà tenuto per il minore importo *ex tunc* e, qualora abbia già versato, potrà ripetere la differenza, sia nel caso in cui la modifica sia conseguita all'impugnazione del solo capo accessorio, sia che essa sia stata disposta

⁴²⁹ CONSOLO-GODIO, *La "impasse"*, cit., 380.

⁴³⁰ BALENA, *La nuova pseudo-riforma*, cit., 800; CARRATTA, *Le novità*, cit., 727; VALLEBONA, *La misura compulsoria*, cit., 568; BOVE, *La misura coercitiva*, cit., 790; MICCOLIS, *Attuazione*, cit., 1056; SALETTI, *L'esecuzione processuale indiretta*, cit., 518; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Le novità*, cit., 209, nota 60; ASPRELLA, *L'attuazione*, cit., 128; DELLE DONNE, *L'introduzione*, cit., 140; TEDIOLI, *Osservazioni*, cit., 80; CHIARLONI, *L'esecuzione indiretta*, cit., 736; NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 166-167.

⁴³¹ MONDINI, *L'attuazione*, cit., 168; CONSOLO-GODIO, *Commento*, cit., 1359.

come effetto di una riduzione dell'obbligo principale. Per questa seconda eventualità chi ritiene che l'art. 614 *bis* sia una sanzione del mancato rispetto del comando del giudice afferma che la somma più bassa sia dovuta *ex nunc*, dato che la variazione dell'obbligo principale non ha avuto alcun riflesso sulla disobbedienza al giudice manifestatasi fino a quel momento. Di questa teoria, peraltro, si sono appena messi in evidenza i punti critici che impediscono di accoglierla.

Un'ultima notazione. Se nell'ambito del giudizio di impugnazione è stata disposta la sospensione dell'esecutorietà della misura coercitiva ai sensi dell'art. 283 o 373 c.p.c., la prestazione pecuniaria non sarà dovuta e la somma non aumenterà per tutta la durata del provvedimento sospensivo, sia che esso riguardi esclusivamente il capo accessorio, sia che colpisca direttamente il capo principale e di riflesso quello dipendente. In questo secondo caso, in particolare, è da rimarcare quanto detto nel paragrafo precedente: in costanza di sospensiva la prestazione principale non è dovuta, quindi la misura coercitiva non ha motivo di operare. È pertanto corretto affermare che, se in conclusione del grado di impugnazione la misura risulta effettivamente dovuta, essa lo sarà *ex nunc*⁴³².

Una volta esauriti i mezzi di impugnazione, o decorsi inutilmente i termini per la loro proposizione, resta da chiedersi quale grado di stabilità assuma il capo contenente la comminatoria di cui all'art. 614 *bis*. Tutti gli elementi necessari a dare risposta al quesito sono stati già raccolti nello svolgimento dell'elaborato.

Quella con cui è disposta la misura coercitiva è una pronuncia del giudice della cognizione e in quanto tale ad essa si applica l'art. 324 c.p.c.; assume dunque la stabilità del giudicato formale. Pertanto, nel momento in cui non risultano più disponibili le impugnazioni ordinarie, non potranno più essere rimessi in discussione l'*an* della misura e i suoi parametri liquidativi.

Se sull'idoneità al giudicato formale esiste in dottrina uniformità di vedute⁴³³, lo stesso non può dirsi circa l'effetto di cui all'art. 2909 c.c., quello del giudicato

⁴³² SALETTI, *L'esecuzione processuale indiretta*, cit., 518; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Le novità*, cit., 209, nota 60; TEDIOLI, *Osservazioni*, cit., 80. Nello stesso senso si esprime anche CONSOLO, *Una buona "novella"*, cit., 742 (poi anche CONSOLO-GODIO, *La "impasse"*, cit., 380), il quale, nel sostenere che l'art. 614 *bis* tuteli l'autorità del provvedimento giudiziario, non può non constatare che non si può essere sanzionati per il mancato rispetto di un ordine se esso risulta sospeso.

⁴³³ BARRECA, *L'attuazione*, cit., 513; CHIZZINI, *Commento*, cit., 180; DE STEFANO, *L'esecuzione indiretta*, cit., 1183; DE STEFANO, *Note*, cit., 533; MONDINI, *L'attuazione*, cit., 175; SOLDI, *Manuale*, cit., 2005.

sostanziale. Si ripresenta qui, invero, la divisione che sta più a monte tra i favorevoli e i contrari a qualificare il provvedimento di cui all'art. 614 *bis* come pronuncia di merito e la relativa richiesta come domanda in senso proprio. Solo i primi, in coerenza con la loro posizione, ritengono che il capo contenente la misura di coercizione indiretta produca l'effetto previsto dall'art. 2909 c.c.⁴³⁴. Peraltro, si è già avuto modo di vedere⁴³⁵ che ad essere preferibile è quella dottrina che identifica la richiesta di applicare la misura coercitiva come istanza endoprocessuale e il provvedimento che la accoglie come pronuncia di rito. Il motivo è sempre il medesimo: prima e al di fuori del giudizio non esiste alcun diritto alla misura coercitiva indiretta e quindi il provvedimento giudiziale, non trovando una situazione giuridica preesistente su cui intervenire, non può essere qualificato come pronuncia di merito. In quanto provvedimento di rito, quello che dispone l'applicazione della misura di coercizione indiretta non è in grado di produrre gli effetti del giudicato in senso sostanziale⁴³⁶.

⁴³⁴ Per tutti AMADEI, *Una misura coercitiva*, cit., 356-357.

⁴³⁵ Cap. II, sez. II, par. 2; cap. IV, sez. I, par. 4.

⁴³⁶ MONDINI, *L'attuazione*, cit., 176-177. Sulla non idoneità delle pronunce di rito a produrre l'effetto di cui all'art. 2909 c.c. ritorna sovente anche la Cassazione: recentemente Cass. 4 luglio 2014, n. 15383; 16 dicembre 2014, n. 26377; 19 maggio 2021, n. 13603. La conclusione raggiunta nel testo implica che il capo contenente la misura coercitiva non abbia un'efficacia esterna al giudizio in cui è emessa. Questo particolare aspetto, nella vigenza del testo dell'art. 614 *bis* antecedente alla riforma del 2015, determinava un'importante conseguenza, tenuta ben presente in dottrina: cfr. BARRECA, *L'attuazione*, cit., 513-514; IUORIO, *Il nuovo art. 614-bis c.p.c.*, cit., 425; AMADEI, *Una misura coercitiva*, cit., 354-355 (l'Autore, a differenza degli altri qui citati, ritiene che il capo contenente la misura coercitiva produca l'effetto di cui all'art. 2909 c.c., ma allo stesso tempo specifica che, potendo tale effetto riguardare esclusivamente situazioni di diritto sostanziale, l'incontrovertibilità e il vincolo per gli altri giudizi non potrà valere anche per la valutazione attorno alla fungibilità, che quindi può essere disattesa dal giudice dell'esecuzione); BOVE, *La misura coercitiva*, cit., 792-793; ROMITO, *Artt. 614 bis e 96 c.p.c.*, cit., 2356; TEDIOLI, *Osservazioni*, cit., 81; MONDINI, *L'attuazione*, cit., 178-179; GALLETTO, *Le nuove frontiere*, cit., 10-11. Il giudice dell'esecuzione, infatti, non era vincolato alla valutazione data nel giudizio di cognizione sul requisito dell'infungibilità dell'obbligo, che all'epoca era imprescindibile ai fini dell'applicazione della misura coercitiva; per cui era ipotizzabile che la medesima prestazione fosse qualificata in modo diametralmente opposto, con conseguenze concrete certamente particolari: dopo aver ottenuto la condanna dell'obbligato e l'applicazione della misura coercitiva sulla base del riconoscimento dell'infungibilità della prestazione, sarebbe stato possibile adire il giudice dell'esecuzione e ottenere l'avvio dell'esecuzione in forma specifica. Oppure e all'opposto poteva anche accadere che, a seguito del rigetto dell'istanza *ex art. 614 bis* motivato dalla fungibilità dell'obbligo, l'avente diritto si vedesse negata anche l'esecuzione in forma specifica a causa di un'opposta valutazione del giudice dell'esecuzione. A seguito della modifica apportata nel 2015, la rimozione del requisito dell'infungibilità dell'obbligo ha eliminato alla radice la descritta occasione di divergenza tra giudizi: cfr. SOLDI, *Manuale*, cit., 2005.

2. Il provvedimento pronunciato ex art. 614 bis c.p.c. è già titolo esecutivo. L'autoliquidazione del credito ad opera dell'avente diritto.

Il provvedimento recante la misura di coercizione indiretta, secondo quanto previsto dall'art. 614 bis c.p.c., «costituisce titolo esecutivo per ogni violazione o inosservanza»: non è dunque necessaria un'ulteriore pronuncia del giudice della cognizione per la formazione del titolo esecutivo e, quindi, l'accertamento dell'esistenza e dell'entità del credito è rimesso all'avente diritto, secondo un meccanismo di autoliquidazione⁴³⁷. L'ordinamento italiano condivide questo aspetto, ad esempio, con le discipline dei Paesi Benelux⁴³⁸, mentre differisce da quello francese, che invece richiede un secondo giudizio cognitorio per determinare le somme dovute.

Il legislatore non ha fatto altro che recepire la soluzione tecnica normalmente adottata per le condanne in futuro e condizionali, ben riassunta da Trib. Roma, sez. IV, 24 aprile 2019, n. 8771⁴³⁹: esse «accertano l'esistenza attuale dell'obbligo di eseguire una determinata prestazione [nel caso dell'art. 614 bis il pagamento della somma di denaro calcolata con i criteri del giudice, ndr] e il condizionamento parimenti attuale di tale obbligo al verificarsi di una circostanza, il cui avveramento, pur presentandosi differito e incerto, non richieda per il suo accertamento altra indagine all'infuori di quella, da eseguirsi in sede esecutiva, diretta a stabilire se la detta circostanza si sia o non verificata. Conseguentemente, verificatosi l'evento cui è subordinata la condanna,

⁴³⁷ BARRECA, *L'attuazione*, cit., 511; CHIZZINI, *Commento*, cit., 147 e 151; DE STEFANO, *L'esecuzione indiretta*, cit., 1183; DE STEFANO, *Note*, cit., 532; GAMBINERI, *Attuazione*, cit., 323; IUORIO, *Il nuovo art. 614-bis c.p.c.*, cit., 419; MAZZAMUTO, *La comminatoria*, cit., 988; MICCOLIS, *Attuazione*, cit., 1056-1057; SILVESTRI, *Riforma e processo esecutivo*, cit., 514; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Le novità*, cit., 207; ASPRELLA, *L'attuazione*, cit., 130, nota 61; CONSOLO, *Spiegazioni*, 2012, cit., 162; TEDIOLI, *Osservazioni*, cit., 79; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Misure coercitive fra condanna e tutela esecutiva*, cit., 400; RECCHIONI, *L'attuazione forzata*, cit., 1490, DE ANGELIS F., *Obblighi infungibili*, cit., 183; CAPPONI, *Ancora su astreinte*, cit., 570; VINCRE, *Le misure coercitive*, cit., 388; CONSOLO-GODIO, *La "impasse"*, cit., 379; CROCI, *L'esecuzione*, cit., 1701; VULLO, *Commento*, cit., 942; NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 159-160; SOLDI, *Manuale*, cit., 2003. Per la giurisprudenza cfr. Trib. Milano, sez. Proprietà Industriale e Intellettuale, 9 giugno 2011; Trib. Milano, sez. III, 18 agosto, 2016, n. 9701; Trib. Milano, sez. III, 29 giugno 2018, n. 7402; Trib. Roma, sez. IV, 24 aprile 2019, n. 8771; Trib. Piacenza, 2 gennaio 2020, n. 2, tutte in *www.dejure.it*. Di contrario avviso è un'ordinanza del Tribunale di Roma del 2 febbraio 2017 (con nota critica di COREA, *Disorientamenti in materia di esecuzione delle misure coercitive indirette ex art. 614 bis c.p.c.: al creditore non basta il titolo esecutivo e l'autoliquidazione nel precetto delle somme dovute ma deve previamente introdurre un giudizio di cognizione per la relativa quantificazione*, in *www.judicium.it*, 2017) secondo la quale prima di avviare l'espropriazione forzata sarebbe necessario un giudizio che accerti l'esistenza delle violazioni lamentate. Posizione questa che è rimasta isolata.

⁴³⁸ Si veda al riguardo l'art. 1385 quater del *Code judiciaire* belga, che, riportando il testo dell'art. 3 della Convenzione Benelux sull'*astreinte*, afferma che la parte che ha ottenuto la condanna «*peut en poursuivre le recouvrement en vertu du titre même qui prévoit*».

⁴³⁹ In *www.dejure.it*. Cfr. anche Trib. Roma, sez. IV, 17 agosto 2020, n. 11590, sempre in *www.dejure.it*.

questa acquista l'efficacia di titolo esecutivo per un diritto certo, liquido ed esigibile, ai sensi dell'art 474 c.p.c.». Nel caso dell'art. 614 *bis*, una volta prodottasi l'inosservanza del comando giudiziale, sussiste in capo all'avente diritto un credito certo, esigibile «e anche liquido, in quanto quest'ultimo requisito, per giurisprudenza consolidata, non va inteso in senso assoluto ma nel senso che il *quantum* della pretesa deve essere anche solo determinabile attraverso un calcolo aritmetico compiuto sulla scorta dei dati risultanti dal titolo»⁴⁴⁰. Ed è ciò che avviene con le misure di coercizione indiretta: dato che «il provvedimento sancisce in modo preciso l'obbligo vigente tra le parti e rigidamente il criterio di calcolo della somma dovuta a titolo di inottemperanza [...], il credito non può dirsi illiquido, se non accogliendo appunto una nozione assoluta e restrittiva del termine»⁴⁴¹.

