



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto civile 3

**L'ESECUZIONE INDIRETTA NEL SISTEMA DELLA TUTELA
CIVILE DEI DIRITTI**

RELATORE

Prof. Ernesto Fabiani

CANDIDATO

Aldo Caputi

Matr. 145983

CORRELATORE

Prof. Valerio Pescatore

Anno accademico 2020\2021

INDICE

INTRODUZIONE	1	
 CAPITOLO I		
TUTELA DI CONDANNA: FUNZIONE REPRESSIVA E PREVENTIVA		
1. LA NOZIONE DI CONDANNA.....	3	
1.1 Le caratteristiche della tutela di condanna.....	4	
1.2 L' esecuzione diretta e l' esecuzione indiretta	6	
 2. LA CORRELAZIONE NECESSARIA FRA CONDANNA ED ESECUZIONE FORZATA		8
 3. IL SUPERAMENTO DELLA CORRELAZIONE NECESSARIA FRA CONDANNA ED ESECUZIONE FORZATA.....		12
3.1 La svolta dell'art. 18 della legge n.300 del 1970	14	
3.2 La critica al dogma della correlazione necessaria	15	
3.3 Una "nuova" nozione di condanna tra funzione repressiva e preventiva	17	
3.4 In merito alla riproposizione della tesi della correlazione necessaria	20	
 4. L'AZIONE INIBITORIA COME AZIONE ATIPICA.....		22
4.1 L'inibitoria fondata sull'applicazione analogica e l'inibitoria		

limitata ai diritti assoluti	23
4.2 L'art. 2058 cod. civ	24
4.3 L'inibitoria cautelare come fondamento della inibitoria atipica	25
4.4 La collocazione dell'inibitoria all'interno dei rimedi di tutela	26
 5. L'ATTUAZIONE DELLA SENTENZA DI CONDANNA: CENNI ALLE MISURE COERCITIVE INDIRETTE	 29

CAPITOLO II

IL PERCORSO ITALIANO DELL'ESECUZIONE INDIRETTA

1. PREMESSA	32
 2. LE MISURE COERCITIVE INDIRETTE TIPICHE	 33
2.1 Le misure coercitive in materia di proprietà industriale e diritto d'autore	33
2.2 Le misure coercitive basate sulla sanzione penale	34
2.3 L'art. 18 legge n. 300\1970.....	36
 3. IL TENTATIVO DI FONDARE UN SISTEMA ATIPICO DI MISURE COERCITIVE INDIRETTE SU ALCUNE NORME PENALI	 38
3.1 Il tentativo di fondare un sistema atipico di misure coercitive indirette	

basato sull'art.650 cod. pen	39
3.2 Le critiche al tentativo di fondare un'esecuzione indiretta atipica sull'art. 650 cod. pen	40
3.3 Il tentativo fondato sull'art. 388 cod. pen	40
3.4 I limiti e le critiche alla tesi fondata sull'art. 388 cod. pen	42
3.5 Conclusioni	44
4. L'ATIPICITA' DELL'ESECUZIONE INDIRETTA: LE PROPOSTE DELLA DOTTRINA	46
4.1 Le critiche all'introduzione di un'atipica esecuzione indiretta	46
4.2 La misura coercitiva pecuniaria come strumento generale dell'esecuzione indiretta	48
4.3 L'esecuzione indiretta è unica via percorribile per elevare l'effettività della tutela giurisdizionale?	50
5. I PROGETTI DI RIFORMA IN ITALIA PER L'INTRODUZIONE DI UN SISTEMA ATIPICO DI MISURE COERCITIVE INDIRETTE	51
5.1 Il progetto Carnelutti	52
5.2 Il disegno di legge 2246 del 1975	53
5.3 Il disegno di legge delega n. 1463 del 1981.	54
5.4 Il tentativo di riforma della commissione Tarzia	55
5.5 Il disegno di legge delega n. 2430 del 2003	56
5.6 Una visione d'insieme dei progetti di riforma per un'esecuzione	

indiretta atipica 57

6. CONCLUSIONI 59

CAPITOLO III

I MODELLI DI ESECUZIONE INDIRETTA IN ALCUNI ORDINAMENTI STRANIERI

1. PREMESSA 62

2. L'ESECUZIONE INDIRETTA NEL MODELLO TEDESCO 63

3. II *CONTEMPT OF COURT* ANGLOSASSONE 64

4. L'*ASTREINTE* FRANCESE: ORIGINE ED EVOLUZIONE
DELL'ISTITUTO 65

5. LE MISURE COERCITIVE SECONDO LA LEGGE UNIFORME DEL
BENELUX 69

5.1 L'*astreinte* in Belgio 70

5.2 Il sistema olandese 71

6. L'ESECUZIONE INDIRETTA NEGLI ORDINAMENTI STRANIERI COME
MODELLO PER UN SISTEMA ATIPICO ITALIANO 71

CAPITOLO IV

L'INTRODUZIONE IN ITALIA DI UN SISTEMA ATIPICO DI MISURE COERCITIVE INDIRETTE

SEZIONE I: L'EVOLUZIONE NORMATIVA

1. PREMESSA	74
2. LA LEGGE 69 DEL 2009: LA PRIMA VERSIONE DELL'ART. 614 <i>BIS</i>	75
2.1 L'ambito di applicazione e il requisito dell'infungibilità	76
2.2 L'interpretazione estensiva e l'infungibilità "processuale"	78
3. LA MODIFICA DELL'ART. 614 <i>BIS</i> (LA RIFORMA DEL 2015)	81
3.1 Finalmente l'esecuzione indiretta come strumento generale per la tutela dei diritti	82
3.2 Il rapporto fra l'esecuzione indiretta e l'esecuzione diretta.....	84
4. I LIMITI ALL'AMBITO DI APPLICAZIONE DELL'ESECUZIONE INDIRETTA ATIPICA	87
4.1 L'esclusione dei rapporti di lavoro	87
4.2 La clausola di <<manifesta iniquità>>	91
4.3 L'esclusione delle condanne al pagamento di una somma di denaro	93
5. CONCLUSIONI	96

**SEZIONE II: LE QUESTIONI ANCORA IRRISOLTE IN MERITO ALL'ART. 614
BIS**

1. PREMESSA	100
2. I PROFILI PROCEDIMENTALI.....	101
2.1 Il provvedimento di condanna.....	102
2.2 La richiesta di parte	105
2.3 La qualità di titolo esecutivo e la liquidazione della misura	107
2.4 Le ulteriori questioni processuali	112
3. IL RAPPORTO CON IL RISARCIMENTO DEL DANNO E LA NATURA DELL'ART. 614 <i>BIS</i>	113
4. IL RAPPORTO DELL'ART. 614 <i>BIS</i> E ALTRI RIMEDI SPECIFICI	118
4.1 L' <i>astreinte</i> nel diritto di famiglia e il rapporto con l'art. 709 <i>ter</i> cod. proc. civ	119
4.2 L'art 614 <i>bis</i> e l'art. 2932 cod. civ.: le misure coercitive indirette al di fuori della tutela di condanna?	122
CONCLUSIONI	129
BIBLIOGRAFIA	133

INTRODUZIONE

Il presente lavoro di tesi ha per oggetto l'effettività della tutela di condanna, alla luce dell'evoluzione dottrinale, giurisprudenziale e legislativa che ha interessato struttura, funzione e modalità di attuazione della stessa.

Se la tutela di condanna si traduce, fondamentalmente, in un ordine impartito dal giudice a tenere una certa condotta, al fine di reprimere o impedire la violazione di un diritto, rendere "effettiva" tale forma di tutela significa predisporre degli strumenti tali da far sì che l'ordine venga eseguito.

Quanto più incisive e funzionali sono le modalità di attuazione del provvedimento di condanna, tanto più elevato è il grado di effettività di tale tutela giurisdizionale. Quest'ultimo, infatti, dipende in gran parte dall'ampiezza del fascio di obbligazioni, per le quali, in seguito alla pronuncia giudiziale, siano previsti dei procedimenti che garantiscano l'adempimento in forma specifica e non solo il risarcimento del danno, che non soddisfa l'interesse del titolare alla prestazione per come prevista dal diritto sostanziale, ma attribuisce solo utilità equivalenti.

Le modalità di attuazione del provvedimento di condanna possono essere suddivise in due categorie: l'esecuzione diretta e l'esecuzione indiretta. La prima si caratterizza per una surrogazione dell'ufficio esecutivo al soggetto obbligato nell'esecuzione della prestazione, che corrisponde a un obbligo fungibile; nella seconda, invece, l'obbligato non può essere sostituito nell'adempimento dato il carattere infungibile dell'obbligazione, dunque, si cerca di incidere sulla sua volontà, attraverso la minaccia di una limitazione personale o patrimoniale, al fine di dare luogo alla sua spontanea ottemperanza al provvedimento di condanna.

La nozione di condanna nel nostro ordinamento è stata per lungo tempo rinchiusa all'interno di una presunta correlazione necessaria con l'esecuzione forzata, di modo che era considerato possibile oggetto di condanna soltanto l'obbligo che poteva essere eseguito attraverso i procedimenti di esecuzione diretta, contenuti nel libro III del codice di procedura civile. Come conseguenza di ciò, si negava che le obbligazioni di fare e di non fare infungibili potessero essere oggetto della tutela di condanna, in quanto, in virtù del brocardo latino *nemo ad factum cogi potest*, i relativi provvedimenti sarebbero stati sprovvisti di modalità di attuazione e avrebbe trovato spazio necessariamente la sola tutela risarcitoria. L'esecuzione

indiretta, invece, era prevista solo da singole disposizioni di legge e mancava una norma che permettesse un'applicazione generale dell'istituto.

Questa è la premessa di tale ricerca, il cui oggetto d'indagine consiste nel ripercorrere le tappe fondamentali che hanno indotto a un ripensamento intorno alla tutela di condanna, nel senso di svincolarla dalla correlazione con l'esecuzione forzata e di ampliarne l'ambito applicativo. Se si vuole considerare passibili di condanna anche gli obblighi infungibili, è necessaria la previsione di uno strumento che permetta l'esecuzione dei provvedimenti che ordinano l'adempimento di tali obbligazioni, in altri termini dell'esecuzione indiretta. Di ciò erano pienamente consapevoli la dottrina e il legislatore e, infatti, saranno oggetto di analisi le istanze dei giuristi e i progetti normativi volti all'introduzione di tale mezzo di tutela. L'esecuzione indiretta, peraltro, era già da tempo conosciuta e utilizzata in numerosi ordinamenti stranieri, dai quali il nostro legislatore avrebbe potuto prendere spunto.

L'ultimo passaggio del presente studio consiste nella disamina delle riforme del 2009 e del 2015, le quali hanno introdotto e poi modificato l'art. 614 *bis*, che ha disciplinato un procedimento generale di esecuzione indiretta. Il legislatore ha optato, sulla scorta della maggioranza delle impostazioni dottrinali e dei precedenti progetti di riforma, come mezzo generale per l'esecuzione indiretta, per l'introduzione di un sistema atipico di misure coercitive indirette, che, attraverso la minaccia del pagamento di una somma di denaro per il tempo per cui si protrae l'inadempimento, inducono l'obbligato a tenere la condotta ordinatagli dal giudice. L'obiettivo di questo lavoro di tesi è quello di verificare se ad oggi, alla luce delle elaborazioni dottrinali e dell'evoluzione normativa, sia possibile affermare che, attraverso l'introduzione di un sistema atipico di misure coercitive indirette, si sia raggiunto il massimo grado possibile di effettività della tutela di condanna oppure se vi siano ancora delle questioni irrisolte sulle quali poter intervenire per rendere il provvedimento di condanna ancor più "effettivo".

CAPITOLO I

TUTELA DI CONDANNA: FUNZIONE REPRESSIVA E PREVENTIVA

1. LA NOZIONE DI CONDANNA

Una crisi di cooperazione a livello sostanziale tale che violi un diritto riconosciuto dalla legge sostanziale, determina il sorgere di specifico bisogno di tutela in quanto l'interesse protetto dalla norma si trova in stato di insoddisfazione.

A tale scopo l'ordinamento mette a disposizione dei consociati l'azione di condanna, ossia una forma di tutela giurisdizionale che non solo accerta l'esistenza dell'interesse, la sua lesione e lo speculare obbligo di rimediare alla violazione, ma, in più, assicura che l'obbligo sia concretamente eseguito. Se 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>>¹, lo scarto fra processo e diritto sostanziale viene a ridursi tanto più quanto l'ordinamento predispone strumenti di tutela che consentano al titolare di un diritto di ottenere le stesse utilità garantitegli dal diritto sostanziale. A questo principio non fa eccezione la tutela di condanna, la cui ricostruzione concettuale incide profondamente sul grado di effettività della tutela dell'ordinamento giuridico: riconoscere che un diritto possa essere oggetto di un'azione di condanna significa offrire al titolare della situazione giuridica soggettiva lesa la possibilità di ottenere il soddisfacimento della sua pretesa attraverso un comando del giudice rivolto all'obbligato di tenere un determinato comportamento attivo (pagare una somma di denaro, dare o fare qualcosa) o omissivo (non fare). Nel nostro ordinamento tale forma di tutela ha avuto un percorso travagliato poiché, a fronte di alcune questioni pacifiche in dottrina, molti altri aspetti, di importanza notevole, hanno

¹ Chiovenda G. così espressamente in *Della azione nascente dal contratto preliminare*, in *Saggi di diritto processuale*, Roma, 1931, p. 110, ma è un corollario proprio dell'intero pensiero e di tutti gli studi del celebre giurista.

generato grandi contrasti². I punti salienti di tale dibattito saranno esaminati in seguito, mentre in questo frangente il fine è quello di esaminare le caratteristiche che, senza dubbio, possono essere attribuite alla tutela di condanna.

1.1 Le caratteristiche della tutela di condanna

È pacifico che alla sentenza di condanna siano riferite tre norme in particolare:

a) l'art. 474 n. 1 cod. proc. civ., b) l'art. 2818 cod. civ., c) l'art. 2953 cod. civ.³

a) L'art. 474 n.1 cod. proc. civ. riconosce la qualità di titolo esecutivo alle <<sentenze cui la legge attribuisce espressamente efficacia esecutiva>>. Nonostante non sia specificato a quali tipologie di provvedimento sia attribuita questa caratteristica, non vi sono dubbi sul fatto che tale qualità sia propria esclusivamente delle sentenze di condanna. Il titolo esecutivo è condizione necessaria e sufficiente per mettere in moto il processo esecutivo e, dunque, il provvedimento di condanna rappresenta la via giurisdizionale per intraprendere l'esecuzione forzata dell'obbligo accertato dal provvedimento stesso. A questa caratteristica si ricollega l'art 282 cod. proc. civ., come riformato dalla legge n. 353\1990, secondo cui la suddetta efficacia esecutiva viene in essere con la pronuncia in primo grado, di conseguenza è indipendente dal passaggio in giudicato del provvedimento.

b) L'art. 2818 cod. civ. sancisce che la sentenza di condanna al pagamento di una somma di denaro o all'adempimento di un'altra obbligazione, anche al risarcimento dei danni da liquidarsi successivamente (cd. condanna generica), costituisce titolo per l'ipoteca giudiziale. La norma attribuisce al provvedimento in esame un effetto non di poco conto in quanto comporta la costituzione di un diritto

² Si intendono le divergenti opinioni intorno alla differenza con l'azione di mero accertamento, alla sussistenza della correlazione necessaria fra condanna ed esecuzione forzata, alla funzione preventiva della condanna.

³ Vedi Proto Pisani A. *Appunti sulla tutela di condanna*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1978, pp. 1104 e ss.; Proto Pisani A. *I diritti e le tutele*, Napoli 2008, pp.73 e ss.; Verde G. *Profili del processo civile parte generale*, Napoli 1986, p. 143; Motto A. *Note per uno studio sull'azione di condanna nella giurisdizione civile*, in *Rivista di diritto civile*, 2015, p. 920; Chizzini A. *La tutela giurisdizionale dei diritti Art. 2907*, Milano 2018 pp. 703 e ss.;

reale di garanzia, al quale consegue il diritto a essere soddisfatto con preferenza rispetto agli altri creditori sul ricavato della vendita del bene oggetto di ipoteca. Se è sempre stato riconosciuto da dottrina e giurisprudenza che tale prescrizione sia indipendente dal passaggio in giudicato della sentenza e dalla sua efficacia esecutiva, è invece discusso l'ambito di applicazione della disposizione. Infatti, parte della dottrina⁴ ha ritenuto che tale effetto sia ascrivibile soltanto alle condanne che possono dar origine a un processo di esecuzione forzata, quindi le condanne al pagamento di una somma di denaro e le condanne aventi un oggetto un'obbligazione, che se inadempita potrebbe convertirsi in una somma di denaro. Ma una tale impostazione non può condividersi in base alla considerazione secondo cui non si riviene alcuna relazione fra l'effetto prescritto dall'art. 2818 cod. civ. e l'oggetto dell'obbligazione, anzi la lettera della norma lascia intendere una nozione ampia di condanna all'interno della quale non si rinvengono differenze in base all'oggetto dell'obbligazione. Al contrario, la formula omnicomprensiva della norma è stata utilizzata dalla dottrina come uno dei principali argomenti per estendere il più possibile la nozione e, di conseguenza, la portata applicativa della tutela di condanna⁵.

c) L'art 2953 cod. civ. dispone che effetto del passaggio in giudicato della sentenza di condanna è la trasformazione dell'eventuale prescrizione breve del diritto in prescrizione ordinaria, ovvero di dieci anni. La norma non contiene indicazioni riguardanti la struttura o il contenuto del provvedimento giudiziale.

Se questi sono gli effetti processuali che vengono ascritti al provvedimento di condanna, pare opportuno soffermarsi brevemente sui diritti che possono formare l'oggetto di codesta tutela, nonché sui rimedi previsti dal legislatore per

⁴ Petrucci C. *Condanna*, voce della *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1961, VIII in cui l'autore esclude che le condanne alle quali segue l'espropriazione in forma specifica costituiscano titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale; in senso contrario Proto Pisani A. *I diritti e le tutele* cit., p. 76, dove si afferma che nel caso in cui l'obbligazione abbia come oggetto una somma di denaro allora l'ipoteca viene iscritta per la somma determinata dalla sentenza, invece, qualora consista in un'altra prestazione, l'ipoteca deve essere iscritta <<per la somma determinata dal creditore nella nota di iscrizione>> secondo quanto disposto dall'art. 2838 c.c. Da ciò consegue che nella seconda ipotesi è il creditore a determinare la somma per la quale iscrivere ipoteca, con la possibilità di includere anche il danno da minacciare al debitore per indurlo ad adempiere. Così viene messa in luce un'eventuale funzione di misura coercitiva generale dell'art. 2818 cod. civ., limitata, come avverte subito l'autore stesso, alle possibilità finanziarie del creditore (l'iscrizione di ipoteca ha costi elevati) e ai casi in cui che il debitore abbia un patrimonio immobiliare.

⁵ La reale portata della norma è uno dei punti più dibattuti intorno alla sussistenza della correlazione necessaria fra condanna ed eseguibilità forzata di cui si dirà in seguito.

rendere concreto l'obbligo accertato dal giudice; senza questi d' altronde l'effettività della condanna sarebbe pressocché nulla.

1.2 L' esecuzione diretta e l'esecuzione indiretta

Il titolare di un diritto può adire il giudice al fine di ottenere la condanna dell'obbligato all'adempimento del pagamento di una somma di denaro, della consegna di un mobile o del rilascio di un immobile, di una prestazione di fare fungibile o di non fare (inteso come disfare). A questi diritti fanno riferimento gli art. 2910 (espropriazione forzata), 2930 (esecuzione forzata per consegna o rilascio), 2931 (esecuzione forzata per obblighi di fare), e 2933 (esecuzione forzata degli obblighi di non fare) del codice civile, che a loro volta rappresentano i lineamenti sostanziali del processo esecutivo del libro III del codice di procedura civile. Ciò che accomuna tali obblighi risiede nel fatto che, in mancanza di cooperazione del soggetto passivo del rapporto, anche in seguito a una pronuncia di condanna, il titolare potrà mettere in moto il processo esecutivo affinché l'ufficio esecutivo adempia la prestazione al posto dell'obbligato ed eventualmente contro la sua volontà, in conformità alle forme e alle modalità previste dal processo esecutivo. In queste prestazioni per il titolare è indifferente chi adempia la prestazione, ciò che rileva è esclusivamente il suo soddisfacimento, perciò, è praticabile la cosiddetta esecuzione diretta. In queste ipotesi la tutela di condanna mostra la sua funzione repressiva⁶, in quanto interviene solo successivamente rispetto alla violazione del diritto allo scopo di eliminare tale violazione dando al titolare le stesse utilità garantitegli dal diritto sostanziale o qualora non sia possibile il risarcimento in danaro.

Tuttavia, tali rimedi processuali sono inadeguati, o per meglio dire insufficienti, rispetto a una serie di obblighi, in cui il creditore ha interesse che la prestazione sia svolta esclusivamente dal soggetto passivo del rapporto. Si fa riferimento agli obblighi di fare infungibili e agli obblighi di non fare in senso stretto che sono ontologicamente infungibili, nonché nelle ipotesi di obblighi di fare che abbiano

⁶ Per un'approfondita analisi sulla duplicità della funzione di condanna vedi Proto Pisani A. *Appunti sulla tutela di condanna* cit., p. 1105.

carattere periodico. Più nello specifico nelle ultime due tipologie di obbligazioni la tutela di condanna assume una funzione preventiva: negli obblighi di non fare poiché interviene ancor prima della violazione del diritto tentando di impedire che questa si verifichi; negli obblighi a carattere continuativo la condanna è uno strumento efficace di tutela non solo se reprime la violazione già esistente, ma anche se mira a prevenire la ripetizione di altre condotte lesive.

Come può darsi concreta attuazione a provvedimenti di tal genere, di modo che il titolare ottenga tutto quello e proprio quello a cui ha diritto secondo le norme sostanziali?

In tutti questi casi l'esecuzione diretta si rivela inefficace in quanto l'eventuale sostituzione dell'apparato giudiziario esecutivo nell'adempimento della prestazione, non gioverebbe al titolare del diritto in quanto suo specifico interesse è che proprio e solo l'obbligato compia quell'attività infungibile o si astenga da una determinata condotta o non reiteri un determinato comportamento lesivo della situazione giuridica. Dunque, essendo le procedure previste dal libro terzo del cod. proc. civ inapplicabili alle suddette fattispecie, le soluzioni al quesito sopra proposto si pongono su due versanti opposti: ritenere che non esistano mezzi di tutela esecutivi attuativi di tali obbligazioni e di conseguenza riconoscere l'impossibilità che il titolare possa ottenere ciò a cui ha diritto, ma solo utilità equivalenti, ovvero il risarcimento dei danni nelle forme della espropriazione forzata. Dall'altro lato si propone di utilizzare l'esecuzione indiretta, ossia misure coercitive che incidano sulla volontà dell'obbligato in modo tale che egli adempia spontaneamente a fronte delle possibili conseguenze che deriverebbero dal suo inadempimento.

Su queste premesse e su queste conseguenze pratiche si intende sviluppare un'analisi riguardo alla tutela di condanna, dalle teorie più risalenti fino alla sua più recente evoluzione.

2. LA CORRELAZIONE NECESSARIA FRA CONDANNA ED ESECUZIONE FORZATA

Nel nostro ordinamento la tutela di condanna è stata per molto tempo influenzata da un'elaborazione dottrinale condivisa da una gran parte di giuristi⁷. Si tratta della correlazione necessaria fra condanna ed esecuzione forzata, secondo cui un diritto può costituire oggetto di un'azione di condanna soltanto se, per la sua attuazione, sia possibile fare ricorso ai processi esecutivi nelle forme del libro terzo del codice di procedura civile; in altri termini se la situazione giuridica soggettiva è realizzabile in via coattiva, tramite la tecnica dell'esecuzione diretta, allora essa potrà essere il contenuto di una sentenza di condanna. Per tutte le altre obbligazioni che per loro natura o caratteristiche non rispondono a tali prerogative saranno escluse da tali forme di tutela, anche in virtù del celebre brocardo latino *nemo ad factum cogi potest*.

Questa teoria è stata elaborata per rivendicare l'autonomia concettuale della sentenza di condanna da quella di mero accertamento⁸, e, dopo un periodo di stasi, la dottrina è tornata a dibattere sull'argomento a seguito all'introduzione dell'art.18 della legge n. 300\1970 (il cd. Statuto dei lavoratori), ovvero della condanna alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro.

Parte della dottrina più risalente⁹ considera quale elemento imprescindibile della condanna, l'applicazione della sanzione, termine del quale si adopera

⁷ Liebman E.T. *Le opposizioni di merito nel processo esecutivo*, Roma 1931, pp. 109 e ss.; Calamandrei P. *La Condanna in Studi in onore di Federico Cammeo*, Padova, 1933, pp. 193-205; Mandrioli C. *L'esecuzione specifica dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro in Rivista di diritto processuale*, 1975, 9 e ss.; Mandrioli C. *Sulla correlazione necessaria fra condanna ed eseguibilità forzata in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1976, pp.1342 e ss.; Mandrioli C. *Corso di diritto processuale civile*, Torino 1989, 60 e ss.; Monteleone G. *Recenti sviluppi nella dottrina dell'esecuzione forzata in Rivista di diritto processuale*, 1982, pp. 281 e ss.; Monteleone G. *Condanna civile e titoli esecutivi in Rivista di diritto processuale*, 1990, pp. 1075 e ss.; più di recente Chizzini A. *La tutela giurisdizionale dei diritti Art. 2907 cit.*, pp. 703 e ss.

⁸ Con tutela di mero accertamento si intende l'ipotesi in cui il titolare di un diritto, a fronte di una crisi di cooperazione a livello sostanziale, la quale si traduce in contestazioni da parte di un altro consociato, ha interesse che venga pronunciato un provvedimento giurisdizionale che accerti o neghi l'esistenza della situazione giuridica soggettiva. Tale bisogno di tutela si risolve dunque nel passaggio in giudicato della sentenza e nell'incontrovertibilità dell'accertamento come risultante dalla decisione del giudice.

⁹ Liebman E.T. *Le opposizioni di merito nel processo esecutivo cit.*, pp. 109 e ss.; Calamandrei P. *La Condanna cit.*, pp. 193-205 in cui l'autore sottolinea che la condanna si distingue dalle altre sentenze anche a livello grammaticale, infatti, il verbo condannare necessita di essere integrato dalla proposizione a (si condanna a pagare, a fare, a dare) a differenza degli altri verbi che

un'accezione assai ristretta. In effetti, per questa tesi, per sanzione deve intendersi un qualcosa al di fuori del diritto sostanziale, che interviene quando ormai non si può più confidare nell'adempimento, seppur tardivo, del soggetto obbligato; con questa espressione si fa riferimento alla coazione processuale, ovvero all'esecuzione forzata. In altri termini ciò che caratterizza la condanna e la distingue dal mero accertamento è l'applicazione della sanzione estrema individuata nell'esecuzione forzata. Dopo la sentenza di condanna la volontà dell'obbligato non rileva più poiché si ha la <<trasformazione dell'obbligo in soggezione>>¹⁰, ovvero dall'obbligo imposto dal diritto sostanziale si passa alla soggezione nei confronti della coazione dell'ufficio esecutivo, e tutto ciò in virtù del provvedimento di condanna. In conclusione, questa tesi portava alla conseguenza che una sentenza che ordina il compimento di una prestazione non eseguibile nelle forme dell'esecuzione forzata non è qualificabile come condanna, ma come mero accertamento in quanto non tramuta l'obbligo in soggezione, bensì ha come unico effetto quello di decidere in maniera incontrovertibile sull'esistenza del rapporto giuridico.

Dunque, la differenza fondamentale fra l'accertamento mero e la condanna risiede nel fatto che con quest'ultima si chiede al giudice, oltre all'accertamento del diritto dedotto in giudizio, attività che racchiude l'intera tutela del mero accertamento, anche l'accertamento dei presupposti per introdurre l'esecuzione forzata¹¹. Da qui si evince la correlazione necessaria fra condanna ed esecuzione forzata: il provvedimento condannatorio è tale in quanto titolo esecutivo e quindi idoneo a legittimare il titolare del diritto ad agire *in executivis*.

Corollario della correlazione necessaria fra condanna ed eseguibilità forzata è considerare, fra gli effetti riconosciuti dal legislatore al provvedimento di condanna, l'art. 474 cod. proc. civ. come più incisivo nella definizione della tutela

caratterizzano gli altri tipi di sentenze, i quali esauriscono la loro funzione in loro stessi (es: accertare, annullare).

¹⁰ Espressione utilizzata da Calamandrei P. *La Condanna* cit., p. 203.

¹¹ Così Mandrioli C. *Corso di diritto processuale civile* cit., p. 62 in cui l'autore prosegue argomentando che se viene portato in giudizio un diritto vantato o contestato allora la tutela è di mero accertamento, se il diritto invece è stato violato allora si ascrive all'interno della tutela di condanna.

di condanna, come se fosse un “effetto primario”, e relegare in secondo piano gli art. 2818 cod. civ. e 2953 cod. civ.¹². A sostegno di tale impostazione parte della dottrina richiama la tipicità delle forme di esecuzione forzata specifica, che si contrappongono alla genericità dell’espropriazione forzata sorretta dalla responsabilità patrimoniale generica del debitore ex art. 2740 cod. civ. Tali richiami comportano che i diritti che rientrano nelle formulazioni degli art. 2930, 2931 e 2933 cod. civ. sono eseguibili coattivamente nel rispetto del principio chiovendiano del “tutto quello e proprio quello”, per gli altri l’unica via percorribile è la tutela risarcitoria¹³.

D’altra parte, anche all’interno della correlazione necessaria si è instaurato un dibattito dottrinale intorno alla tutela specifica di alcune categorie di diritti. In particolare, taluni autori¹⁴ distinguono a seconda che si tratti di situazioni giuridiche finali o strumentali. Le prime, che si individuano nei diritti reali, hanno per contenuto un potere diretto sul bene che non necessita della cooperazione degli altri consociati perché possa essere soddisfatto, essendo questi tenuti soltanto ad astenersi dal turbare l’esercizio del titolare. Le seconde invece mirano a costituire una situazione finale e assicurano soltanto il risarcimento del danno. Secondo questa impostazione, dunque, l’esecuzione in forma specifica sarebbe esperibile solo quando in gioco vi sia un diritto reale, mentre nel caso in cui venga inadempito un’obbligazione, sarebbe possibile solo l’espropriazione forzata che permetterebbe di conseguire soltanto il risarcimento del danno. Bisogna riconoscere che suddetta tesi non abbia riscosso grandi successi in dottrina, anzi

¹² Così Denti V. <<Flashes>> su accertamento e condanna in *Rivista di diritto processuale*, 1985, p. 255 in cui viene criticata sia la differenza fra condanna e mero accertamento, sia la pretesa correlazione necessaria fra condanna ed esecuzione forzata; per una critica sulla differenza fra tutela di condanna e di mero accertamento vedi Tavormina V. *In tema di condanna, accertamento ed efficacia esecutiva* in *Rivista di diritto civile* 1989, pp. 21 e ss.; e in senso contrario Monteleone G. *Condanna civile e titoli esecutivi* cit., pp. 1076-1077.

¹³ Mandrioli C. *L’esecuzione specifica dell’ordine di reintegrazione nel posto di lavoro* cit., pp. 22 e ss. in cui si riconosce che l’art 18 l. 300\1970 sia in contrasto con tale tesi, ma si giustifica ritenendo la condanna alla reintegra del lavoratore un *unicum* nel nostro ordinamento.

¹⁴ Monteleone G. *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 *Rivista esecuzione forzata*, 2016, pp. 543 e ss. in cui l’autore riprende la tesi sostenuta da Satta S. in *L’esecuzione forzata*, Torino 1950.

la gran parte ha riconosciuto senza remore la tutela specifica dei diritti di credito¹⁵, basandosi sulla considerazione che la società moderna non rispecchia più la subordinazione del diritto di credito rispetto al diritto di proprietà, anzi oggi tale gerarchia pare essere invertita. Escludere inoltre tali diritti dall'esecuzione in forma specifica e assicurare al titolare il solo risarcimento del danno, avrebbe la grave conseguenza di eliminare la cosiddetta tutela satisfattiva, unica in grado di garantire la loro soddisfazione, attraverso la azione di adempimento ex art. 1453 cod. civ. e la successiva esecuzione in forma specifica.

Se la teoria della correlazione necessaria fra condanna ed esecuzione forzata sembrava essere stata superata, per le motivazioni che si vedranno in seguito, invece è stata di recente riproposta¹⁶. Questa dottrina parte dall'assunto che il legislatore, pur essendo mosso dalla ricerca più ampia possibile della tutela specifica in modo tale che il processo assicuri al titolare le stesse utilità garantitegli dal diritto sostanziale, riconosce che ciò non è possibile per tutte le situazioni giuridiche. A sostegno di tale impostazione di invoca l'art. 1174 cod. civ. secondo cui la prestazione oggetto dell'obbligazione deve essere poter valutata economicamente, e deve corrispondere a un interesse che sia patrimoniale o no, questa norma deve essere letta in combinato disposto con l'art. 1218 cod. civ., il quale dispone che in caso di inadempimento il debitore sia tenuto al risarcimento del danno. L'elemento della patrimonialità distingue le obbligazioni giuridicamente rilevanti da quelle che non lo sono, la tutela di condanna si ha solo quando abbia per oggetto un diritto suscettibile di essere realizzato in via coattiva. Negli altri casi, come per gli obblighi di fare infungibili, è necessaria la conversione ex art 1174 cod. civ. e 1218 cod. civ. dell'inadempimento in risarcimento del danno perché possa aversi una condanna a cui segua un processo di espropriazione forzata; questo è l'unico modo per il titolare di un siffatto diritto di ottenere soddisfazione, altrimenti non ci sarebbe tutela in quanto sarebbe assente il requisito della patrimonialità dell'obbligazione che sarebbe giuridicamente irrilevante.

¹⁵ Per una sintesi sull'argomento vedi Di Majo A. *La tutela civile dei diritti*, Milano 2003 pp. 288-290; Giorgianni M. *Tutela del creditore e tutela << reale >> in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1975, pp. 853 e ss.

¹⁶ Chizzini A. *La tutela giurisdizionale dei diritti Art. 2907 cit.*, pp. 703 e ss.

Da questa sintetica analisi della tesi della correlazione necessaria fra condanna ed esecuzione forzata, emerge una funzione della tutela di condanna esclusivamente repressiva, infatti, i sostenitori di tale impostazione tendono a negare che alla condanna appartenga anche una funzione preventiva dell'illecito¹⁷, la quale, come detto in precedenza, sarebbe la forma di tutela più adatta per gli obblighi infungibili e in particolare gli obblighi di astensione. Tuttavia, in base alla teoria secondo cui è condanna solo la sentenza che può dare luogo a un processo tipico di esecuzione forzata, una condanna preventiva non è ipotizzabile, poiché una sentenza inibitoria non è titolo esecutivo ex art. 474 cod. proc. civ. Se così non fosse si dovrebbe riconoscere l'esistenza di una terza via fra accertamento e condanna, ossia la "condanna non titolo esecutivo"¹⁸.

L'inibitoria, piuttosto, non sarebbe altro che una forma di tutela di mero accertamento in quanto altro non fa se non accertare l'illiceità di una futura violazione del diritto, ma non contiene l'elemento caratterizzante la tutela di condanna, ovvero l'accertamento dei presupposti per l'eseguibilità forzata secondo i procedimenti previsti dal libro terzo del cod. proc. civ.

3. IL SUPERAMENTO DELLA CORRELAZIONE NECESSARIA FRA CONDANNA ED ESECUZIONE FORZATA

Se la correlazione necessaria fra condanna ed eseguibilità forzata era una tesi diffusa nella dottrina tradizionale, ciò non significa che non vi fossero opinioni contrarie. In merito pare opportuno menzionare alcune delle teorie formulate sul tema che propongono una visione diversa dell'argomento¹⁹.

¹⁷ Monteleone G. *Recenti sviluppi nella dottrina dell'esecuzione forzata* cit., pp. 292-293, in cui l'autore afferma che la condanna interviene solo in seguito a una violazione concreta e attuale del diritto, altrimenti non sarebbe presente dall'interesse ad agire e sarebbe rigettata per infondatezza; per una critica si veda Denti V. *A proposito di esecuzione forzata e politica del diritto* in *Rivista di diritto processuale*, 1983, pp. 130 e ss.

¹⁸ Così Mandrioli C. *Sulla correlazione necessaria fra condanna ed eseguibilità forzata* in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* cit., p. 1352.

¹⁹ Ci si riferisce agli studi di Chiovenda e Carnelutti.

Una teoria afferma che il provvedimento di condanna deve essere attuato mediante i <<mezzi esecutivi>>, i quali, a loro volta, si distinguono in mezzi di coazione e mezzi di surrogazione. Nell'ipotesi in cui gli organi giurisdizionali permettono al creditore di conseguire ciò che gli spetta indipendentemente dalla volontà del debitore, si utilizza un mezzo di surrogazione; qualora, invece, gli apparati giudiziari con diverse tecniche cercano di incidere sulla volontà del soggetto obbligato in modo tale che egli adempia quanto previsto dalla sentenza, allora il mezzo è di coazione²⁰. Si evince dunque che la tesi in esame sia in contrasto con la correlazione necessaria, in quanto si riconosce che sia sentenza di condanna anche quella che abbia per oggetto prestazioni di fare infungibili o non fare, che viene attuata attraverso mezzi di coazione.

La seconda teoria sopra richiamata mette in dubbio che l'elemento caratteristico della sentenza di condanna sia l'applicazione della sanzione e quindi la possibilità di iniziare un processo di esecuzione forzata. Ritiene che invece la condanna si distingua dal mero accertamento non in virtù della sua funzione processuale ma nello stesso oggetto dell'accertamento. Infatti, la condanna viene definita come <<accertamento dell'atto illecito e delle sue conseguenze; con termini più precisi, della responsabilità che ne deriva>>.²¹ Riconosce inoltre la possibilità di una condanna a un obbligo non suscettibile di esecuzione forzata attraverso gli organi esecutivi, in quanto una condanna di tal genere avrebbe comunque un valore etico e potrebbe portare al risarcimento del danno che opera quale mezzo di coazione indiretto. Il contrasto degli studi del giurista con la tesi della correlazione necessaria fra condanna ed esecuzione forzata si evince ancora dal Progetto di riforma del codice di procedura civile del 1926 compaiono due norme che

²⁰ Chiovenda G. *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli 1933, pp. 245 e ss. in cui poi vengono limitati i mezzi di coazione ai soli casi in cui siano previsti dalla legge in quanto limitativi della libertà personale del debitore. Inoltre, si prosegue argomentando come i mezzi di surrogazione e coazione non siano alternativi, poiché per determinati beni è possibile ricorrere a entrambi in modo tale che il creditore ottenga le stesse utilità garantitegli dal diritto sostanziale.

²¹ L'espressione è contenuta in Carnelutti F. *Titolo esecutivo in Rivista di diritto processuale civile*, 1931, p. 316; per una critica vedi Calamandrei P. *La Condanna cit.*, pp. 196 e ss.

prevedono misure coercitive pecuniarie per l'attuazione delle sentenze di condanna che ordinano l'adempimento di obblighi di fare o di non fare²².

Dunque, la tesi della correlazione necessaria fra condanna ed esecuzione forzata, sebbene molto diffusa, non era seguita dalla totalità della dottrina²³.

3.1 La svolta dell'art. 18 della legge n.300 del 1970

Un duro colpo alla impostazione tradizionale della nozione di condanna è stata l'introduzione dell'art. 18 legge n. 300\1970, in cui viene dichiarata provvisoriamente esecutiva la condanna alla reintegra del lavoratore illegittimamente licenziato, prestazione che presenta indubbi caratteri di infungibilità²⁴ e, in più, è prevista una misura coercitiva pecuniaria per ogni giorno di ritardo nell'adempimento del datore di lavoro.

Tale norma ha dato origine a elaborazioni contrapposte. Secondo una dottrina dalla norma in esame si evince il superamento della tipicità dei processi esecutivi, la norma che permette tale evoluzione è l'art. 612 cod. proc. civ., e nello specifico, il potere discrezionale attribuito al giudice nel determinare le modalità dell'esecuzione²⁵.

Le repliche dei sostenitori della correlazione si basano sul fatto che le modalità dell'esecuzione, costituiscono un momento successivo alla predeterminazione della tipicità o atipicità del procedimento esecutivo²⁶. Secondo questa opposta

²² Carnelutti F. *Progetto del codice di procedura civile*, Padova, 1926 in particolare gli articoli 667 e 668 prevedevano che nel caso di obblighi di fare o di non fare che il creditore potesse chiedere una pena pecuniaria, a partire dal giorno stabilito dal giudice, per ogni giorno di ritardo nell'adempimento, nonché un procedimento sommario per la liquidazione della somma che doveva essere devoluta al creditore stesso a seguito dell'inadempimento definitivo.

²³ Per un quadro delle diverse posizioni in materia vedi Carnevale V. *Appunti sulla natura giuridica della tutela inibitoria in Rivista di diritto processuale*, 2007, pp. 68 e ss.

²⁴ Sulla infungibilità della reintegrazione nel posto di lavoro vedi Proto A. *Aspetti processuali della reintegrazione del posto di lavoro in Il Foro Italiano*, 1982, pp. 117 e ss.

²⁵ Taruffo M. *Problemi in tema di esecutorietà della condanna alla reintegrazione del lavoratore in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1976, pp. 801 e ss.

²⁶ Mandrioli C. *Sulla correlazione necessaria fra condanna ed eseguibilità forzata cit.*, p. 1348.

interpretazione, l'art 18 non costituisce altro che un'eccezione, un *unicum*, che non inficia il generale e indefettibile binomio condanna-eseguibilità della prestazione²⁷.

L'art. 18 della legge n. 300\1970 può essere considerato una svolta, in quanto ha riaperto un dibattito che si era assopito e ha visto molti giuristi schierarsi contro il dogma della correlazione necessaria fra condanna ed esecuzione forzata in modo tale da poter elevare il grado di effettività della tutela giurisdizionale, ampliando il novero di diritti rientranti nell'ambito di applicazione della tutela di condanna, cercando di individuare metodi di attuazione per gli obblighi non suscettibili di essere eseguiti nelle forme esecutive del codice di procedura civile, affinché non sia a disposizione dei consociati la sola tutela risarcitoria per una serie in interessi che necessitano di forme di tutela specifica.

3.2 La critica al dogma della correlazione necessaria

In questa prospettiva assumono rilevanza fondamentale gli studi di Proto Pisani²⁸, che ha analizzato a fondo la tutela di condanna, ascrivendo alla stessa la funzione preventiva come necessaria per l'effettività della tutela. Innanzitutto, l'art. 24 della Costituzione sancisce il principio di atipicità dell'azione, che, in ottica del principio <<del tutto quello e proprio quello>>, impone al legislatore di predisporre strumenti processuali che siano il più idonei possibili ad assicurare al titolare, attraverso il processo, le stesse utilità garantitegli dal diritto sostanziale.

²⁷ Vedi Mandrioli C. *L'esecuzione specifica dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro* cit., pp. 9 e ss.; Mandrioli C. *Sulla correlazione necessaria fra condanna ed eseguibilità forzata* cit., p. 1347 in cui l'autore argomenta la tesi in esame in base alle considerazioni secondo cui il nostro ordinamento devono essere bilanciati il principio chiovendiano <<del tutto e proprio quello>> e l'intangibilità della sfera di autonomia del debitore protetta dalla tipicità dei provvedimenti esecutivi. Quest'ultima può essere dunque superata soltanto da interventi generali del legislatore e, in mancanza di essi, si può parlare di atipicità delle forme esecutive solo in relazione a singole fattispecie come l'art 18 legge n. 300\1970.

²⁸ Proto Pisani A. *L'effettività dei mezzi di tutela con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna* in *Rivista di diritto processuale*, 1975, pp. 620 e ss.; Proto pisani A. *Appunti sulla tutela di condanna* cit., pp. 1104 e ss.; Proto Pisani A. *Sentenza di condanna voce del Digesto civile*, Torino 1998, pp. 295 e ss.; Proto Pisani A. *I diritti e le tutele* cit., pp. 73 e ss.

Da ciò si trae la conclusione che non sono giustificate limitazioni all'ambito di applicazione della tutela di condanna in base a un'inidoneità strutturale dei procedimenti esecutivi come previsti originariamente dal legislatore. L'analisi viene poi condotta analizzando le norme che riferiscono agli effetti della sentenza di condanna: da nessuna di esse si traggono elementi che giustificano la correlazione fra condanna ed esecuzione forzata in modo tale che siano oggetto della tutela di condanna solo ed esclusivamente gli obblighi previsti dagli art. 2910, 2930, 2931 e 2933 cod. civ. per i quali può essere iniziato un processo esecutivo nelle forme previste dal libro terzo del cod. di proc. civ. In primo luogo non dall'art. 474 cod. proc. civ., il quale non tratta di diritti sostanziali, ma ricollega soltanto la qualità di titolo esecutivo a determinate sentenze, pacificamente individuate in quelle di condanna in via interpretativa. Neanche dall'art. 2818 cod. civ. si desumono elementi a favore della suddetta correlazione, anzi dalla lettera della disposizione in esame emerge una nozione ampia di condanna idonea a ricomprendere obblighi suscettibili di esecuzione forzata e obblighi che non lo siano. Infine, l'art. 2953 cod. civ. dispone l'applicazione della prescrizione ordinaria di dieci anni al posto di un ipotetico termine prescrizione minore in seguito al passaggio in giudicato della sentenza di condanna; ove si ritenga che scopo della norma sia quello di favorire l'esecuzione del provvedimento, non vi sono comunque argomenti per i quali non possa intendersi un'accezione ampia di esecuzione in modo tale da ricomprendervi tecniche di attuazione diverse da quelle tipiche, idonee ad assicurare al creditore le utilità attribuitegli dal diritto sostanziale anche nel caso in cui non siano ottenibili tramite l'esecuzione diretta.

Oltre esigenze di carattere sistematico, assumono rilievo esigenze di ordine generale. Infatti, la correlazione necessaria, come detto, comporterebbe, per tutti gli obblighi infungibili e per gli obblighi di non fare rivolti al futuro, la trasformazione del diritto in risarcimento del danno da eseguirsi poi secondo il procedimento di espropriazione.

Ciò, tuttavia, non è ammissibile, in particolare perché spesso tali situazioni giuridiche hanno una natura non patrimoniale e godono di una tutela costituzionale (un esempio è costituito dai diritti della personalità, la cui tutela nel caso di violazione che può anche ripetersi nel tempo, non può limitarsi a un equivalente in denaro); si avrebbe infatti una <<monetizzazione o mercificazione

dei diritti>>²⁹, che in un ordinamento che mira ad assicurare ai consociati tutto quello e proprio quello che gli spetta non è ammissibile.

3.3 Una “nuova” nozione di condanna tra funzione repressiva e preventiva

La parte ricostruttiva della tesi in esame si concentra sull'analisi di svariate norme previste all'interno del nostro ordinamento, che prevedono forme di tutela di condanna con funzione preventiva o a obblighi di fare infungibili. Di quest'ultimo genere, come visto in precedenza, l'esempio lampante è l'art. 18 della legge n. 300\1970. Invece condanne inibitorie sono previste in diversi settori del nostro sistema giuridico e si possono individuare numerose fattispecie sia previste dal codice civile sia introdotte negli anni dal legislatore e contenute in leggi speciali. All'interno del codice, senza pretesa di completezza, si rinvencono forme di tutela inibitoria per quanto riguarda i diritti della personalità³⁰, all'interno della disciplina dei diritti reali³¹, in materia contrattuale³² e in ordine alla concorrenza³³; nelle leggi

²⁹ Espressione adoperata da Proto Pisani A. *I diritti e le tutele* cit., p. 84.

³⁰ Art. 7, 9 e 10 cod. civ. rubricati rispettivamente <<Tutela del diritto al nome>>, <<Tutela dello pseudonimo>> e <<Abuso dell'immagine altrui>>, in caso di violazione prevedono la condanna al risarcimento del danno e alla cessazione del fatto lesivo. Quest'obbligo è necessariamente rivolto al futuro, altrimenti qualora non fosse così, lo strumento processuale perderebbe il significato in quanto non presterebbe tutela per eventuali reiterazioni dei comportamenti lesivi.

³¹ L'art. 949 cod. civ. disciplina una delle azioni a difesa della proprietà, in particolare l'azione negatoria. Se il primo comma prevede un'azione di accertamento negativo su diritti affermati da altri sul bene, il comma secondo prosegue nel senso che, qualora vengano accertate turbative nell'esercizio del diritto del proprietario, è possibile la condanna a cessare tali molestie. Questa è il classico esempio di condanna a un obbligo di non fare rivolto al futuro. Da una prospettiva simile muove l'art. 1079 cod. civ. in tema di servitù, che dispone che può essere richiesto un ordine di cessazione di impedimenti nell'esercizio del diritto di servitù, dunque la condanna ad astenersi per il futuro dal tenere comportamenti che turbino l'esercizio del diritto.

³² L'art. 1469 sexies cod. civ., prima di essere sostituito dall'attuale art. 142 del codice del consumo, consentiva a determinati soggetti di convenire in giudizio il professionista che adoperi condizioni generali di contratto, al fine di farne accertare l'abusività dal giudice e a ottenere la condanna che ne inibisca l'uso. Il contenuto dell'articolo in commento è oggi ripreso dall'art. 137 cod. cons. rubricato <<Azione inibitoria>>.

³³ L'art. 2599 cod. civ. esprime a pieno la duplicità di funzione della tutela di condanna. Esso, infatti, prescrive che le sanzioni in caso di un atto di concorrenza sleale consistono in provvedimenti idonei a far sì che vengano eliminati gli effetti degli atti lesivi e in più è esplicitamente previsto un provvedimento inibitorio recante l'obbligo di astenersi dal continuare o ripetere tali condotte.

speciali possono essere citati il diritto d'autore³⁴, le norme sui brevetti e marchi³⁵, l'ordine di cessazione di condotte del datore di lavoro che limitino l'esercizio delle libertà sindacali dei lavoratori³⁶ e le normative in tema di contratto di subfornitura³⁷.

A questo punto occorre analizzare quali siano le conclusioni che la tesi in esame trae a livello di nozione generale della tutela di condanna³⁸. Da nessuna norma del nostro ordinamento si può trarre la correlazione necessaria fra condanna ed esecuzione forzata, al contrario deve rigettarsi in base alla considerazione secondo cui numerose disposizioni ammettono espressamente condanne, non suscettibili di esecuzione forzata, a obblighi di fare infungibili e a obblighi di non fare in senso stretto, ossia condanne inibitorie. Quest'ultime, in particolare, non rappresentano un numero chiuso di fattispecie in cui è possibile ricorrere alla tutela inibitoria, anzi costituiscono espressione di una forma di tutela generale (tutela inibitoria atipica) da considerarsi quale sottospecie della tutela di condanna, attraverso cui questa esplica affianco alla classica funzione repressiva, anche una funzione preventiva, ovvero una forma di condanna che interviene prima della violazione del diritto e mira a evitare che la lesione venga a esistenza.

³⁴ L'art. 156 della legge n. 633\1941 sulla protezione del diritto d'autore prescrive all'interno della tutela apprestata per i diritti di utilizzazione economica dell'opera, che il titolare, qualora possa temere un'utilizzazione indebita di tali diritti, può richiedere l'interdizione della violazione, o, qualora la violazione si sia già verificata, può richiedere l'inibizione dalla sua continuazione o dalla sua ripetizione. Dalla norma si evince la funzione preventiva della condanna in quanto si legittima ad agire il titolare anche in caso di semplice timore di una violazione e dunque prima che la stessa sia venuta a esistenza.

³⁵ I r.d. n. 1127\1939 e n. 929\1942, oggi sostituite dal Codice della proprietà industriale, prevedevano a tutela del brevetto e del marchio l'azione di contraffazione, che si sostanzia nell'inibizione a continuare nel futuro una violazione dei diritti riguardanti il brevetto o il marchio. Oggi tale normativa è confluita negli art. 124 e ss. del cod. proc. ind.

³⁶ L'art. 28 della legge n. 300\1970 permette che il datore di lavoro venga condannato alla cessazione del comportamento ostativo all'esercizio dei diritti sindacali e alla rimozione degli effetti. Anch'esso si caratterizza per essere una condanna a un obbligo negativo da talvolta anche positivo, ma comunque rivolta al futuro.

³⁷ L'art. 9 legge n. 192\1998 dispone che se l'imprenditore committente abusa dello stato di dipendenza economica dell'impresa cliente o fornitrice, può essere richiesta al giudice l'inibizione delle condotte che determinano l'abuso, ordine che mira a evitare la reiterazione in futuro del comportamento.

³⁸ Proto Pisani A. *Appunti sulla tutela di condanna* cit., pp. 1160 e ss.

Da queste premesse si traggono due fondamentali conseguenze, una interessa un profilo più strettamente pratico, l'altra incide sulla condanna da un punto di vista più generale. La prima consiste nel ritenere applicabili anche alle condanne non passibili di essere eseguite nelle forme del libro terzo del codice di procedura civile gli art. 2818 e 2953 cod. civ., quindi anch'esse sono titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale³⁹ e trasformano l'eventuale prescrizione breve in prescrizione ordinaria decennale con il passaggio in giudicato. La seconda, invece, comporta che lo studio della tutela di condanna e, in particolare, della sua attuazione, a fronte dell'ammissibilità di condanne a obblighi di fare infungibili e di una condanna inibitoria atipica con funzione preventiva, non può limitarsi ai processi esecutivi tipici previsti per gli obblighi di cui agli art. 2910 (espropriazione forzata), 2930 (esecuzione forzata per consegna o rilascio), 2931 (esecuzione forzata per obblighi di fare), e 2933 (esecuzione forzata degli obblighi di non fare) del codice civile, data la loro inservibilità per i diritti in esame, deve rivolgere le sue attenzioni anche verso altri strumenti, ovvero verso l'esecuzione indiretta e le misure coercitive. Questi strumenti permettono alla tutela di condanna di esplicitare la molteplicità di funzioni che le appartengono, attraverso un'introduzione di nuove modalità di esecuzione-attuazione del provvedimento di condanna, che consentono l'ampliamento del novero di diritti sostanziali che possono essere oggetto della tutela di condanna. Questa considerazione non sono di poco conto, in quanto permettono al processo civile di adattarsi al dettato costituzionale, che pone in primo piano una serie di valori da cui derivano una serie di situazioni giuridiche soggettive (ad esempio in materia di famiglia o di rapporto di lavoro), spesso a carattere non patrimoniale, le quali possono trovare tutela specifica attraverso l'esecuzione indiretta e quindi permettere al processo di svolgere il compito che gli è proprio, ovvero garantire <<per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire>>.

³⁹ Nel caso di iscrizione di ipoteca per un'obbligazione diversa dal pagamento di una somma di denaro vedi Proto Pisani A. *I diritti e le tutele* cit., p. 76 e le considerazioni svolte in nota 4.

Sebbene tale teoria non sia stata esente da critiche^{40 41}, è stata accolta dalla maggior parte della dottrina, che per molti anni si è interrogata sulle necessità e sulle concrete possibilità di realizzazione di un sistema atipico di misure coercitive indirette, oltre che sul fondamento positivo della tutela inibitoria, ma tali profili saranno esaminati in seguito.

3.4 In merito alla riproposizione della tesi della correlazione necessaria

Ciò che è opportuno evidenziare in questa sede, è il fatto che se il superamento della correlazione necessaria pareva essere un dato assodato, un'impostazione che ricalca tale tesi è stata recentemente riproposta⁴². Avendo già tratto in precedenza di tale teoria, qui si richiamano solo i tratti essenziali. Essa sostiene che i processi esecutivi previsti dal libro terzo del codice di procedura civile rappresentano il risultato del bilanciamento, effettuato dal legislatore, fra i due opposti interessi contrapposti, da un lato il principio secondo cui il processo deve garantire <<tutto quello e proprio quello>> previsto dalla legge sostanziale, dall'altro il principio dell'intangibilità della sfera di libertà del soggetto obbligato⁴³. Di conseguenza solo i diritti passibili di essere eseguiti coattivamente rientrerebbero nella tutela di condanna, caratterizzata dal fatto che essa costituisce titolo esecutivo per iniziare un processo di esecuzione forzata, mentre tutti gli altri diritti (obblighi di fare infungibili o obblighi di non fare in senso stretto),

⁴⁰ Mandrioli C. *Sulla correlazione necessaria fra condanna ed eseguibilità forzata* cit., pp. 1342 e ss. in cui l'autore riconosce che la proposta di Proto Pisani potrebbe avere un valore *de iure condendo*, ma allo stato del diritto positivo di allora non poteva giustificarsi un superamento della correlazione necessaria e della tipicità delle forme esecutive attraverso un ampliamento della nozione di condanna, che avrebbe portato la creazione della nuova categoria giuridica di <<condanna non titolo esecutivo>>..

⁴¹ Monteleone G. *Recenti sviluppi nella dottrina dell'esecuzione forzata* cit., pp. 281 e ss. e Monteleone G. *Condanna civile e titoli esecutivi* cit., pp. 1082 e ss. in cui la qualità di titolo esecutivo e la sua idoneità a fondare un processo di esecuzione forzata, per gli obblighi per cui sia materialmente possibile, sono requisiti indefettibili della nozione di condanna. L'autore nega poi che vi sia una funzione preventiva e di contro sostiene che alla tutela di condanna appartenga la sola funzione repressiva, in quanto può essere richiesta soltanto in seguito alla concreta violazione dell'interesse del titolare.

⁴² Chizzini A. *La tutela giurisdizionale dei diritti Art. 2907* cit., pp. 684 e ss.

⁴³ Chizzini A. *La tutela giurisdizionale dei diritti Art. 2907* cit., p. 699.

in virtù dell'elemento di patrimonialità dell'obbligazione e la conversione dell'obbligo inadempito in risarcimento del danno, è possibile solo una tutela di tipo risarcitorio.