Il provvedimento di condanna, si diceva, è titolo esecutivo, quindi consente di avviare l'esecuzione forzata. Di qui a poco si focalizzerà l'attenzione su questa ultima fase processuale, che, peraltro, è solo eventuale e non è di certo l'unica vicenda cui il credito maturato per l'operare della misura coercitiva può andare incontro. Banalmente, invero, nulla esclude che intervenga lo spontaneo adempimento/pagamento da parte del debitore⁴⁴², né che il credito possa essere portato in compensazione⁴⁴³. In caso di mancato esercizio, poi, il diritto potrebbe prescrivere. Mancando un'indicazione specifica, si deve ritenere che, in base all'art. 2946 c.c., il termine di prescrizione sia quello ordinario di dieci anni. La decorrenza di tale prescrizione è questione da approfondire, poiché è in grado di dire qualcosa di rilevante sul diritto alla prestazione pecuniaria; in tal senso è determinante il parallelo con l'ordinamento belga. Lì è espressamente previsto che l'*astreinte* si prescriva in un termine di sei mesi da quando è dovuta⁴⁴⁴ ed è opinione condivisa in dottrina e giurisprudenza che la decorrenza della prescrizione debba essere fissata separatamente per ogni unità di *astreinte* dovuta; in altre parole, in corrispondenza di ogni singolo giorno di ritardo (o altra unità di tempo indicata dal giudice) o di ogni singola violazione del comando inizia a decorrere un autonomo termine di prescrizione. Si faccia questo esempio: il giudice dispone che, in

⁴⁴⁰ Trib. Piacenza, 2 gennaio 2020, n. 2, in www.dejure.it.

⁴⁴¹ Così ancora Trib. Piacenza, 2 gennaio 2020, n. 2, in www.dejure.it.

⁴⁴² RECCHIONI, *L'attuazione forzata*, cit., 1482.

⁴⁴³ Per un esempio concreto cfr. Trib. Milano, sez. III, 29 giugno 2018, n. 7402, in www.dejure.it.

⁴⁴⁴ Così il *Code judiciaire* belga al suo art. 1385 *octies*: «L'*astreinte* se prescrit par l'expiration d'un délai de six mois, à partir de la date à laquelle elle est encourue».

caso di mancata esecuzione della prestazione, a partire dal 15 giugno 2021 il condannato sarà soggetto ad un'*astreinte* di euro 100,00 per ogni giorno di ritardo nell'adempire l'obbligo. Qualora l'obbligato rimanga effettivamente inadempiente, l'*astreinte* dovuta per il 15 giugno si prescriverà il 15 dicembre, quella dovuta per il 16 giugno si prescriverà il 16 dicembre, e così via. Quindi in corrispondenza di ogni unità di tempo di ritardo e di ogni inosservanza sorge un autonomo diritto dotato di un proprio termine di prescrizione⁴⁴⁵.

A parere di chi scrive, la misura di coercizione indiretta *ex art. 614 bis* non condivide questa caratteristica⁴⁴⁶. Il funzionamento della prescrizione dell'*astreinte* belga è coerente con la *ratio* che sta dietro il breve termine semestrale assegnatole, ovvero evitare che l'*astreinte* stessa raggiunga un ammontare sproporzionato a causa dell'inattività dell'avente diritto: così esplicitamente la Convenzione Benelux del 1972⁴⁴⁷. È quindi addossato all'avente diritto un onere di attivarsi quanto meno ogni sei mesi per recuperare interamente la somma accumulatasi. Nell'ordinamento italiano non è presente questa preoccupazione e non c'è nulla di negativo in questo, visto che il condannato può in qualsiasi momento bloccare l'aumento delle somme dovute adempiendo ciò a cui è tenuto in base ad un provvedimento del giudice. Risulta quindi più in linea con l'istituto di coercizione indiretta italiano prevedere che la prescrizione decennale inizi a decorrere dal primo ritardo ovvero dalla prima violazione del provvedimento e che, una volta trascorso il termine, sia l'intera somma dovuta a prescriversi⁴⁴⁸. Con ciò si esclude che esistano tanti diritti quante sono le violazioni poste in essere dal condannato; il diritto è uno solo, dall'ammontare indeterminato ma determinabile sulla base dei criteri dati dal giudice.

⁴⁴⁵ MOREAU-MARGREVE, *L'astreinte*, cit., 34; VON COMPERNOLLE-DE LEVAL, *L'astreinte*, cit., 91, con riferimenti giurisprudenziali alla nota 4.

⁴⁴⁶ Non è dato riscontrare in dottrina prese di posizione sul tema. In giurisprudenza si veda Trib. Varese, sez. I, 17 febbraio 2011, in *www.dejure.it*, che, fissando una misura coercitiva di euro 200,00 per ogni violazione o inosservanza successiva dell'obbligo accertato, così precisa: «Ogni violazione costituisce infrazione all'obbligo giudizialmente imposto e, pertanto, per ogni violazione matura un credito separato di euro 200,00 cumulabile con quelli già maturati». Nello stesso senso anche Trib. Bergamo, sez. IV, 25 febbraio 2017, n. 489, in *www.dejure.it*.

⁴⁴⁷ «*Il serait contraire au but de l'astreinte et à l'équité de permettre au créancier de laisser s'accumuler par son inaction les astreintes encourues jusqu'au jour où elles auraient atteint un total démesuré*».

⁴⁴⁸ Riprendendo l'esempio fatto poco fa nel testo e ipotizzando che l'inadempimento si sia protratto per un anno, il mancato esercizio del diritto per dieci anni a partire dal 15 giugno 2021 comporterà la prescrizione non solo della quota di euro 100,00 corrispondente al primo giorno, *rectius* alla prima unità, di ritardo, ma dell'importo complessivo di euro 36.500,00 (euro 100 X giorni 365).

Questa ricostruzione, tra l'altro, consente di evitare equivoci nell'identificazione di condotte di frazionamento del credito, contro le quali la giurisprudenza si è ripetutamente pronunciata⁴⁴⁹. Si pensi al caso in cui Caio, su domanda di Tizio, sia stato condannato a pagare una somma di euro 50,00 per ogni giorno di ritardo nell'eseguire una data prestazione. Trascorsi cento giorni, se Tizio agisse in via espropriativa per l'equivalente dei primi trenta giorni, porrebbe in essere un evidente frazionamento⁴⁵⁰, a patto però di considerare il diritto di credito in modo unitario. Se, infatti, da ogni giorno di ritardo iniziasse a decorrere un autonomo termine di prescrizione e sorgesse, quindi, un diritto a sé stante, quel frazionamento tanto evidente sopra descritto continuerebbe ad esserlo per buon senso, ma non lo sarebbe formalmente. Una precisazione sul tema è d'obbligo: mantenendo lo stesso esempio di prima, se Tizio non avesse intentato il processo esecutivo dopo trenta giorni bensì al centesimo giorno, qualora poi Caio avesse continuato a non adempiere l'obbligo, la somma di denaro dovuta avrebbe continuato ad accumularsi, ma non si sarebbe verificato un frazionamento del credito, poiché al momento dell'avvio dell'espropriazione forzata Tizio stava agendo per l'intero. È quindi nelle facoltà dell'avente diritto instaurare più processi esecutivi «con distinti precetti notificati alla scadenza di ciascun periodo o dopo il compimento di ciascuna violazione o inosservanza»⁴⁵¹.

3. La fase esecutiva. La concorrenza della misura coercitiva indiretta con l'esecuzione in forma specifica.

Al termine del giudizio in cui è stata concessa la misura coercitiva indiretta, l'avente diritto si trova dotato di un titolo esecutivo per mezzo del quale riscuotere le somme eventualmente maturate a causa dell'inosservanza del comando del giudice da parte dell'obbligato.

Se fino al 2015 quel titolo esecutivo era anche l'unico concedibile e ipotizzabile a seguito dell'accoglimento dell'istanza di cui all'art. 614 *bis* c.p.c., vista l'applicabilità della norma esclusivamente negli spazi di impraticabilità dell'esecuzione forzata, a

⁴⁴⁹ Rimangono punti di riferimento le sentenze delle Sezioni Unite della Cassazione n. 23726 del 15 novembre 2007 e n. 4090 del 16 febbraio 2017.

⁴⁵⁰ BARRECA, *L'attuazione*, cit., 511; MONDINI, *L'attuazione*, cit., 192.

⁴⁵¹ BARRECA, *L'attuazione*, cit., 511. Concorde DE STEFANO, *L'esecuzione indiretta*, cit., 1184; DE STEFANO, *Note*, cit., 535. Per NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 164, il giudice potrà, in base alle caratteristiche del caso concreto, riscontrare una fattispecie di frazionamento del credito.

seguito della riforma è oggi possibile che la misura coercitiva sia applicata in presenza di un obbligo fungibile; conseguentemente, l'attore vittorioso può avere a sua disposizione due titoli esecutivi, uno per l'esecuzione in forma specifica e uno per l'espropriazione⁴⁵².

Vi è chi vede in questa coesistenza un rischio di eccessivo e ingiustificato arricchimento in capo all'attore, il quale potrebbe scegliere di rimanere inerte nell'attesa dell'adempimento dell'obbligato, sapendo di poter trovare uguale soddisfacimento mediante l'esecuzione in forma specifica e vedendo nel frattempo progressivamente aumentare le somme spettanti derivanti dal protratto inadempimento⁴⁵³. Per scongiurare tale eventualità, è stato allora suggerito di escludere la cumulabilità della misura coercitiva con l'esecuzione forzata in forma specifica; in presenza di prestazione fungibile, dunque, l'attore sarebbe chiamato a scegliere uno dei due mezzi rinunciando all'altro per veder soddisfatto il suo diritto⁴⁵⁴. Altri, sempre con la preoccupazione di evitare uno smodato arricchimento del titolare del diritto, ritengono che sia manifestamente iniquo disporre la misura coercitiva quando l'esecuzione forzata è praticabile senza difficoltà; non ci sarebbe quindi nemmeno spazio per un'alternativa, dovendo l'istanza di cui all'art. 614 *bis* essere direttamente rigettata. Il cumulo diverrebbe ammissibile quando la tecnica surrogatoria è in astratto possibile, ma in concreto di difficile attuazione⁴⁵⁵.

Nel paragrafo precedente si è visto che nei Paesi Benelux l'evenienza di un incontrollato incremento del denaro dovuto dalla parte condannata è specificamente tenuta in considerazione, e per farvi fronte è previsto che l'*astreinte* si prescriva in un termine di sei mesi da quando è dovuta. Sebbene dalla Convenzione Benelux del 1972 emerga una preoccupazione per l'eccessivo arricchimento in sé e per sé e non solo se

⁴⁵² GAMBOLI, *Le misure*, cit., 1286; CONSOLO-GODIO, *La "impasse"*, cit., 378; CROCI, *L'esecuzione*, cit., 1702; VULLO, *Commento*, cit., 927; NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 160, nota 102.

⁴⁵³ MONTELEONE, *Misure coercitive*, cit., 550. GAMBOLI, *Le misure*, cit., 1286, nota 36, anche se è a favore dell'opzione della cumulabilità (cfr. nota 457), auspica una modifica dell'art. 614 *bis* che preveda la destinazione delle somme di denaro allo Stato.

⁴⁵⁴ MONTELEONE, *Misure coercitive*, cit., 550 e 552-553. Anche Trib. Trento, sez. I, 22 gennaio 2016, n. 71, in *www.dejure.it*, si dimostra contraria alla cumulabilità tra coercizione indiretta ed esecuzione specifica, che comporterebbe «una duplicazione delle voci di danno», visto che, «in caso di mancato adempimento di un obbligo di fare fungibile», l'avente diritto «otterrebbe sia l'utilità originaria che la somma dovuta a titolo di pena pecuniaria».

⁴⁵⁵ MAZZAMUTO, *L'astreinte all'italiana*, cit., 29-31, fautore di tale indirizzo, parla a riguardo di «cumulo temperato»; si veda anche BOVE, *Diritto e processo*, cit., 399-400.

legato alla contestuale praticabilità dell'esecuzione forzata in forma specifica, sta di fatto che una previsione di tal genere non è contemplata nell'ordinamento italiano, nemmeno per la penalità di mora del processo amministrativo, dove un breve termine di prescrizione sarebbe particolarmente utile a limitare l'indebitamento della P.A., prima ancora che a frenare l'arricchimento del privato.

Anche in quella sede si pone la questione della cumulabilità tra strumenti di surrogazione e di coercizione indiretta, ovvero, rispettivamente, tra la nomina del commissario *ad acta* [art. 114, comma 4°, lett. d), c.p.a.] e la penalità di mora [art. 114, comma 4°, lett. e), c.p.a.]. Va detto che a differenza del processo civile, in quello amministrativo non è configurabile un'inerzia del privato nell'attivare il rimedio surrogatorio, che non si trova affatto nella sua disponibilità, visto che è il giudice dell'ottemperanza a decidere se occorra nominare il commissario *ad acta*, il quale poi svolge la sua attività a prescindere da un qualsiasi *input* proveniente dalla parte. In altre parole, nel giudizio amministrativo l'aumento delle somme dovute non dipende in alcun modo dalla condotta processuale dell'attore vittorioso. La prospettiva di un eccessivo peso in capo alla P.A. non è un motivo sufficiente per negare il cumulo tra coercizione indiretta e surrogazione, visto che l'obbligato pubblico mediante l'adempimento potrebbe evitare l'una e l'altra. La considerazione vale in generale, ma ancora di più nel processo amministrativo, dato che, come si è avuto modo di vedere⁴⁵⁶, la penalità di mora può essere applicata solo in sede di ottemperanza, il che significa che l'inadempimento è proseguito anche dopo la pronuncia del giudice della cognizione.

A questo punto, tornando all'art. 614 *bis*, ci si deve domandare se la piena disponibilità che la parte vittoriosa ha del rimedio surrogatorio, ovvero dell'esecuzione in forma specifica, porti ad una soluzione differente da quella vista per il processo amministrativo, e quindi all'esclusione della contestualità di surrogazione e coercizione indiretta. La risposta è negativa e allineata all'opinione prevalente, favorevole all'opzione della cumulabilità⁴⁵⁷: l'arricchimento dell'avente diritto, infatti, non risulta né eccessivo né ingiustificato. Basterebbe a dimostrarlo la considerazione di fondo per

⁴⁵⁶ Cap. III, par. 2.