Tale tesi, tuttavia, non merita di essere condivisa e deve riaffermarsi il superamento della correlazione necessaria fra condanna ed esecuzione forzata. Il legislatore, infatti, negli anni ha mostrato più volte la tendenza a preferire, ove possibile, la tutela specifica a quella risarcitoria⁴⁴, che, in base al nesso di strumentalità intercorrente fra processo e diritto sostanziale, deve trovare spazio solo ove le utilità garantite dal diritto sostanziale non possano in alcun modo essere attribuite al titolare, che dovrà "accontentarsi" dell'equivalente monetario.

Ciò deve essere confermato anche nell'ambito della tutela di condanna e in particolare per gli obblighi non eseguibili mediante esecuzione diretta. Al fine di rispettare il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale per queste situazioni giuridiche che, si ripete, spesso hanno carattere non patrimoniale e trovano riconoscimento nel dettato costituzionale, il ricorso all'esecuzione indiretta è inevitabile. Questa, attraverso le misure coercitive indirette e alla loro funzione compulsoria, permetterà al titolare di ottenere quelle stesse utilità a cui ha diritto incidendo sulla volontà del debitore e andando a neutralizzare l'interesse del soggetto obbligato all'inadempimento. Soltanto qualora il comportamento di quest'ultimo sia talmente ostinato da non adempiere la prestazione e sopportare il costo di tali misure, allora sarà necessario l'intervento della tutela della tutela risarcitoria, ma questo è caso limite in quanto difficilmente potrà verificarsi quando le misure in esame siano configurate in maniera tale da poter effettivamente svolgere la funzione coercitiva tenendo in considerazione elementi soggettivi del debitore. In ogni caso attraverso la messa a disposizione dell'esecuzione indiretta per le condanne recanti obblighi non suscettibili di esecuzione diretta, l'ordinamento avrà fatto tutto il possibile per evitare di attribuire al titolare solo l'equivalente monetario di ciò che gli sarebbe spettato e la tutela risarcitoria verrà a svolgere il ruolo generale e residuale che le è riconducibile.

⁴⁴ Si allude a diversi strumenti di cui l'ordinamento si è dotato nel tempo, si prendano ad esempio l'art. 2932 cod. civ., le varie ipotesi di inibitoria e, da ultimo, l'art. 614 *bis* cod. proc. civ.

Dunque, l'esecuzione indiretta si pone nell'ordinamento come uno strumento indefettibile per fornire tutela a tutti quegli obblighi in cui un terzo non può surrogarsi nell'adempimento. A incidere sul grado di tutela, tuttavia, non è solo la presenza di un sistema atipico di esecuzione indiretta, ma anche le modalità con cui concretamente viene predisposto dal legislatore. Se in effetti misure indirette a carattere personale nel nostro ordinamento non si conciliano con i principi sulla responsabilità del debitore racchiusi nell'art. 2740 cod. civ., secondo cui il debitore risponde delle obbligazioni con il suo patrimonio; misure coercitive indirette che consistano nel pagamento di somme di danaro per ogni giorno di ritardo nell'adempimento non presenterebbero problemi di tal genere, queste consistono in un sacrificio patrimoniale e non cozzano con i principi suddetti.

Per concludere, è necessario ritenere che, alla luce di quanto esposto, ridurre l'ambito di applicazione della tutela di condanna solo agli obblighi eseguibili secondo le procedure del libro terzo del codice di procedura civile, quando invece sia possibile estenderlo a qualsiasi situazione giuridica prevista dal diritto sostanziale attraverso la compresenza di esecuzione diretta e indiretta appare un ingiustificato limite all'effettività della tutela giurisdizionale. La conferma di ciò può essere rinvenuta nella art. 614 *bis* cod. proc. civ. che, nonostante i problemi interpretativi creati dalla sua formulazione, ha segnato una svolta nell'ambito della tutela di condanna, in quanto esso predispone un sistema atipico di misure coercitive indirette. Così, con strumenti di attuazione della sentenza di condanna diversi da quelli presenti fino ad allora, è stata confermata la tesi che sosteneva la nozione ampliata di condanna e il superamento della correlazione necessaria fra condanna ed esecuzione forzata.

4. L'AZIONE INIBITORIA COME AZIONE ATIPICA

Come esposto in precedenza, uno degli effetti che conseguono allo svincolarsi della nozione di condanna dal rapporto indefettibile con l'esecuzione forzata, è la generalizzazione della tutela inibitoria, ovvero la sua ammissibilità non solo nei casi previsti da specifiche norme ma in tutte quelle situazioni giuridiche in cui vi sia un bisogno di tutela che possa essere soddisfatto mediante strumenti inibitori.

Questo punto, tuttavia, non è stato esente da critiche e molte sono le ricostruzioni della dottrina volte a individuare una norma che permetta un'applicazione generalizzata dell'azione inibitoria.

4.1 L'inibitoria fondata sull'applicazione analogica e l'inibitoria limitata ai diritti assoluti

Occasionalmente l'argomento è stato oggetto di analisi giurisprudenziale, all'interno della quale pare opportuno segnalare quel percorso argomentativo che estende l'esperibilità del rimedio attraverso l'applicazione analogica delle disposizioni legislative che prevedono inibitorie tipiche, in particolare diverse pronunce in materia di immissioni hanno concesso il rimedio inibitorio ex art. 844 cod. civ. a tutela del diritto alla salute e, dunque, aldilà del normale ambito di applicazione della norma che si riferisce ad azioni a difesa di interessi proprietari⁴⁵.

Questa teoria, tuttavia, non sembra essere condivisibile per il fatto che un'azione inibitoria di ampia portata, come quella che deriverebbe dall'analogia delle fattispecie tipiche, comunque non sarebbe sufficiente per garantire l'effettività della tutela giurisdizionale, in quanto quest'ultima necessita di un rimedio generale idoneo a prevenire illeciti nei confronti di tutte le situazioni giuridiche soggettive che presentino tale bisogno di tutela. In questo senso sono molti i contributi e le impostazioni elaborate dalla dottrina finalizzate alla ricerca di un fondamento positivo per un'inibitoria atipica e generale.

Una teoria che trovava consensi in passato, ma che successivamente è stata abbandonata, è quella secondo cui l'inibitoria sia passibile di un'applicazione

⁴⁵ Ad esempio, si veda Corte di Cass. 30\07\1984 n. 4523; per una critica D'Adda A. *Orientamenti giurisprudenziali in tema di tutela civile inibitoria definitiva in La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1999, pp. 59 e ss. in cui l'autore non ritiene opportuna tale applicazione analogica in virtù del fatto che l'art. 844 cod. civ. concede l'inibitoria a tutela di interessi proprietari e un'applicazione per interessi diversi troverebbe delle limitazioni in tema di legittimazione attiva e passiva. Inoltre, l'autore ritiene che in generale non sia possibile estendere l'applicazione dell'inibitoria attraverso un metodo analogico poiché le ipotesi tipiche di inibitoria costituiscono espressione di un principio generale.

generale, limitata tuttavia ai soli diritti assoluti, giacché a essi appartiene uno *jus excludendi* dal quale si evince che tutti i consociati devono astenersi dal turbare il titolare di un diritto di tal genere. Le critiche principali che sono state mosse risiedono nel fatto che fra le ipotesi di inibitoria prevista dal legislatore sono presenti diritti relativi, come ad esempio l'art. 2599 cod. civ., ma anche nel fatto che l'inibitoria è lo strumento tipico a tutela degli obblighi di non fare i quali hanno fonte non solo in diritti assoluti ma anche nei diritti nascenti da obbligazione⁴⁶.

4.2 L'art. 2058 cod. civ.

Una tesi, che ha creato un acceso dibattito in dottrina, consiste nel riconoscere l'atipicità dell'inibitoria per via del suo collocamento all'interno della tutela risarcitoria e, nello specifico, nel ritenere l'art. 2058 cod. civ.⁴⁷ come la norma che permette l'applicazione generalizzata del rimedio inibitorio⁴⁸. Questa teoria sostiene che nella reintegrazione del danno in forma specifica viene ricompresa la possibilità di agire contro i danni che abbiano carattere permanente. All'inibitoria fondata sull'art. 2058 cod. civ. si applicano tutti i requisiti previsti dalla stessa norma per il risarcimento del danno in forma specifica, i quali vanno a incidere sul contenuto dell'obbligo imposto al soggetto passivo, in particolare anche i presupposti della possibilità della prestazione in forma specifica e della non eccessiva onerosità della stessa, profili che devono essere valutati dal giudice nella concessione dell'inibitoria.

L'opinione in esame non è stata esente da critiche⁴⁹. Il punto centrale condiviso da tutte le opinioni in contrasto con la tesi suddetta risiede nella diversità

⁴⁶ Frignani A. *Inibitoria (azione)* voce della *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1970 XXI

⁴⁷ La norma rubricata <<Risarcimento in forma specifica>> così dispone:<< Il danneggiato può chiedere la reintegrazione in forma specifica, qualora sia in tutto o in parte possibile. Tuttavia il giudice può disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente, se la reintegrazione per equivalente risulta eccessivamente onerosa per il debitore>>.

⁴⁸ Libertini M. *La tutela civile inibitoria in Jus*, 1988, pp. 42 e ss.

⁴⁹ D'Adda A. *Orientamenti giurisprudenziali in tema di tutela civile inibitoria definitiva* cit., p. 64; Rapisarda Sasoon C. *Voce Inibitoria, Digesto civile*, Torino 1993, p. 482; Di Majo A. *La tutela civile dei diritti* cit., p. 155; Bellelli A. *L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito*

funzionale dei due rimedi. L'art. 2058 cod. civ., infatti, è rivolto al passato e ha come scopo quello di neutralizzare materialmente un danno già verificatosi; invece, l'azione inibitoria è diretta al futuro e, attraverso la sua funzione preventiva, mira a evitare che si realizzi la condotta illecita e quindi a prevenire il danno stesso.

4.3 L'inibitoria cautelare come fondamento dell'inibitoria atipica

Una diversa teoria⁵⁰ fonda l'atipicità della tutela inibitoria sulla base di una norma di carattere strettamente processuale, ovvero l'art. 700 cod. proc. civ. Tale disposizione concede ai titolari di diritti, che abbiano fondata ragione di temere un pregiudizio imminente e irreparabile durante il tempo necessario per agire secondo le vie ordinarie dell'attività giurisdizionale, la possibilità di ottenere provvedimenti d'urgenza atipici, idonei a preservare il contenuto della situazione giuridica per il tempo che occorre a definire la controversia nel processo ordinario. Dunque, la norma prevede una misura cautelare che consiste nei <<provvedimenti d'urgenza>>, all'interno dei quali vi rientra un'inibitoria atipica cautelare. La tesi in esame afferma che se è prevista uno strumento inibitorio generale che può essere concesso in via cautelare e quindi temporanea, non avrebbe senso non ammettere un rimedio di eguale portata in via definitiva. Parimenti sarebbe una contraddizione ammettere l'inibizione di una condotta illecita fino al giudizio di merito, senza la possibilità che la sentenza nel merito non possa inibire quella stessa condotta in via definitiva. Anche nei confronti di questa opinione non sono mancate critiche. Una prima obiezione⁵¹ si focalizza sul carattere d'urgenza dello strumento inibitorio ex art. 700 cod. proc. civ., il quale non permette di fondare su questa norma una inibitoria finale atipica. In

in Rivista di diritto civile, 2004, pp. 621- 623 in cui si sottolinea come i due strumenti possano talvolta comportare effetti analoghi (rimozione delle conseguenze della condotta illecita, ripristino dello status quo ante, ordine di non reiterazione del fatto lesivo), ma a ciò non consegue un'identità funzionale fra i due; Gnani A. *Il risarcimento del danno in forma specifica*, Milano, 2018 pp. 298 e ss.

⁵⁰ Frignani A. *Inibitoria (azione)* voce della *Enciclopedia del diritto* cit.

⁵¹ Rapisarda Sasoon C. *Voce Inibitoria, Digesto civile* cit., p. 483.

effetti il requisito dell'imminenza del pregiudizio dimostra l'essenza temporanea del provvedimento in esame, in quanto il comportamento illecito deve essere prevenuto in sé stesso, ma soltanto fino ad uno specifico momento, ossia fino alla sentenza che statuisce nel merito. Una seconda critica⁵² sostiene che una inibitoria generale non può trovare giustificazione nello strumento cautelare, poiché se esiste il nesso di strumentalità fra inibitoria provvisoria e inibitoria finale, è la prima che deve adattarsi alla seconda e non viceversa; si evince che allora l'inibitoria strumentale dovrebbe essere concessa nei casi in cui è possibile emettere un provvedimento inibitorio finale. Infine, si nota come l'elaborazione in esame non sia condivisibile, in quanto l'inibitoria finale è uno strumento di tutela per interessi sostanziale e non può trovare il suo fondamento in un rimedio che trova ragion d'essere solo da un punto di vista processuale, poiché mira a evitare che i tempi della giustizia causino un pregiudizio al titolare del diritto⁵³.

4.4 La collocazione dell'inibitoria all'interno dei rimedi di tutela

Dal punto di vista dell'inquadramento giurisdizionale della tutela inibitoria, i sostenitori della correlazione necessaria fra condanna ed esecuzione forzata se, da un lato, negano all'unanimità che tale tutela possa essere esperita se non nei casi in cui la legge espressamente lo prevede, dall'altro, invece, propongono differenti ricostruzioni teoriche della tutela in esame.

Una prima teoria colloca l'inibitoria all'interno della tutela di mero accertamento in forza del fatto che essa non possa integrare la qualità di titolo esecutivo e dunque aprire a un processo di esecuzione forzata nelle forme previste dal libro terzo del cod. proc. civ.⁵⁴ I diritti oggetto di questa tutela, generalmente individuati

⁵² D'Adda A. *Orientamenti giurisprudenziali in tema di tutela civile inibitoria definitiva* cit., p. 73.

⁵³ Bellelli A. *L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito* cit., pp. 623-624.

⁵⁴ Attardi A. *Azione e interesse*, Padova 1955, pp. 100 e ss. in cui l'autore ritiene che le ipotesi di inibitoria debbano restare <<lettera morta>>, tale affermazione è resa al fine di sostenere che l'interesse ad agire nella tutela di condanna consista esclusivamente nella lesione del diritto e la sua mera affermazione non sia sufficiente. Così la condanna viene confinata all'interno della sola funzione repressiva in virtù della realizzazione coattiva dei diritti oggetto della stessa, necessaria perché la tutela possa essere definita condanna; in senso concorde vedi Mandrioli C. *Sulla*

in obblighi di astensione rivolti al futuro, non potendo essere eseguiti in via diretta anche contro la volontà dell'obbligato, possono ricevere tutela soltanto attraverso la qualità di cosa giudicata del provvedimento giurisdizionale ed esclusivamente quando la legge mette a disposizione con espressa disposizione l'azione inibitoria per la specifica situazione giuridica soggettiva.

Un'altra tesi invece, pur condividendo l'impossibilità di configurare un'applicazione generalizzata della tutela inibitoria e la necessità della correlazione necessaria, intende limitare l'inibitoria alle sole fattispecie tipiche seguendo una diversa linea argomentativa⁵⁵. Secondo questa impostazione la tutela inibitoria si differenzia da quella di mero accertamento, poiché l'attività del giudice non si limita a rendere incontrovertibile l'esistenza o l'inesistenza del diritto dedotto in giudizio, ma va oltre. La funzione dell'inibitoria consiste nell'evitare le reiterazioni di condotte lesive di una situazione giuridica consistente in un obbligo di non fare, ma a seguito di tale lesione e della sua repressione l'attività giurisdizionale non può imporre lo stesso obbligo passivo violato, che è ormai irripetibile ma soltanto uno diverso. Nel fare ciò il giudice è dotato di una certa discrezionalità che gli permette di rendere concreto, caso per caso, il nuovo comportamento passivo a cui deve attenersi il soggetto obbligato⁵⁶. La conclusione di tale impostazione consiste nel ritenere l'inibitoria come una forma di tutela costitutiva ai sensi dell'art. 2908 cod. civ. in quanto si ha la <<costituzione e insieme la determinazione di un nuovo vincolo sostanziale>>⁵⁷, da questo inquadramento consegue che l'inibitoria, quale tutela costitutiva, opera soltanto nelle ipotesi tipiche previste dalla legge, come disposto dallo stesso art. 2908 cod. civ. A entrambe le tesi possono essere mosse delle obiezioni, a partire

correlazione necessaria fra condanna ed eseguibilità forzata cit., p. 1352; Monteleone G. *Recenti sviluppi nella dottrina dell'esecuzione forzata* cit., pp. 292-293.

⁵⁵ Montesano L. *Problemi attuali su limiti e contenuti (anche non patrimoniali) delle inibitorie, normali e urgenti* in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1995, pp. 775 e ss.

⁵⁶ Montesano L. *Problemi attuali su limiti e contenuti (anche non patrimoniali) delle inibitorie, normali e urgenti* cit., p. 777 in cui l'autore adopera a sostegno delle sue affermazioni l'art. 2599 cod. civ. dal quale emerge la discrezionalità del giudice nel determinare il contenuto del provvedimento inibitorio.

⁵⁷ Espressione utilizzata da Montesano L. *Problemi attuali su limiti e contenuti (anche non patrimoniali) delle inibitorie, normali e urgenti* cit., p. 778.

dal fatto che la correlazione necessaria fra condanna ed esecuzione forzata è tutt'altro che dimostrata all'interno del nostro ordinamento.

Inoltre, la tutela di mero accertamento non è idonea a inglobare in sé le inibitorie, in quanto quest'ultime mirano a soddisfare un bisogno di tutela differente. Ciò emerge chiaramente dall'azione *negatoria* di cui all'art. 949 cod. civ. che distingue rispettivamente fra il primo e il secondo comma le funzioni della tutela di mero accertamento e quella inibitoria, che consistono in un ordine rivolto al futuro di non fare o talvolta anche di fare, per la cui realizzazione non è sufficiente la qualità di giudicato della pronuncia giurisdizionale. Nei confronti della seconda tesi suddetta si può obiettare che la tutela costitutiva ha la funzione di intervenire quando i consociati non possono ottenere quelle specifiche utilità se non tramite il processo, mentre l'azione inibitoria presuppone sempre una crisi di cooperazione a livello sostanziale fra almeno due soggetti. In più la teoria, di cui si sta discutendo, ricollega l'esecuzione delle inibitorie ai processi esecutivi di cui agli art. 612 cod. proc. civ. e ss., escludendo la possibilità di attuazione nei casi in cui la prestazione sia infungibile, ma, trattandosi di inibitorie e, dunque, nella maggior parte dei casi, di obblighi di non fare, che sono ontologicamente infungibili, ne verrebbe quasi totalmente impedita l'attuazione.

In conclusione, partendo dall'assunto secondo cui le varie ipotesi tipiche rappresentano espressione di una tutela inibitoria atipica nel nostro ordinamento, che può essere rilevata più facilmente attraverso ragioni sistematiche⁵⁸ (atipicità del diritto di azione ex art. 24 Cost., processo deve assicurare le stesse utilità garantite dal diritto sostanziale e non utilità equivalenti al massimo grado di possibilità), piuttosto che ricercando una norma chiave all'interno del panorama legislativo, si deve ritenere che l'azione inibitoria appartiene alla tutela di condanna. Essa, infatti, come esposto in precedenza, si compone di una funzione repressiva, quando la violazione si sia già effettuata e di una funzione preventiva quando lo scopo è quello di impedire che la violazione si verifichi o si reiteri in futuro, purché il diritto sia effettivamente minacciato⁵⁹ e compito del giudice sarà

⁵⁸ Proto Pisani A. *Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria in Il Foro Italiano*, 1983, p. 133.

⁵⁹ Proto Pisani A. *I diritti e le tutele cit.*, p. 95.

quello di bilanciare l'interesse dedotto con la libertà personale degli altri consociati, in modo tale da evitare che questa forma tutela si presti ad abusi. L'inibitoria, dunque, rappresenta l'altra faccia della medaglia della tutela di condanna, se in precedenza a ciò poteva opporsi la mancanza di appositi strumenti di attuazione dell'inibitoria⁶⁰, ad oggi questo argomento è venuto meno con l'introduzione di un sistema atipico di misure coercitive indirette, ma ciò sarà approfondito in seguito.

5. L'ATTUAZIONE DELLA SENTENZA DI CONDANNA: CENNI ALLE MISURE COERCITIVE INDIRETTE

Ammesso dunque che la tutela di condanna può avere a oggetto un qualsiasi obbligo del debitore, senza che sia necessario che esso possa essere eseguito secondo il processo esecutivo come delineato dal legislatore nel '42, l'attuazione dei provvedimenti di condanna deve essere arricchita da ulteriori strumenti. Questi hanno lo scopo di favorire l'ambito di applicazione della tutela specifica, in modo tale da poter adoperare la tutela risarcitoria come *extrema ratio*, ossia nei casi in cui è impossibile per il titolare ottenere le stesse utilità garantitegli dal diritto sostanziale e allora ha diritto a utilità equivalenti, ovvero una somma di denaro.

L'esecuzione forzata è inidonea a realizzare l'attuazione della condanna in tutti i casi in cui l'oggetto sia:

- a) un obbligo di fare infungibile o un obbligo di fare che, pur essendo fungibile, la sua concreta attuazione sia particolarmente difficoltosa dal punto di vista qualitativo o quantitativo;
- b) un obbligo di non fare, infungibili ontologicamente, il cui adempimento sia necessario per godere ed esercitare il diritto, tali obblighi rappresentano il contenuto delle condanne inibitorie.

⁶⁰ Rapisarda Sasoon C. *Voce Inibitoria, Digesto civile cit.*, pp. 485-486.

In questi casi, come detto in precedenza, l'esecuzione diretta è inservibile, giacché il titolare ha interesse che l'obbligato adempia, non soddisfacendosi nel caso in cui l'ufficio esecutivo si surroghi al debitore nella prestazione.

Ipotesi particolare, distinta dalle fattispecie di cui sub a) riveste il caso in cui l'obbligo da adempiere non sia un facere materiale infungibile ma un facere giuridico, come il rendere una dichiarazione di volontà (esempio classico è la stipulazione del contratto definitivo come obbligo derivante dalla redazione di un contratto preliminare). Un obbligo di tal genere consiste di certo in un fare infungibile non eseguibile attraverso le procedure esecutive tipiche, in particolare attraverso l'art. 612 cod. proc. civ., ma a tale evenienza ha rimediato il legislatore del codice del '40 invertendo la rotta rispetto al codice del 1865, il quale nulla prevedeva in fattispecie di tal genere.

La norma in discorso è l'art. 2932 cod. civ. rubricato <<Esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre>>, in cui il legislatore per permettere al titolare del diritto di ottenere ciò che gli è garantito dal diritto sostanziale, ossia la dichiarazione di volontà, non adotta la classica procedura della tutela di condanna (accertamento dell'obbligo- ordine di adempiere- attuazione del provvedimento), bensì è la stessa sentenza che soddisfa l'interesse del titolare in quanto produce l'effetto giuridico, facendo le veci della manifestazione di volontà dell'obbligato. Tale procedura esula dunque dalla tutela di condanna e dall'indagine che si vuole condurre, e rientra nella cosiddetta tutela costitutiva di cui all'art 2908 cod. civ, ammessa solo nei casi tassativi previsti dalla legge⁶¹.

Per tutti gli altri obblighi suddetti, essendo inutile l'esecuzione diretta, è necessario fare ricorso all'esecuzione indiretta, ossia a un sistema di misure coercitive che preme sulla volontà del debitore così che egli, nel caso in cui sia condannato ad adempiere un obbligo infungibile o ad astenersi per il futuro a tenere una determinata condotta, sia spinto ad adempiere la sentenza, essendo consapevole che qualora non lo faccia dovrà sopportare un sacrificio maggiore rispetto a quello imposto dalla sentenza.

⁶¹ Proto Pisani A. *Appunti sulla tutela di condanna* cit., pp. 1178-1179.

Di misure coercitive non esiste un modello predefinito, anzi l'esperienza giuridica di alcuni ordinamenti stranieri, nonché le varie proposte della dottrina nostrana e la stessa legislazione italiana ne evidenziano le diverse connotazioni che esse possono assumere. Si distinguono innanzitutto misure coercitive pecuniarie, che consistono in somme di danaro da corrispondere per ogni giorno di ritardo nell'adempimento, al creditore o allo Stato, su scelta del legislatore, oppure le misure coercitive possono anche avere carattere personale e quindi incidere sulla libertà personale del debitore (ad esempio può essere previsto l'arresto). Anche dal punto di vista processuale non vi sono particolari impedimenti per il legislatore per quanto riguarda la configurazione delle misure coercitive indirette.

Nel nostro ordinamento l'esecuzione indiretta ha avuto un percorso, per così dire, accidentato: erano da tempo presenti misure coercitive previste per singole fattispecie e in questo panorama si inserivano gli studi di cui si è parlato in precedenza volti a introdurre un sistema atipico di misure coercitive per garantire l'attuazione della condanna nei casi di obblighi per i quali si rivelavano inservibili le forme esecutive già previste. Tali elaborazioni concettuali, accompagnate da una serie di proposte di riforme, si sono moltiplicate dagli anni '70 in poi, periodo in cui la maggioranza degli studiosi inizia a distaccarsi dalla correlazione necessaria fra condanna ed esecuzione forzata, fino ad arrivare al 2009 quando si passa, con non pochi dubbi creati dalla lettera della norma e soltanto parzialmente risolti dalla riforma del 2015, all'atipicità dell'esecuzione indiretta.

CAPITOLO II

IL PERCORSO ITALIANO DELL'ESECUZIONE INDIRETTA

1. PREMESSA

Alla luce di quanto visto in precedenza, divincolatasi la tutela di condanna dalla correlazione necessaria con i procedimenti di esecuzione forzata, il punto da cui partire consiste nell'individuare delle modalità per attuare tutti quei provvedimenti di condanna che hanno per oggetto diritti per i quali l'esecuzione diretta si rivela inefficace, nello specifico le condanne a obblighi di fare infungibili, a obblighi di non fare e le condanne inibitorie. All'interrogativo su quale sia lo strumento di tutela utilizzabile in suddetti casi, nel nostro ordinamento si è data una risposta pressoché univoca, ossia che solo l'esecuzione indiretta potrebbe permettere l'attuazione delle condanne inesequibili in via diretta, in quanto essa si pone quale strumento necessario per colmare quel vuoto di tutela dato dai limiti intrinseci dell'esecuzione per surrogazione. Diverse disposizioni dell'ordinamento prevedevano già delle misure coercitive, ma limitate alle sole fattispecie per cui erano state previste; era necessaria un'esecuzione indiretta di portata generale, che attraverso la minaccia di sanzioni pecuniarie o personali potesse incidere sulla volontà dell'obbligato e portarlo ad adempiere di qualsivoglia prestazione si tratti.

In questo senso provenivano da gran parte della dottrina⁶² sollecitazioni nei confronti del legislatore, al fine di dotare l'ordinamento di mezzi di tutela che permettessero di risolvere tale problematica; non è stato da meno il legislatore, il quale in più di un'occasione ha tentato di introdurre un'esecuzione indiretta atipica. Ciò nonostante, questo percorso non è stato breve e ha visto numerose

⁶² Vedi per tutti Proto Pisani A. *L'effettività dei mezzi di tutela con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna* cit., pp. 620 e ss.; Proto Pisani A. *Appunti sulla tutela di condanna* cit., pp. 1104 e ss.; Proto pisani A. *Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria* cit., pp. 127 e ss.; Proto Pisani A. *Attuazione di provvedimenti di condanna in Il Foro Italiano*, 1988, pp. 177 e ss.; Proto Pisani A. *Note sulla tutela civile dei diritti in Il Foro Italiano*, 2002, pp. 165 e ss.; Proto Pisani A. *Condanna e misure coercitive in Il Foro Italiano*, 2007, pp. 1 e ss.; Proto Pisani A. *I diritti e le tutele* cit., pp. 96 e ss.

proposte fra loro molto diverse in base alle diverse possibilità di configurare un sistema atipico di misure coercitive indirette.

2. LE MISURE COERCITIVE INDIRECTE TIPICHE

Occorre iniziare l'analisi del non breve cammino che ha portato all'introduzione di un'esecuzione indiretta atipica, dalle misure coercitive tipiche previste da alcune disposizioni del nostro ordinamento per singole situazioni giuridiche sostanziali. Sono fattispecie numerose e che si differenziano sia da un punto di vista strutturale, sia da un punto di vista temporale in quanto se alcune sono più risalenti, altre invece sono state inserite in tempi più recenti. Da ciò derivano due essenziali conseguenze: da un lato le differenze di formulazione delle diverse norme impedivano di elaborare in via interpretativa o in via analogica un sistema atipico di misure coercitive, dall'altro però la sussistenza di un numero così elevato di fattispecie e la diversità di materie su cui incidono implicano quanto detto prima, ovvero che non se ne può fare a meno, in un ordinamento che tende al massimo grado a ridurre lo scarto fra diritto sostanziale e processo e tende ad assicurare al titolare gli stessi beni a cui ha diritto.