⁴⁵⁷ GALLETTO, *Le nuove frontiere*, cit., 12; GAMBOLI, *Le misure*, cit., 1286; MAZZAMUTO, *L'astreinte all'italiana*, cit., 16; SALETTI, *Commento all'art. 614-bis*, cit., 342; CAPPONI, *Ancora su astreinte*, cit., 576-577; VINCRE, *Le misure coercitive*, cit., 387; CROCI, *L'esecuzione*, cit., 1709-1710; NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 176-179; SOLDI, *Manuale*, cit., 1999-2000. Prima della modifica apportata nel 2015 si esprimevano a favore di un ipotetico cumulo CHIZZINI, *Commento*, cit., 162; LOMBARDI, *Le modifiche*, cit., 2088-2089; MAZZAMUTO, *La comminatoria*, cit., 965-966.

cui il condannato potrebbe evitare qualsiasi ulteriore addebito semplicemente adempiendo l'obbligo così come riconosciuto esistente dal giudice. Ma si aggiungano altri due spunti: *in primis*, le somme spettanti sono determinate dal giudice secondo le modalità indicate dal secondo comma dell'art. 614 *bis*, e, come visto in precedenza⁴⁵⁸, la fungibilità della prestazione, quindi la praticabilità dell'esecuzione forzata, rientra tra le valutazioni che il giudice può svolgere attorno alla «natura della prestazione»⁴⁵⁹. In secondo luogo, e più in generale, lo scopo della coercizione indiretta nelle sue varie forme è quello di spingere l'obbligato ad adempiere: sul funzionamento del meccanismo deve incidere esclusivamente l'inattività dell'inadempiente e non anche quella della parte vittoriosa⁴⁶⁰.

Posta dunque la cumulabilità dei mezzi, resta da capire come essa si atteggi e, primariamente, quali siano gli effetti dell'utilizzo di uno dei due titoli esecutivi sull'altro. Se ad essere avviata per prima è l'espropriazione forzata sulla base del titolo formatosi *ex art.* 614 *bis* per le somme fino a quel momento accumulate, persistendo l'inadempimento rimarrà certamente attivabile la procedura di esecuzione in forma specifica⁴⁶¹. È quando quest'ultima è instaurata che le conseguenze sono più complesse da stabilire. Se è giusto ritenere che le somme dovute dal condannato continuino a crescere finché egli sia nella possibilità di adempiere, è proprio l'individuazione di tale momento ad essere ostica, potendo essa rappresentare una tra le principali occasioni di controversia tra esecutante e debitore esecutato. L'alternativa è attendere un intervento nomofilattico se non legislativo che individui una fattispecie ben precisa, come potrebbe essere, secondo quanto suggerito in dottrina, la nomina dell'ufficiale giudiziario ai sensi dell'art. 612, comma 2°, c.p.c. se si tratta di obblighi di fare e di non fare⁴⁶²; ma

⁴⁵⁸ Cap. IV, sez. I, par. 3.

⁴⁵⁹ Anche NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 178, nota 145, ritiene che il giudice della cognizione, determinando i criteri liquidativi della misura, giochi un ruolo decisivo per evitare che l'avente diritto si arricchisca in modo eccessivo.

⁴⁶⁰ Per MONTELEONE, *Misure coercitive*, cit., 553, invece, esiste sull'attore vittorioso un vero e proprio onere di avviare con celerità l'esecuzione in forma specifica, tanto da ritenere che dall'importo calcolato dovrà essere scomputata quella parte che l'avente diritto avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza, secondo il disposto dell'art. 1227 c.c.

⁴⁶¹ LOMBARDI, *Le modifiche*, cit., 2088; VINCRE, *Le misure coercitive*, cit., 388.

⁴⁶² VINCRE, *Le misure coercitive*, cit., 387. Si veda anche GAMBOLI, *Le misure*, cit., 1286, nota 37, il quale aggiunge come soluzioni anche il deposito del ricorso *ex art.* 612 c.p.c. (come suggerito da VALLONE, *Le misure coercitive*, cit., 44) oppure la fine delle attività di esecuzione in forma specifica, quando cioè certamente non vi è più possibilità di adempimento personale del condannato. Per CONSOLO-GODIO, *La "impasse"*, cit., 378-379, la somma continua a crescere, a seconda del tipo di esecuzione in forma specifica, fino a che «la cosa oggetto di consegna non sia stata appresa dall'ufficiale

potrebbe essere lo stesso giudice della cognizione, nel provvedere ai sensi dell'art. 614 *bis*, a dare una indicazione puntuale riferita al caso concreto.

Altra questione è quella del coordinamento tra i due processi esecutivi. Al riguardo, è stato acutamente osservato⁴⁶³ che la condanna-titolo esecutivo per la riscossione delle somme coercitive rimane pur sempre contraddistinta dalla sua accessorietà rispetto alla condanna principale che è invece titolo per l'esecuzione in forma specifica. Pertanto, si deve ritenere che le vicende occorse al processo esecutivo instaurato *ex artt.* 605 e ss. o 612 e ss. c.p.c. incidano sulla concreta operatività della misura coercitiva: per esempio, la sospensione di quello comporta che la misura coercitiva non sia dovuta finché il diritto a procedere ad esecuzione forzata sia riconosciuto esistente, allo stesso modo di quanto avviene quando la sospensione è disposta ai sensi degli artt. 283 e 373 c.p.c.⁴⁶⁴.

3.1 *Segue.* Il provvedimento che dispone la misura coercitiva è titolo esecutivo anche per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento.

L'art. 614 *bis* c.p.c., come è stato fatto notare da più parti, stabilisce che «il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza», senza citare il ritardo nell'esecuzione del provvedimento. L'assenza di tale riferimento può essere interpretata in tre diversi modi.

giudiziario», fino a che «l'ufficiale giudiziario non si sia recato per apprendere le chiavi dell'immobile» o fino a che il giudice dell'esecuzione non abbia incaricato il terzo che dovrà occuparsi di eseguire la prestazione *ex art.* 612 c.p.c. Per SOLDI, *Manuale*, cit., 2000, più in generale occorre attendere l'utile conclusione del processo esecutivo. Nell'ambito del processo amministrativo la questione è direttamente connessa a quella di più ampia portata concernente il momento in cui avviene il definitivo trasferimento del potere di provvedere dall'amministrazione al commissario *ad acta*, poiché, una volta compiutosi tale passaggio, l'amministrazione viene a trovarsi in un'oggettiva sopravvenuta impossibilità di adempiere che impedirebbe alla penalità di mora di aumentare ulteriormente. Questo secondo quanto affermato con sentenza n. 7 del 9 maggio 2019 dall'Adunanza Plenaria, che in quell'occasione aveva individuato tale decisivo momento nell'insediamento del commissario *ad acta*; recentemente (sentenza n. 8 del 25 maggio 2021), tuttavia, il medesimo organo ha espresso il seguente principio di diritto: «Gli atti emanati dall'amministrazione, pur in presenza della nomina e dell'insediamento del commissario *ad acta*, non possono essere considerati di per sé affetti da nullità, in quanto gli stessi sono adottati da un soggetto nella pienezza dei propri poteri, a nulla rilevando a tal fine la nomina o l'insediamento del commissario». In questo modo anche nel giudizio amministrativo scompare il punto di riferimento formale in cui far cessare l'incremento della penalità, dovendosi pertanto ritenere che esso continui fino a che l'amministrazione sia concretamente in grado di adempiere. Per una puntuale esposizione delle varie ricostruzioni avanzate in giurisprudenza e dottrina circa i rapporti tra commissario *ad acta* e amministrazione si veda SPADARO, *Modificabilità dell'astreinte*, cit., 158 e ss.

⁴⁶³ NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 178-179.

⁴⁶⁴ Ancora NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 179, ma con riferimento a questa specifica casistica si veda anche SOLDI, *Manuale*, cit., 2000, soprattutto nota 56.

In base al primo, nei casi in cui la comminatoria pecuniaria sia stabilita in una certa misura per ogni unità di tempo di ritardo, il relativo provvedimento non sarebbe di per sé idoneo ad avviare l'espropriazione forzata⁴⁶⁵ e sarebbe necessaria un'ulteriore fase giudiziale davanti al giudice della cognizione per provvedere alla formazione del titolo esecutivo⁴⁶⁶. Tale opzione presta il fianco, a parere di chi scrive, a due rilievi: primariamente, un trattamento tanto differente tra le misure legate al tempo e quelle dipendenti dal numero di inadempimenti dovrebbe quanto meno essere espressamente indicato dal legislatore, visto che manca di una plausibile giustificazione. In secondo luogo, non vi è alcun accenno ad una seconda fase giudiziale di cognizione dedicata all'accertamento del ritardo e alla liquidazione degli importi, a differenza di quanto avviene nell'ordinamento francese, che adotta proprio tale sistema (peraltro senza distinguere tra il caso in cui l'*astreinte* sia legata al protrarsi del ritardo o al numero di violazioni).

Una diversa soluzione consisterebbe nel valorizzare ugualmente l'assenza del riferimento al ritardo, ma non nel modo *tranchant* appena visto secondo il quale il provvedimento non sarebbe titolo esecutivo, bensì nel senso che la pronuncia è titolo esecutivo anche in questo caso, ma non per *ogni* ritardo. Come si è già avuto modo di vedere, quella con cui il giudice fissa la somma dovuta per il perdurare dell'inadempimento è una condanna la cui efficacia è sospensivamente condizionata al verificarsi di un evento futuro e incerto⁴⁶⁷. Ora, se il provvedimento è titolo esecutivo «per ogni violazione o inosservanza» è chiaro che siano queste a rappresentare la condizione, l'evento futuro e incerto da cui dipende l'efficacia del titolo. Il ritardo non è citato accanto alla violazione e all'inosservanza e questo significherebbe, secondo l'ipotesi che si sta sviluppando, che esso non sia considerato alla stregua di una condizione dell'efficacia del provvedimento. I risvolti pratici di questa ricostruzione possono essere mostrati con un esempio. Si pensi al caso in cui Tizio abbia commissionato a Caio la costruzione di un edificio. Il mancato tempestivo inizio dei lavori ha convinto Tizio a rivolgersi al giudice, chiedendo tra l'altro l'applicazione dell'art. 614 *bis* c.p.c. Il giudice, in accoglimento della domanda dell'attore, fissa in 50,00 euro la somma dovuta da Caio per ogni giorno di ritardo nell'aprire il cantiere.

⁴⁶⁵ BALENA, *La nuova pseudo-riforma*, cit., 799.

⁴⁶⁶ Per quest'ulteriore precisazione si veda VALLEBONA, *La misura compulsoria*, cit., 568.

⁴⁶⁷ Par. 4, sez. I di questo capitolo.

Dopo novanta giorni dalla notificazione del provvedimento Caio è ancora inadempiente e Tizio decide di mettergli pressione agendo in via espropriativa per l'importo dovuto fino a quel momento, pari a 4.500,00 euro (50,00 euro al giorno per novanta giorni). Trascorsi altri sessanta giorni, Caio dà avvio alle operazioni. Se l'efficacia esecutiva della condanna dipendesse dal ritardo, *rectius* da ogni ritardo, Tizio potrebbe pretendere l'importo – 3.000,00 euro – maturato in quegli ulteriori sessanta giorni; tuttavia, si sta ipotizzando di escludere che il ritardo abbia valore condizionante. Eppure lo stesso Tizio ha legittimamente agito in espropriazione per i “primi” 4.500,00 euro; ma in quel caso, questo è il punto decisivo, si era ancora in costanza di inadempimento o, con parole diverse, non si era ancora verificato l'adempimento. L'idea che si fa strada è allora la seguente: l'efficacia del titolo esecutivo non sarebbe sospensivamente condizionata al ritardo, ma risolutivamente condizionata all'adempimento. Questa ipotesi interpretativa non trova smentite nel testo dell'art. 614 *bis*; anzi, è massimamente aderente alla disposizione. Piuttosto si scontra con il funzionamento stesso della coercizione indiretta, in quanto la sanzione del condannato smetterebbe di dipendere esclusivamente dalla sua condotta illecita, imponendo anche un onere di attivarsi all'avente diritto.

L'opzione ermeneutica preferibile, dunque, risulta essere quella condivisa dalla netta maggioranza degli interpreti, nonché la più semplicistica: il provvedimento di condanna è titolo esecutivo anche per il caso di ritardo nell'esecuzione del provvedimento, potendosi ciò giustificare o come una mera dimenticanza del legislatore⁴⁶⁸ o facendo rientrare il ritardo negli ampi concetti di «violazione» e «inosservanza»⁴⁶⁹. Probabilmente le sparute ritrosie nell'accettare queste ragionevoli soluzioni derivano da un equivoco di fondo, consistente nel ritenere che una «violazione» o «inosservanza» si possa verificare solo con obblighi di non fare⁴⁷⁰; così l'assenza del riferimento al ritardo assume una valenza ulteriore, poiché significa che

⁴⁶⁸ TOMMASEO, *L'esecuzione indiretta*, cit., 280. Di questo parere sembrano anche MAZZAMUTO, *La comminatoria*, cit., 967, nota 41; PAGNI, *La “riforma”*, cit., 1317; SILVESTRI, *Riforma e processo esecutivo*, cit., 514.

⁴⁶⁹ CHIZZINI, *Commento*, cit., 152; SALETTI, *L'esecuzione processuale indiretta*, cit., 513; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Le novità*, cit., 207; ASPRELLA, *L'attuazione*, cit., 129; TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette*, cit., 315; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Misure coercitive fra condanna e tutela esecutiva*, cit., 400; CHIARLONI, *L'esecuzione indiretta*, cit., 735; VULLO, *Commento*, cit., 941.

⁴⁷⁰ Come sostengono i vari BALENA, *La nuova pseudo-riforma*, cit., 799; CHIZZINI, *Commento*, cit., 150; LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., 237 e 239, MAZZAMUTO, *La comminatoria*, cit., 967, nota 41; BOVE, *La misura coercitiva*, cit., 788-789; MICCOLIS, *Attuazione*, cit., 1056; SILVESTRI, *Riforma e processo esecutivo*, cit., 511-512.

mancono indicazioni circa l'operatività della misura coercitiva in presenza di obblighi di fare e dare⁴⁷¹. Trattasi di una ripartizione che non ha fondamento, poiché, se da una parte è vero che non è immaginabile un ritardo nell'adempimento di obblighi di non fare, dall'altra non è altrettanto vero che non si possa violare o non osservare un obbligo di fare o dare⁴⁷². Con questa precisazione si ritiene che l'assenza del riferimento al ritardo nell'esecuzione del provvedimento sia stata ricondotta nei suoi giusti confini.

3.2 Segue. L'autoliquidazione nel precetto ad opera del creditore e l'opposizione all'esecuzione come mezzo di tutela del debitore esecutato.