A questo punto pare opportuno effettuare una disamina di alcune delle ipotesi di misure coercitive tipiche, in quanto rappresentative di diversi tipi di esecuzione indiretta, che il legislatore avrebbe potuto prendere a modello per la predisposizione dello strumento atipico.

2.1 Le misure coercitive in materia di proprietà industriale e diritto d'autore

Gli art. 124 e 131 del Codice della proprietà industriale, che hanno sostituito le precedenti disposizioni riguardanti i brevetti e marchi, prevedono rispettivamente una inibitoria in via definitiva e una inibitoria cautelare per prevenire violazione dei diritti inerenti alla proprietà industriale o per evitare la reiterazione di condotte lesive degli stessi. Per far fronte all'esecuzione di tali provvedimenti sono previste

delle misure coercitive di carattere pecuniario che consistono in una somma di denaro che il debitore deve pagare <<per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata e per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento>>⁶³.

Una tecnica di tutela simile è prevista dagli art. 156 e 163 della legge n. 633\1941 sulla protezione del diritto d'autore, i quali stabiliscono che in caso di accoglimento della domanda che chiede l'inibizione di un comportamento lesivo di una situazione giuridica afferente i diritti patrimoniali connessi al diritto d'autore, il giudice può fissare una somma da pagare per ciascuna inosservanza che sarà contestata in seguito nonché per ogni ritardo nell'attuazione del contenuto del provvedimento.

Queste due forme di esecuzione indiretta prevedono la condanna al pagamento di una somma di denaro per ogni giorno di ritardo nell'adempimento nel caso in cui il contenuto del provvedimento consista in un obbligo di fare, mentre nell'ipotesi di obblighi di astensione la somma di denaro è dovuta per ogni successiva lesione dell'interesse protetto. In più la somma è versata dal debitore nelle casse del creditore sul modello della *astreintes* francese⁶⁴.

2.2 Le misure coercitive basate sulla sanzione penale

In altre norme il legislatore adopera una tecnica differente, prevedendo misure coercitive che richiamano espressamente la tutela penale e dunque hanno una

⁶³ Sebbene questa tecnica sia necessaria per garantire l'effettività del provvedimento inibitorio, la sua applicazione ha trovato ostacoli in giurisprudenza, in quanto essa in diverse occasioni ha ritenuto che il provvedimento in esame non sia titolo esecutivo, in mancanza del requisito della liquidità della somma in esso contenuta. Vedi in proposito Capponi B. *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, Torino, 2020 p. 37 in cui si rimprovera al legislatore di non aver seguito il modello della normativa precedente nel quale si evinceva l'onere dell'obbligato di proporre le contestazioni in sede di esecuzione del provvedimento e quindi di deduceva la qualità di titolo esecutivo del provvedimento che conteneva le misure coercitive.

⁶⁴ Proto Pisani A. *Appunti sulla tutela di condanna* cit., pp. 1166-1667 in cui l'autore, pur essendo il primo sostenitore dell'introduzione di una misura coercitiva indiretta generale, nega che dalle norme in esame possano essere la base di un sistema atipico in quanto <<...la natura (ibrida) di pene pecuniarie private attribuisce a queste misure un carattere penale, sia pure attenuato, e ne ostacola la loro applicabilità al di là delle ipotesi espressamente previste dalla legge>>.

valenza prettamente pubblicistica. Un esempio è l'art 28 della legge n. 300\1970⁶⁵ in cui è disposto che il datore di lavoro, che non esegue l'ordine effettuato nei suoi confronti dal giudice consistente nella cessazione di condotte in contrasto con l'esercizio delle libertà sindacali del lavoratore e nella rimozione degli effetti da questi generatisi, è punito ai sensi dell'art. 650 cod. pen. Questa norma, rubricata <<Inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità>>, minaccia la pena dell'arresto fino a tre mesi o dell'ammenda ed è richiamata anche da altre disposizioni di legge, quali l'art. 15 della legge n. 903\1977 e l'art. 4 della legge n. 125\1991, le quali, a tutela della parità di trattamento fra uomo e donna sul posto di lavoro, prevedevano l'applicazione dell'art. 650 c.p. come conseguenza all'inosservanza della condanna al datore di lavoro di eliminare gli atti discriminatori posti in essere e di rimuoverne gli effetti. Tali disposizioni sono poi confluite nell'art 38 del decreto legislativo n. 198\2006, ossia il cosiddetto "Codice delle pari opportunità", il quale nella sua versione originaria manteneva il richiamo all'art. 650 cod. pen., ma questo è stato sostituito dalle successive modifiche con la seguente espressione: <<L'inottemperanza al decreto di cui al primo comma o alla sentenza pronunciata nel giudizio di opposizione è punita con l'ammenda fino a 50.000 euro o l'arresto fino a sei mesi>>⁶⁶. Il carattere penale delle sanzioni ricollegate all'inosservanza di tali obblighi, può giustificarsi non solo sulla valenza non patrimoniale e sul riconoscimento costituzionale dei diritti in esame, aspetti condivisi anche da altre situazioni giuridiche per le quali non sono previste, correttamente, strumenti di attuazione di carattere penale, ma soprattutto sul disvalore sociale percepito nei confronti dei comportamenti lesivi di tali situazioni giuridiche. Ciò determina la struttura strettamente pubblicistica del rimedio predisposto dal legislatore, ma, al contempo, ne limita lo strumento alle sole ipotesi previste dalla legge.

⁶⁵ Su cui si veda Proto Pisani A. *Il procedimento di repressione dell'attività sindacale (*) (Due anni di applicazione dello statuto dei lavoratori)* in *Il Foro Italiano*, 1973, pp. 57 e ss.

⁶⁶ Proto Pisani A. *I diritti e le tutele* cit., p. 99 in cui l'autore paragona tali di misure coercitive al modello tedesco di esecuzione indiretta, con la differenza però che in Germania è il giudice a comminare la pena a seguito dell'inottemperanza al provvedimento e non la legge.

2.3 L'art. 18 legge n. 300\1970

Le ultime due ipotesi di misure coercitive tipiche da esaminare risiedono ambedue nell'art. 18 della legge n. 300\1970. Una delle due trova spazio nell'ultimo comma della norma in commento, in cui è disposto nel caso di inosservanza dell'ordine di reintegra dei lavoratori di cui all'art. 22 della stessa legge da parte del datore di lavoro, il pagamento a favore del Fondo di adeguamento pensioni di una somma pari alla retribuzione dovuta al lavoratore per ogni giorno di ritardo. Si tratta dunque di una misura coercitiva di carattere pecuniario, che assume valore pubblicistico in quanto il destinatario del pagamento non è il creditore, ossia il lavoratore, ma lo Stato.

L'altra forma di esecuzione indiretta presente nell'art. 18 della legge n. 300\1970 è nel comma secondo e, nello specifico, nella parte in cui si prevede il pagamento della retribuzione dal giorno del licenziamento <<sino a quello dell'effettiva reintegrazione>>. Su tale norma si è pronunciata la giurisprudenza che ha ritenuto la corresponsione della retribuzione fino all'effettivo reinserimento del lavoratore illegittimamente licenziato, come il rimedio di tutela per coartare la volontà del datore di lavoro in modo tale da assicurare al lavoratore, ciò che gli spetta, ossia la piena reintegrazione nel posto di lavoro⁶⁷.

Sulla norma in esame, tuttavia, si è incentrato un diverso dibattito che vede due posizioni contrapposte. Entrambe partono dalla premessa che il legislatore abbia messo a disposizione dell'attuazione della condanna alla reintegrazione una misura coercitiva indiretta, ma se una la considera l'unica possibilità di esecuzione di tale condanna, l'altra propone un concorso di essa con l'esecuzione specifica ex art 612 cod. proc. civ⁶⁸. Quest'ultima considera l'obbligo

⁶⁷ Vedi Cassazione sez. lavoro sentenza n. 1094\1978 con note di Proto Pisani A. in *Il Foro Italiano*, 1978, pp. 559 e ss. e Di Majo A. in *Il Foro Italiano*, 1978, pp. 1437 e ss. Nella sentenza si sostiene la funzione coercitiva o compulsoria che mira a garantire l'attuazione della condanna alla reintegra, da ciò viene tratta la non possibilità di ripetere le somme versate a tale titolo, in caso di mancata reintegrazione del lavoratore, ancorché intervenga successivamente la riforma o la cassazione della condanna alla reintegra.

⁶⁸ Proto Pisani A. *Aspetti processuali della reintegrazione del posto di lavoro* cit., pp. 117 e ss.; Taruffo M. *Problemi in tema di esecutorietà della condanna alla reintegrazione del lavoratore* cit., pp. 801 e ss.; Alessandri N. *Ancora sull'attuazione del provvedimento di condanna alla reintegrazione nel posto di lavoro* in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1980, pp. 1151 e ss.; in senso contrario Mandrioli C. *L'esecuzione specifica dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro* cit., pp. 9 e ss. il quale nega la possibilità di eseguire in via diretta anche parzialmente

di reintegrazione del lavoratore come scomponibile in due diverse parti: un obbligo di *pati* consistente nella riammissione materiale del lavoratore sul posto di lavoro e l'obbligo di reintegrazione in senso stretto che mira al reinserimento del lavoratore nell'organizzazione produttiva. Solo il secondo di essi sarebbe un obbligo di fare infungibile eseguibile soltanto mediante esecuzione indiretta, mentre il primo sarebbe un obbligo eseguibile in via diretta mediante le forme dell'art. 612 cod. proc. civ. Il vantaggio del concorso delle due tipologie di esecuzione consisterebbe nel fatto che <<l'esecuzione diretta parziale può essere uno strumento molto efficace di esecuzione totale indiretta>>⁶⁹, ossia essendo il datore di lavoro obbligato a retribuire il lavoratore e a sopportarne la presenza sul luogo di lavoro, allora sarà indotto a consentirgli di riprendere effettivamente l'attività lavorativa. La ricostruzione che, tuttavia, è stata accolta in giurisprudenza è quella che considera l'obbligo in esame, quale insuscettibile di esecuzione specifica, ma soltanto di esecuzione indiretta, stante la sua ontologica infungibilità. A tal proposito pare opportuno menzionare la Suprema Corte di Cassazione, la quale in una sentenza di qualche anno fa ha statuito che: <<L'ordine di reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato non è suscettibile di esecuzione specifica, in quanto l'esecuzione in forma specifica è possibile per le obbligazioni di fare di natura fungibile, mentre la reintegrazione nel posto di lavoro comporta non soltanto la riammissione del lavoratore nell'azienda (e cioè un comportamento riconducibile ad un semplice "*pati*") ma anche un indispensabile ed insostituibile comportamento attivo del datore di lavoro 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>>⁷⁰. Sullo stesso versante si è collocata la maggior parte della dottrina, che ha escluso l'eseguibilità diretta dell'obbligo di reintegrazione del lavoratore⁷¹.

l'obbligo in esame, al fine di poter ritenere la condanna alla reintegra del lavoratore un'eccezione giustificata dalla legge della struttura condanna-titolo esecutivo- esecuzione forzata.

⁶⁹ Espressione utilizzata da Taruffo M. *Problemi in tema di esecutorietà della condanna alla reintegrazione del lavoratore* cit., p. 807.

⁷⁰ Così Cassazione sez. lavoro n. 9965\2012.

⁷¹ Vedi per tutti Alessandri A. *Il problema delle misure coercitive e l'art 388 c.p. in Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1981, pp. 178 e ss. in cui si ritiene inapplicabile l'esecuzione diretta

Sebbene la tesi che riteneva applicabile sia l'art. 612 cod. proc. civ. sia le misure coercitive indirette previste dal secondo comma dell'art. 18 della legge n. 300\1970 non abbia ricevuto consensi in giurisprudenza, ha avuto il fondamentale pregio di riconoscere già diversi anni fa che il concorso fra esecuzione diretta e indiretta è di per sé possibile, non trovando limiti l'una nell'altra.

3. IL TENTATIVO DI FONDARE UN SISTEMA ATIPICO DI MISURE COERCITIVE INDIRETTE SU ALCUNE NORME PENALI

Contestualmente alle proposte di ampliamento della nozione di condanna e al superamento della correlazione necessaria fra condanna ed esecuzione forzata, in dottrina si è instaurato un altro dibattito, in via parallela e consequenziale rispetto a quello suddetto. Ammesso che la tutela di condanna non ha per oggetto solo gli obblighi suscettibili di essere eseguiti coattivamente, ma una qualsiasi obbligazione, è necessario che sia previsto un mezzo per poter eseguire il provvedimento di condanna quando i processi di esecuzione forzata siano inservibili. A fronte della presenza del nostro ordinamento di diverse forme di misure coercitive indirette, la dottrina ha tentato per diverse vie e attraverso differenti argomentazioni di introdurre un sistema atipico di esecuzione indiretta, volto a garantire l'effettività della tutela di condanna nello specifico per gli obblighi di fare infungibili, per gli obblighi di non fare e per le inibitorie.

Parte della dottrina ha tentato questa soluzione ricercando il fondamento positivo di un sistema atipico di misure coercitive indirette, in alcune norme penali, ovvero negli art. 650 e 388 cod. pen.

parziale all'obbligo di cui all'art. 18 della legge n. 300\1970, in quanto, altrimenti, si renderebbero autonome delle posizioni giuridiche che, pur non essendo irrilevanti, restano comunque accessorie rispetto all'obbligo principale che resta la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro.

3.1 Il tentativo di fondare un sistema atipico di misure coercitive indirette basato sull'art.650 cod. pen.

Una teoria⁷² ha individuato la norma utile allo scopo nell'art. 650 cod. pen.⁷³, di cui si è parlato in precedenza a proposito dell'art 28 della legge n. 300\1970. Secondo questa impostazione la norma in esame potrebbe essere la base per elaborare un sistema atipico di misure coercitive indirette, in forza dell'inciso <<per ragioni di giustizia>>, il quale rinchiuderebbe anche l'inottemperanza alla sentenza di condanna resa dal giudice e, attraverso la minaccia di una pena, indurrebbe l'obbligato ad adempiere. La tesi prosegue poi argomentando che, essendo l'art. 650 cod. pen. una contravvenzione, non è richiesto il dolo, ma è sufficiente la colpa e dunque con un ambito di applicazione molto ampio. Per quanto riguarda le sanzioni inflitte da tale articolo, tale teoria sostiene alcune precisazioni. In primo luogo, si ritengono adeguate allo scopo compulsorio le pene dell'art. 650 cod. pen. in forza dell'art. 133 bis cod. pen. (che ha sostituito il comma secondo dell'art. 26 c.p.) che permette un aumento fino al triplo o una diminuzione fino a un terzo dell'ammenda in considerazione della situazione economica del soggetto obbligato; in secondo luogo è prevista comunque la possibilità dell'arresto, il quale deve essere disposto, in modo tale da non rievocare l'arresto per debiti abrogato nel 1877, soltanto se la situazione giuridica soggettiva del titolare, tutelata dal provvedimento giurisdizionale, corrisponda a un diritto di libertà e tale valutazione è rimessa alla discrezionalità del giudice.

⁷² Proto Pisani A. *L'effettività dei mezzi di tutela con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna* cit., pp. 628 e ss.; Proto Pisani A. *Appunti sulla tutela di condanna* cit., 1175 e ss.

⁷³ Si riporta il testo integrale della norma. <<Chiunque non osserva un provvedimento legalmente dato dall'Autorità per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica, o d'ordine pubblico o d'igiene, è punito, se il fatto non costituisce un più grave reato, con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda fino a euro 206>>.

3.2 Le critiche al tentativo di fondare un'esecuzione indiretta atipica sull'

art. 650 cod. pen.

Nei confronti dell'art. 650 cod. pen. si è contestato che esso non può fondare un'esecuzione indiretta atipica attraverso argomentazioni che indagano sulla *ratio* della norma⁷⁴. Esso presenta una doppia funzione: una <<autoritaria>> volta ad affermare la forza imperativa del provvedimento giurisdizionale inteso come volontà dello Stato, un'altra <<garantista>> intesa come tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione. Questa seconda accezione attribuisce al giudice e al processo penale il compito di controllare la legalità del provvedimento amministrativo e la sussistenza dell'inosservanza del privato, questa funzione giustifica l'inciso <<per ragioni di giustizia>> previsto dalla norma. Qualora si ritenesse la norma in esame quale posta a tutela dell'ottemperanza ai provvedimenti giurisdizionali di condanna, essa non verrebbe a svolgere alcun ruolo di controllo in quanto l'oggetto sarebbe una sentenza del giudice e non un provvedimento amministrativo; così verrebbe alla luce la sola funzione pubblicistica della disposizione configurandosi una <<autotutela giudiziale>>⁷⁵. Questa porterebbe a considerare quale bene giuridico protetto dalla norma una mera disobbedienza alla sentenza, trascurando in tal modo i singoli interessi privati oggetto della sentenza stessa. Per queste ragioni non può qualificarsi l'art. 650 cod. pen. come il fondamento positivo per un sistema atipico di misure coercitive indirette atipiche.

3.3 Il tentativo fondato sull'art. 388 cod. pen.

Un'altra norma penale su cui lo stesso autore⁷⁶ ha provato a fondare un sistema atipico di misure coercitive indirette è l'art. 388 cod. pen., rubricato <<Mancata

⁷⁴ Palazzo F. C. *Tutela dei diritti, tutela del provvedimento giurisdizionale e categorie penalistiche in Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1988, pp. 510 e ss.

⁷⁵ Espressione utilizzata da Palazzo F. C. *Tutela dei diritti, tutela del provvedimento giurisdizionale e categorie penalistiche* cit., p. 511

⁷⁶ Proto Pisani A. *L'effettività dei mezzi di tutela con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna* cit., pp. 628 e ss.; Proto Pisani A. *Appunti sulla tutela di condanna* cit.,

esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice>, del quale, per il discorso in esame, assumono rilevanza i primi due commi⁷⁷.

L'art. 388 cod. pen. comma 1 prevede che, nel caso di compimento di atti fraudolenti o simili sul proprio patrimonio, volti a evitare di dover eseguire un provvedimento giurisdizionale, qualora poi non si adempia il provvedimento in seguito all'ingiunzione dello stesso da parte dell'attore, il soggetto è punito con la pena dell'arresto o della multa.

Tale norma, secondo la tesi in esame, potrebbe fondare l'esecuzione indiretta atipica attraverso un' interpretazione ampia del termine <<esecuzione>> presente nella rubrica qualificandolo quale adempimento, in modo tale da considerare bene giuridico oggetto della tutela penale non la stretta efficacia esecutiva della sentenza, ma la più generale autorità del provvedimento giurisdizionale, così sarebbe ricompresa qualsiasi situazione giuridica oggetto della condanna sia quelle passibili di esecuzione forzata sia quelle che per loro natura non lo sono. Si prosegue argomentando che la necessaria ingiunzione della sentenza, che si potrebbe identificare nel precetto, e la necessaria querela della persona offesa rappresentano il giusto bilanciamento di interessi fra

1170 e ss.; Proto Pisani A. *Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria* cit., p. 132; Proto Pisani A. *Attuazione di provvedimenti di condanna* cit., p. 182; Proto Pisani A. *Note sulla tutela civile dei diritti* cit., p.167; Proto Pisani A. *I diritti e le tutele* cit., pp. 100 e ss. In tutti questi studi si evince come l'autore proponga l'art. 388 cod. pen. come base per un sistema atipico di misure coercitive indirette solo perché l'unica ritenuta possibile in attesa di un intervento del legislatore, che arriverà nel 2009.

⁷⁷ Così recitano i commi primo e secondo:<< Chiunque, per sottrarsi all'adempimento degli obblighi nascenti da un provvedimento dell'autorità giudiziaria, o dei quali è in corso l'accertamento dinanzi all'autorità giudiziaria stessa, compie, sui propri o sugli altrui beni, atti simulati o fraudolenti, o commette allo stesso scopo altri fatti fraudolenti, è punito, qualora non ottemperi all'ingiunzione di eseguire il provvedimento, con la reclusione fino a tre anni o con la multa da euro 103 a euro 1.032.

La stessa pena si applica a chi elude l'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>>.

Il secondo comma è stato modificato dall'art. 2, comma 1, lett. b) d.lgs. n. 21\2018 ed è stato inserito il seguente periodo «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». Questa modifica, tuttavia, non avrebbe inciso sui termini del discorso, come si vedrà in seguito.

l'interesse pubblicistico all'osservanza dei provvedimenti giurisdizionali con l'interesse privatistico che vanta il titolare del diritto a ottenere le utilità previste dalla sentenza. Si limita poi, come per l'art. 650 cod. pen., l'applicazione della pena dell'arresto alle sole ipotesi in cui l'interesse dedotto nel giudizio di condanna sia un diritto di libertà.

Il tentativo di fondare un sistema atipico di misure coercitive indirette sull'art. 388 cod. pen. ha incentrato la sua analisi anche sul secondo comma della norma. Esso prescrive la stessa pena del primo comma nel caso in cui l'obbligato <<elude l'esecuzione di un provvedimento del giudice civile>>, dunque la configurazione della norma in discorso si differenzia profondamente dal primo comma, in quanto la struttura del fatto tipico è limitata alla sola <<elusione>> del provvedimento, senza che sia richiesto l'elemento della condotta fraudolenta dell'obbligato, volta ad evitare l'esecuzione della pronuncia giurisdizionale. Così il secondo comma dell'art. 388 cod. pen. teoricamente non incontra limiti per fondare un'esecuzione indiretta atipica, ma dall'esegesi del testo dell'articolo è evidente come il legislatore abbia limitato il suo ambito di applicazione a determinate fattispecie, ossia ai provvedimenti che concernano l'affidamento di minori e alle misure cautelari a tutela di proprietà, possesso e credito.

3.4 I limiti e le critiche alla tesi fondata sull'art. 388 cod. pen.

La possibilità di fondare un'atipica esecuzione indiretta sull'art. 388 cod. pen. sia sul primo che sul secondo comma incontra delle difficoltà derivanti dal testo delle disposizioni in esame, la cui applicabilità necessita di determinati presupposti che la rendono incompatibile con un sistema atipico di attuazione della tutela di condanna.

Innanzitutto, la stessa tesi che propone il primo comma dell'art. 388 cod. pen. come fondamento positivo per la generalizzazione delle misure coercitive indirette, avvisa come tale compito sia reso difficile dalla presenza degli atti fraudolenti come presupposto necessario per l'applicazione della norma. Ciò che deve verificarsi dunque per l'applicazione della sanzione ex art. 388 comma 1

non è la mera inosservanza del provvedimento di condanna, ma è necessario che il debitore ponga in essere dei comportamenti particolarmente gravi in modo tale che vi sia una frode ai danni del creditore; tutto ciò non può che limitare l'ambito di applicazione della misura coercitiva che non può essere generale.

Oltre tali limiti⁷⁸ contro questa tesi sono state mosse non poche critiche.

A proposito dell'art. 388 cod. pen. primo comma si è opposto che la presenza fra gli elementi del fatto tipico di una condotta fraudolenta induce a ritenere che la norma sia predisposta a tutela non della mera inottemperanza al provvedimento, ma per contrastare comportamenti diretti a evitare l'applicazione degli strumenti di attuazione della sentenza di condanna già previsti dell'ordinamento. In questo modo, dunque, la disposizione sarebbe idonea a fondare un'applicazione generalizzata delle misure coercitive, ma sarebbe da intendersi quale norma di chiusura dei procedimenti di esecuzione forzata. Tutt'al più la norma potrebbe assistere le fattispecie di obblighi non passibili di essere eseguiti nelle forme del libro terzo del codice di procedura civile, per le quali il legislatore ha già previsto delle misure coercitive indirette tipiche, ma in questo modo non si arriverebbe comunque a un sistema atipico capace di garantire l'attuazione di qualsiasi obbligo⁷⁹.

Neanche l'art. 388 cod. pen. secondo comma non è idoneo a mettere a disposizione dei titolari dei diritti un sistema atipico di misure coercitive volto a garantire l'attuazione della sentenza di condanna per tutte le situazioni giuridiche sostanziali, in quanto lo stesso testo della disposizione ne limita l'applicazione a determinate fattispecie. Sebbene rispetto al primo comma la struttura del fatto del reato sia configurata in modo tale da poter astrattamente ricomprendere l'inottemperanza a un qualsivoglia provvedimento condannatorio, i limiti testuali non ne consentono un'applicazione generale.

⁷⁸ Limiti di cui è consapevole lo stesso autore sostenitore della tesi in esame, vedi Proto Pisani A. *I diritti e le tutele* cit., pp. 106 <<non significa affatto amore o simpatia verso la soluzione prospettata, ma la consapevolezza che essa costituisce l'unica possibilità, de iure condito, per non lasciare sguarniti di tutela effettiva una serie numerosa di diritti.>>.

⁷⁹ In tal senso Alessandri A. *Il problema delle misure coercitive e l'art 388 c.p.* cit. pp. 173 e ss.; Palazzo F. C. *Tutela dei diritti, tutela del provvedimento giurisdizionale e categorie penalistiche* cit., pp. 522 e ss.

Fra le ipotesi individuate dal secondo comma, per la cui inadempienza è prevista la possibilità di irrogare la pena ivi prevista, è incluso l'art. 700 cod. proc. civ., di cui si è parlato in precedenza, che prevede un'inibitoria cautelare generale applicabile a tutti i diritti per i quali si teme un pregiudizio imminente e irreparabile, dunque, almeno per i provvedimenti di natura cautelare, l'art. 388 cod. pen. secondo comma può essere il fondamento positivo per un'esecuzione indiretta generale.

Occorre a questo punto richiamare quella opinione, intorno all'ammissibilità di un'azione inibitoria atipica, che individua la norma chiave nell' art. 700 cod. proc. civ. e che trae dal rimedio inibitorio cautelare generale un'atipica inibitoria finale. Degli argomenti a sostegno e delle critiche mosse a tale impostazione si è già discusso in precedenza, in questa sede occorre precisare che anche qualora si potesse considerare sussistente nel nostro ordinamento un'azione inibitoria atipica fondata sull' art. 700 cod. proc. pen. e quindi garantirne l'attuazione in forza del meccanismo di esecuzione indiretta deducibile dal dettato del secondo comma dell'art. 388 cod. pen., non si potrebbe comunque ritenere sussistente nell'ordinamento un'esecuzione indiretta atipica. Questa impossibilità deriva dal fatto che, assunto quanto detto in precedenza, non sarebbero inclusi nell'assistenza delle misure coercitive, previste dalla norma in discorso, tutti i diritti possibili oggetto della tutela di condanna, restandone estranei tutte le ipotesi di obblighi di fare infungibili. Dunque, neanche in questa discutibile ipotesi sarebbe da considerare l'art. 388 cod. pen. secondo comma come la norma idonea a fondare un sistema atipico di misure coercitive indirette atipico⁸⁰.

3.5 Conclusioni

La tesi che ha tentato di percorrere la strada della sanzione penale per il riconoscimento di un sistema atipico di misure coercitive indirette non ha riscosso grandi successi. Ciò in virtù di due fondamentali motivi: da un lato gli art. 650 e

⁸⁰ Palazzo F. C. *Tutela dei diritti, tutela del provvedimento giurisdizionale e categorie penalistiche* cit., p. 531.

388 cod. pen. presentano limiti testuali e ragioni sistematiche che non rendono possibile per tali norme assolvere il compito che si è tentato di assegnargli, dall'altro, invece, la maggior parte della dottrina ha criticato la tesi in esame⁸¹ sostenendo che fondare un'esecuzione indiretta generale sulla tutela penale con la possibilità di coartare la volontà dell'obbligato per indurlo ad adempiere attraverso sanzioni e pene limitative della libertà personale avrebbe riportato in vigore una sottospecie dell'arresto per debiti. In verità le argomentazioni della tesi che ha tentato di ricercare una modalità di attuazione della condanna anche sul sistema penale non presentavano tale pericolo soprattutto attraverso la limitazione della pena detentiva alle sole ipotesi in cui l'interesse leso sia un diritto di libertà; dunque, non risulta di per sé incompatibile l'esecuzione indiretta con la tutela penale, ma giungervi per via interpretativa sulla base di norme previste per altri fini appare poco convincente. Sarebbe in tal senso necessario un intervento del legislatore, il quale dovrebbe compiere delle scelte di valore e dei bilanciamenti di interessi nei casi in cui introduca sanzioni incidenti sulla libertà personale per indurre i consociati ad adempiere i provvedimenti giurisdizionali, come del resto ha utilizzato questa tecnica in alcune fattispecie esaminate in precedenza (ad esempio l'art 28 della legge n. 300\1970).

Occorre comunque menzionare il fatto che questa è stata la più importante teoria *de iure condito* sull'atipicità dell'esecuzione indiretta, in quanto la maggior parte delle altre impostazioni, negando l'opportunità di fondare l'attuazione delle sentenze di condanna sulla base di una norma penale e non trovando fra le norme civili una disposizione adatta allo scopo, ha provato a teorizzare misure coercitive indirette di applicazione generale soltanto da una prospettiva *de iure condendo*⁸².

⁸¹ Denti V. <<Flashes>> su accertamento e condanna cit., pp. 255 e ss.; Carpi F. Note in tema di tecniche di attuazione dei diritti in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1988, pp. 110 e ss.; Chiarloni S. "Ars distinguendi" e tecniche di attuazione dei diritti in *Rivista di diritto processuale*, 1988, pp.755 e ss.