Non essendo prevista una fase di liquidazione giudiziale, è l'avente diritto a provvedere alla determinazione della somma spettantegli, secondo un meccanismo di autoliquidazione per il quale il legislatore italiano si è chiaramente ispirato agli ordinamenti Benelux.

I criteri di calcolo saranno quelli stabiliti dal giudice sulla base del secondo comma dell'art. 614 *bis* c.p.c.: così, se nel provvedimento risultano dovuti, ad esempio, euro 50,00 per ogni giorno di ritardo nell'adempimento dell'obbligo, nel caso di un'inadempienza protratta per 100 giorni l'attore vittorioso indicherà nel precetto la somma di euro 5.000,00, nonché il calcolo eseguito (euro 50,00 x giorni 100). Nel caso di obbligo di fare o dare dovrà essere anche attestata la situazione di persistente inadempimento al momento dell'avvio dell'esecuzione, mentre se si tratta di prestazione di non fare sarà necessario indicare i vari episodi in cui si è concretata la lamentata violazione⁴⁷³. Per il resto si applicherà la disciplina prevista per l'espropriazione forzata^{474 475}.

⁴⁷¹ Tant'è vero che SALETTI, *L'esecuzione processuale indiretta*, cit., 513-514, afferma che, se per la mancanza del riferimento al ritardo nell'esecuzione del provvedimento si privasse di efficacia esecutiva la pronuncia giudiziale, «le obbligazioni di fare infungibile rimarrebbero prive di tutela esecutiva».

⁴⁷² VALLEBONA, *La misura compulsoria*, cit., 568. G.F. RICCI, *La riforma*, cit., 90-91, ritiene che la distinzione tra violazione o inosservanza da una parte e ritardo dall'altro sia inutile.

⁴⁷³ MERLIN, *Prime note*, cit., 1550, che addirittura propone che tali indicazioni siano inserite all'art. 480 c.p.c. come obbligatorio contenuto del precetto quando è avviata l'espropriazione sulla base del titolo di cui all'art. 614 *bis*; la conseguenza in caso di inosservanza sarebbe la nullità, aspetto che trova concorde CHIARLONI, *L'esecuzione indiretta*, cit., 735-736. Sulla necessità di una puntuale indicazione dei fatti che giustificano l'ammontare della somma indicata nel precetto cfr. AMADEI, *Una misura coercitiva*, cit., 351; BOVE, *La misura coercitiva*, cit., 791; TEDIOLI, *Osservazioni*, cit., 79; TOMMASEO, *L'esecuzione indiretta*, cit., 282-283; DE ANGELIS F., *Obblighi infungibili*, cit., 188; VINCRE, *Le misure coercitive*, cit., 388; CAPPONI, *Dall'esecuzione civile*, cit., 371; NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 150, nota 84.

⁴⁷⁴ BARRECA, *L'attuazione*, cit., 511.

È bene liberare il campo dall'idea che il computo svolto dal creditore sia incontestabile. Al debitore esecutato, infatti, rimane pur sempre l'opposizione all'esecuzione⁴⁷⁶, con cui potrà far valere l'errata liquidazione da parte del creditore, adducendo un errore di calcolo nell'applicazione dei criteri forniti dal giudice⁴⁷⁷ oppure contestando il numero di violazioni o ritardi imputati⁴⁷⁸. Non solo: l'opposizione potrà

⁴⁷⁵ Un breve cenno va dedicato all'esecuzione della misura coercitiva indiretta quando concessa in sede cautelare. La questione che si pone è se si applichi o meno la disciplina di cui all'art. 669 *duodecies* c.p.c., relativa all'attuazione delle misure cautelari. La soluzione preferibile è quella prospettata da MONDINI, *L'attuazione*, cit., 123-124 e 172: l'Autore nega che il capo contenente la misura coercitiva abbia natura cautelare in quanto non subordinato ai requisiti del *fumus boni juris* e del *periculum in mora*, e questo basta ad escludere l'applicabilità dell'art. 669 *duodecies*; dato che l'art. 614 *bis* parla espressamente di «titolo esecutivo», opereranno allora le norme sull'esecuzione forzata, comprese quelle, altrimenti escluse dalla disciplina del procedimento cautelare, che contemplano la notifica del precetto. Tale ricostruzione è condivisa da CONSOLO-GODIO, *Commento*, cit., 1354. RECCHIONI, *L'attuazione forzata*, cit., 1493, pur attribuendo natura cautelare al capo coercitivo (1488-1489), ritiene che a prevalere sia la qualità di titolo esecutivo attribuita dalla legge; come il capo sulle spese (1480), quindi, esso deve sottostare alla disciplina in materia di notificazione di titolo esecutivo e precetto (nello stesso senso COREA, *Disorientamenti*, cit.). Per CIATTI CAIMI, *L'esecuzione processuale indiretta*, cit., 38, e VULLO, *Commento*, cit., 943, invece, l'art. 669 *duodecies* va applicato alla lettera nel suo richiamo agli artt. 491 e ss. c.p.c., con conseguente esclusione della fase prodromica del processo esecutivo. Una opzione ancora diversa è quella descritta da TOMMASEO, *L'esecuzione indiretta*, cit., 278, e tratta dalla parte dell'art. 669 *duodecies* «che affida al giudice della concessa cautela il potere di stabilire le modalità di attuazione dell'ordinanza cautelare che abbia ad oggetto obblighi di fare»: così, secondo l'Autore, sarebbe consentito «alla parte di chiedere al medesimo giudice, allegando l'inottemperanza al contenuto precettivo del provvedimento cautelare, di ordinare al debitore il pagamento delle somme previste a titolo di penale». Quest'ultima sembra essere la strada seguita anche da Trib. Genova, 28 ottobre 2015, in www.dejure.it.

⁴⁷⁶ BALENA, *La nuova pseudo-riforma*, cit., 799; BARRECA, *L'attuazione*, cit., 511; CARRATTA, *Le novità*, cit., 732; DE STEFANO, *L'esecuzione indiretta*, cit., 1184; DE STEFANO, *Note*, cit., 536; LOMBARDI, *Le modifiche*, cit., 2089; GAMBINERI, *Attuazione*, cit., 324; IUORIO, *Il nuovo art. 614-bis c.p.c.*, cit., 419; MAZZAMUTO, *La comminatoria*, cit., 988; MERLIN, *Prime note*, cit., 1551; PAGNI, *La "riforma"*, cit., 1317; VALLEBONA, *La misura compulsoria*, cit., 568; AMADEI, *Una misura coercitiva*, cit., 351; BOVE, *La misura coercitiva*, cit., 791; MICCOLIS, *Attuazione*, cit., 1057; PETTI, *Riforma del processo civile*, cit., 145; SALETTI, *L'esecuzione processuale indiretta*, cit., 514; SILVESTRI, *Riforma e processo esecutivo*, cit., 515; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Le novità*, cit., 208; ASPRELLA, *L'attuazione*, cit., 130, nota 61; TEDIOLI, *Osservazioni*, cit., 79; CHIARLONI, *L'esecuzione indiretta*, cit., 735; COSTANTINO, *Tutela di condanna*, cit., 743; MONDINI, *L'attuazione*, cit., 188; RECCHIONI, *L'attuazione forzata*, cit., 1492; TOMMASEO, *L'esecuzione indiretta*, cit., 283; VENTURA, *La misura coercitiva di cui all'art. 614 bis c.p.c.*, cit., 769; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Misure coercitive fra condanna e tutela esecutiva*, cit., 400; DE ANGELIS F., *Obblighi infungibili*, cit., 188; GAMBOLI, *Le misure*, cit., 1292; MONTELEONE, *Misure coercitive*, cit., 554; CAPPONI, *Ancora su astreinte*, cit., 570; CONSOLO-GODIO, *Commento*, cit., 1354; CROCI, *L'esecuzione*, cit., 1701; NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 162; SOLDI, *Manuale*, cit., 2004; PROTO PISANI, *Note personali*, cit., 6.

⁴⁷⁷ SILVESTRI, *Riforma e processo esecutivo*, cit., 515; CONSOLO-GODIO, *Commento*, cit., 1355; SOLDI, *Manuale*, cit., 2006. In questo caso per TEDIOLI, *Osservazioni*, cit., 79-80, andrebbe esperito il rimedio di cui all'art. 617 c.p.c. In giurisprudenza, peraltro, in una fattispecie avvicinata qual è l'errata applicazione della tariffa forense con conseguenti spese più elevate, si è affermato che la relativa contestazione «investe il diritto sostanziale del creditore all'adempimento dell'obbligazione, sicché, ponendo in discussione quel diritto per come compiutamente riportato nel precetto, deve qualificarsi come opposizione all'esecuzione, e non agli atti esecutivi» (Cass. 12 marzo 2013, n. 6102). Si veda a riguardo in dottrina SOLDI, *Manuale*, cit., 2077-2078, e gli ulteriori richiami giurisprudenziali ivi citati.

⁴⁷⁸ BARRECA, *L'attuazione*, cit., 511; CARRATTA, *Le novità*, cit., 732; DE STEFANO, *L'esecuzione indiretta*, cit., 1184; BOVE, *La misura coercitiva*, cit., 791; MICCOLIS, *Attuazione*, cit., 1057;

essere motivata dal fatto che la somma dovuta è già stata pagata⁴⁷⁹, oppure dalla sopravvenuta impossibilità della prestazione di dare o fare⁴⁸⁰. Non sarà invece possibile per il debitore esecutato contestare l'*an* della misura coercitiva e nemmeno i criteri di calcolo decisi dal giudice della condanna, essendo doglianze da far valere con le impugnazioni nel giudizio di cognizione⁴⁸¹.

Nell'ambito del giudizio instaurato ai sensi dell'art. 615 c.p.c., con riferimento alla ripartizione degli oneri probatori si farà applicazione della regola generale per cui *negativa non sunt probanda*⁴⁸²: se la prestazione dovuta consiste in un fare o in un dare, sarà l'obbligato a dover fornire la prova del fatto positivo del suo adempimento, mentre se l'obbligo è di non fare starà al creditore opposto provare il fatto positivo della violazione (o delle violazioni) poste in essere dal condannato⁴⁸³. Alla base di tale distribuzione degli oneri probatori sta, come affermato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con sentenza n. 13533 del 30 ottobre 2001, il principio di vicinanza e riferibilità della prova, che permette di tener conto «della possibilità per l'uno o per l'altro soggetto di provare fatti e circostanze che ricadono nelle rispettive sfere di azione». Così, ad esempio, in presenza di una prestazione ad astenersi da una certa condotta, è arduo per l'obbligato che propone l'opposizione all'esecuzione dimostrare il fatto negativo di non aver effettivamente tenuto quel comportamento, mentre è più semplice per il creditore opposto provare il fatto positivo dell'avvenuta violazione, ricadente nella sua sfera d'azione.

SILVESTRI, *Riforma e processo esecutivo*, cit., 515; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Le novità*, cit., 208; TEDIOLI, *Osservazioni*, cit., 79; MONDINI, *L'attuazione*, cit., 188; CONSOLO-GODIO, *La "impasse"*, cit., 379; NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 162-163; SOLDI, *Manuale*, cit., 2006.

⁴⁷⁹ BARRECA, *L'attuazione*, cit., 511; MONDINI, *L'attuazione*, cit., 189.

⁴⁸⁰ BARRECA, *L'attuazione*, cit., 511; TEDIOLI, *Osservazioni*, cit., 79; MONDINI, *L'attuazione*, cit., 189; NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 162.

⁴⁸¹ AMADEI, *Una misura coercitiva*, cit., 354; BOVE, *La misura coercitiva*, cit., 791; SILVESTRI, *Riforma e processo esecutivo*, cit., 515; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Le novità*, cit., 208; MONDINI, *L'attuazione*, cit., 189; DE ANGELIS F., *Obblighi infungibili*, cit., 188; NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 163; SOLDI, *Manuale*, cit., 2006. In giurisprudenza cfr. Trib. Roma, sez. IV, 1° marzo 2020, n. 3575; App. Torino, sez. I, 29 giugno 2020, n. 678, entrambe in www.dejure.it.

⁴⁸² LUIISO, *Diritto processuale civile*, cit., 239; MERLIN, *Prime note*, cit., 1551-1552; VALLEBONA, *La misura compulsoria*, cit., 568; BOVE, *La misura coercitiva*, cit., 791-792; MICCOLIS, *Attuazione*, cit., 1057; TEDIOLI, *Osservazioni*, cit., 80; CHIARLONI, *L'esecuzione indiretta*, cit., 735-736; COSTANTINO, *Tutela di condanna*, cit., 743; MONDINI, *L'attuazione*, cit., 191-192; TOMMASEO, *L'esecuzione indiretta*, cit., 283; CONSOLO-GODIO, *Commento*, cit., 1355; NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 163.

⁴⁸³ Pur senza richiamarsi espressamente al principio *negativa non sunt probanda* anche CARRATTA, *Le novità*, cit., 732-733, e CROCI, *L'esecuzione*, cit., 1703, condividono questo tipo di riparto, segnalando che esso discenderebbe, tra l'altro, dalla veste processuale di attore che il debitore esecutato assume nel giudizio di opposizione all'esecuzione.

Per concludere, una considerazione. Il legislatore, rinunciando a disciplinare un procedimento giudiziale per la liquidazione della misura coercitiva, ha optato per un vantaggio immediato e certo consistente nella formazione subitanea del titolo esecutivo, accettando nel contempo il rischio di veder annullato tale risparmio di tempo dalla proposizione dell'opposizione all'esecuzione e dalla conseguente fase giudiziale, eventualità resa certamente più probabile dalle possibili imprecisioni in cui può cadere il creditore esecutante nella sua autoliquidazione⁴⁸⁴. Questa scelta può essere condivisa⁴⁸⁵ o meno⁴⁸⁶, sta di fatto che il ruolo determinante per il buon funzionamento del meccanismo è del giudice della cognizione, visto che più alto è il grado di chiarezza del suo provvedimento nell'individuazione delle condotte a carico del condannato e nella modulazione della misura, più ridotto sarà lo spazio per errori dell'avente diritto e contestazioni da parte del debitore esecutato⁴⁸⁷. È un'attività tutt'altro che semplice: basti pensare che non si può banalmente ridurre il tutto ad una minuziosa descrizione del comportamento richiesto all'obbligato, poiché, come è stato acutamente fatto notare⁴⁸⁸, se l'obbligo da adempiere è negativo, una descrizione della prestazione eccessivamente minuziosa potrebbe consentire al condannato di tenere dei comportamenti in sostanza equivalenti ma non contestabili perché in qualche minimo aspetto differenti dalla condotta descritta nel provvedimento.