⁸² Si noti come anche Proto Pisani da una prospettiva *de iure condendo* propende per delle misure coercitive atipiche che restino all'interno del diritto civile, ciò sta a significare che le sue proposte intorno agli art. 650 e 388 cod. pen. erano il solo modo per ottenere in via più rapida rispetto a una riforma di legge la possibilità di attuare ogni sentenza di condanna. Vedi a proposito Proto Pisani A. *Appunti sull'esecuzione forzata* in *Il Foro Italiano*, 1994, pp. 305 e ss.; Proto Pisani A. *Condanna e misure coercitive* cit., pp. 4-5.

4. L'ATIPICITA' DELL'ESECUZIONE INDIRETTA: LE PROPOSTE DELLA DOTTRINA

Come di sopra anticipato, la maggior parte della dottrina ha respinto ogni tentativo di fondare un'esecuzione indiretta atipica su norme preesistenti nell'ordinamento, ma ciò non significa che non era diffusa la consapevolezza che all'interno del sistema della tutela civile dei diritti uno strumento del genere è quantomeno necessario. Assunte tali premesse, gli sforzi di numerosi studiosi si sono concentrati sulla ipotetica struttura che un sistema atipico di misure coercitive indirette avrebbe dovuto assumere all'interno del nostro ordinamento. Ne sono uscite fuori proposte molto diverse fra loro in quanto le diverse ricostruzioni hanno messo in evidenza profili e caratteristiche differenti a seconda della funzione pubblicistica o privatistica e all'ambito di applicazione che si vuole attribuire all'esecuzione indiretta. Ovviamente nessuna di queste teorie sull'esecuzione indiretta *de iure condendo* può ritenersi giusta o sbagliata, ma mentre talune sono rimaste isolate o comunque poco seguite, altre hanno riscosso particolare successo.

4.1 Le critiche all'introduzione di un'atipica esecuzione indiretta

È in primo luogo opportuno notare che una, seppur minoritaria, parte della dottrina era ancora contraria all'introduzione di un generale procedimento di esecuzione indiretta. Si tratta in particolare dei sostenitori della correlazione necessaria fra condanna ed esecuzione forzata⁸³, per le cui argomentazioni si rimanda ai discorsi svolti in precedenza. Secondo questa impostazione la misura coercitiva non si risolve in null'altro che in una sanzione, non avendo alcuna funzione esecutiva e di coazione sulla volontà dell'obbligato, ma essa <<colpisce sempre e soltanto perché non si è adempiuto, non perché si adempia>>⁸⁴; essa,

⁸³ Vedi per tutti Monteleone G. *Recenti sviluppi nella dottrina dell'esecuzione forzata* cit., pp. 281 e ss.

⁸⁴ Espressione utilizzata da Monteleone G. *Recenti sviluppi nella dottrina dell'esecuzione forzata* cit., p. 313.

dunque, può trovare spazio soltanto nelle ipotesi previste dal legislatore, rifiutando di ammettere la possibilità che se ne estenda l'applicazione a qualsiasi situazione giuridica.

Non mancano dunque i sostenitori di un'esecuzione indiretta che operi esclusivamente in via tipica, attraverso singole previsioni del legislatore che introducano per isolate fattispecie delle misure coercitive indirette. Alcune delle motivazioni di tale sfavore verso l'istituto consistono nel timore derivante dall'attribuzione al giudice un potere discrezionale troppo ampio nella determinazione delle obbligazioni passibili di esecuzione indiretta e che si rischino abusi nei confronti della sfera di libertà del soggetto obbligato finché non si consolidi in giurisprudenza un orientamento risolutivo⁸⁵.

Bisogna, tuttavia, osservare che un'esecuzione indiretta confinata all'interno di singole disposizioni si rivela insufficiente per un ordinamento che tende a garantire l'effettiva tutela giurisdizionale dei diritti⁸⁶. In primo luogo, i dubbi mossi nei confronti di un sistema atipico di misure coercitive indirette non derivano dall'istituto in sé, ma dalla elaborazione che il legislatore opera dello stesso. L'ampia discrezionalità del giudice nell'applicazione dell'esecuzione indiretta e la minaccia alla libertà-autonomia del debitore non sono conseguenze di una generalizzazione dell'istituto, ma elementi che devono essere bilanciati dal legislatore in sede di redazione della norma fondante di un sistema atipico di misure coercitive indirette. In secondo luogo, procedere secondo un metodo casistico nel determinare quali situazioni giuridiche soggettive siano meritevoli di essere presidiate da una misura coercitiva indiretta non si rivelerebbe un metodo

⁸⁵ Chiarloni S. *"Ars distinguendi" e tecniche di attuazione dei diritti* cit., p. 771.

⁸⁶ Per smentita sui dubbi riguardo all'opportunità di introduzione nel nostro ordinamento dell'esecuzione indiretta vedi Capponi B. *Astreintes nel processo italiano? In Giustizia civile*, 1999, pp. 157 e ss. in cui al termine di un'analisi comparatistica delle varie forme di esecuzione indiretta in diversi Stati afferma: <<A simili preoccupazioni si può rispondere che in certi casi (infungibilità della prestazione, diritto a contenuto non patrimoniale) l'astreinte è la sola misura esecutiva potenzialmente in grado di garantire l'attuazione del diritto; in altri casi (si pensi all'eterna questione relativa alla "forzata consegna" dei minori) essa è in grado di aggirare delicatissimi problemi applicativi, con grandi vantaggi pratici (nella specie, soprattutto per il minore); in generale, può servire ad evitare i lunghi tempi del processo di esecuzione forzata (ed anche, in particolare, dell'espropriazione forzata), tempi che nel nostro sistema rappresentano, forse più di quelli dello stesso processo di cognizione, un ostacolo talvolta insuperabile per la realizzazione del diritto>>.

efficace ed efficiente, in quanto sono talmente tante le obbligazioni non passibili di essere eseguite secondo i procedimenti di esecuzione forzata, che il legislatore si troverebbe davanti due strade: o intervenire su un numero elevatissimo di norme per introdurre singole ipotesi di esecuzione indiretta oppure scegliere un numero ristretto di diritti per i quali prevedere l'applicazione dello strumento e parimenti escluderne altri con il rischio di creare delle diseguaglianze e dei deficit di tutela ingiustificati.

L'esecuzione indiretta, dunque, necessita di un'applicazione generale per poter garantire l'attuazione del provvedimento di condanna, in forza delle numerosissime situazioni giuridiche non suscettibili di essere eseguite in via diretta, le quali il più delle volte hanno carattere non patrimoniale e non possono essere presidiate dal solo risarcimento del danno, ma il processo deve fare quanto possibile per assicurarne l'adempimento specifico. Su queste premesse si è tentato di elaborare *de iure condendo* una possibile esecuzione indiretta atipica.

4.2 La misura coercitiva pecuniaria come strumento generale dell'esecuzione indiretta

Una delle ricostruzioni più complete della possibilità di configurazione delle misure coercitive indirette⁸⁷ nel nostro ordinamento ha analizzato tutti i punti fondamentali per una possibile introduzione del sistema atipico in discorso. Innanzitutto, si esclude che un'esecuzione indiretta generale possa essere presidiata dalla sanzione penale, questa potrà essere prevista a tutela di singole situazioni giuridiche attraverso un bilanciamento di interessi effettuato però direttamente dal legislatore e non affidato alla discrezionalità del giudice. Si ritiene poi che per diritti a forte carattere pubblicistico o interessi collettivi possono

⁸⁷ Ferrara E., Mazzamuto S., Verde G. *Alcune proposte in materia di giustizia civile in Il Foro Italiano*, 2000, pp. 229 e ss. in cui si segnala come la direttiva europea 98\27 la quale prevede delle misure coercitive a tutela di interessi dei consumatori, rappresenta l'occasione giusta per introdurre una misura coercitiva atipica, in modo tale da evitare di dover adattare continuamente l'ordinamento interno alle norme europee attraverso normative di settore.

essere assistite da misure coercitive pecuniarie disposte d'ufficio dal giudice e da pagarsi allo Stato. Per un sistema generale e atipico si prende a modello l'*astreintes* francese⁸⁸ e si sottolineano i seguenti punti:

-carattere pecuniario della misura per la cui concessione è necessaria la domanda di parte;

-possibile applicazione per qualsiasi situazione giuridica oggetto della condanna e possibile concorso con l'esecuzione in via diretta con l'unico limite di diritti che interessano la sfera di libertà del debitore (ad esempio rapporto di lavoro subordinato)⁸⁹;

-si mette in dubbio l'applicabilità delle misure coercitive alle condanne recanti il pagamento di una somma di denaro;

-si esclude il concorso con eventuali penali convenzionali che vengono soppiantate dalla misura in esame;

-necessaria discrezionalità del giudice per quanto riguarda il tempo dell'adempimento e il periodo di applicazione della misura;

-si pone infine il problema del possibile concorso con il risarcimento del danno su cui potrebbe incidere la previsione di un limite massimo, il quale potrebbe accentuare la funzione compulsoria e mettere in secondo piano la funzione riparatoria a scapito, tuttavia, di una capacità di adattamento della misura al caso concreto, in cui un limite pecuniario entro cui emanare la misura potrebbe impedire che essa espliciti a pieno la funzione di coazione all'adempimento.

Come si vedrà meglio in seguito, questi caratteri fondamentali per un sistema atipico di misure coercitive indirette, almeno in parte, sono stati tenuti in considerazione dal legislatore sia nei tentativi di riforma del processo civile, i quali tuttavia non sono andati a buon fine, sia quando finalmente nel 2009 e

⁸⁸ È stata la teoria più accreditata in dottrina, si veda a proposito Proto Pisani A. *Condanna e misure coercitive* cit., p. 1; Proto Pisani A. *Note sulla tutela civile dei diritti* cit., p. 168 in cui l'autore afferma: << Innanzi tutto l'introduzione in Italia di un sistema atipico di misure coercitive, modellate come regola generale sull'esempio francese delle *astreintes* è ormai matura >>.

⁸⁹ Su questi aspetti vedi anche Proto Pisani A. *Note sulla tutela civile dei diritti* cit., p. 168.

successivamente con la riforma del 2015 si è avuta l'introduzione di una procedura esecutiva indiretta di applicazione generale.

4.3 L'esecuzione indiretta è unica via percorribile per elevare l'effettività della tutela giurisdizionale?

Una particolare impostazione dubitava del fatto che l'esecuzione indiretta fosse l'unico strumento di cui il nostro ordinamento avrebbe dovuto dotarsi per ridurre lo scarto fra processo e diritto sostanziale e permettere ai titolari delle situazioni giuridiche soggettive, attraverso i procedimenti esecutivi, di ottenere le stesse utilità previste dal diritto sostanziale.

Essa, pur partendo dalla premessa che risulta imprescindibile l'introduzione di un sistema atipico di esecuzione indiretta per permettere l'effettività della tutela di condanna, si spinge oltre, ovvero mette in discussione la stessa struttura dei procedimenti esecutivi previsti dal libro terzo e in particolare dell'art. 612 cod. proc. civ. Questa, infatti, constatando che vi sono ipotesi in cui possono non risultare efficaci neanche le misure coercitive, sulla base di esempi di ordinamenti stranieri ipotizza la possibilità di nuove forme di esecuzione diretta, che si concretizzano attraverso un'evoluzione del procedimento dell'art. 612 cod. proc. civ., nella nomina di un commissario *ad acta*, come avviene nel giudizio di ottemperanza per l'esecuzione della sentenza amministrativa⁹⁰. Un procedimento così congegnato, tuttavia, oltre che problemi relativi allo svolgimento dell'attività esecutiva da parte di un soggetto che non appartiene all'apparato giurisdizionale⁹¹, non risolverebbe il problema relativo all'attuazione dei provvedimenti di condanna aventi per oggetto obblighi infungibili di fare o di

⁹⁰ Silvestri E. *Problemi e prospettive di evoluzione nell'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare in Rivista di diritto processuale*, 1981, pp. 41 e ss. in cui viene esaminata l'esecuzione delle sentenze negli Usa e viene proposto l'esempio degli *administrators*; Carpi F. *Note in tema di tecniche di attuazione dei diritti cit.*, 1988, pp. 119 e ss. in cui viene richiamato l'esempio dell'*Enforcement authority* svedese.

⁹¹ Vedi in proposito l'aspra critica di Monteleone G. *Recenti sviluppi nella dottrina dell'esecuzione forzata cit.*, p. 302 in cui alla nota 34 afferma che la nomina di un commissario non può essere prevista per l'esecuzione di un provvedimento giurisdizionale, in quanto si avrebbe una delega del potere giurisdizionale al di fuori della legge a un soggetto estraneo alla giurisdizione.

non fare. Presupposto identificativo di queste ipotesi, infatti, è l'interesse del titolare del diritto oggetto della condanna consistente nel fatto che l'obbligato e solo lui adempia la prestazione positiva o negativa che sia; questo è un limite intrinseco non solo alla esecuzione diretta come elaborata dal legislatore nel codice di procedura civile, ma a qualsiasi procedimento di esecuzione diretta, il quale ha sempre come indefettibile caratteristica la sostituzione del soggetto passivo del rapporto da parte dell'ufficio esecutivo nell'adempimento della obbligazione. Quindi anche una modifica del procedimento dell'art. 612 cod. proc. civ., come prospettata in precedenza, risponderebbe ai canoni dell'esecuzione per surrogazione e non sarebbe utilizzabile per garantire l'attuazione degli obblighi infungibili, per i quali è necessario uno strumento capace di incidere sulla volontà del soggetto e che lo costringa ad adempiere, in altre parole l'esecuzione indiretta.

5. I PROGETTI DI RIFORMA IN ITALIA PER L'INTRODUZIONE DI UN SISTEMA ATIPICO DI MISURE COERCITIVE INDIRETTE

Nel mentre che in dottrina si dibatteva intorno alla nozione di condanna e alla necessità di prevedere delle forme di esecuzione indiretta atipica o a ricercare delle norme su cui fondare quest'ultima evitando quindi l'attesa di una apposita norma di legge, si sono susseguite diverse proposte e occasioni per introdurre delle misure coercitive indirette atipiche e quindi applicabili a ogni diritto. Bisogna comunque anticipare che, per un motivo o per un altro, questi disegni di legge non si sono mai tramutati in diritto positivo vigente.

5.1 Il progetto Carnelutti

Occorre in primo luogo partire dal Progetto Carnelutti del 1926⁹², poi non recepito dal codice del 1942, e in particolare dagli art. 667 e 668, i quali prevedevano una misura coercitiva generale per le condanne agli obblighi di fare o di non fare.

Art. 667: <<Se l'obbligo consiste nel fare e nel non fare, il creditore può chiedere che il debitore sia condannato a pagargli una pena pecuniaria per ogni giorno di ritardo nell'adempimento a partire dal giorno stabilito dal giudice. Tale condanna può essere pronunciata con la sentenza che accerta l'obbligo o con altra successiva>>.

Art. 668: <<Il creditore, che ha ottenuto la condanna prevista dall'articolo precedente, può chiedere che l'ufficio esecutivo liquidi la pena pecuniaria per il ritardo già verificatosi, salvo il suo diritto per il ritardo ulteriore. Ove gli sia proposta tale domanda, l'ufficio convoca il creditore e il debitore giusta l'art. 498. Se il debitore non compare o, comparando, ammette il ritardo, il capo dell'ufficio esecutivo gli ordina di pagare la somma dovuta per il ritardo già verificatosi. L'ordinanza ha valore di titolo esecutivo e non è soggetta a reclamo. Se il debitore contesta il suo obbligo, il capo dell'ufficio esecutivo rimette le parti avanti al giudice competente per la decisione della lite>>.

Un modello simile non sarebbe stato di certo applicabile a tutti i provvedimenti di condanna, ma di sicuro avrebbe colmato la lacuna di tutela per le condanne a obblighi di fare non suscettibili di essere eseguiti in via diretta. stante il fatto che manca qualsiasi riferimento all'infungibilità. L'aspetto che assume particolare rilevanza⁹³ è che in questo progetto, emerge che la misura non sia di per sé esecutiva: in seguito all'inosservanza della sentenza non si può agire *in executivis* per ottenere la somma di denaro in cui si risolve la misura coercitiva indiretta, ma è necessario effettuare un ulteriore passaggio presso l'ufficio esecutivo per la liquidazione in concreto della misura, attraverso un procedimento snello ma garantistico nei confronti del debitore. Questo particolare

⁹² Carnelutti F. *Progetto del codice di procedura civile* cit.

⁹³ Come sottolineato da Tarzia G. *Presente e futuro delle misure coercitive civili in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1981, p. 806 che elogia tale progetto per il fatto di aver affrontato le modalità di configurazione dell'esecuzione indiretta.

desta interesse in quanto successivamente una simile modalità di configurazione della misura coercitiva, che attribuisce un ruolo all'ufficio esecutivo anche nella determinazione della somma, viene un po' messa da parte, preferendo il legislatore, come sarà approfondito più avanti, attribuire efficacia esecutiva direttamente alla condanna recante le misure compulsorie accanto all'ordine di adempiere, rimettendo la liquidazione delle stesse direttamente al creditore con l'atto di precetto.

5.2 Il disegno di legge 2246 del 1975

Un altro progetto di riforma del processo civile è stato quello presentato nel 1975⁹⁴, all'interno del quale il punto 23 avrebbe introdotto un articolo nel codice di procedura civile, ossia l'art. 279 bis rubricato <<Violazione degli obblighi di fare e di non fare>>. Esso avrebbe così disposto: <<La sentenza che accerta la violazione di un obbligo di fare o di non fare, oltre a provvedere sul 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 contestata 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 tali somme sono attribuite>>. Questa norma ha creato un ampio dibattito in dottrina⁹⁵ incentrato su alcuni profili critici. Se infatti la formulazione della norma è idonea a fondare un'esecuzione indiretta per tutti gli obblighi non suscettibili di esecuzione forzata e anche per le condanne inibitorie, risultano trascurati determinati profili applicativi non di secondaria importanza. Nello specifico è opportuno evidenziare come tale disposizione non dica se la misura coercitiva può essere disposta d'ufficio o se, come è preferibile, è necessaria una istanza del creditore in tal senso, inoltre non si comprende

⁹⁴ Disegno di legge 2246 della VI legislatura.

⁹⁵ Per una rassegna delle diverse posizioni dottrinali vedi Colonna G., Quaranta R. *Osservazioni e proposte relative al disegno di legge n. 2246 (a proposito di un recente convegno) in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1976, pp. 630 e ss.

perché sia affidato alla discrezionalità del giudice la scelta del destinatario delle somme oggetto della misura; ciò è compito del legislatore il quale deve optare per una funzione pubblicistica dell'esecuzione indiretta a tutela esclusivamente della pronuncia giurisdizionale oppure per una funzione sanzionatoria tesa all'adempimento specifico della prestazione. Nel primo caso il beneficiario della misura deve essere lo Stato o un altro ente pubblico, nel secondo, invece, il creditore. In più non si può trascurare il fatto che la norma tace sulle modalità di quantificazione delle misure coercitive indirette e sul possibile concorso con i procedimenti esecutivi diretti. Ultimo, ma non per importanza, è la circostanza che la norma ricollega genericamente l'esecuzione indiretta agli obblighi di fare o di non fare senza distinzione alcuna, ma, come detto in precedenza, se l'introduzione delle misure coercitive indirette di applicazione generale è necessaria per garantire l'effettività della tutela di molti diritti è, tuttavia, opportuno ricordare che determinate prestazioni non sono esigibili per via diretta tanto quanto per via indiretta, si tratta di quelle prestazioni che ineriscono alla più intima sfera di libertà-autonomia del soggetto obbligato, come ad esempio le prestazioni di lavoro subordinato. In conclusione, il progetto di riforma del 1975, dal punto di vista dell'introduzione di un sistema atipico di misure coercitive indirette, nonostante avesse il pregevole scopo di elevare il grado di effettività di tutela e ridurre lo scarto fra diritto sostanziale e processo, avrebbe comportato dubbi interpretativi e applicativi, i quali probabilmente avrebbero potuto essere risolti soltanto attraverso ulteriori interventi del legislatore.

5.3 Il disegno di legge delega n. 1463 del 1981

Un altro tentativo di disciplinare in via generale l'esecuzione indiretta è stato effettuato con il disegno di legge delega n.1463\1981 in cui al punto 24 era previsto <<il potere del giudice, che accerti l'inadempimento di obbligazioni di fare o di non fare infungibili ma non richiedenti particolari 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 e massimi prefissati per legge>>. Tale previsione appare rispetto al passato come un'inversione di tendenza⁹⁶, in quanto si prevede un'esecuzione indiretta esperibile soltanto nelle ipotesi previste dalla legge e, correttamente, la si esclude nelle obbligazioni che rientrano nella sfera personalissima dell'obbligato, ma la delega non va oltre, rimette ogni scelta in merito a quali obblighi includere nell'esecuzione indiretta al legislatore delegato, senza criterio alcuno. Un' esecuzione indiretta, congegnata in modo simile, avrebbe aggiunto poco alla tutela dei diritti, in quanto non viene superata la tipicità delle misure coercitive indirette già presenti all'interno dell'ordinamento. Altro aspetto poco chiaro è la funzione che si vuole attribuire all'istituto in esame, in quanto emerge un lato privatistico dall'individuazione del beneficiario della somma nel creditore, ma allo stesso tempo la previsione di limiti minimi e massimi mette in risalto una funzione pubblicistica e induce a ritenere l'istituto come una forma di tutela dell'autorità delle decisioni giurisdizionali. Come gli altri tentativi di riforma di cui si sta discutendo, anche quest'ultimo non ha avuto un esito positivo.

5.4 Il tentativo di riforma della commissione Tarzia

Nel corso degli anni non sono mancati ulteriori tentativi di introdurre un atipico sistema di misure coercitiva indiretta come il progetto di riforma del codice di procedura civile diretto dalla commissione Tarzia⁹⁷, in cui al punto 25 si riconosce al giudice il potere di irrogare una pena pecuniaria per ogni giorno di ritardo nell'adempimento di obbligazioni di fare e di non fare, eccetto i casi di lavoro subordinato o autonomo e di diritti attinenti alla personalità e per le obbligazioni di dare fuorché nell'ipotesi di contratto di locazione ad uso abitativo. Il progetto in questione, pur presentando delle mancanze di carattere procedurale, per la prima volta non confina l'esecuzione indiretta all'interno delle sole obbligazioni di

⁹⁶ Borrè G. *Verso la riforma del codice di procedura civile? Riflessioni sulla disciplina dell'esecuzione forzata nel disegno di legge delega n. 1463 in Il Foro Italiano*, 1983, p. 144 in cui l'autore così si esprime: <<...il giudizio sul punto in esame del disegno non può essere di pieno consenso, presentando la commentata disciplina alcune manchevolezze e discrasie, che la rendono per certi aspetti peggiorativa rispetto alla previsione progetto n. 2246 del 1975...>>.

⁹⁷ Vedi la Relazione in *Rivista di diritto processuale*, 1996, pp. 971 e ss.

fare, ma ne amplia l'ambito di applicazione in maniera espressa anche per le obbligazioni di dare. Non solo, inoltre, manca qualsiasi riferimento alla fungibilità o infungibilità della prestazione, in modo tale da poter adoperare l'esecuzione indiretta anche per quelle obbligazioni passibili di essere eseguite secondo i procedimenti di esecuzione forzata, nonché appare lecito nel contesto di una simile impostazione ipotizzare che essa avrebbe ammesso un concorso fra l'esecuzione diretta e indiretta.

5.5 Il disegno di legge delega n. 2430 del 2003

Ulteriore tentativo è stato operato con il disegno di legge delega n. 2430\2003 con il quale si è avuta nuovamente una inversione di rotta all'interno del percorso italiano verso la previsione di un'esecuzione indiretta. L'art. 21 del disegno di legge delega avrebbe aggiunto all'art. 282 cod. proc. civ. i seguenti commi: <<Su domanda di parte, il giudice, con la sentenza di condanna, fissa, in relazione alla complessità della prestazione e al tempo verosimilmente occorrente per l'adempimento, il termine entro il quale l'obbligazione deve essere eseguita. Con la stessa pronuncia di cui al secondo comma il giudice stabilisce, avuto riguardo alla natura e al valore della prestazione, nonché alla qualità, al comportamento e agli interessi delle parti, la somma che l'obbligato deve corrispondere in caso di inosservanza del predetto termine, determinata in relazione a ogni giorno di ritardo, a ogni singola violazione, ovvero in un ammontare fisso. Gli effetti della pronuncia dipendono dall'efficacia esecutiva della sentenza e durano finché non sia iniziata l'esecuzione forzata.

Le disposizioni di cui al terzo comma non si applicano alle prestazioni fungibili.

Le disposizioni di cui ai commi secondo e terzo non si applicano alle sentenze di condanna relative ai rapporti di cui all'articolo 409 e ai rapporti di locazione di immobili urbani, nonché in ogni altro caso in cui sia prevista dalla legge o dalle parti una diversa misura coercitiva>>.

La norma parla genericamente di sentenza di condanna in modo tale da poter configurare in modo pieno una esecuzione indiretta generale e atipica, che possa

intervenire ogni qual volta sia necessario per garantire l'effettività della tutela. Se il quinto comma saggiamente esclude dall'applicazione dell'esecuzione indiretta determinate prestazioni ritenute appartenenti a una sfera di autonomia dell'obbligato intangibile, nonché tutte quelle fattispecie per cui sia prevista già del legislatore una misura coercitiva diretta tipica, ciò che occorre evidenziare all'interno di questa proposta consiste nel fatto che il quarto comma limita l'applicazione del terzo comma e, quindi, dell'intero sistema atipico delle misure coercitive indirette alle sole prestazioni infungibili. Una simile impostazione mina la utilizzabilità dell'istituto per almeno due ragioni: in primo luogo può essere difficoltoso per l'interprete determinare nel caso concreto se una prestazione sia fungibile o meno⁹⁸, in secondo luogo verrebbero tagliati fuori tutte quelle ipotesi in cui l'obbligo è ontologicamente fungibile, ma risulta infungibile per le difficoltà qualitative o quantitative che ne impediscono l'eseguibilità in via diretta⁹⁹.

5.6 Una visione d'insieme dei progetti di riforma per un'esecuzione indiretta atipica

Da un'analisi dei diversi progetti di riforma volti a disciplinare l'istituto dell'esecuzione indiretta¹⁰⁰, si nota come non c'è una linea guida nella configurazione dell'istituto e come ci sono pochi se non pochissimi elementi che si ritrovano strutturati nello stesso modo nei diversi progetti. Questi rari punti consolidati nelle diverse proposte possono essere individuati nella natura pecuniaria della sanzione da comminare per indurre l'obbligato a ottemperare alla sentenza del giudice e l'applicazione di tale strumento alle obbligazioni di fare e di non fare, peraltro su quest'ultimo punto bisogna evidenziare come alcuni progetti¹⁰¹ richiedono il requisito dell'infungibilità dell'obbligo affinché possa

⁹⁸Ad esempio, si veda l'obbligo di reintegrazione del lavoratore ex art.18 legge n.300\1970 sulla cui fungibilità si riscontrano posizioni opposte in dottrina e in giurisprudenza.

⁹⁹ Per alcuni esempi di obblighi di tal genere vedi Proto Pisani A. *I diritti e le tutele* cit., pp. 79 e 80, in cui l'autore menziona in questa categoria anche l'art. 18 legge n. 300\1970.

¹⁰⁰ Per un approfondimento dei diversi progetti si veda anche Trapuzzano C. *Le misure coercitive indirette*, Padova, 2012, pp. 23 e ss.

¹⁰¹ Nello specifico i progetti del 1981 (paragrafo 5.3) e del 2003 (paragrafo 5.5).

essere passibile di esecuzione indiretta, mentre gli altri non lo specificano ammettendo una più ampia applicazione dell'istituto, ma infondendo nell'interprete il dubbio del possibile concorso con l'esecuzione in via diretta.

Le divergenze nei diversi progetti invece sono molteplici come l'espressa esclusione dal suo ambito di applicazione delle obbligazioni che appartengono alla sfera di libertà più personale del soggetto obbligato oppure come l'individuazione del beneficiario, caratteristica da cui dipende gran parte della natura privatistica o pubblicistica dell'istituto.

Risulta poi in controtendenza sia con i progetti antecedenti che con quelli successivi il disegno di legge delega n.1463\1981, il quale configura un'esecuzione indiretta ampliata ma pur sempre limitata alle ipotesi previste dal legislatore, particolarità che opportunamente è rimasta isolata. Altra caratteristica poi non ripresa dai successivi progetti, questa volta incomprensibilmente, consiste nella previsione, all'interno del progetto Carnelutti, di apposite modalità per la liquidazione della somma dovuta a seguito dell'inadempimento di quanto contenuto nella sentenza¹⁰².

Per concludere il discorso in merito ai diversi e divergenti progetti per l'introduzione di un sistema atipico di misure coercitive indirette, occorre evidenziare che i mutamenti di pensiero e le differenti configurazioni strutturali dell'istituto, quali emergono dalla lettura delle norme che il legislatore ha tentato di introdurre, dipendono dall'effimera e mutevole natura del rimedio di tutela dell'esecuzione indiretta. Essa è un contenitore vuoto astrattamente idoneo ad assumere i connotati dettati da opzioni di valore alle quali il legislatore di un determinato momento storico-sociale decide di aderire; tutt'al più le scelte del legislatore in merito alla predisposizione di atipiche misure coercitive possono indirizzarsi in un senso piuttosto che in un altro in base a principi di carattere generale, come ad esempio il non prendere in considerazioni le sanzioni strettamente penalistiche o nell'escludere la possibilità di eseguire indirettamente obbligazioni personalissime come il lavoro subordinato. All'interno di tali limiti, che, si ripete, non sono intrinseci all'esecuzione indiretta, ma derivano da

¹⁰² Questo aspetto, come si vedrà, sarà trascurato con non poche critiche anche dalle riforme del 2009 e del 2015.

bilanciamenti fra interessi opposti, in virtù della necessità di garantire ai consociati attraverso il processo tutto ciò che il diritto sostanziale gli attribuisce, l'esecuzione indiretta è necessario, spetta poi al legislatore definirne l'estensione, il contenuto e le modalità procedurali tenendo in considerazione che sull'esecuzione indiretta l'ordinamento si gioca una buona parte dell'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti.

6. CONCLUSIONI

Riassumendo quanto detto fin ora, il percorso italiano che ha portato all'introduzione di un sistema atipico di misure coercitive indirette capace di garantire l'attuazione del provvedimento di condanna, indipendentemente se il diritto oggetto dello stesso sia suscettibile di esecuzione forzata o meno, non è stato breve e ha avuto diverse fasi.

Il primo passo è stato nel senso di ampliare la nozione di condanna includendo nella stessa gli obblighi infungibili e riconoscendone la funzione preventiva in modo tale da fornire tutela anche agli obblighi di non fare rivolti al futuro. Compiuto questo passaggio, è necessario prevedere delle modalità di attuazione di tali provvedimenti, ossia un procedimento di esecuzione indiretta, di cui alcuni esempi sono da sempre presenti nel nostro ordinamento. Misure coercitive indirette tipiche non sono sufficienti per prestare rimedio a tutte le situazioni giuridiche soggettive che possono averne bisogno, allora si è cercato un modo per generalizzarne la portata. L'unica strada percorribile per avere un rimedio immediato è stata individuata nel presidio di alcune norme penali, le quali tuttavia non sono risultate idonee per alcuni limiti strutturali e per i timori evidenziati nel fondare un'esecuzione indiretta per la sentenza di condanna civile sulla sanzione penale. A questo punto ci si è interrogati sulla possibilità di introduzione di una norma alla base di un nuovo sistema atipico di misure coercitive indirette e le varie proposte della dottrina e i progetti di riforma del legislatore hanno messo in evidenza alcuni punti condivisi sui quali avrebbe dovuto basarsi il nuovo istituto, ma sono venute alla luce anche divergenze non di poco conto.

Se un punto in comune è di certo la sanzione pecuniaria per ogni giorno di ritardo nell'adempimento o per ogni violazione successiva nelle inibitorie, come mezzo per indurre l'obbligato a rispettare quanto previsto nel provvedimento giurisdizionale, contrastanti sono altre fondamentali caratteristiche. Dubbi vi sono stati sul rapporto col risarcimento del danno, ossia se debba riconoscersi alla somma dovuta a seguito dell'inottemperanza al provvedimento una funzione riparatoria o soltanto una afflittiva. Incertezze sono emerse sull'ambito di applicazione in quanto vengono presentati strumenti applicabili a tutti i diritti senza limitazioni o applicabili alle sole obbligazioni di fare e di non fare o anche ai soli obblighi di fare e di non fare infungibili; dall'ambito di applicazione deriva inoltre il possibile concorso con i procedimenti di esecuzione diretta, che poco è stato approfondito soprattutto dai progetti legislativi. Del pari ha ricevuto non molta attenzione le modalità di concretizzazione della somma dovuta e della sua liquidazione, punto affrontato dal solo progetto Carnelutti che prevedeva un procedimento *ad hoc*.

Per concludere, una pena pecuniaria che aumenta per il tempo per cui si protrae l'inadempimento delle condanne a obblighi di fare e di non fare: questi sono gli aspetti focali che si possono trarre con certezza dall'evoluzione italiana dell'esecuzione indiretta, mentre per una cristallizzazione delle altre caratteristiche bisognerà attendere fino al 2009, anche se, come si vedrà, sia l'introduzione di un'esecuzione indiretta generale, sia la sua riforma del 2015 non hanno comportato la fine dell'evoluzione dell'istituto in discorso nel nostro ordinamento, in quanto diversi punti che sono stati oggetto di dibattito fino a quando non è stato introdotto un sistema atipico di misure coercitive indirette, lo saranno anche a seguito della sua introduzione. Ciò che conta tuttavia è stata la consapevolezza che generalizzare l'esecuzione indiretta fosse necessario per elevare il grado di effettività della tutela giurisdizionale, in modo tale da permettere un ampliamento della tutela in forma specifica e limitare l'intervento del risarcimento del danno ai soli casi in cui l'ordinamento abbia fatto davvero il possibile, ossia abbia tentato di eseguire l'obbligo contenuto nel provvedimento di condanna sia in via diretta che in via indiretta, per garantire al titolare di un diritto <<tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire>>.

Questo è il pressoché il panorama italiano che aveva davanti il legislatore del 2009 quando ha introdotto l'art. 614 *bis* cod. proc. civ., ma è opportuno ricordare che questo scenario si arricchisce delle esperienze di ordinamenti stranieri, che saranno esaminate di seguito, che da tempo conoscono diverse forme di esecuzione indiretta.

CAPITOLO III

I MODELLI DI ESECUZIONE INDIRECTA IN ALCUNI ORDINAMENTI STRANIERI

1. PREMESSA

Mentre nel nostro ordinamento si discuteva intorno a un sistema atipico di misure coercitive indirette, sull'*an* e sul *quomodo* di un'eventuale introduzione di una norma generale che potesse rendere eseguibili, almeno indirettamente, anche le condanne a obblighi di fare infungibili e di non fare, in numerosi ordinamenti stranieri erano già da tempo presenti strumenti per fornire tutela a tali ipotesi.

A sostegno del fatto, come visto in precedenza, che l'esecuzione indiretta astrattamente può assumere i connotati e le caratteristiche più disparate e la sua concreta determinazione è strettamente legata a scelte discrezionali del legislatore, nell'esperienza dei vari ordinamenti che si sono dotati di misure coercitive indirette di applicazione generale si rivengono pochi aspetti comuni, essendo esse profondamente diverse a seconda dell'impostazione che il legislatore dello Stato interessato ha voluto seguire.

Appare dunque opportuna una breve disamina di alcune normative straniere¹⁰³ che hanno disciplinato l'istituto molti anni prima rispetto all'Italia, in quanto esse sono andate a fornire ulteriori elementi, insieme alle teorie elaborate dalla dottrina, al nostro legislatore, il quale, quando ha deciso, finalmente, di introdurre un'esecuzione indiretta di portata generale aveva a disposizione anche gli esempi di modelli collaudati in suddetti ordinamenti.

¹⁰³ Taruffo M. *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1988, pp. 142 e ss.

2. L'ESECUZIONE INDIRECTA NEL MODELLO TEDESCO

Il rimedio processuale vigente in Germania, che consiste in un modello generale di esecuzione indiretta, è disciplinato dai §§ 888 e 890 della *ZPO* tedesca¹⁰⁴.

Queste due norme prevedono delle misure coercitive indirette per gli obblighi infungibili e per gli obblighi di astensione rivolti al futuro¹⁰⁵.

Il primo strumento è limitato da due diversi punti di vista: da un lato è utilizzabile solo per gli obblighi che non sono eseguibili in via diretta, ossia gli obblighi di fare infungibili, dall'altro all'interno di questi ne è esclusa l'applicazione per le obbligazioni attinenti a rapporti di lavoro subordinato. Definito l'ambito di applicazione del modello tedesco occorre evidenziare alcune sue caratteristiche peculiari, ossia l'essenza del mezzo coercitivo con cui si tenta di incidere sulla volontà del debitore, unico elemento da cui dipende l'ottemperanza al provvedimento del giudice. Tale tipo di misura coercitiva, innanzitutto, può essere concessa solo su istanza del creditore e si sostanzia nel pagamento di una somma di denaro (*Zwangsgeld*), la quale deve essere versata non nelle casse del creditore ma dello Stato e per la quale è previsto un importo massimo. Tale strumento è reso ancora più stringente dal fatto che qualora la somma di denaro non possa essere riscossa, è prevista la possibilità che il debitore venga condannato a una pena detentiva limitativa della libertà personale (*Zwangshaft*).

Procedimento simile è previsto dal §890 a proposito degli obblighi di non fare rivolti al futuro, in cui è prevista la condanna al pagamento di una somma di denaro (*Ordnungsgeld*), limitata nell'ammontare massimo, per ogni successiva accertata violazione dell'obbligo omissivo e, nel caso di mancato pagamento, l'applicazione di una sanzione detentiva (*Ordnungshaft*). Anche qui, come per le obbligazioni di fare infungibile, è necessaria l'istanza del creditore e la sanzione pecuniaria entra nelle casse dello Stato, tuttavia rispetto alla norma precedente,

¹⁰⁴ Vedi per la traduzione Patti S. *Codice di procedura civile tedesco- Zivilprozessordnung*, Milano, 2010, pp. 608 e ss.

¹⁰⁵ Di Majo A. *La tutela civile dei diritti* cit., pp.285; Proto Pisani A. *I diritti e le tutele* cit., pp. 98 e 99.

per gli obblighi di astensione è necessaria un'intimazione del mezzo coercitivo che viene compiuta dal giudice su istanza del creditore.

3. II CONTEMPT OF COURT ANGLOSASSONE

In Inghilterra lo strumento con il quale si realizza un modello atipico di misure coercitive è il *contempt of court*, il quale può essere tradotto letteralmente con l'espressione <<disprezzo della corte>>. Questo istituto si suddivide nel *civil contempt* e nel *criminal contempt*, ma quest'ultimo riguarda i comportamenti ingiuriosi tenuti da un soggetto durante lo svolgimento del processo ed esula dall'indagine che si sta conducendo. Il *civil contempt* invece è una misura coercitiva nata nelle decisioni delle corti inglesi che decidevano secondo equità, le quali concedevano maggiormente rimedi di tutela specifica come la *specific performance* o l'*injunction*, in modo da poter rendere effettivi tali strumenti di tutela. Esso si concretizza nel *contempt power* di cui è dotato il giudice, che consiste nella possibilità di irrogare una sanzione pecuniaria o, anche, detentiva nei confronti del soggetto che non ottemperi quanto impostogli da un qualsiasi provvedimento emanato dallo stesso giudice, qualora l'adempimento sia nelle possibilità dell'obbligato. Per mettere in funzione tale procedimento è necessaria l'iniziativa del soggetto attivo del rapporto, ma il giudice, che esercita il *contempt power*, nell'interesse di quest'ultimo, è dotato di un grandissimo margine di discrezionalità sia nel decidere se punire il debitore sia nella scelta della pena da determinare in concreto¹⁰⁶.

Il modello anglosassone potrebbe essere paragonato all'art. 28 della legge n. 300\1970¹⁰⁷, in quanto si prevede una fattispecie di reato (art.650 cod. pen.) nel caso di disobbedienza a qualsiasi provvedimento del giudice volto a far cessare

¹⁰⁶ Vedi sul *contempt of court* Proto Pisani A. *Appunti sulla tutela di condanna* cit., pp. 1169-1170; Di Majo A. *La tutela civile dei diritti* cit., p. 295; Proto Pisani A. *I diritti e le tutele* cit., pp.99-100; per un'ampia nota bibliografica vedi Vullo E. *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea in Rivista di diritto processuale*, 2004, p. 738 nota 24.

¹⁰⁷ Come sostenuto da Proto Pisani A. *Appunti sulla tutela di condanna* cit., pp. 1170, in cui si specifica la differenza per la quale in questa fattispecie, rispetto allo strumento inglese, che beneficiario di un'eventuale sanzione pecuniaria non sarebbe il privato ma lo Stato.

i comportamenti antisindacali del datore di lavoro, ma, in un'ottica di introduzione in Italia di un'esecuzione indiretta atipica, il *contempt of court* presenta determinate caratteristiche che lo rendono un modello che difficilmente può essere esportato in un ordinamento di *civil law* come il nostro¹⁰⁸, sia per il carattere penale della sanzione sia per l'illimitata discrezionalità riconosciuta al giudice. Inoltre, se è necessario un sistema atipico di misure coercitive indirette, tuttavia, è altrettanto opportuno limitarne l'applicazione in determinate fattispecie che coinvolgono una sfera di libertà dell'obbligato e che risultano incoercibili in alcun modo.

4. L'ASTREINTE FRANCESE: ORIGINE ED EVOLUZIONE DELL'ISTITUTO

Dall'etimologia del termine *astreinte* la quale rimanda al verbo latino *adstringere*, il cui significato è <<costringere>>¹⁰⁹, si coglie la funzione primaria dell'istituto: coartare la volontà di un soggetto affinché adempia quanto impostogli da un provvedimento giurisdizionale.

L'*astreinte* consiste in una condanna accessoria ad un'altra condanna principale, attraverso la quale si minaccia il pagamento di una somma di denaro per ogni giorno di ritardo nell'adempimento o per ogni successiva condotta lesiva da versare nelle casse del creditore.

In Francia lo strumento dell'esecuzione indiretta ha origini abbastanza lontane e deve la sua nascita alla prassi giurisprudenziale consolidatasi nella prima metà dell'800¹¹⁰. L'*astreinte*, dunque, nasce, si sviluppa e si consolida per mezzo delle sentenze dei giudici per molto tempo essendo stato oggetto di disciplina del

¹⁰⁸ Questo strumento è un istituto giurisprudenziale nato ed evolutosi in un sistema di *common law*.

¹⁰⁹ Vedi Vullo E. *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea* cit., p. 741.

¹¹⁰ La prima concessione di un'*astreinte* risalirebbe a una decisione del Tribunale di Croy del 1811, in seguito avallata anche dalla Cassazione francese che riconosce la validità dell'istituto. Fra le pronunce della Cassazione civile si menziona quella del 29 gennaio 1834 in cui un soggetto viene condannato al pagamento di una somma di denaro per ogni giorno di ritardo nella restituzione di un immobile.

legislatore soltanto nel 1972 con la legge 72-626 e successivamente con la legge 91-650 del 1991.

Nel corso degli anni, tuttavia, non è rimasto immutato, al contrario la sua evoluzione ha determinato alcuni cambiamenti a livello di ambito di applicazione dell'*astreinte* e, conseguentemente, della sua funzione. Se infatti agli albori della sua espansione aveva come scopo quello di fornire un'alternativa ai procedimenti esecutivi per surrogazione, in modo tale da permettere l'esecuzione degli obblighi infungibili, successivamente ha assunto ben diverse caratteristiche in quanto ha progressivamente ampliato l'alveo delle obbligazioni ricomprese nel suo ambito di applicazione. Ad oggi è utilizzabile per la coazione di qualsiasi obbligazione fungibile o infungibile, di dare o di fare o di non fare, anche per le condanne al pagamento di una somma di denaro, sono fatte salve solo le ipotesi in cui l'obbligo interessa determinate sfere di libertà del debitore in cui non è ammissibile neanche l'esecuzione indiretta.

L'*astreinte*, dunque, da mero strumento di esecuzione indiretta diretto a garantire l'attuazione delle condanne aventi per oggetto obblighi non suscettibili di esecuzione forzata, è divenuto strumento di tutela generale di qualsiasi situazione giuridica soggettiva, indipendentemente dal fatto se sia perseguibile l'esecuzione in via diretta o meno, con lo scopo di indurre il debitore all'adempimento spontaneo anche nelle fattispecie in cui l'ufficio esecutivo potrebbe sostituirsi nell'adempimento della prestazione.

L'estensione dell'ambito di applicazione dell'*astreintes* ha portato a includere nello stesso anche le condanne al pagamento di una somma di denaro¹¹¹, con la perplessità della possibile convivenza fra pena pecuniaria e interessi moratori e con il pericolo di un eccessivo e ingiustificato arricchimento del creditore, ma con la consapevolezza che lo scopo dell'*astreintes* non viene meno anche in queste ipotesi, in quanto l'inadempimento sarà disincentivato dalla minaccia di pagare una somma più elevata.

¹¹¹ A proposito vedi Perrot R. *La coercizione per dissuasione nel diritto francese in Rivista di diritto processuale*, 1996, p. 665 in cui l'autore approva l'applicazione dell'*astreintes* alle condanne pecuniarie determinata da una pronuncia della Cassazione del 1990, in quanto si ritiene che indurrebbe il debitore a pagare il prima possibile il suo debito.

Come visto in precedenza, l'*astreinte* è una condanna accessoria al pagamento di una pena pecuniaria che ha come scopo quello di indurre spontaneamente il soggetto obbligato a ottemperare qualsiasi provvedimento del giudice che gli imponga una determinata prestazione attiva o passiva; qualora, poi, non venga comunque rispettato il comando giudiziale, la condanna avente a oggetto la misura coercitiva sarà eseguita secondo i consueti procedimenti che permettono l'esecuzione delle condanne contenenti prestazioni di pagamento di una somma di denaro.

L'*astreinte* può avere fonte legale, quindi essere prevista per singole fattispecie da apposite norme, ma può avere fonte giudiziale, ossia può essere disposta dal giudice su domanda di parte o anche d'ufficio per una qualsiasi situazione giuridica soggettiva, senza neanche dover instaurare il contraddittorio tra le parti e senza dover motivare la decisione. Il sistema atipico di esecuzione indiretta dell'ordinamento francese attribuisce, inoltre, a ciascun giudice¹¹² il potere discrezionale di concedere, anche in assenza di un'apposita domanda di parte, tale misura coercitiva indiretta. Il potere discrezionale del giudice non si arresta alla mera concessione dello strumento di esecuzione indiretta, ma coinvolge anche gli elementi costitutivi dell'*astreinte*, fra i quali l'elemento tempo e la somma di denaro che costituisce la minaccia per il mancato adempimento, la quale, in virtù di tale ampia discrezionalità del giudice, può essere modellata a seconda delle caratteristiche soggettive del debitore così da svolgere il suo ruolo intimidatorio al massimo delle possibilità.

L'*astreinte* può essere di due tipologie: provvisoria o definitiva. La prima permette al giudice che l'ha disposta in qualsiasi momento ogni modifica attinenti alla entità della pena o alle modalità di prosecuzione della stessa, in più nella fase di liquidazione deve essere tenuta in considerazione la condotta dell'obbligato. L'*astreinte* definitiva, invece, è una condanna immodificabile dopo la sua pronuncia e la sua liquidazione si risolve nel calcolo della somma dovuta dipendente esclusivamente dal tempo per cui si è protratto l'inadempimento. I

¹¹² Secondo alcuni anche agli arbitri è attribuito il potere di disporre l'*astreinte*, essendo comunque l'*exequatur* necessario per l'esecutività del lodo, vedi a proposito Vullo E. *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea* cit., pp. 750-751.

rapporti fra le due forme che può assumere tale istituto sono regolati dalla legge 91-650, la quale sancisce la prevalenza dell'*astreinte* provvisoria, ammettendo quella definitiva solo nei casi previsti dalla legge e dopo che è stata concessa la forma provvisoria. Entrambe le modalità, tuttavia, condividono una funzione <<comminatoria>>¹¹³, ossia di minaccia al pagamento della pena pecuniaria.

Elemento caratteristico del sistema francese di esecuzione indiretta consiste nel fatto che è un modello bifasico: alla fase di concessione dell'*astreinte* segue sempre la fase di liquidazione¹¹⁴, la quale, a differenza della prima, per avere luogo necessita in ogni caso di un'apposita istanza del creditore. Competente in via generale e residuale per la liquidazione, salvo l'ipotesi in cui il giudice che ha pronunciato l'*astreinte* si riserva la gestione dello stesso, è il giudice dell'esecuzione¹¹⁵, il quale è dotato di un'ampia discrezionalità in quanto, come anticipato, per la liquidazione dell'*astreinte* provvisoria non può trascurare la valutazione del comportamento del debitore, analisi che consente modifiche quantitative e qualitative della pena pecuniaria da irrogare in concreto.

Beneficiario della pena pecuniaria è il creditore, tuttavia l'*astreinte* è espressamente indipendente dal risarcimento dei danni, dunque, non gli appartiene alcuna funzione riparatoria, ma soltanto una afflittiva. Ciò comporta il rischio consistente nella circostanza che il creditore potrebbe arricchirsi eccessivamente e ingiustamente a danno del debitore, ricevendo una somma che fra *astreinte* e risarcimento del danno potrebbe di gran lunga superare

¹¹³ Espressione presente in Vullo E. *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea* cit., p. 749, in cui l'autore evidenzia come le tesi della dottrina e giurisprudenza francese che ritenevano non sussistente la funzione comminatoria nelle *astreintes* definitive siano state superate.

¹¹⁴ Eccetto l'ipotesi prevista dalla legge 91-650 in cui l'*astreinte* è revocata se l'inadempimento dell'obbligo imposto dalla condanna principale dipende in tutto o in parte da caso fortuito o forza maggiore oppure non sussiste, ovviamente, la fase di liquidazione qualora il debitore ottemperi prontamente al provvedimento del giudice.

¹¹⁵ È una modifica apportata dalla legge 91-650, in quanto precedentemente la legge 72-626 individuava il giudice competente nello stesso giudice che aveva concesso l'*astreinte*.

l'effettivo valore economico della prestazione rimasta inadempita^{116 117}. Questo è il punto più criticato del modello di esecuzione indiretta francese, tanto che una dottrina così si è espressa a riguardo: <<L'*astreinte* continuerà ad essere una pena privata. Ed è questo il difetto maggiore, nonché la fonte di tutte le ambiguità>>¹¹⁸.

5. LE MISURE COERCITIVE SECONDO LA LEGGE UNIFORME DEL BENELUX

I paesi appartenenti all'unione economica del Benelux, ossia Belgio, Lussemburgo e Olanda, hanno stipulato nel 1973 una convenzione, la quale si pone lo scopo di predisporre una disciplina uniforme per quanto riguarda le forme di *astreintes* in questi ordinamenti. Essa è stata recepita nel 1976 dal Lussemburgo, nel 1978 dall'Olanda e dal Belgio nel 1980, anno in cui è entrata definitivamente in vigore. È opportuno precisare che nonostante gli adattamenti e le non poche differenze, l'*astreinte* di stampo francese è la base da cui tale legge uniforme prende spunto, infatti, si tratta sempre di una condanna a pagare una somma di denaro per ogni giorno di ritardo o per ogni successiva violazione di quanto imposto da un provvedimento del giudice.

Una particolarità della convenzione risiede nel fatto che essa prevede la costituzione di una corte sovranazionale¹¹⁹, il cui compito è quello di garantire un'uniforme interpretazione e applicazione della legge sull'*astreinte* all'interno dei paesi del Benelux.

Nonostante l'entrata in vigore della normativa in discorso sussistono delle differenze per quanto riguarda le singole discipline delle misure coercitive

¹¹⁶ Infatti, l'originario progetto di riforma del 1991 prevedeva che il giudice potesse non far pagare una parte della pena pecuniaria non al creditore, ma ad alcuni fondi pubblici, tuttavia, non fu approvato e fu modificato nel senso di configurare l'*astreinte* interamente una pena privata.

¹¹⁷ Perrot R. *La coercizione per dissuasione nel diritto francese* cit., pp.668, in cui l'autore evidenzia come la prassi giurisprudenziale, per evitare che il creditore ottenga vantaggi eccessivi, irroggi pene pecuniarie molto basse che non riescono a svolgere a pieno la loro funzione dissuasiva.

¹¹⁸ Espressione in Perrot R. *La coercizione per dissuasione nel diritto francese* cit., p. 669.

¹¹⁹ La Corte di giustizia del Benelux con sede a Bruxelles.

indirette all'interno degli ordinamenti in cui si applica, infatti tale convenzione si limita a dettare alcune regole fondamentali comuni, lasciando ai legislatori nazionali il compito di predisporre la disciplina di dettaglio.

A tal proposito se in Belgio e in Lussemburgo lo strumento compulsorio presenta caratteristiche pressoché identiche, sussistono invece importanti divergenze nella normativa olandese.

5.1 L'*astreinte* in Belgio

Il legislatore belga ha scelto di escludere dal campo applicativo dell'*astreinte* le condanne al pagamento di una somma di denaro¹²⁰ e le obbligazioni attinenti all'esecuzione di un contratto di lavoro. Inoltre, tale strumento è espressamente qualificato come indipendente dal risarcimento del danno; può essere concesso da qualsiasi giudice, ma solo su domanda di parte mai d'ufficio e il diritto belga, a differenza di quello francese non distingue fra *astreinte* provvisoria e definitiva.

L'*astreinte* viene determinata discrezionalmente dal giudice sulla base di tre criteri: somma dovuta per la inottemperanza o per la tardiva esecuzione della sentenza del giudice, somma dovuta per unità di tempo e somma dovuta per ogni violazione.

¹²⁰ Tale limitazione proviene direttamente dalla legge uniforme, in cui si giustifica tale esclusione per il fatto che nella condanna pecuniaria l'adempimento può essere ottenuto con i normali mezzi di esecuzione senza aver bisogno dell'*astreinte*; per una critica vedi Capponi B. *Astreintes nel processo italiano?* cit., pp. 157 e ss. in cui si critica tale motivazione in quanto, qualora dovesse ritenersi valida, si dovrebbe concludere che se la condanna può essere astrattamente eseguita con i mezzi normali di esecuzione, non trova spazio la misura coercitiva, ma sulla scorta dell'esempio francese l'autore ritiene che l'*astreinte* non sia una mera alternativa all'esecuzione diretta, ma un autonomo strumento di tutela dei diritti, così si esprime: << In questi Paesi, l'*astreinte* non è la ruota di scorta del sistema ordinario di tutela esecutiva dei diritti: è invece una valvola che collega il processo di cognizione a quello di esecuzione. Quando ha successo l'effetto coercitivo insito nella minaccia di una condanna ulteriore, il processo di esecuzione forzata semplicemente non ha luogo, perché vi sarà stato "spontaneo" adempimento del debitore della prestazione. In simile caso la valvola ha funzionato, "chiudendo" l'accesso al processo di esecuzione forzata (che è pur sempre, non dimentichiamolo, un processo giurisdizionale che normalmente segue un altro processo giurisdizionale di cognizione, articolato su più gradi). Se la valvola rimane aperta, ciò significa che la misura coercitiva ha semplicemente fallito la sua principale missione, che è quella di favorire l'esecuzione "spontanea" dell'obbligo>>.

5.2 Il sistema olandese

In Olanda gli strumenti indiretti di esecuzione sono l'*astreinte*, come recepito nel 1978 a seguito della legge uniforme del Benelux, e l'arresto, il quale tuttavia è previsto soltanto come *remedium ultimum*¹²¹. Tali strumenti sono cumulabili quindi è ammesso il concorso. Eccetto questa particolarità, l'*astreinte* olandese è simile nei suoi tratti essenziali ai sistemi vigenti negli altri stati dell'unione economica del Benelux, infatti è prevista l'esclusione per le condanne al pagamento di somme di denaro, l'indipendenza dal risarcimento del danno e la necessaria istanza di parte per la concessione.

6. L'ESECUZIONE INDIRETTA NEGLI ORDINAMENTI STRANIERI COME MODELLO PER UN SISTEMA ATIPICO ITALIANO

Fra i principali modelli di misure coercitive indirette vigenti negli ordinamenti stranieri, su questi si è incentrato lo studio dei giuristi italiani per l'introduzione nel nostro ordinamento di un simile meccanismo di tutela. Essi presentano differenze non solo strutturali, ma, anche e soprattutto, concettuali e ideologiche, che devono essere ricondotte a scelte libere dei vari legislatori.

In effetti l'esecuzione indiretta si rivela essere uno strumento duttile, capace di adattarsi allo scopo che le viene assegnato in base all'impostazione teorica prescelta; essa, infatti, potrà avere un'accezione pubblicistica che metta in primo piano l'effettività della pronuncia giurisdizionale o un'altra privatistica che protegga *in primis* l'adempimento specifico dell'obbligazione, così come può avere un ambito di applicazione più ampio o più ristretto a seconda del rapporto che si instauri con la classica esecuzione diretta.

L'esecuzione indiretta in Germania è un rimedio generale e residuale, ossia è utilizzata nella sua minima potenzialità come alternativa all'esecuzione del provvedimento giurisdizionale mediante i procedimenti diretti, non essendo

¹²¹ De Boer M. B. *Osservazioni sull'astreintes nel diritto processuale civile olandese in Rivista di diritto processuale*, 1996, pp. 790 e ss.

previsto un possibile concorso fra le due modalità di attuazione delle sentenze di condanne. In più tale istituto è caratterizzato da una forte connotazione pubblicistica determinata oltre che dalla previsione della sanzione penale, anche dalla limitazione della pena pecuniaria e dal suo pagamento nei confronti dello Stato; queste caratteristiche inducono a ritenere che non sia l'adempimento specifico il primario bene tutelato dall'istituto, ma che esso consista nell'effettività delle pronunce giurisdizionali.