⁴⁸⁴ PAGNI, *La "riforma"*, cit., 1318.

⁴⁸⁵ Come fanno CHIZZINI, *Commento*, cit., 150, valorizzando il fatto che l'opposizione è comunque solo eventuale, e NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 161.

⁴⁸⁶ Si vedano in tal senso PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo)*, cit., 266; CAPPONI, *Limiti*, cit., 195; VINCRE, *Le misure coercitive*, cit., 389; CONSOLO-GODIO, *La "impasse"*, cit., 379; VULLO, *Commento*, cit., 942.

⁴⁸⁷ CONSOLO, *Spiegazioni*, 2012, cit., 161-162; MONDINI, *L'attuazione*, cit., 189; SOLDI, *Manuale*, cit., 2004.

⁴⁸⁸ CONSOLO-GODIO, *La "impasse"*, cit., 377.

RIFLESSIONI CONCLUSIVE

Dopo aver analizzato l'art. 614 *bis* c.p.c. sotto profili sistematici, statici e dinamici, si può ora osservare in che modo la norma abbia trovato concreta applicazione.

Uno sguardo alle pronunce giurisprudenziali in materia dimostra la varietà delle situazioni giuridiche sostanziali che sono state tutelate mediante la misura coercitiva indiretta e, corrispettivamente, delle prestazioni oggetto della condanna accompagnata dalla misura stessa. Si possono citare, a titolo di esempio, la riattivazione di una linea telefonica⁴⁸⁹, la cessazione di immissioni di rumori⁴⁹⁰, il divieto di utilizzo di una denominazione sociale⁴⁹¹, il trasferimento di partecipazioni societarie⁴⁹², il rilascio di una dichiarazione⁴⁹³, la pubblicazione della sentenza su un quotidiano⁴⁹⁴, la rimozione di vedute dalla facciata di un edificio⁴⁹⁵, la comunicazione della propria assunzione a tempo determinato o indeterminato all'ex coniuge⁴⁹⁶, il divieto di utilizzo di informazioni riservate⁴⁹⁷, la cancellazione⁴⁹⁸ e la restrizione⁴⁹⁹ di un'ipoteca, l'esecuzione di lavori per rimuovere infiltrazioni da un edificio⁵⁰⁰, la rimozione di un marchio da un sito internet⁵⁰¹, il ripristino dell'illuminazione di un immobile⁵⁰², la rimozione dello sbocco di una canna fumaria⁵⁰³, l'installazione di infissi e vetri per la chiusura delle finestre di un'unità immobiliare di un condominio⁵⁰⁴, il divieto di produzione, commercializzazione, offerta in vendita e pubblicizzazione di un certo

⁴⁸⁹ App. Bari, sez. II, 13 aprile 2021, n. 728; Trib. Milano, sez. XI, 9 agosto 2021, n. 6925.

⁴⁹⁰ Trib. Lecce, sez. I, 2 luglio 2020, n. 1567; Trib. Busto Arsizio, sez. III, 23 luglio 2020, n. 890.

⁴⁹¹ Trib. Roma, sez. XVII, 7 agosto 2020, n. 11477.

⁴⁹² Trib. Venezia, sez. imprese, 28 luglio 2021, n. 1562.

⁴⁹³ Trib. Catania, sez. IV, 13 giugno 2019, n. 2516.

⁴⁹⁴ Trib. Roma, sez. I, 26 ottobre 2016, n. 20022; Trib. Napoli, sez. II, 6 ottobre 2017, n. 9982.

⁴⁹⁵ Trib. Firenze, sez. II, 9 marzo 2017, n. 796.

⁴⁹⁶ Trib. Cremona, sez. I, 22 febbraio 2017, n. 97.

⁴⁹⁷ Trib. Milano, sez. XIV, 6 settembre 2019, n. 8004.

⁴⁹⁸ Trib. Agrigento, sez. I, 14 marzo 2017, n. 470; Trib. Perugia, sez. II, 13 novembre 2018, n. 1485.

⁴⁹⁹ Trib. Pesaro, sez. I, 28 giugno 2017, n. 474.

⁵⁰⁰ Trib. Napoli, sez. XI, 28 febbraio 2017, n. 2380; Trib. Napoli, sez. IV, 25 maggio 2017, n. 6094; Trib. Terni, sez. I, 5 luglio 2017, n. 537.

⁵⁰¹ Trib. Milano, 8 aprile 2016, n. 4445.

⁵⁰² Trib. Napoli, sez. VI, 3 maggio 2016, n. 5545.

⁵⁰³ Trib. La Spezia, sez. I, 18 maggio 2016, n. 408.

⁵⁰⁴ Trib. Firenze, sez. II, 3 marzo 2016, n. 907.

prodotto⁵⁰⁵, l'iscrizione ad una Cassa previdenziale⁵⁰⁶, la liberazione della controparte da una fidejussione⁵⁰⁷, la chiusura di un locale di ristorazione entro una certa ora⁵⁰⁸.

Più in generale, vi sono degli ambiti che possono dirsi elettivi per l'operatività dell'art. 614 *bis*: il riferimento è agli obblighi di rilascio di immobile⁵⁰⁹, di ripristino dello stato dei luoghi⁵¹⁰ e di consegna di un determinato bene⁵¹¹, alla tutela delle servitù⁵¹² e dei diritti reali in generale⁵¹³ e, infine, al contrasto agli atti di concorrenza sleale⁵¹⁴.

Una notazione particolare va riservata al settore del diritto di famiglia e, nello specifico, al dovere di visita al minore da parte del genitore non collocatario: rispetto a tale fattispecie, infatti, vi è stata grande attenzione da parte della giurisprudenza, registrandosi anche un intervento della Corte di Cassazione, la quale ha escluso che tale diritto-dovere sia suscettibile di coercizione indiretta ai sensi dell'art. 614 *bis*, «trattandosi di un “potere-funzione” che [...] è destinato a rimanere libero nel suo esercizio, quale esito di autonome scelte che rispondono anche all'interesse superiore del minore ad una crescita sana ed equilibrata»⁵¹⁵.

⁵⁰⁵ Trib. Milano, 16 maggio 2017, n. 5443.

⁵⁰⁶ Trib. Udine, sez. lav., 17 marzo 2016, n. 88.

⁵⁰⁷ Trib. Reggio Emilia, 4 febbraio 2016, n. 109.

⁵⁰⁸ Trib. Torino, sez. III, 4 luglio 2019, n. 3334.

⁵⁰⁹ Trib. Roma, sez. VII, 27 gennaio 2016, n. 1595; Trib. Roma, 19 gennaio 2017, n. 836; Trib. Roma, sez. II, 26 aprile 2016, n. 8297; Trib. Torino, sez. VIII, 15 giugno 2017, n. 3169; Trib. Tivoli, sez. contr. atti comunitari, 16 giugno 2017, n. 1164; Trib. Roma, sez. VI, 21 dicembre 2017, n. 23876; Trib. Bolzano, 17 maggio 2018, n. 620; Trib. Sondrio, 14 novembre 2019, n. 447; Trib. Busto Arsizio, 13 febbraio 2020, n. 256; Trib. Pavia, sez. III, 15 luglio 2020, n. 728; Trib. Trani, 19 febbraio 2021, n. 379.

⁵¹⁰ Trib. Roma, sez. V, 15 marzo 2016, 5351; Trib. Pesaro, sez. I, 6 aprile 2016, n. 257; Trib. Milano, sez. XIII, 5 ottobre 2016, n. 10867; Trib. Brescia, 31 gennaio 2017, n. 259; Trib. Firenze, sez. II, 2 maggio 2017, 1466; Trib. Trani, sez. II, 8 agosto 2017, n. 1735; Trib. Firenze, sez. II, 19 ottobre 2017, n. 3316; Trib. Udine, 4 gennaio 2018, n. 12; Trib. Torre Annunziata, sez. II, 23 gennaio 2018, n. 212; Trib. Torino, sez. II, 1° febbraio 2018, n. 501; Trib. Bergamo, sez. IV, 25 gennaio 2019, n. 231; Trib. Bergamo, sez. IV, 22 ottobre 2020, n. 1452.

⁵¹¹ Trib. Forlì, 6 aprile 2016, n. 350; Trib. Benevento, sez. I, 13 luglio 2016, n. 1799; Trib. Salerno, sez. I, 27 dicembre 2016, n. 5916; Trib. Monza, sez. III, 17 maggio 2017, n. 1455; Trib. Piacenza, 15 dicembre 2017, n. 727; Trib. Latina, sez. I, 15 luglio 2019, n. 1847; Trib. Modena, sez. I, 16 maggio 2019, n. 755.

⁵¹² Trib. S. Maria Capua V., sez. IV, 1° agosto 2016, n. 2814; Trib. Bergamo, sez. IV, 25 febbraio 2017, n. 489; Trib. Arezzo, 13 luglio 2017, n. 863; Trib. Torino, sez. II, 13 aprile 2018, n. 1743; Trib. Genova, sez. III, 11 gennaio 2019, n. 103; Trib. Torino, sez. II, 18 luglio 2019, n. 3616; Trib. Lecce, sez. I, 16 gennaio 2020, n. 90.

⁵¹³ Trib. Trento, sez. I, 16 aprile 2015, n. 391; Trib. Catania, sez. III, 30 luglio 2015, n. 3336; Trib. Cagliari, sez. II, 17 dicembre 2015, n. 3784; Trib. Roma, sez. VII, 27 gennaio 2016, n. 1594; Trib. Padova, sez. I, 14 aprile 2016, n. 1167; Trib. Spoleto, sez. I, 12 luglio 2016, n. 309; Trib. Udine, 21 novembre 2016, n. 1410.

⁵¹⁴ Trib. Genova, sez. IX, 14 ottobre 2015, n. 2829; Trib. Monza, sez. I, 29 giugno 2017, n. 2048; Trib. Brescia, 20 aprile 2019, n. 1208; Trib. Bologna, sez. spec. impresa, 6 maggio 2021, n. 1203.

⁵¹⁵ Cass. civile, sez. I, 6 marzo 2020, n. 6471. La medesima conclusione era stata raggiunta anche da Trib. Monza, sez. IV, 16 aprile 2019, n. 893, con l'argomentazione per cui mancherebbe un «provvedimento di

Se le applicazioni della norma, come visto fin qui, hanno interessato gli ambiti più diversi, bisogna peraltro constatare che esse non sono state poi così numerose, nonostante l'art. 614 *bis* sia presente nell'ordinamento da oltre un decennio⁵¹⁶.

Alcuni ostacoli alla penetrazione della disposizione nel diritto vivente sono posti dagli stessi giudici. Si potrebbe pensare che ciò sia da ascrivere ad un abuso della clausola della non manifesta iniquità; in realtà il riferimento è a casistiche da cui sono emersi veri e propri errori tecnici nell'applicazione dell'istituto, che nulla hanno a che fare con l'esercizio di una legittima discrezionalità. Eclatante è la pluralità di sentenze che, dopo la riforma del 2015, hanno rigettato l'istanza di cui all'art. 614 *bis* argomentando che esso si applicherebbe solo in presenza di obblighi infungibili di fare o non fare⁵¹⁷, quando in realtà proprio la legge che ha modificato la norma ha anche specificato che la nuova formula, la quale contempla nel suo ambito di operatività anche le prestazioni fungibili, si applica anche ai procedimenti pendenti⁵¹⁸.

Va sottolineato che nelle sentenze si trovano anche errori nel senso opposto, con applicazione dell'art. 614 *bis* quando essa sarebbe normativamente esclusa. È il caso di un provvedimento che, nel pronunciare la separazione tra i coniugi con recepimento delle loro conclusioni congiunte, dispone l'applicazione dell'art. 614 *bis* per ogni violazione o inosservanza successiva di alcune delle disposizioni concordate, come, per esempio, l'impegno del padre di «non portare nessuno dei due figli in moto dopo il tramonto del sole»; alcune, tuttavia, prevedono obblighi pecuniari a diverso titolo, quindi l'art. 614 *bis* non potrebbe operare⁵¹⁹. Ancora, una recente pronuncia ha accolto l'istanza *ex art.* 614 *bis* avanzata da un lavoratore subordinato nei confronti del datore di

condanna» come richiesto dall'art. 614 *bis*; secondo quanto affermato nella sentenza, invero, « [...] la determinazione dei periodi di permanenza dei figli presso il genitore non collocatario non è una pronuncia di condanna del genitore non collocatario all'esecuzione di obblighi determinati di fare o di non fare, bensì la esplicazione del diritto/dovere del genitore non collocatario di tenere con sé i figli». Così anche Trib. Torino, sez. VII, 21 maggio 2019, n. 2458.

⁵¹⁶ SASSANI, *Possono gli arbitri pronunciare l'astreinte?*, cit., 279; CAPPONI, *Perché in Italia l'astreinte non si ama*, in *www.giustiziansieme.it*, 2021, 9.

⁵¹⁷ Trib. Trento, sez. I, 22 gennaio 2016, n. 71; App. Bologna, sez. I, 7 dicembre 2016, n. 2254; Trib. Avellino, sez. I, 27 febbraio 2017, n. 386; Trib. Roma, sez. V, 26 aprile 2017, n. 8244; Trib. Nola, 6 luglio 2017, n. 1629; Trib. Torino, sez. III, 11 agosto 2017, n. 4117; Trib. Monza, sez. II, 12 ottobre 2018, n. 2469; Trib. Monza, sez. II, 16 ottobre 2018, n. 2532; Trib. Ancona, sez. II, 24 ottobre 2018, n. 1666; App. Milano, sez. IV, 29 ottobre 2018, n. 4681; App. Milano, sez. II, 17 dicembre 2019, n. 5038; Trib. Palermo, sez. II, 4 febbraio 2021, n. 457, tutte in *www.dejure.it*.

⁵¹⁸ Così espressamente l'art. 23, comma 9°, d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2015, n. 132. Nonostante l'inequivocabile dato letterale, CIRULLI, *La riforma*, cit., 41-42, nega l'esistenza di tale disciplina transitoria, di conseguenza invocando la regola per cui *tempus regit processum*.

⁵¹⁹ Trib. Macerata, sez. I, 13 ottobre 2017, n. 1051, in *www.dejure.it*.

lavoro in rafforzamento della condanna a consentirgli di lavorare nella modalità del cd. *smart working*⁵²⁰; eppure, si versa proprio nell'ambito di quelle controversie di lavoro subordinato privato a chiare lettere escluso dal raggio di azione dell'art. 614 *bis*. Errori di questo tipo, dovuti alla mancata osservanza di quei pochi ma chiarissimi limiti posti dalla norma, non possono che testimoniare come la conoscenza di essa non sia così approfondita da parte della giurisprudenza.

Tornando all'evidenza per cui le concrete applicazioni dell'art. 614 *bis* tutt'oggi scarseggiano, va detto che la responsabilità dei giudici in tal senso è in realtà marginale: l'istituto, invero, si fonda pur sempre su una «richiesta di parte», quindi a mancare sono ancora prima le istanze provenienti da coloro che si affermano titolari di un diritto; più precisamente, sono i loro difensori ad utilizzare poco lo strumento⁵²¹. Non è troppo immaginifico pensare che anche l'avvocatura, come la magistratura, non abbia una grande dimestichezza con l'istituto, il quale, nondimeno, manca certamente di *appeal* a causa delle sue carenze strutturali. In effetti, lungo tutto l'elaborato sono emerse imperfezioni nella scrittura della disposizione, in questo modo resa meno attrattiva agli occhi dei pratici; in dottrina la si è perfino etichettata come «una specie di semilavorato uscito con gravi difetti da una fabbrica largamente inadeguata»⁵²². Certamente la disciplina è più scarna che agile, lacunosa in troppi punti strettamente operativi⁵²³; i ripetuti confronti svolti nelle pagine precedenti con la disciplina belga, ossia la più simile, lo hanno ampiamente dimostrato. Ciò a maggior ragione se si pensa che alcune disposizioni del *Code judiciaire* non sono state nemmeno citate, non dando l'art. 614 *bis* l'occasione di un confronto in quanto totalmente silente su tali aspetti: si fa riferimento all'operatività dell'*astreinte* in caso di fallimento dell'impresa⁵²⁴ e di decesso del condannato⁵²⁵,

⁵²⁰ Trib. Grosseto, sez. lav., ord. 23 aprile 2020, n. 502, con nota di FRATINI, *Astreintes e diritto del lavoro durante il covid-19*, in www.judicium.it, 2020. Anche l'Autore definisce «improprio» (par. 3) l'accoglimento della richiesta di coercizione indiretta in questa fattispecie.

⁵²¹ La medesima riflessione la si ritrova in DI BERNARDO, *L'art. 614-bis c.p.c.*, cit., 362, nota 28.

⁵²² TARUFFO, *Note sull'esecuzione*, cit., 749. Giudizi non dissimili provengono anche da PETTI, *Riforma del processo civile*, cit., 145-147; PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo)*, cit., 265; CAPPONI, *Limiti*, cit., 196; GODIO, *L'astreinte*, cit., 1126; TOMMASEO, *L'esecuzione indiretta*, cit., 269; CAPPONI, *Ancora su astreinte*, cit., 582-583; NASCOSI, *Le misure coercitive*, cit., 101, nota 5.

⁵²³ VULLO, *Commento*, cit., 925.

⁵²⁴ Art. 1385 *sexies*: «L'astreinte ne peut être encourue pendant la faillite du condamné. Les astreintes encourues avant le jugement déclaratif ne sont pas admises au passif de la faillite».

⁵²⁵ Art. 1385 *septies*: «L'astreinte fixée à une somme déterminée par unite de temps cesse de courir à partir du décès du condamné, mais les astreintes encourues avant le décès restent dues. L'astreinte ne reprend cours contre les héritiers et autres ayants-droit du condamné qu'après que le juge qui l'a

nonché ai poteri del giudice di rimuovere, sospendere, rimodulare la misura per il caso di un'impossibilità totale, parziale, temporanea o definitiva della prestazione principale⁵²⁶.

Il fatto è che anche le poche indicazioni presenti nell'art. 614 *bis* sono state oggetto di critiche: lo si è visto per quel che concerne, ad esempio, le esclusioni degli obblighi pecuniari e delle controversie di lavoro, l'oscuro concetto di "non manifesta iniquità" della misura, la vacuità dei parametri liquidativi indicati al comma 2°. Tra l'altro il giudizio sul legislatore è diventato, se possibile, ancor più negativo, in quanto avrebbe perso l'occasione, con la riforma del 2015, di riparare gli errori commessi nel 2009⁵²⁷, limitandosi – raccogliendo almeno qui un plauso diffuso – ad estendere l'ambito di operatività dell'istituto oltre lo spazio dell'infungibilità. Così facendo ha addirittura fornito nuovi argomenti per essere biasimato: intanto è stato paventato il rischio di una possibile moltiplicazione dei processi esecutivi, visto che, se il condannato non si adegua al comando, è probabile che saranno avviate sia l'esecuzione specifica della prestazione di dare o fare rimasta inadempita, sia l'espropriazione forzata di quanto maturato *ex art. 614 bis*⁵²⁸. E dato che si tratta di ipotesi del tutto verosimile, non è certo positivo che manchi completamente una qualsiasi regolamentazione del concorso tra i due processi esecutivi.

È pertanto indubitabile la necessità di un intervento normativo che migliori l'attuale testo della disposizione con l'inserimento di quelle indicazioni operative che ora sono del tutto assenti. Sotto questo profilo, l'auspicio probabilmente non si realizzerà a breve, considerando che la legge n. 206 del 26 novembre 2021, contenente la «Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti

ordonnée en aura décidé ansi. Celui-ci peut en modifier le montant et les modalités. Les autres astreintes peuvent, à la demande des héritiers et autres ayants-droit, être supprimées ou réduites par le juge qui les a ordonnées, soit temporairement, soit définitivement et, le cas échéant, avec effet à partir du jour du décès du condamné».

⁵²⁶ Art. 1385 *quinquies*: «Le juge qui a ordonné l'astreinte peut en prononcer la suppression, en suspendre le cours durant le délai qu'il indique ou la réduire, à la demande du condamné, si celui-ci est dans l'impossibilité définitive ou temporaire, totale ou partielle de satisfaire à la condamnation principale. Dans la mesure où l'astreinte était acquise avant que l'impossibilité se fut produite, le juge ne peut la supprimer ni la réduire». La mancanza di una qualsiasi previsione sulla possibilità di chiedere una revisione della misura al giudice che l'ha pronunciata è segnalata da CONSOLO-GODIO, *La "impasse"*, cit., 379, VULLO, *Commento*, cit., 941, e NASCOSI, *Le mesure coercitive*, cit., 161-162.

⁵²⁷ GAMBOLI, *Le mesure*, cit., 1292.

⁵²⁸ GAMBOLI, *Le mesure*, cit., 1286; VALLONE, *Le mesure coercitive*, cit., 44-45.

di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata», si limita a richiedere la previsione di «criteri per la determinazione dell'ammontare, nonché del termine di durata delle misure di coercizione indiretta»⁵²⁹. Al di là del fatto che i parametri per la quantificazione della comminatoria esistono già al secondo comma dell'art. 614 *bis*, per cui evidentemente se ne vogliono aggiungere degli altri, il legislatore persevera in questa sua opera di attribuzione di criteri, ora anche per stabilire la durata della coercizione, che non sono riscontrabili in nessuna delle esperienze straniere più vicine e che, soprattutto, non portano alcuna utilità al funzionamento dell'istituto. Certamente più incisiva è l'altra novità prevista dalla delega, ossia «l'attribuzione al giudice dell'esecuzione del potere di disporre dette misure quando il titolo esecutivo è diverso da un provvedimento di condanna oppure la misura non è stata richiesta al giudice che ha pronunciato tale provvedimento»⁵³⁰. Una formulazione del genere, tuttavia, lascia parecchie perplessità. Più di una volta si è detto in queste pagine che una pronuncia non di condanna, quindi costitutiva o di mero accertamento, non richiede alcuna attività esecutiva, per cui non si comprende come possa un provvedimento di tal fatta essere qualificato come titolo esecutivo, né come il giudice dell'esecuzione possa essere adito sulla base di un provvedimento di quel tipo. Anche sorvolando su quella che appare una vera e propria aporia⁵³¹, dal testo della delega si dovrebbe dedurre che un provvedimento diverso dalla condanna possa essere rafforzato con una misura coercitiva solo ad opera del giudice dell'esecuzione, visto che quello della cognizione ai sensi dell'art. 614 *bis* può accogliere l'istanza solo «con il provvedimento di condanna». Manca, infine, una specificazione importante, ovvero se il giudice dell'esecuzione potrà esercitare questo suo nuovo potere d'ufficio.

Insomma, le novità contemplate dalla delega non sembrano in grado di apportare quella chiarezza e completezza di cui l'art. 614 *bis* avrebbe bisogno per guadagnare la fiducia degli operatori del diritto, imprescindibile perché l'istituto si diffonda. Probabilmente, peraltro, nemmeno la migliore delle riforme sarebbe sufficiente. Essa, in fin dei conti, andrebbe a modificare quella che è “solo” la veste che la coercizione

⁵²⁹ Art. 1, comma 12°, lett. o).

⁵³⁰ Art. 1, comma 12°, lett. o).

⁵³¹ Non la risolverebbe nemmeno l'espedito della cd. “condanna implicita”: si richiamano le osservazioni svolte al cap. II, sez. I, par. 2.

indiretta ha assunto nell'ordinamento italiano, quando la sensazione è che alla base vi siano scarse aspettative proprio verso questo meccanismo di tutela e la sua efficacia nella realizzazione dei diritti, a prescindere dalla forma con cui sia disciplinato. E questo, si badi, non solo perché la prospettazione di una perdita economica non sia considerata abbastanza convincente⁵³², ma anche per il fatto che questa limitata utilità sia ritenuta, per così dire, "endemica": è emersa, infatti, la convinzione che in Italia una minaccia di carattere patrimoniale abbia una capacità di persuadere il condannato ad adempiere molto inferiore rispetto a quella che possiede in Francia o nei Paesi Benelux, per richiamare i soliti esempi⁵³³. Ancora più nettamente: in quegli Stati i cittadini avrebbero maggiore rispetto delle decisioni giudiziali e, se le contestano, lo fanno solo per motivi effettivamente «seri»⁵³⁴.

Si arriva così al punto decisivo: basta ripercorrere il presente elaborato per rendersi conto che la motivazione per cui un numero sempre maggiore di studiosi ha auspicato l'introduzione di un sistema generalizzato di misure coercitive non è mai consistita in una particolare e dichiarata fiducia riposta in questo strumento e nella sua capacità di indurre l'obbligato ad adempiere, quanto nel suo essere l'unico rimedio potenzialmente utile nel fronteggiare i problemi posti dall'infungibilità delle prestazioni e, quindi, dall'insostituibilità dell'obbligato. Utilizzando parole diverse: la coercizione indiretta non era invocata perché apprezzata come tecnica di tutela in sé e per sé considerata, ma in relazione ad un problema rispetto al quale si palesava come unica soluzione ipotizzabile. Tale assunto può essere variamente dimostrato. Per esempio, se vi fosse un reale clima di fiducia attorno alle potenzialità delle misure coercitive, l'estensione dell'art. 614 *bis* alle prestazioni fungibili avrebbe dovuto portare con sé un'ottimistica previsione di riduzione del numero dei processi esecutivi⁵³⁵; al contrario, ha generato fin da subito la sopra descritta preoccupazione per una loro moltiplicazione. Ancora, se davvero l'intenzione di importare il modello dell'*astreinte* franco-belga fosse stata dettata da una forte convinzione circa la sua efficacia, non si comprenderebbe il particolare accanimento verso quella che è considerata un'eccessiva discrezionalità lasciata al giudice nel decidere *an* e *quantum* della misura ai sensi

⁵³² Si rimanda alla chiusura del par. 1 del cap. I e agli Autori riportati alla nota 17.

⁵³³ CAPPONI, *Ancora su astreinte*, cit., 572.

⁵³⁴ DE STEFANO, *Note*, cit., 532.

⁵³⁵ Palesata, ad esempio, da CONSOLO-GODIO, *Commento*, cit., 1334.

dell'art. 614 *bis*⁵³⁶. Da parte di chi scrive, quando si è parlato dell'inciso «salvo che ciò sia manifestamente iniquo» e dei criteri di cui al comma 2° con cui il giudice «determina l'ammontare della somma», si sono espresse sì delle critiche, ma concernenti la logica delle parole usate dal legislatore, non di certo l'ampio margine lasciato al giudice, ritenuto, anzi, affatto normale se comparato con i sistemi francese e belga, che in tal senso non prevedono alcun limite. Ma, come si diceva, l'*astreinte* è stata importata allo scopo di risolvere lo specifico problema dell'insurrogabilità dell'obbligato, non perché ritenuta un istituto degno di emulazione: così la libertà lasciata al giudice è vista come fonte di un possibile eccessivo impoverimento del debitore, quasi dimenticando che l'entità della somma dovuta dipende *in primis* proprio dalla condotta dell'obbligato, che, pur condannato, persevera nell'inadempimento.

Tirando le somme, è chiaro che la coercizione indiretta non è ancora riuscita ad imporsi nel sistema giuridico italiano. Da un certo punto di vista è normale che sia così: la generalizzazione avvenuta mediante l'art. 614 *bis* è ancora recente e la norma vive tutt'ora in una fase sperimentale in cui il legislatore tenta di trovare la migliore formulazione, come testimonia l'ormai secondo intervento riformatore in programma. Tuttavia, queste stesse modifiche, affatto limitate dal punto di vista contenutistico e incapaci di delineare una disciplina che possa dirsi completa, sono manifestazioni del vero ostacolo che si pone di fronte alla tecnica della coercizione indiretta, ovvero la mancanza di convinzione nelle sue potenzialità, riscontrabile a tutti i livelli, dal legislatore all'avvocatura, passando per la dottrina. Finché permarrà questo atteggiamento, le misure di coercizione indiretta non saranno in grado di passare dall'attuale posizione marginale e di ripiego al ruolo che in potenza sono in grado di assumere, e cioè quello di principale mezzo processuale di materiale realizzazione dei diritti, prima ancora dell'esecuzione forzata.