Questi aspetti sono il motivo per il quale il modello tedesco basato sulla sanzione penale non ha riscosso particolare successo nella ricerca italiana di un sistema atipico di misure coercitive indirette da introdurre nell'ordinamento. Un modello simile è in realtà previsto nel nostro ordinamento per singole fattispecie, come visto in precedenza, in cui la rilevanza dell'interesse protetto e il disvalore sociale verso i comportamenti lesivi giustificano un'accezione meno strettamente privatistica dell'istituto, ma nel percorso italiano verso una generale esecuzione indiretta¹²², sono sempre prevalse considerazioni e visioni di tale strumento che hanno rigettato la possibilità di utilizzare la sanzione penale a presidio dell'attuazione del provvedimento di condanna.

Il *contempt of court* inglese condivide con il sistema tedesco il carattere penale della sanzione e, in più, per come è configurato ha una spiccata impostazione pubblicistica, per la quale il bene primario tutelato non è il diritto oggetto del provvedimento del giudice, ma il rispetto e l'effettività della stessa pronuncia giurisdizionale.

I modelli tedesco e anglosassone, quindi, non costituiscono tipologie da poter adattare all'interno del nostro ordinamento, in particolar modo per la sanzione penale che non ha mai fatto breccia né nelle teorie dei giuristi nostrani né nei progetti di riforma del legislatore.

Nel nostro ordinamento, nella ricerca di un sistema atipico di misure coercitive indirette tale da poter garantire l'attuazione delle condanne a obblighi insuscettibili di esecuzione indiretta, si è sempre preso come modello, seppur con alcune differenze come avvenuto anche nel Benelux, l'*astreinte* francese. La

¹²² Eccetto i discorsi in merito agli art. 650 e 388 cod. pen., per i quali si rimanda al Capitolo II.

condanna al pagamento di una somma di denaro per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione della prestazione o per ogni successiva violazione, nel caso di condanne inibitorie, permette all'esecuzione indiretta di restare all'interno del carattere patrimoniale della responsabilità dell'obbligato e di incidere sulla sua volontà in modo tale che sia per lui sconveniente rimanere inadempiente. Dal modello italiano di un'esecuzione indiretta atipica, introdotto nel 2009 e successivamente modificato nel 2015, si evincono non poche influenze derivanti dal sistema francese, ma, nonostante alcune differenze strutturali, di cui si parlerà in seguito, vi è una profonda divergenza dal punto di vista di inquadramento generale delle misure coercitive indirette. Esse, infatti, nel modello francese sono arrivate a ricoprire, dopo più di un secolo di applicazione, un ruolo di primo piano nella tutela giurisdizionale dei diritti, mentre in Italia l'esecuzione indiretta è nata come mera alternativa all'esecuzione forzata, per garantire l'attuazione delle condanne a obblighi ineseguibili in via diretta e soltanto in seguito, con la riforma del 2015, ha assunto un vero e proprio carattere atipico divenendo strumento di attuazione della tutela di condanna.

CAPITOLO IV

L'INTRODUZIONE IN ITALIA DI UN SISTEMA ATIPICO DI MISURE COERCITIVE INDIRECTE

SEZIONE I: L'EVOLUZIONE NORMATIVA

1. PREMESSA

All'esito di questa breve disamina dei diversi modelli di esecuzione indiretta dei provvedimenti dei giudici in alcuni ordinamenti stranieri, è ora di tornare al nostro ordinamento.

Come visto lo strumento delle misure coercitive indirette non era sconosciuto in Italia, dal momento che tale forma di tutela, per alcune fattispecie, era già stato messo a disposizione dei consociati. Le istanze che, tuttavia, provenivano dalla maggioranza della dottrina erano nel senso di espandere l'operatività dell'esecuzione indiretta e di non farla rimanere vincolata a singole disposizioni normative. Le motivazioni che inducevano a sostenere la generalizzazione di un rimedio di questo tipo consistevano fondamentalmente nell'ampliare l'operatività della tutela di condanna e spezzare la sua presunta correlazione necessaria con l'esecuzione forzata e nel garantire l'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti per tutte quelle obbligazioni, per le quali i procedimenti di esecuzione in via diretta si rivelano inservibili.

A questo punto è arrivato il momento di analizzare la risposta del legislatore a queste sollecitazioni, la quale è avvenuta in un primo momento nel 2009 con l'introduzione dell'art. 614 *bis* e, successivamente, nel 2015 con la modifica di questa stessa norma.

In questa prima sezione verranno esaminati i testi delle disposizioni, l'ambito di applicazione assegnato alle misure coercitive e le motivazioni che hanno indotto il legislatore a ritornare sulla norma dopo solo sei anni dalla sua introduzione.

La seconda sezione di questo capitolo sarà invece dedicata alle criticità e alle questioni ancora irrisolte che aleggiano tutt'oggi sul modello italiano dell'esecuzione indiretta atipica.

2. LA LEGGE 69 DEL 2009: LA PRIMA VERSIONE DELL'ART. 614 BIS

L'art. 49 della legge n. 69 del 2009 ha introdotto all'interno del libro terzo del codice di procedura civile e, precisamente, nel titolo quarto l'art. 614 bis rubricato <<Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare>>.

Il testo della norma in commento è stato così formulato: << Con il provvedimento di condanna il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, 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 e privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409.

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

Dal testo della norma si apprende come il legislatore italiano abbia preso a modello, nonostante numerose e importanti differenze, l'*astreinte* francese, infatti, si tratta di una condanna al pagamento di una somma di denaro per ogni giorno di ritardo nell'adempimento di quanto imposto dalla sentenza o per ogni successiva violazione nel caso di obblighi rivolti al futuro.

Una delle principali differenze con il sistema francese, che peraltro si evince direttamente da un'analisi della lettera della disposizione, risulta dall'ambito di applicazione dello strumento, il quale risulta essere stato uno dei punti più controversi di questo intervento legislativo.

2.1 L'ambito di applicazione e il requisito dell'infungibilità

Uno dei punti dolenti e più controversi della novella del 2009 è stato l'individuazione dell'ambito di applicazione della norma. Sull'argomento si è instaurato un ampio dibattito, dovuto principalmente all'ambiguità che caratterizza il testo della disposizione in esame. Anche a una prima lettura, infatti, si coglie come le situazioni giuridiche assoggettate all'applicazione del sistema atipico di misure coercitive del 2009 non siano previste dal testo della norma, il quale parla solo di <<provvedimento di condanna>> e di <<violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento>>, senza nessun'altra specificazione. Ciò da cui invece si desume quali diritti possono godere di tale tutela, è la rubrica della norma, ossia <<Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare>>. Sul rapporto della rubrica dell'articolo con il testo dello stesso si sono avute diverse opinioni e interpretazioni, volte a far prevalere l'una o l'altro a seconda del ruolo, che si tentava di attribuire alla nuova esecuzione indiretta.

L'interpretazione più diffusa, probabilmente, consisteva nel ritenere inclusi all'interno del campo di applicazione dell'istituto soltanto gli obblighi infungibili¹²³, ritenendo così che la rubrica dovesse prevalere sul testo o che comunque avesse un qualche valore precettivo. A sostegno di tale impostazione vi era anche un argomento di carattere sistematico, in quanto l'art. 614 *bis* veniva inserito, come visto in precedenza, nel titolo IV del libro III, dedicato all'esecuzione degli obblighi

¹²³ Si vedano in tal senso De Stefano F. *L'esecuzione indiretta: la coercitoria, via italiana alle "astreintes"* in *Corriere del merito*, 2009, pp.1181 e ss.; Gambineri B. *Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare* in *Il Foro Italiano*, 2009, pp. 320 e ss.; Merlin E. *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibile nella l.69/2009* in *Rivista di diritto processuale*, 2009, pp. 1546 e ss.; Amadei D. *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili* in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2010, pp. 343 e ss.; Bove M. *La misura coercitiva di cui all'art. 614bis c.p.c.* in *Rivista trimestrale diritto e procedura civile*, 2010, p. 783; Proto Pisani A. *Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo)* in *Il Foro Italiano*, 2010, p. 265; Saletti A. *L'esecuzione processuale indiretta nella riforma del "Codice di procedura civile" italiano dal 2009* in *Rivista de Derecho*, 2010, pp. 505 e ss.; Poletti D. *Sulla infungibilità degli obblighi di cui all'art. 614 bis c.p.c.* in *Giurisprudenza italiana*, 2014, p. 750; Tommaseo F. *L'esecuzione indiretta e l'art. 614 bis c.p.c.* in *Rivista di diritto processuale*, 2014, pp. 267 e ss.

di fare e di non fare, in cui è presente anche l'art. 612; quest'ultimo avrebbe dovuto permettere l'esecuzione in via diretta degli obblighi di fare e non di non fare fungibili (obblighi di disfare), mentre all'art. 614 *bis* sarebbe stato assegnato il compito di consentire l'esecuzione indiretta per mezzo delle misure coercitive per gli obblighi di fare e di non fare infungibili. Dunque, seguendo questa impostazione, la legge n. 69 del 2009 avrebbe introdotto un'esecuzione indiretta quale mezzo di attuazione della tutela di condanna per gli obblighi infungibili, quindi una mera alternativa ai tipici procedimenti di esecuzione forzata.

Tale scelta del legislatore, non solo limitava l'apporto che l'esecuzione indiretta può fornire in termini di effettività di tutela, ma comportava il non secondario problema della valutazione della dell' infungibilità dell'obbligo dedotto in giudizio, considerazione che, tuttavia, si presenta molto fragile e difficilmente controllabile *ex ante*, in quanto la linea che divide la fungibilità e la infungibilità di un'obbligazione, in alcune circostanze, è molto sottile e può dar luogo a contrasti giurisprudenziali e dibattiti dottrinali molto complessi, come a esempio in merito alla reintegrazione del lavoratore licenziato, come disciplinata dall'art. 18 della legge n. 18 del 1970.

Altra incertezza sul requisito della infungibilità dell'obbligazione per l'applicazione dell'art. 614 *bis* è dovuta sempre alla formulazione della rubrica, la quale menziona tale presupposto solo per le obbligazioni di fare, non facendo lo stesso per quelle di non fare. Si è creato quindi il dubbio se il legislatore abbia voluto ricomprendere gli obblighi di non fare fungibili, ossia gli obblighi di disfare in cui la violazione del diritto si è ormai compiuta e l'obbligo si concretizza nella rimozione degli effetti lesivi della condotta, o se abbia voluto ritenere applicabile la norma in esame solo agli obblighi di non fare in senso stretto. La prima fra queste due opzioni deve essere esclusa in quanto se si ritiene l'infungibilità dell'obbligo di fare quale presupposto necessario per l'applicazione delle misure coercitive, per gli obblighi di non fare non può effettuarsi un trattamento diverso e considerare eseguibili anche per mezzo dell'art. 614 *bis* gli obblighi di disfare¹²⁴.

¹²⁴ Saletti A. *L'esecuzione processuale indiretta nella riforma del "Codice di procedura civile" italiano dal 2009* cit., p. 510, in cui si critica l'aver espressamente previsto il carattere di infungibilità per gli obblighi infungibili.

2.2 L'interpretazione estensiva e l'infungibilità "processuale"

A fronte di queste non secondarie problematiche legate al necessario carattere infungibile dell'obbligo in gioco, altra dottrina ha tentato di ampliare l'ambito di applicazione dell'art. 614 *bis*, come formulato nel 2009, riconducendolo a tutte le obbligazioni di fare e di non fare fungibili o infungibili, aprendo così al concorso fra il procedimento di esecuzione diretta e indiretta¹²⁵. In tale impostazione è il testo a prevalere sulla rubrica della norma¹²⁶, dunque l'infungibilità della prestazione non risulta un presupposto per l'applicazione delle misure coercitive in esame. Questa interpretazione avrebbe avuto importanti vantaggi soprattutto a livello di effettività della tutela giurisdizionale, in quanto l'esecuzione indiretta non è esclusivamente il procedimento per eseguire le condanne a obblighi infungibili, ma può esplicare la funzione di induzione all'adempimento dell'obbligato, tramite la pressione psicologica esercitata sullo stesso dalla minaccia del pagamento di una somma di denaro che nel tempo aumenta, anche per quelle obbligazione eseguibili per surrogazione; in quest'ultimo caso avrebbe il non trascurabile beneficio per il creditore di evitare le lungaggini dei procedimenti di esecuzione forzata. In più si svincolerebbe il giudice dalla

¹²⁵ Chiarloni S. *L'esecuzione indiretta ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c.: confini e problemi in Giurisprudenza italiana*, 2014, pp. 731 e ss.; Taruffo M. *Note sull'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare in Giurisprudenza italiana*, 2014, pp. 744 e ss.

¹²⁶ Vedi in proposito Mazzamuto S. *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito in Giurisprudenza italiana*, 2010, pp. 643-644, in cui l'autore analizza il rapporto fra rubrica e disposizione in questi termini: «La prima investe il valore da attribuire alla rubrica dell'art. 614 bis c.p.c., tanto più perché nel testo della disposizione non è riprodotto il riferimento all'infungibilità. Come è noto, una lunga tradizione di pensiero non assegna all'intitolazione della disposizione contenuto precettivo in ossequio al noto brocardo «*rubrica legis non est lex*» ed è a questa opinione che sembra conformarsi l'ordinanza in esame. Si tratta, tuttavia, di una linea di pensiero acriticamente reiterata—anche dal tribunale di Terni da cui si sono prese le mosse—e contrastata dalla migliore dottrina invece favorevole a riconoscere alla rubrica valore vincolante in quanto parte integrante della disposizione normativa, sebbene la critica non abbia ancora raggiunto il grande pubblico per una certa vischiosità del discorso giuridico addebitabile all'arretratezza della manualistica sul punto. Un discorso diverso va fatto per le c.d. definizioni per rubrica, ossia le ipotesi in cui il legislatore ponga il vocabolo (o il complesso di vocaboli con valore nominale) che costituisce il *definiendum* nella rubrica legis, senza però ripeterlo nel testo dell'enunciato che descrive e disciplina la fattispecie e quindi funge da *definiens*, servendosi poi di quel vocabolo in altre disposizioni per richiamare la fattispecie cui esso si riferisce. Il valore vincolante o meno della definizione per rubrica non dipende certo dall'inclusione o meno della rubrica nella disposizione normativa poiché, assodata una tale inclusione, la disputa sulla portata delle definizioni in quanto tali investe un problema più ampio e si risolve in una scelta legata al ruolo da assegnare alla norma. Il circuito costituito dall'art. 614 *bis* c.p.c. e dalla sua rubrica non costituisce però una definizione per rubrica e, dunque, è destituito di ogni fondamento il tentativo di privare di rilievo il rinvio all'infungibilità.>>».

difficoltosa valutazione sulla fungibilità della prestazione oggetto del giudizio, valutazione che, si ripete, può rivelarsi particolarmente insidiosa.

Se tutto ciò eleva il ruolo da attribuirsi all'esecuzione indiretta e aumenta le possibilità del creditore di ottenere l'adempimento specifico in un numero più ampio di situazioni e in tempi più celeri, un dato incontestabile risulta dal fatto che nella rubrica, alla quale comunque è necessario attribuire una qualche valenza in assenza di ulteriori specificazioni sul punto all'interno del testo della disposizione, è presente almeno per le obbligazioni di fare la qualifica di infungibilità, la quale non può essere totalmente trascurata nell'interpretazione della norma, in quanto è indice sintomatico della volontà del legislatore di aver voluto introdurre un sistema di misure coercitive indirette utilizzabile soltanto nelle ipotesi in cui l'obbligazione non è eseguibile nelle forme e nelle modalità previste dai procedimenti di esecuzione diretta.

Per aggirare tale limite, il quale potrebbe creare delle disparità di trattamento rispetto agli obblighi di non fare, per i quali non è richiesta la natura infungibile, si è tentato di interpretare l'attribuito <<infungibile>> in maniera differente. Se infatti da un punto di vista sostanziale è infungibile la prestazione che può essere adempiuta solo ed esclusivamente dal soggetto obbligato, affinché possa venire soddisfatto l'interesse del creditore, questo tentativo di ampliamento dell'alveo delle situazioni giuridiche soggettive passibili di esecuzione indiretta ex art. 614 *bis*, propone una nozione di infungibilità "processuale"¹²⁷. Secondo questa accezione il parametro della infungibilità della prestazione non deve essere valutato in base alla sostituibilità del debitore nell'adempimento della prestazione, ma sulla scorta di una valutazione prognostica condotta dal giudice, il quale deve considerare se i tempi necessari per l'esecuzione forzata nonché eventuali successive violazioni e alterazioni che il bene della vita può subire in tale periodo di tempo. Tale bilanciamento viene ricondotto al carattere di <<iniquità>>, previsto dal testo della norma, il quale non deve essere considerato a esclusivo vantaggio del debitore, ma è un elemento di valutazione anche delle ragioni del

¹²⁷ Mazzamuto S. *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito* cit., pp. 642 e ss., in cui l'autore riprende e approfondisce la tesi sull'infungibilità processuale proposta dall'ordinanza del Tribunale di Terni 6 agosto 2009, in cui è stato concesso lo strumento della misura coercitiva indiretta previsto dall'art. 614 bis per un obbligo tipicamente fungibile, ossia la distruzione di un *opus* materiale.

creditore. In questo si sostanzia la nozione “processuale” di infungibilità proposta da una piccola parte di dottrina e giurisprudenza, ossia nel valutare i tempi processuali come fattore di rischio per la soddisfazione dell’interesse del creditore e nell’utilizzare l’esecuzione indiretta come mezzo di contrasto a tale inconveniente. In questo modo si avrebbe l’applicazione delle misure coercitive indirette previste dall’art. 614 *bis* del 2009, non solo agli obblighi infungibili, ma anche a tutte quelle obbligazioni di fare e di non fare che siano per natura fungibili, ma che rischiano di diventare infungibili a causa di pregiudizi arrecati dallo scorrere del tempo necessario per l’attivazione del consueto procedimento di esecuzione indiretta.

Si deve tuttavia rilevare che questa impostazione, se ha il pregevole scopo di ampliare la portata dell’esecuzione indiretta, tuttavia, si spinge troppo oltre¹²⁸. Considerando già quanto possa essere complessa la valutazione sulla infungibilità sostanziale di un’obbligazione, affidando al giudice il compito di verificare, una volta appurato che l’obbligo sia infungibile dal punto di vista sostanziale, lo stesso obbligo possa essere considerato fungibile sul versante processuale, al quale aggrapparsi per poter applicare l’art. 614 *bis* e concedere un provvedimento assistito dalle misure coercitive indirette, significherebbe chiedere un giudizio prognostico in merito ai tempi e agli esiti processuali, su cui sindacare e valutarne l’attendibilità è praticamente impossibile e si rischiano decisioni arbitrarie.

In più, ancora una volta, non può essere sottovalutato il dato testuale che la legge n. 69 del 2009 ha predisposto per le misure coercitive indirette e per la collocazione sistematica, elementi dai quali si desume che il legislatore con questa novella abbia effettuato solo un timido approccio alle misure coercitive indirette, senza voler sfruttare a pieno le potenzialità dell’istituto¹²⁹.

¹²⁸ Così Capponi B. *Manuale di diritto dell’esecuzione civile* cit., p. 51 esprime il suo timore verso la cosiddetta infungibilità processuale: <<Non va però neppure sottovalutato che, ove si abbandonano il terreno conosciuto dell’infungibilità <<sostanziale>> per avventurarsi.....sull’impervia strada dell’infungibilità <<processuale>> così come intesa dal prof. Mazzamuto, il rischio è indubbiamente quello di virare verso forme di esercizio autoritario, e sostanzialmente incontrollabile, della giurisdizione civile.>>

¹²⁹ In questo senso vedi Poletti D. *Sulla infungibilità degli obblighi di cui all’art. 614 bis c.p.c.* cit., pp. 750 e ss, il quale ritiene che la lettera della norma impedisca l’ampliamento dell’ambito di applicazione sulla base dell’accezione processuale attribuita all’infungibilità.

3. LA MODIFICA DELL'ART. 614 *BIS* (LA RIFORMA DEL 2015)

Come anticipato, nel 2015 il legislatore è tornato sull'esecuzione indiretta, andando a modificare l'art. 614 *bis*. I motivi di questa per i quali egli è tornato sui suoi passi sono i dubbi e le incertezze che derivavano dalla ambigua configurazione operata dalla legge del 2009 e in particolare dal rapporto della rubrica con la disposizione. Non sono da sottovalutare neanche le critiche mosse nei confronti di un'esecuzione indiretta atipica limitata agli obblighi infungibili, che si attribuisce rilevanza a una categoria che la tradizionale impostazione della condanna aveva da sempre un po' relegato in secondo piano, ma ci si aspettava una presa di posizione più netta in relazione all'utilizzo delle misure coercitive indirette a tutela di ogni situazione giuridica soggettiva¹³⁰. Allora per queste ragioni si è tornato a legiferare intorno all'esecuzione indiretta.

La legge n. 132 del 2015, che ha convertito con modifiche il decreto legge n. 83 del 2015, ha introdotto all'interno del codice di procedura civile, nel libro terzo, il nuovo titolo IV *bis* denominato <<Delle misure di coercizione indiretta>>.

Al suo interno è collocato il solo art. 614 *bis*, il quale presenta la nuova rubrica <<Misure di coercizione indiretta>>, il testo invece nella sua versione modificata così recita: << Con il provvedimento di condanna all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. Il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle controversie di lavoro subordinato pubblico e privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409.

¹³⁰ <<In conclusione, possiamo certamente affermare che il contatto del legislatore del 2009 col tema dell'*astreinte* è stato piuttosto timido, al punto da poter essere considerato non più che un primo approccio al problema>> così si esprime Capponi B. *Manuale di diritto dell'esecuzione civile* cit., p. 44.

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>>.

3.1 Finalmente l'esecuzione indiretta come strumento generale per la tutela dei diritti

Già da una prima lettura del nuovo art. 614 *bis* si evincono numerosi e fondamentali cambiamenti rispetto alla versione introdotta nel 2009. Se, infatti, nella formulazione antecedente la norma era collocata all'interno del titolo IV dedicato all'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare, ora è previsto un apposito e autonomo titolo, esclusivamente occupato dall'esecuzione indiretta, che viene a sganciarsi quindi da tale tipo di procedimento esecutivo. Il legislatore, inoltre, ha ben pensato di modificare la rubrica, non assegnandole alcun compito precettivo, ma soltanto definitorio, in modo tale da evitare tutti quei problemi in merito all'individuazione dell'ambito di applicazione, causati dall'ambiguo rapporto fra rubrica e testo della disposizione. Se questi sono sicuramente miglioramenti importanti, è possibile affermare che la vera svolta sia stata un'altra, ovvero l'ambito di applicazione del nuovo sistema di misure coercitive indirette, il quale si coglie direttamente dall'analisi del testo della norma. Questo, infatti, ammette l'utilizzo delle misure coercitive indirette per qualsiasi obbligazione, purché non consista nel pagamento di una somma di denaro, e, di conseguenza, si arriva finalmente a un'esecuzione indiretta che possa definirsi atipica nel vero senso della parola. Come visto in precedenza, la novella del 2009 aveva introdotto un sistema di misure coercitive limitato alle obbligazioni di fare infungibili e di non fare, aveva sì configurato una modalità di attuazione delle sentenze di condanna per gli obblighi non suscettibili di esecuzione diretta, ma d'altro canto si è visto anche come questo non sia il massimo grado di utilizzo delle misure coercitive indirette, le quali ontologicamente possono svolgere la funzione di induzione all'adempimento anche al di fuori dei limiti impostogli dal legislatore del 2009. La riforma del 2015 ha colto questi aspetti e ha svincolato l'applicazione dell'art. 614 *bis* da un doppia limitazione che ne impediva lo

svolgimento di una funzione di tutela generale che in realtà gli appartiene; l'esecuzione indiretta, infatti, non è più relegata a un ruolo da comprimario nella tutela giurisdizionale dei diritti, ossia di strumento alternativo ai procedimenti esecutivi per surrogazione e, inoltre, viene eliminato il presupposto della infungibilità dell'obbligazione, il quale peraltro ha comportato difficili valutazioni giudiziali in merito alla surrogabilità nell'adempimento della prestazione, delle misure coercitive con l'infungibilità dell'obbligazione, quale parametro necessario per la concessione da parte del giudice delle misure coercitive indirette.

Ora l'esecuzione indiretta copre un ambito di applicazione illimitato¹³¹, seppur con qualche eccezione di cui si dirà in seguito. Dall'aver generalizzato l'utilizzo delle misure coercitive indirette e dall'aver previsto che qualsiasi obbligo di fare o di non fare, di dare, fungibile o infungibile è passibile di essere eseguito anche indirettamente derivano due fondamentali conseguenze: l'una sul piano della concezione dell'istituto dell'esecuzione indiretta, l'altra sulla struttura del processo esecutivo in generale.

La prima consiste nell'evoluzione dell'esecuzione indiretta che con la riforma del 2015, si prende il suo spazio all'interno della tutela dei diritti. Essa non incorre intrinsecamente in alcuna limitazione, ben potendo assistere qualsiasi tipo di condanna, a prescindere dalle caratteristiche del diritto che ne è oggetto. La sua funzione è duplice e consiste nel perseguire allo stesso tempo l'adempimento specifico della prestazione, in modo tale da permettere al processo di assicurare per quanto possibile le stesse utilità previste dal diritto sostanziale, e l'effettività del provvedimento giurisdizionale di condanna. Questi due obiettivi, prefissatisi

¹³¹Sull'ampliamento dell'ambito di applicazione dell'art. 614 *bis* vedi Galletto T. *Le nuove frontiere dell'esecuzione forzata: le misure di coercizione indiretta* in *Il Foro padano*, 2016, pp. 85 e ss.; Tedoldi A. *Le novità in materia di esecuzione forzata nel D.L. n. 83/2015... in attesa della prossima puntata...* in *Corriere giuridico*, 2016, pp. 180 e ss.; Vallone G. *Le misure coercitive prima e dopo la riforma dell'art. 614bis c.p.c. (legge 6 agosto 2015. N. 132 di conversione del d.l. 27 giugno 2015, n.83)* in *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2016, pp. 40 e ss.; Capponi B. *Ancora su astreintes e condanna civile* in *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2017, pp. 574 e ss.; Montanari M. *Astreintes in sede cautelare ed azione di manutenzione del contratto* in *Giurisprudenza italiana*, 2017, pp. 842 e ss.; Pisani A. *L'obbligazione è ancora iuris vinculum? Sull'accidentato cammino dell'ancor giovane astreintes all'italiana* in *Corriere giuridico*, 2017, pp. 1427 e ss.; Carratta A. *Tecniche di attuazione dei diritti e principio di effettività* in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2019, pp. 15 e ss.

dall'esecuzione indiretta, possono essere ricercati e ottenuti sia che l'obbligo oggetto della condanna sia infungibile sia che invece sia fungibile, in entrambi i casi la minaccia di una pena pecuniaria ha il compito di incidere sulla volontà dell'obbligato, di rendergli sconveniente l'inadempimento e indurlo a compiere quanto previsto dal provvedimento giurisdizionale. Nelle due ipotesi suddette la differenza resta una sola e cioè che se l'obbligo è infungibile l'esecuzione indiretta è l'unico strumento in grado di raggiungere l'adempimento specifico ed evitare un ingiusto abuso della tutela risarcitoria, se invece l'obbligo è fungibile allora l'esecuzione indiretta, e veniamo ora alla seconda delle due prospettive sopra menzionate, è destinata a convivere e concorrere con i procedimenti di esecuzione diretta.

3.2 Il rapporto fra l'esecuzione indiretta e l'esecuzione diretta

Mentre la versione del 2009 aveva totalmente escluso un possibile cumulo dell'esecuzione diretta con quella indiretta, essendo questa relegata all'interno delle sole obbligazioni infungibili, che non possono essere eseguite per surrogazione, la riforma del 2015 ha operato un cambio di rotta e generalizzando le situazioni giuridiche soggettive passibili di tale forma di tutela ha introdotto il tema del concorso fra misure coercitive indirette e procedimenti esecutivi diretti.