⁵³⁶ Si vedano gli Autori citati alle note 344 e 381, e in particolare TOMMASEO, *L'esecuzione indiretta*, cit., 284, il quale, riferendosi anche alla decisione sull'*an* della misura, vede nell'art. 614 *bis* un'apertura di credito nei confronti dei poteri discrezionali del giudicante.

BIBLIOGRAFIA

ALBANESE, *La tutela preventiva del credito: dall'azione inibitoria all'adempimento coattivo degli obblighi integrativi e strumentali*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, 367 e ss.

AMADEI, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 343 e ss.

AMBROSINI, *La responsabilità del genitore "inadempiente": accordi fra genitori e poteri del giudice, anche alla luce della l. n. 219/2012*, in *Dir. fam. pers.*, II, 2013, 1133 e ss.

ANDRIOLI, *Fallimento (diritto privato e processuale)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 264 e ss.

ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, 2^a ed., Napoli, 1961.

ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, III, *Del processo di esecuzione*, 3^a ed. riveduta, Napoli, 1957.

ANDRIOLI, «*Actio judicati*» *derivante da sentenza di condanna generica*, in *Foro it.*, I, 1949, 478 e ss.

ASPRELLA, *L'esecuzione processuale indiretta nel processo civile*, in *Riv. esec. forz.*, 2012, 29 e ss.

ASPRELLA, *L'attuazione degli obblighi di fare infungibile e di non fare*, in *Giur. merito*, 2011, 117 e ss.

ATTARDI, *Diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, 3^a ed., Padova, 1999.

ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955.

AZZARITI-SCARPELLO, *Della prescrizione e della decadenza*, in *Comm. Scialoja-Branca*, 2^a ed., Bologna-Roma, 1977.

BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, *I principi*, 3^a ed., Bari, 2014.

BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della l. 18 giugno 2009, n. 69)*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 749 e ss.

BARRECA, *L'attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare (art. 614-bis c.p.c.)*, in *Riv. esec. forz.*, 2009, 505 e ss.

BELLOMO, *Applicazione delle misure sanzionatorie e di coazione indiretta ex artt. 709-ter, comma 2, n. 1 e 614-bis c.p.c. in un caso di sottrazione internazionale di minori*, in *Dir. fam. pers.*, I, 2020, 190 e ss.

- BESSO, *L'art. 614 bis c.p.c. e l'arbitrato*, in *Giur. it.*, 2014, 763 e ss.
- BETTI, *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, in BETTI-CARNELUTTI, *Diritto sostanziale e processo*, Milano, 2006, 1 e ss.
- BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953.
- BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, 2^a ed., Roma, 1936.
- BIAVATI, *Il difficile cammino della condanna alle spese: variazioni sul tema*, in *Giur. merito*, 2007, 97 e ss.
- BOERO, *Le ipoteche*, 2^a ed., Torino, 1999.
- BORRÈ, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, Napoli, 1966.
- BOVE, *Diritto e processo nell'applicazione dell'art. 614-bis c.p.c.: un rapporto circolare*, in *Giusto proc. civ.*, 2020, 377 e ss.
- BOVE, *La misura coercitiva di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 781 e ss.
- BRUSCHETTA, *Studi per una teoria dell'esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, in *Riv. exec. forz.*, 2012, 124 e ss.
- CALAMANDREI, *La condanna*, in CAPPELLETTI MAURO (a cura di), *Opere giuridiche*, V, Napoli, 1972, 483 e ss.
- CAPORALE, *L'astreinte nel processo amministrativo e i modelli di esecuzione del giudicato*, in *Gior. dir. amm.*, 2020, 242 e ss.
- CAPPELLETTI MICHELA, *La qualificazione giuridica e l'ammissibilità in via generale della tutela inibitoria nei sistemi italiano e statunitense*, in *boa.unimib.it*, 2018.
- CAPPONI, *Perché in Italia l'astreinte non si ama*, in www.giustiziainsieme.it, 2021.
- CAPPONI, *Dall'esecuzione civile all'ottemperanza amministrativa?*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 370 e ss.
- CAPPONI, *Ancora su astreinte e condanna civile*, in *Riv. exec. forz.*, 2017, 569 e ss.
- CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, 5^a ed., Torino, 2017.
- CAPPONI, *Limiti dell'esecuzione indiretta*, in *Riv. exec. forz.*, 2011, 186 e ss.
- CAPPONI, *Astreintes nel processo civile italiano?*, in *Giust. civ.*, II, 1999, 157 e ss.

CARBONE, *Riflessioni sul valore sanzionatorio dell'astreinte e sulla sua applicazione nel processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 2014, 1297 e ss.

CARLEO, *Punitive damages: dal common law all'esperienza italiana*, in *Contr. impr.*, 2018, 259 e ss.

CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, I, 4^a ed., Roma, 1951.

CARNELUTTI, *Funzione della caparra nel contratto preliminare*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1923, 225 e ss.

CARNEVALE, *Appunti sulla natura giuridica della tutela inibitoria*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 63 e ss.

CARPI, *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, Milano, 1979.

CARRATTA, *Tecniche di attuazione dei diritti e principio di effettività*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 1 e ss.

CARRATTA, *Processo camerale (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir., Annali*, III, Milano, 2010, 928.

CARRATTA, *Le novità in materia di misure coercitive per le obbligazioni di fare infungibile o di non fare*, in *Rass. for.*, 2009, 721 e ss.

CASTORINA, *L'astreinte nel processo amministrativo fra effettività della tutela e buon andamento dell'amministrazione*, in *www.federalismi.it*, 2015.

CELARDI, *Prime applicazioni dell'art. 614-bis c.p.c.: note critiche*, in *Giust. civ.*, I, 2011, 2965 e ss.

CESARO, *Genitore pubblica sui social network foto e notizie del figlio minore: interviene d'ufficio il Giudice*, in *ilfamiliarista.it*, 2018.

CHIANALE, *L'ipoteca*, 2^a ed., Milanofiori Assago, 2010.

CHIARLONI, *L'esecuzione indiretta ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c.: confini e problemi*, in *Giur. it.*, 2014, 731 e ss.

CHIARLONI, *Ars distinguendi e tecniche di attuazione dei diritti*, in MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989, 183 e ss.

CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980.

CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, *I concetti fondamentali. La dottrina delle azioni*, rist. anastatica 2^a ed., Napoli, 1960.

- CHIOVENDA, *Nuovi saggi di diritto processuale civile*, Napoli, 1912.
- CHIRONI, *Colpa contrattuale*, 2^a ed., Torino, 1897.
- CHIZZINI, *Commento all'art. 614-bis*, in BALENA-CAPPONI-CHIZZINI-MENCHINI, *La riforma della giustizia civile*, Torino, 2009, 138 e ss.
- CHIZZINI, *Patrimonialità dell'obbligazione tra condanna ed esecuzione forzata*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 659 e ss.
- CHIZZINI, *Sentenza nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998, 236 e ss.
- CIATTI CAIMI, *L'esecuzione processuale indiretta (astreinte), e l'infungibilità convenzionale della prestazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 23 e ss.
- CIRULLI, *La riforma del processo esecutivo*, in www.judicium.it, 2015.
- COLESANTI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 601 e ss.
- COMMANDATORE, *Osservazioni su presupposti e limiti per l'applicazione della penalità di mora prevista dall'art. 114, comma 4, lett. e), c.p.a.*, in *Giur. it.*, 2013, 2380 e ss.
- CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile, I, Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, 12^a ed., Torino, 2019.
- CONSOLO-GODIO, *Commento all'art. 614-bis*, in CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile commentato*, Milano, 2018, 1332 e ss.
- CONSOLO-GODIO, *La "impasse" del combinato degli artt. 2932-2908-2909 c.c. e l'alternativa dell'art. 614 bis c.p.c. dopo la riforma del 2015 per gli obblighi a contrarre ed anche solo a negoziare*, in *Corr. giur.*, 2018, 370 e ss.
- CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile, I, Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, 2^a ed., Torino, 2012.
- 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.*, 2009, 737 e ss.
- CONTE R., *Provvedimento cautelare ex art. 700 c.p.c. e tutela penale (con un cenno allo ius retentionis)*, in *Giur. it.*, 2014, 1896 e ss.
- COOTER-MATTEI-MONATERI-PARDOLESI-ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 1999.

COREA, *Disorientamenti in materia di esecuzione delle misure coercitive indirette ex art. 614 bis c.p.c.: al creditore non basta il titolo esecutivo e l'autoliquidazione nel precetto delle somme dovute ma deve previamente introdurre un giudizio di cognizione per la relativa quantificazione*, in *www.judicium.it*, 2017.

CORTESE, *Sull'obbligo di pagare una somma di denaro ex art. 114, comma 4, lett. e), c.p.a.: natura giuridica e regime applicativo*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 657 e ss.

COSTANTINO, *Tutela di condanna e misure coercitive*, in *Giur. it.*, 2014, 737 e ss..

COVIELLO L. jr., *L'obbligazione negativa*, II, Napoli, 1931.

CROCI, *L'esecuzione forzata per gli obblighi di fare e non fare*, in DEMARCHI ALBENGO (diretto da), *La nuova esecuzione forzata*, 2^a ed., Bologna, 2018, 1699 e ss.

D'AMICO, *Sull'applicabilità dell'art. 614 bis c.p.c. ai provvedimenti cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 713 e ss.

D'ARIENZO, *Penalità di mora (o astreintes) nel giudizio di ottemperanza: criticità e prospettive della disciplina alla luce delle novità introdotte dalla legge di stabilità 2016*, in *www.federalismi.it*, 2016.

DE ANGELIS F., *Obblighi infungibili e misure coercitive: questioni interpretative e soluzioni giurisprudenziali*, in *Riv. esec. forz.*, 2015, 157 e ss.

DE ANGELIS L., *La nuova generale misura coercitiva (art. 614 bis c.p.c.) e le controversie di lavoro*, in *Foro it.*, V, 2011, 18 e ss.

DELLE DONNE, *Astreinte e condanna pecuniaria della PA tra Codice di procedura civile e Codice del processo amministrativo*, in *Riv. esec. forz.*, 2011, 317 e ss.

DELLE DONNE, *L'introduzione dell'esecuzione indiretta nell'ordinamento giuridico italiano: gli artt. 614 bis c.p.c. e 114, comma 4, lett. e) Codice del processo amministrativo*, in CAPPONI (a cura di), *L'esecuzione processuale indiretta*, Milanofiori-Assago, 2011, 123 e ss.

DENTI, «*Flashes*» *su accertamento e condanna*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 255 e ss.

DENTI, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano, 1953.

DEPLANO, *Le obbligazioni negative*, Napoli, 2014.

DE SANTIS, *La conciliazione in materia societaria. Fondamenti negoziali, contrafforti pubblicistici e riflessi sul processo ordinario*, in *Giur. it.*, 2004, 449 e ss.

DE STEFANO, *L'esecuzione indiretta: la coercitoria, via italiana alle "astreintes"*, in *Corr. merito*, 2009, 1181 e ss.

- DE STEFANO-CHALOPIN, *Le atreintes nell'elaborazione della giurisprudenza francese in vista della loro introduzione nel diritto italiano*, in *Riv. esec. forz.*, 2009, 38 e ss.
- 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. esec. forz.*, 2009, 515 e ss.
- DI BERNARDO, *L'art. 614-bis c.p.c. nel diritto processuale della famiglia*, in *Rass. esec. forz.*, 2019, 355 e ss.
- DI MAJO, *Tutela (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 360 e ss.
- DI MARCO, *Inerzia dell'amministrazione e astreinte*, in *Corr. merito*, 2011, 991 e ss.
- DONZELLI, *Sanzioni civili pecuniarie punitive e giusto processo*, in *Giust. civ.*, 2019, 373 e ss.
- FAZZALARI, *Procedimento arbitrale e giurisdizionale nei licenziamenti individuali*, in *AA.VV.*, *I licenziamenti individuali e la reintegrazione nel posto di lavoro*, Milano, 1972, 289 e ss.
- FERRARA, *L'esecuzione processuale indiretta*, Napoli, 1915.
- FERRARI, *Il d.lgs. n. 131/2010 e le norme processuali del codice della proprietà industriale*, in *Riv. dir. ind.*, I, 2012, 5 e ss.
- FERRI, *L'azione inibitoria prevista dall'art. 1469-sexies c.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 938 e ss.
- FERRONI, *Obblighi di fare ed eseguibilità*, Napoli, 1983.
- FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale, Parte speciale*, vol. 1, Bologna, 1993.
- FINOCCHIARO, *Misure di coercizione indiretta per gli obblighi di fare*, in *Guida dir.*, 2015, n. 38, 56 e ss.
- FINOCCHIARO, *L'efficacia esecutiva del verbale di conciliazione giudiziale: ieri, oggi e domani*, in *Giust. civ.*, I, 2003, 1459 e ss.
- FORNACIARI, *La condanna come accertamento di un credito esigibile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 597 e ss.
- FRATINI, *Astreintes e diritto del lavoro durante il covid-19*, in www.judicium.it, 2020.
- FRENDI, *Appunti per una teoria dell'inibitoria come forma di tutela preventiva dell'inadempimento*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 721 e ss.

FRIGNANI, *Le penalità di mora e le astreintes nei diritti che si ispirano al modello francese*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1981, 506 e ss.

FURNO, *Condanna e titolo esecutivo*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1937, 97 e ss.

GALASSO, *La rilevanza della persona nei rapporti privati*, Napoli, 1974.

GALLETTO, *Le nuove frontiere dell'esecuzione forzata: le misure di coercizione indiretta*, in *www.judicium.it*, 2015.

GAMBINERI, *Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*, in *Foro it.*, V, 2009, 320 e ss.

GAMBIOLI, *Misure di coercizione indiretta e rito monitorio*, in *Giur. it.*, 2018, 375 e ss.

GAMBIOLI, *Le misure di coercizione indiretta ex art. 614 bis c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2016, 1283 e ss.

GASTALDO, *L'astreinte nel processo amministrativo*, Napoli, 2018.

GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, II, Firenze, 1907.

GODIO, *L'astreinte e la giurisprudenza di merito: un primo bilancio su alcuni profili operativi*, in *Corr. giur.*, 2011, 1121 e ss.

GORLA, *Del pegno. Delle ipoteche*, 4^a ed., Bologna-Roma, 1992.

GRASSO, *Prescrizione (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 56 e ss.

GRAZIOSI, *La sentenza di divorzio*, Milano, 1997.

IMPAGNATIELLO, *Sentenze costitutive, condanne accessorie e provvisoria esecutorietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 751 e ss.

IMPAGNATIELLO, *La provvisoria esecutorietà delle sentenze costitutive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 47 e ss.

INVREA, *La sentenza di condanna*, in *Riv. dir. proc. civ.*, I, 1935, 30 e ss.

IUORIO, *Il nuovo art. 614-bis c.p.c.: introduzione dell'esecuzione indiretta nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. esec. forz.*, 2009, 411 e ss.

LIEBMAN, *Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione*, 2^a ed. riveduta, Roma, 1936.

LIPARI, *L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza*, in *www.federalismi.it*, 2010.

LOMBARDI, *Il nuovo art. 614-bis c.p.c.: l'astreinte quale misura accessoria ai provvedimenti cautelari ex art. 700 c.p.c.*, in *Giur. merito*, 2010, 398 e ss.

LOMBARDI, *Le modifiche apportate dalla l. n. 69 del 18 giugno 2009 in materia di processo di esecuzione*, in *Giur. merito*, 2009, 2079 e ss.

LUISO, *Diritto processuale civile, III, Il processo esecutivo*, 5^a ed., Milano, 2009.

MANDRIOLI, *Diritto processuale civile, I, Nozioni introduttive e disposizioni generali*, 19^a ed., Torino, 2007.

MANDRIOLI, *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 1342 e ss.

MANDRIOLI, *L'esecuzione specifica dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, 9 e ss.

MANDRIOLI, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, 764 e ss.

MANDRIOLI, *L'azione esecutiva*, Milano, 1955.

MANDRIOLI, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano, 1953.

MAZZAMUTO, *L'astreinte all'italiana si rinnova: la riforma della comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 11 e ss.

MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 947 e ss.

MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da RESCIGNO, XX, Torino, 1985, 251 e ss.

MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978.

MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella L. 69/2009*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1546 e ss.

METAFORA, *L'esecuzione degli obblighi di fare (fungibili) e di non fare*, in *Riv. esec. forz.*, 2012, 444 e ss.

MICCOLIS, *Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare. Commento all'art. 614 bis c.p.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, 1046 e ss.

MINERVINI, *Contratti dei consumatori e tutela collettiva nel codice del consumo*, in *Contr. impr.*, 2006, 635 e ss.

- MOLARI, *La tutela penale della condanna civile*, Padova, 1960.
- MONDINI, *L'attuazione degli obblighi infungibili*, Milano, 2014.
- MONDINI, *Nota di richiami*, in *Foro it.*, I, 2014, 1980 e ss.
- MONTANARI, *Provvedimenti cautelari e misure coercitive*, in *Giur. it.*, 2017, 839 e ss.
- MONTELEONE, *Misure coercitive ed esecuzione forzata: attualità del pensiero di S. Satta. Commento teorico-pratico al nuovo Titolo IV-bis ed all'art. 614-bis c.p.c.*, in *Riv. esec. forz.*, 2016, 543 e ss.
- MONTELEONE, *Condanna civile e titoli esecutivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 1075 e ss.
- MONTELEONE, *Recenti sviluppi nella dottrina dell'esecuzione forzata*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, 281 e ss.
- MONTESANO, *Problemi attuali su limiti e contenuti (anche non patrimoniali) delle inibitorie, normali e urgenti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, 775 e ss.
- MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, 2^a ed., Torino, 1994.
- MONTESANO, *Condanna civile e tutela esecutiva*, 2^a ed., Napoli, 1965.
- MORANI, *Ancora sull'attuazione coattiva dei provvedimenti giurisdizionali (del T.o. e del T.m.) relativi alla prole minorenni: effetti delle nuove norme di cui agli artt. 709 ter e 614 bis c.p.c.*, in *Dir. fam. pers.*, II, 2013, 753 e ss.
- MOREAU-MARGREVE, *L'astreinte*, in *Ann. dr. Liège*, 1982, 11 e ss.
- MOSCATI, *Pena (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, 1982, 770 e ss.
- MUSCIO, *Astreintes anche d'ufficio per chi viola il diritto del minore alle frequentazioni con l'altro genitore*, in *ilfamiliarista.it*, 2017.
- NASCOSI, *Le misure coercitive indirette nel sistema di tutela dei diritti in Italia e in Francia*, Napoli, 2019.
- NAVARRINI, *Osservazioni "eretiche" sulla condanna implicita (nelle sentenze di assegnazione, o di revoca dell'assegnazione, della casa familiare)*, in *Dir. fam. pers.*, 2012, 1485 e ss.
- PAGNI, *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti*, in *Le Società*, 2010, 619 e ss.
- PAGNI, *La "riforma" del processo civile: la dialettica tra il giudice e le parti (e i loro difensori) nel nuovo processo di primo grado*, in *Corr. giur.*, 2009, 1309 e ss.

PARDOLESI, *Danni punitivi all'indice? – Il commento*, in *Danno resp.*, 2007, 1125 e ss.

PETRUCCI, *Condanna*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, 710 e ss.

PETTI, *Riforma del processo civile e misure coercitive indirette*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, n. 4, 123 e ss.

PISANI, *L'obbligazione è ancora iuris vinculum? Sull'accidentato cammino dell'ancor giovane astreinte all'italiana*, in *Corr. giur.*, 2017, 1419 e ss.

POLACCO, *Le obbligazioni*, 2^a ed., Roma, 1914.

POLETTI, *Sulla infungibilità degli obblighi di cui all'art. 614 bis c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2014, 750 e ss.

POMELLI, *Stipulazione per facta concludentia, efficacia e coercibilità dei patti parasociali di voto*, in *Giur. comm.*, II, 2011, 1498 e ss.

PONZANELLI, *I danni punitivi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 2025 e ss.

POSNER, *Economic Analysis of law*, 5^a ed., Aspen, 1998.

PREVITI, *Natura giuridica e risvolti applicativi dell'astreinte nell'ambito del processo amministrativo. La riscoperta della cognizione fra i meandri del giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1380 e ss.

PROTO PISANI, *Note personali e no a margine dell'art. 614-bis c.p.c.*, in *Rass. esec. forz.*, 2019, 3 e ss.

PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo)*, in *Foro it.*, V, 2010, 257 e ss.

PROTO PISANI, *Note sulla tutela civile dei diritti*, in *Foro it.*, V, 2002, 165 e ss.

PROTO PISANI, *L'attuazione dei provvedimenti di condanna*, in MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989, 39 e ss.

PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 1104 e ss.

PROTO PISANI, *L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, 620 e ss.

PUNZI, *Il seguito dei provvedimenti della Corte Costituzionale (rapporti tra Corte Costituzionale, autorità giudiziaria e legislatore relativi al processo civile)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 289 e ss.

RECCHIONI, *L'attuazione forzata indiretta dei comandi cautelari ex art. 614-bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 1477 e ss.

G.F. RICCI, *La riforma del processo civile*, Torino, 2009.

G.F. RICCI, *Principi di diritto processuale generale*, 3^a ed., Torino, 2001.

RISOLO, *L'effettività della tutela esecutiva e il problema delle misure coercitive*, in CAPPONI (a cura di), *L'esecuzione processuale indiretta*, Milanofiori-Assago, 2011, 17 e ss.

A. ROCCO, *La sentenza civile: studi*, Torino, 1906.

ROMITO, *Artt. 614 bis e 96 c.p.c.: vecchi e nuovi problemi applicativi*, in *Res. civ. e prev.*, 2011, 2346 e ss.

RONCO, *L'art. 614 bis c.p.c. e le controversie in materia di famiglia*, in *Giur. it.*, 2014, 758 e ss.

ROSSI, *Applicabili d'ufficio i rimedi ex art. 614-bis c.p.c. se la madre ostacola il rapporto tra padre e figlio*, in *ilfamiliarista.it*, 2018.

RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, Milano, 1956.

RUPERTO, *Commento all'art. 2953*, in VITUCCI (a cura di), *La prescrizione*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da SCHLESINGER, diretto da BUSNELLI, tomo II, 2^a ed. (diretta da RUPERTO), Milano, 2014, 267 e ss.

SALETTI, *Commento all'art. 614-bis. Misure di coercizione indiretta*, in SALETTI-VANZ-VINCRE, *Le nuove riforme dell'esecuzione forzata*, Torino, 2016, 339 e ss.

SALETTI, *L'esecuzione processuale indiretta nella riforma del "Codice di procedura civile" italiano dal 2009*, in *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2010, 505 e ss.

SALETTI, *Le (ultime?) novità in tema di esecuzione forzata*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 193 e ss.

SASSANI, *Possono gli arbitri pronunciare l'astreinte?*, in *Riv. esec. forz.*, 2018, 279 e ss.

SCOCA, *Natura e funzione dell'astreinte nel processo amministrativo*, in *Corr. giur.*, 2014, 1406 e ss.

SCOGNAMIGLIO, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, 206 e ss.

SICLARI, *Infungibilità: tra il dare e il fare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 583 e ss.

SILVESTRI, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare o non fare*, in *Diritto on line*, 2013.

SILVESTRI, *Riforma e processo esecutivo*, in TARUFFO (diretto da), *Il processo civile riformato*, Bologna, 2010, 495 e ss.

SILVESTRI-TARUFFO, *Esecuzione forzata. III) Esecuzione forzata e misure coercitive*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, 1 e ss.

SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, 7^a ed., Vicenza, 2019.

SPADARO, *Modificabilità dell'astreinte. Un quadro normativo e interpretativo che elide le potenzialità della misura coercitiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 143 e ss.

SPOLIDORO, *Le misure di prevenzione nel diritto industriale*, Milano, 1982.

SPOTO, *Dalla responsabilità civile alle misure coercitive indirette per adempiere gli obblighi familiari*, in *Dir. fam. pers.*, 2010, 910 e ss.

TAMBURRINO, *Della tutela dei diritti (Delle ipoteche)*, in *Comm. cod. civ.*, 2^a ed., Torino, 1976.

TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da CICU-MESSINEO, Milano, 1980.

TARUFFO, *Note sull'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare*, in *Giur. it.*, 2014, 744 e ss.

TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, in MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989, 63 e ss.

TARUFFO, *Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 635 e ss.

TARUFFO, *Problemi in tema di esecutorietà della condanna alla reintegrazione del lavoratore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 789 e ss.

TARZIA, *Lineamenti del processo di cognizione*, 2a ed., Milano, 2002.

TARZIA, *Presente e futuro delle misure coercitive civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, 800 e ss.

TEDIOLI, *Osservazioni critiche all'art. 614 bis cod. proc. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2013, 67 e ss.

TEDOLDI, *Le novità in materia di esecuzione forzata nel D.L. n. 83/2015...in attesa della prossima puntata...*, in *Corr. giur.*, 2016, 153 e ss.

- TOMMASEO, *L'esecuzione indiretta e l'art. 614 bis c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 267 e ss.
- TOMMASEO, *Provvedimenti d'urgenza a tutela dei diritti implicanti un facere infungibile*, in *Studium iuris*, 1997, 1277 e ss.
- TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette*, Padova, 2012.
- TRINCHI, *È titolo esecutivo il provvedimento che revoca l'assegnazione della casa familiare?*, in *Fam. dir.*, 2012, 880 e ss.
- VACCARELLA, *Esecuzione forzata*, in *Riv. esec. forz.*, 2007, 1 e ss.
- VALLEBONA, *La misura compulsoria per la condanna incoercibile*, in *Mass. giur. lav.*, 2009, 568 e ss.
- VALLONE, *Le misure coercitive prima e dopo la riforma dell'art. 614-bis c.p.c. (legge 6 agosto 2015, n. 132 di conversione del d. l. 27 giugno 2015, n. 83)*, in *Riv. esec. forz.*, 2016, 34 e ss.
- VANZETTI, *Contributo allo studio delle misure correttive e delle sanzioni civili nel diritto industriale: i profili processuali dell'art. 124 C.P.I.*, in *Riv. dir. ind.*, I, 2010, 26 e ss.
- VARANO, *Contempt of Court*, in MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989, 387 e ss.
- VASSALLI, *La mancata esecuzione di provvedimento del giudice*, Torino, 1938.
- VENTURA, *La misura coercitiva di cui all'art. 614 bis c.p.c. e l'esecuzione dell'obbligo di contrarre*, in *Giur. it.*, 2014, 767 e ss.
- VINCRE, *Le misure coercitive ex art. 614 bis c.p.c. dopo la riforma del 2015*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 368 e ss.
- VIOLA, *Le astreintes nel processo amministrativo e la pretesa incompatibilità con le obbligazioni pecuniarie della P. A.*, in *Foro amm.*, 2012, 813 e ss.
- VIOLA, *Nuovi poteri sanzionatori del giudice amministrativo, astreintes e giudizio di ottemperanza*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 579 e ss.
- VON COMPERNOLLE-DE LEVAL, *L'astreinte*, 3^a ed., Bruxelles, 2013.
- VULLO, *Commento all'art. 614 bis*, in VULLO (a cura di), *Codice dell'esecuzione forzata*, 2^a ed., Milano, 2018, 923 e ss.

VULLO, *L'art. 614-bis c.p.c.: problemi interpretativi, soluzioni dottrinali e giurisprudenziali (prima parte)*, in *Studium iuris*, 2012, 1359 e ss.

VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 727 e ss.

VULLO, *Obbligazioni infungibili, misure coercitive e superamento del principio di necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata*, in *Studium iuris*, 2003, 305 e ss.

ZARRELLI, *Fungibilità ed infungibilità nell'obbligazione*, Napoli, 1969.

ZUCCONI GALLI FONSECA, *Misure coercitive ed arbitrato*, in *Riv. esec. forz.*, 2014, 423 e ss.

ZUCCONI GALLI FONSECA, *Misure coercitive fra condanna e tutela esecutiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 389 e ss.

ZUCCONI GALLI FONSECA, *Attualità del titolo esecutivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 67 e ss.

ZUCCONI GALLI FONSECA, *Le novità della riforma in materia di esecuzione forzata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 197 e ss.

ZUFFI, *Sull'incerto operare del fenomeno condizionale nelle sentenze di accertamento e di condanna*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 991 e ss.