La questione, tuttavia, non è totalmente nuova all'interno del nostro ordinamento, in effetti tracce di cumulo fra esecuzione diretta ed esecuzione indiretta si rinvengono in alcuni dibattiti molto antecedenti rispetto alla riforma del 2015¹³². In effetti non sussistono incompatibilità logiche fra la contestuale utilizzabilità delle due forme di tutela, nel senso che una volta ottenuto il provvedimento di

¹³² Si ricorderà a proposito il riferimento a Taruffo M. *Problemi in tema di esecutorietà della condanna alla reintegrazione del lavoratore* cit., pp. 801 e ss., Proto Pisani A. *Aspetti processuali della reintegrazione del posto di lavoro* cit., pp. 117 e ss.; alla nota 68, i quali sostenevano la possibilità del concorso fra misura coercitiva indiretta ex art. 18 della legge n.18 del 1970 e del procedimento di esecuzione forzata in forma specifica ex art. 612 cod. proc. civ. per l'esecuzione della condanna alla reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato; sul concorso vedi anche Ferrara E., Mazzamuto S., Verde G. *Alcune proposte in materia di giustizia civile* cit., pp. 229 e ss., i quali nel teorizzare un modello atipico di misure coercitive indirette avevano proposto un sistema applicabile agli obblighi passibili di esecuzione diretta e segnalavano l'opportunità di una disciplina apposita per la realizzazione di tale cumulo.

condanna, titolo esecutivo giudiziale, assistito dalla previsione di misure coercitive ex art. 614 bis, il titolare della situazione giuridica soggettiva potrà instaurare due procedimenti esecutivi: uno di espropriazione per riscuotere le somme maturate a titolo di misura coercitiva, una volta scaduto il termine per l'adempimento che dovrebbe essere contenuto nel provvedimento stesso; l'altro sarà un procedimento di esecuzione diretto a seconda del contenuto dell'obbligazione principale (non di espropriazione essendo alle misure coercitive indirette precluso l'assistere condanne al pagamento di una somma di denaro).

La riforma del 2015 ha indubbiamente aperto a tale eventualità¹³³, la quale non è peraltro preclusa né dalla funzione né dalla strutturazione delle misure coercitive, le quali sia per gli obblighi fungibili che infungibili svolgono la loro funzione compulsoria di induzione all'adempimento¹³⁴¹³⁵. Lo scopo del sistema atipico delle misure coercitive indirette è l'adempimento specifico dell'obbligazione e può essere perseguito qualunque sia la situazione giuridica soggettiva oggetto della condanna.

¹³³ Vedi a proposito indiretta Gambioli I. *Novità in materia di esecuzione forzata (I parte) - le misure coercizione indiretta ex art. 614 bis c.p.c. in Giurisprudenza italiana*, 2016, pp. 1264 e ss., in cui l'autore parla di <<superamento del nesso di alternatività esclusiva>>, operato dalla riforma del 2015 che ha aperto al cumulo fra esecuzione diretta e indiretta.

¹³⁴ In senso favorevole al concorso fra esecuzione diretta e indiretta vedi Vallone G. *Le misure coercitive prima e dopo la riforma dell'art. 614bis c.p.c. (legge 6 agosto 2015. N. 132 di conversione del d.l. 27 giugno 2015, n.83 cit.*, p. 43; Capponi B. *Ancora su astreintes e condanna civile cit.*, p. 577; in senso contrario vedi Costantino G. *Tutela di condanna e misure coercitive in Giurisprudenza italiana*, 2014, pp. 737 e ss., in cui, sotto la vigenza dell'art. 614 bis del 2009, si sosteneva che l'ipotesi di eventuale eseguibilità forzata dell'obbligo, il giudice avrebbe dovuto ritenere manifestamente iniquo concedere la misura coercitiva per evitare il concorso fra le due esecuzioni; in senso sfavorevole al cumulo vedi anche Monteleone G. *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. cit.*, p. 550, in cui l'autore sostiene l'incompatibilità reciproca fra i due procedimenti e che la scelta del creditore ha carattere alternativo, in più afferma che il concorso fra esecuzione diretta e indiretta potrebbe indurre il creditore a comportamenti speculativi attendendo del tempo prima di agire per l'esecuzione specifica in modo tale da far aumentare la somma di denaro concessa a titolo di misura coercitiva.

¹³⁵ Sostiene un'opinione favorevole al cumulo fra esecuzione diretta e indiretta Gambioli I. *Novità in materia di esecuzione forzata (I parte) - le misure coercizione indiretta ex art. 614 bis c.p.c. cit.*, pp. 1264 e ss., il quale tuttavia mette in luce alcune problematiche che tale concorso potrebbe generare, come l'eccessivo arricchimento del creditore fra esecuzione specifica, espropriazione delle somme a titolo di misura coercitiva e risarcimento del danno, ma spetterà al giudice nella valutazione del *quantum* della misura coercitiva evitare ciò prevedendo una somma adeguata. Altra problematica prospettata consiste nel fatto che il cumulo potrebbe minare l'effetto deflattivo che l'esecuzione indiretta ha nei confronti dell'esecuzione specifica, in tutti quei casi in cui le misure coercitive indirette si rivelino inefficaci e non riescano a coartare la volontà dell'obbligato.

Anzi per le obbligazioni passibili di essere eseguite direttamente, l'esecuzione indiretta ricopre anche un ruolo deflattivo del contenzioso civile, in quanto in tutti quei casi in cui la misura coercitiva riuscirà a raggiungere il suo scopo e far adempiere l'obbligato, verrà evitato il processo esecutivo per surrogazione, con il vantaggio per il creditore di aver evitato gli ingenti costi e i lunghi tempi di quest'ultimo e dell'apparato giurisdizionale di aver intrapreso un processo evitabile.

Se il cumulo fra esecuzione diretta e indiretta appare non essere messo in discussione dal nuovo ambito di applicazione dell'art. 614 *bis*, ciò che invece avrebbe necessitato di alcune precisazioni da parte del legislatore sono le modalità processuali di realizzazione di questo concorso fra procedimenti esecutivi. Il silenzio sul punto ha dato luogo ad alcuni punti controversi, su cui il legislatore avrebbe dovuto e dovrà intervenire¹³⁶.

¹³⁶ Per tali questioni vedi Vallone G. *Le misure coercitive prima e dopo la riforma dell'art. 614bis c.p.c. (legge 6 agosto 2015. N. 132 di conversione del d.l. 27 giugno 2015, n.83)* cit., pp. 43 e ss. in cui l'autore sostiene a proposizione del ricorso ex art. 612 cod. proc. civ. impedisce il successivo adempimento spontaneo del debitore, dunque cessa la maturazione delle somme in questo momento; inoltre prospetta la questione conseguente a un eventuale contrasto fra giudicati derivante da opposizioni all'esecuzione o agli atti esecutivi nei due diversi giudizi. Su tali questioni vedi anche Capponi B. (a cura di) *L'esecuzione processuale indiretta*, Milano, 2011 in cui l'autore sostiene invece che per la quantificazione della misura coercitiva bisogna tenere in considerazione l'adempimento e quindi la conclusione del procedimento di esecuzione in forma specifica; sulla seconda delle criticità prospettate lo stesso autore propone di affidare al giudice dell'esecuzione indiretta la definizione delle modalità di adempimento dell'obbligo e al giudice dell'esecuzione indiretta tutto ciò che riguarda la misura coercitiva indiretta e l'adempimento dell'obbligo principale. Sempre Vallone G. *Le misure coercitive prima e dopo la riforma dell'art. 614bis c.p.c. (legge 6 agosto 2015. N. 132 di conversione del d.l. 27 giugno 2015, n.83)* cit., p.45, per quanto riguarda il problema consistente nel fatto se la sospensione di un procedimento permette la sospensione dell'altro attraverso la sola allegazione del provvedimento che dispone la sospensione oppure se sia necessario proporre un'apposita istanza, propende per la prima soluzione e così risolve la questione: << Si potrebbe ipotizzare, al riguardo, la sospensione per pregiudizialità ex art. 295 c.p.c. del giudizio di opposizione all'espropriazione (giudizio pregiudicante), in attesa della conclusione del giudizio di merito eventualmente introdotto sull'opposizione all'esecuzione in forma specifica ex art. 612 c.p.c. dell'obbligo principale (giudizio pregiudicante). Si tratterebbe, a tutta evidenza, di una misura opportuna, necessaria per evitare un contrasto insanabile di giudicati.>>. In merito al momento in cui cessa la maturazione delle somme dell'*astreinte* vedi anche Vincre S. *Le misure coercitive ex art. 614bis c.p.c. dopo la riforma del 2015 in Rivista diritto processuale*, 2017, p. 387 in cui si sostiene che la somma termina il suo incremento nel momento in cui l'obbligato non può più adempiere di sua spontanea volontà, dunque, con l'inizio dell'esecuzione forzata in forma specifica; in quest'ultimo senso vedi anche Consolo C., Godio F. *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 Corriere giuridico*, 2018, p.370.

4. I LIMITI ALL'AMBITO DI APPLICAZIONE DELL'ESECUZIONE INDIRETTA ATIPICA

Se il legislatore con l'art. 614 *bis* ha predisposto un sistema atipico di misure coercitive indirette, funzionale dapprima all'attuazione delle condanne a obblighi infungibili e successivamente esteso a tutti i provvedimenti di condanna, allo stesso tempo sono state previste delle limitazioni, ossia delle categorie di situazioni giuridiche soggettive espressamente escluse dall'ambito di applicazione dell'esecuzione indiretta.

Sia la norma del 2009 sia la versione del 2015 hanno precluso ai diritti in materia di lavoro di essere assistiti da provvedimenti di cui all'art. 614 *bis*, in più entrambe riforme hanno previsto una clausola generale di <<manifesta iniquità>> in cui è affidato al giudice il compito di escludere il procedimento di esecuzione indiretta.

Se queste due limitazioni sono state introdotte con la legge del 2009 e, poi, confermate nel 2015, ve n'è un'altra apportata direttamente da quest'ultima, la quale ampliando il novero delle situazioni giuridiche soggettive passibili di esecuzione indiretta, ha tenuto fuori le condanne al pagamento di somme di denaro.

È opportuno esaminare separatamente le tre fattispecie e i motivi che hanno portato il legislatore a questa esclusione, per verificare la ragionevolezza di tale scelta.

4.1 L'esclusione dei rapporti di lavoro

Come anticipato, l'esclusione delle controversie laburistiche dall'applicazione dell'art. 614 *bis*, è stata inserita nel 2009 e, nonostante sia aspramente criticata, non è stata modificata con la riforma successiva. Entrambe le norme, infatti, presentano la stessa espressione : <<Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle controversie di lavoro subordinato pubblico e privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409.>>.

Le ragioni che hanno indotto il legislatore a introdurre tale limitazione sono da ricondurre a due diversi ordini di valutazioni: da un lato non si è voluto rendere particolarmente gravosa la posizione del datore di lavoro in seguito all'instaurazione della controversia, preferendo tutelare il suo interesse alla continuità aziendale; dall'altro non si è voluto introdurre uno strumento processuale in grado di obbligare un soggetto a svolgere una determinata prestazione lavorativa, essendo essa ritenuta appartenere a una sfera di libertà troppo personale per poter essere oggetto di un procedimento di esecuzione indiretta in grado di coartare la volontà del lavoratore attraverso la minaccia di dover pagare una somma di denaro per ogni giorno di ritardo nell'adempimento della prestazione.

In effetti l'esclusione delle obbligazioni del lavoratore dalla passibilità di venire incise dalle misure coercitive indirette, rappresentano uno dei punti fermi, come si è già visto, su cui una grandissima parte della dottrina e alcuni dei progetti di riforma avevano basato l'introduzione di un procedimento di esecuzione indiretta atipica nell'ordinamento italiano¹³⁷, in quanto la prestazione lavorativa appartiene a una sfera di libertà talmente intima e personale, sulla quale non si può agire esecutivamente, mentre gli obblighi gravanti sul datore di lavoro non presentano elementi di personalità tali da poter essere inclusi in questa categoria di obbligazioni non accessibile ad alcuno tipo di esecuzione¹³⁸.

La scelta invece del legislatore di generalizzare l'esclusione dall'applicabilità dell'art. 614 *bis* delle controversie di lavoro, non ricomprendendo invece i rapporti obbligatori nei quali il soggetto passivo è il datore di lavoro, è stata ampiamente criticata dalla quasi totalità della dottrina ed è stata anche definita una <<scelta classista>>¹³⁹. In effetti più che una decisione basata su bilanciamenti di interessi

¹³⁷ Si veda a proposito il Progetto di riforma della commissione Tarzia la cui Relazione è pubblicata in *Rivista di diritto processuale*, 1996, pp. 971 e ss. di cui si è già detto al capitolo II paragrafo 5.5, in cui il legislatore nel tentativo di introdurre un sistema di misure coercitive indirette aveva escluso in materia laburistica solo le obbligazioni del lavoratore, e non anche quelle del datore di lavoro.

¹³⁸ Vedi Merlin E. *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibile nella l.69\2009* cit., p. 1556.

¹³⁹ Espressione utilizzata da Proto Pisani A. *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura) in Il Foro Italiano*, 2009, pp. 223

contrapposti, appare una scelta puramente politica¹⁴⁰, la quale tuttavia presenta sotto diversi profili dubbi di compatibilità con il dettato costituzionale¹⁴¹¹⁴² e, in particolarità, con l'art. 3 della Costituzione per disparità di trattamento in mancanza di profili di ragionevolezza che giustificano una tale distinzione.

In primo luogo, tale ingiustificata differenziazione di tutela si rinviene da un'analisi della disciplina laburistica, all'interno della quale per diverse situazioni giuridiche soggettive è prevista la possibilità che venga comminata una misura coercitiva indiretta affinché il datore di lavoro ottemperi a quanto ordinatogli dal giudice, come a esempio gli art. 18 e 28 della legge n. 300 del 1970¹⁴³. All'interno del rapporto di lavoro non solo presenti esclusivamente obblighi di natura patrimoniale in capo al datore di lavoro, ma il lavoratore vanta anche diritti non patrimoniali attinenti alla persona, per la cui attuazione l'esecuzione indiretta risulta lo strumento ideale.

Un'altra disparità di trattamento consiste nel fatto che per i soggetti diversi dal lavoratore, non sussistono limitazioni per quanto riguarda la concessione di

¹⁴⁰ Come sostenuto da Taruffo M. *Note sull'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare* cit., pp. 744 e ss.

¹⁴¹ Vedi in proposito Gambineri B. *Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare* cit., pp. 320 e ss.; Proto Pisani A. *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)* cit., pp. 221 e ss. Amadei D. *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili* cit., pp. 343 e ss.; Mazzamuto S. *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. nella giurisprudenza di cit.*, pp. 652 e ss.; Proto Pisani A. *Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo)* cit., pp. 265; De Angelis L. *La nuova generale misura coercitiva (art. 614 bis c.p.c.) e le controversie di lavoro in Il Foro Italiano*, 2011, pp.18 e ss.; Chiarloni S. *L'esecuzione indiretta ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c.: confini e problemi* cit., pp. 731 e ss.; Taruffo M. *Note sull'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare* cit., pp. 744 e ss.; Mazzamuto S. *L'astreintes all'italiana si rinnova: la riforma della comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. in Europa e diritto privato*, 2016, pp. 36 e ss.; Carratta A. *Tecniche di attuazione dei diritti e principio di effettività* cit., pp. 20 e ss.

¹⁴² Per una delle poche opinioni a sostegno dell'esclusioni delle controversie di lavoro vedi Monteleone G. *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.* cit., pp. 549, in cui l'autore riprende la tradizionale impostazione (superata da tempo) secondo cui solo i diritti assoluti possono essere oggetto della tutela specifica e di conseguenza delle misure coercitive indirette, mentre i diritti di credito, fra i quali rientrerebbe la prestazione lavorativa in quanto ha per fulcro il pagamento del corrispettivo, è riservata la sola espropriazione forzata.

¹⁴³ Per una disamina delle misure coercitive in materia di lavoro in rapporto all'esclusione dell'art. 614 bis vedi De Angelis F. *Obblighi infungibili e misure coercitive: questioni interpretative e soluzioni giurisprudenziali in Rivista dell'esecuzione forzata*, 2015, pp.172 e ss.

provvedimenti ex art. 614 *bis* qualora si ricada all'interno del suo ambito di applicazione, tutela che, come appena visto risulta preclusa al lavoratore¹⁴⁴.

Infine, risulta esservi una irragionevole differenziazione fra lavoratori pubblici e lavoratori privati per l'esecuzione della condanna alla reintegrazione dal lavoratore illegittimamente licenziato. Il dipendente pubblico, infatti, a seguito dell'inadempimento della pubblica amministrazione di un provvedimento passato in giudicato, può azionare un giudizio di ottemperanza affinché l'obbligazione venga eseguita. All'interno di tale giudizio il codice del processo amministrativo ammette a determinate condizioni la concessione di un'*astreinte* nei confronti della pubblica amministrazione, che consiste nel pagamento di una somma di denaro per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione del provvedimento giurisdizionale¹⁴⁵. Tale forma di tutela è preclusa al dipendente privato, il quale non può richiedere l'applicazione dell'art. 614 *bis* per l'esclusione delle controversie di lavoro e deve accontentarsi della tutela offerta dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, che ha sempre creato dubbi e incertezze applicative¹⁴⁶.

¹⁴⁴ In tal senso Taruffo M. *Note sull'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare* cit., pp. 744 e ss.

¹⁴⁵ Per un approfondimento sull'*astreinte* nel processo amministrativo vedi Spadaro N. *Modificabilità dell'astreinte. Un quadro normativo e interpretativo che elide le potenzialità della misura coercitiva in Diritto processuale amministrativo*, 2018, pp. 143 e ss.; Caporale F. *L'astreinte nel processo amministrativo e i modelli di esecuzione del giudicato in Giornale di diritto amministrativo*, 2020, pp. 242 e ss.

¹⁴⁶ Vedi Costantino G. *Tutela di condanna e misure coercitive in Giurisprudenza italiana*, 2014, pp. 737 e ss., di cui si riporta un passo significativo sull'argomento: «Per la realizzazione coattiva del provvedimento di reintegra nel luogo di lavoro, il dipendente pubblico dispone del giudizio di ottemperanza ex art. 112 c.p.a.: «l'azione di ottemperanza può essere proposta per conseguire l'attuazione: [...] c) delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati del giudice ordinario, al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi, per quanto riguarda il caso deciso, al giudicato»; nell'ambito del giudizio di ottemperanza, ai sensi dell'art. 114, comma 2, lett. e), inoltre, è prevista una misura coercitiva, per la quale non sussistono limitazioni: «il giudice ... e) 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».

4.2 La clausola di <<manifesta iniquità>>

Altra limitazione all'ambito di applicazione dell'art. 614 *bis*, interna alla stessa norma e presente sia nella versione del sistema atipico di misure coercitive indirette italiano del 2009 che in quella del 2015, è rappresentata dalla clausola generale di manifesta iniquità, la quale permette al giudice di non concedere lo strumento in discorso.

Tale caratteristica non è stata accolta positivamente¹⁴⁷, in quanto consiste in una formula troppo ampia in cui la discrezionalità del giudice rischia di trasformarsi in arbitrio senza alcuna possibilità di controllo. Questa clausola in effetti va a incidere sull'effettività della tutela dei diritti apportata dall'esecuzione indiretta, in quanto per la sua concessione, essendo essa uno strumento di tutela processuale, il giudice dovrebbe esclusivamente basare la sua valutazione su parametri di legittimità, invece nel caso della manifesta iniquità il legislatore ha aggiunto un criterio equitativo¹⁴⁸, definito in dottrina giudizio di <<equità ostativa>>¹⁴⁹, giacché si aggiunge al parametro positivo e ne limita la portata. Peraltro, la valutazione equitativa porrebbe dei seri dubbi in tutti quei casi in cui l'iniquità della concessione della misura sussiste, ma non può essere considerata manifesta, ipotesi in cui, stando al dato testuale della clausola, non è preclusa l'applicazione del 614 *bis*.

¹⁴⁷ <<Formula infelice>> è stata definita da Siclari R. *Infungibilità: tra il dare e il fare in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2015, p. 607.

¹⁴⁸ A proposito vedi Carratta A. *Tecniche di attuazione dei diritti e principio di effettività* cit., pp. 19 e ss.

¹⁴⁹ Espressione utilizzata da Capponi B. *Ancora su astreintes e condanna civile* cit., p. 580.

Nella vaghezza dell'espressione della norma e nell'incertezza applicativa che ne deriva la dottrina ha proposto diverse possibili interpretazioni per riempire di contenuto una espressione che di per sé ne è priva^{150 151}.

La tesi maggiormente accreditata dalla dottrina, per giunta da sempre avanzata, anche quando nel nostro ordinamento non sussisteva un sistema atipico di misure coercitive indirette e si discuteva in merito alla sua eventuale introduzione e configurazione, è la seguente, L'espressione manifestamente iniquo, che impedisce l'applicazione dell'art. 614 *bis* e l'assistenza dell'esecuzione indiretta al provvedimento di condanna, deve essere fatta coincidere con le obbligazioni che appartengono a una sfera più personale del soggetto obbligato, all'interno della quale non sono ammissibile forme di coercizione della volontà del soggetto, per indurlo a una prestazione, che porterebbe l'obbligato a privarsi di scelte di valori primari, avendo la prestazione stessa un carattere strettamente personale o intellettuale¹⁵².

¹⁵⁰ Invece Chiarloni S. *L'esecuzione indiretta ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c.: confini e problemi* cit., pp. 731 e ss., in cui l'autore precisa come solo la casistica e l'evoluzione giurisprudenziale avrebbero potuto limitare tale eccessiva discrezionalità; secondo Costantino G. *Tutela di condanna e misure coercitive* cit., p. 737 e ss. è invece sufficiente l'obbligo di motivazione che grava sul giudice a scongiurare pericoli di abusi; in senso contrario da Capponi B. *Ancora su astreintes e condanna civile* cit., p. 580 in cui si pone il dubbio se il giudice d'appello possa valutare il giudizio sull'iniquità in assenza di un'apposita motivazione sul punto, questione a cui l'autore risponde positivamente.

¹⁵¹ Per una diversa proposta vedi Montanari M. *Astreintes in sede cautelare ed azione di manutenzione del contratto* cit., pp., 847 e ss., in cui l'autore individua nella clausola di manifesta iniquità il bilanciamento di interessi fra il mantenimento del programma negoziale e la necessità di allocazione efficiente delle risorse, nei casi in cui il creditore ha interesse alla prestazione in forma specifica. Dunque, l'esecuzione indiretta insieme all'azione di manutenzione del contratto mirano a evitare lesioni all'assetto di interessi regolato dal contratto causato dall'inadempimento, ma se dall'applicazione delle misure coercitive ne deriva un'allocazione delle risorse sproporzionata allora interviene la manifesta iniquità, per mezzo della quale il giudice non deve concedere lo strumento di tutela in oggetto.

¹⁵² In tal senso si vedano De Stefano F. *L'esecuzione indiretta: la coercitoria, via italiana alle "astreintes"* cit., p. 1183; Gambineri B. *Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare* cit., p. 323; Merlin E. *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibile nella l.69/2009* cit., pp. 1558; Tommaseo F. *L'esecuzione indiretta e l'art. 614 bis c.p.c.* cit., pp. 273 e ss.; Carratta A. *Tecniche di attuazione dei diritti e principio di effettività* cit., pp. 19 e ss.

4.3 L'esclusione delle condanne al pagamento di una somma di denaro

La novella del 2015, sebbene abbia decisamente ampliato il campo di applicazione delle misure coercitive indirette e generalizzato il ricorso dell'esecuzione indiretta, rendendola esperibile per quasi tutti i provvedimenti di condanna, ha introdotto una nuova limitazione. Essa è ravvisabile nell'espressione presente nel primo comma della disposizione <<Con il provvedimento di condanna all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro il giudice...>>; da ciò si evince senza alcun dubbio che il legislatore ha voluto escludere dall'impiego dello strumento di cui, all'art. 614 *bis*, le condanne il cui oggetto consista nel pagamento di una somma di denaro.

In realtà non si tratta di una vera e propria novità, in quanto l'esecuzione indiretta del 2009, come visto in precedenza, era limitata dal parametro di infungibilità della prestazione e, quindi, le condanne pecuniarie erano state già escluse in principio, essendo queste sempre fungibili e di conseguenza eseguibili per surrogazione in quanto il creditore non ha uno specifico interesse per il quale a pagare deve essere necessariamente il debitore, ben potendo, invece, adempiere un qualsiasi terzo affinché l'interesse del creditore possa essere soddisfatto.

Questa situazione viene a mutare con la modifica del 2015, la quale ha allargato a tutte le tipologie di obbligazioni il ricorso all'esecuzione indiretta e ha aperto al concorso con i procedimenti di esecuzione diretta. Nel nuovo quadro sistematico, dunque, le condanne pecuniarie avrebbero potuto essere assistite dalle misure coercitive indirette se non fosse stato per la dicitura dell'art. 614 *bis*, che rifiuta tale possibilità.

È ora opportuno esaminare le motivazioni che hanno indotto il legislatore a operare tale barriera, al fine poi di valutarne la ragionevolezza.

Sull'applicabilità dell'*astreinte* alle condanne pecuniarie si è avuta una profonda divergenza sia nei sistemi degli ordinamenti stranieri¹⁵³, sia nella nostra dottrina, la quale sul punto si è nettamente divisa. Se infatti molti hanno condiviso la scelta

¹⁵³ Se infatti nel sistema francese l'*astreinte* è applicata ormai da tempo alle condanne pecuniarie, nel Benelux si è espressamente esclusa tale possibilità.

del legislatore di escludere le condanne pecuniarie, altri invece hanno sostenuto che tale limitazione non avrebbe dovuto sussistere.

L'esecuzione indiretta, eccetto quelle obbligazioni strettamente personali che dovrebbero rientrare nella manifesta iniquità, non incontra astrattamente limitazioni, in relazione alle caratteristiche delle obbligazioni oggetto del provvedimento di condanna, nello svolgimento della sua funzione. Dunque, in linea teorica anche qualora la prestazione consista nel pagamento di una somma di denaro, le misure coercitive indirette possono incidere sulla volontà del debitore e indurlo al pagamento di quanto dovuto sotto minaccia di dover corrispondere anche le somme a titolo di *astreinte*, qualora non ottemperi al provvedimento¹⁵⁴. Del resto, il meccanismo rientra nel concorso fra esecuzione diretta ed indiretta, a cui ha aperto la riforma del 2015.

Ma vi è di più. La misura coercitiva pecuniaria, che assiste una condanna a sua volta pecuniaria, non è una fattispecie ignota nel nostro ordinamento. Ci si riferisce all'art 114 cod. proc. amm., il quale espressamente ammette la possibilità nel giudizio di ottemperanza di irrogare delle penalità di mora per l'esecuzione di condanne pecuniarie da parte della pubblica amministrazione¹⁵⁵. Ciò è sintomo del fatto che le misure coercitive indirette non sono incompatibili

¹⁵⁴ In senso favorevole all'applicazione delle misure coercitive indirette alle condanne pecuniarie vedi Zucconi Galli Fonseca E. *Misure coercitive fra condanna e tutela esecutiva in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2014, pp. 397-398; Gambioli I. *Novità in materia di esecuzione forzata (I parte) - le misure coercizione indiretta ex art. 614 bis c.p.c. cit.*, pp. 1264 e ss.; Capponi B. *Ancora su astreintes e condanna civile cit.*, pp. 569 e ss.; Vincre S. *Le misure coercitive ex art. 614bis c.p.c. dopo la riforma del 2015 cit.*, pp. 381 e ss.; Carratta A. *Tecniche di attuazione dei diritti e principio di effettività cit.*, p. 16.

¹⁵⁵ Tale applicabilità è stata dapprima sancita in via giurisprudenziale, vedi a proposito T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-*quater*, 18 ottobre 2013, n. 9028 Patrito P. e Protto M. *Osservatorio del processo amministrativo- Giudizio di ottemperanza e astreinte in Urbanistica e appalti*, 2013, p.1346 e Consiglio di Stato, adunanza plenaria, 26 giugno 2014, n. 15 con commento di Scoca F. G. *Natura e funzione dell'astreinte nel processo amministrativo in Corriere giuridico*, 2014, pp. 1411 e ss. Soltanto successivamente il legislatore è intervenuto a modificare l'art. 114 cod. proc. amm. con l'art. 1 comma 781 della legge n. 208 del 2015, con cui si è inserito alla lettera e) del comma quarto il seguente periodo <<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>>.

con la natura pecuniaria della prestazione, ma sono anche in questo caso applicabili.

Le ragioni che, tuttavia, hanno indotto il legislatore a escludere le condanne pecuniarie si colgono a livello sistematico dal confronto con la disciplina dell'inadempimento dell'obbligazione pecuniaria. In effetti l'art. 17 primo comma del decreto legge n. 132 del 2014, convertito nella legge n.162, ha aggiunto all'art. 1284 cod. civ. i commi quarto e quinto, i quali prevedono che dalla proposizione della domanda giudiziale o del giudizio arbitrale il saggio degli interessi legali sulle somme dovute è pari a quello presente nella legislazione speciale per i ritardi nei pagamenti nelle transazioni commerciali. Un tale incremento degli interessi moratori probabilmente ha causato l'esclusione delle condanne pecuniarie dall'applicazione dell'art. 614 *bis*, in quanto la funzione di induzione al pagamento del debito principale e il compito deflattivo del processo civile, attraverso il tentativo di rendere sconveniente dal punto di vista economico l'inadempimento. Questi strumenti, pur essendo profondamente diversi dall'esecuzione indiretta, ne condividono parzialmente gli scopi e una loro sovrapposizione potrebbe rivelarsi troppo gravosa per il debitore¹⁵⁶¹⁵⁷.

Questa limitazione, dunque, sebbene non sia imposta al legislatore da considerazioni intrinseche al funzionamento del procedimento di esecuzione indiretta, né da parametri caratterizzanti la natura pecuniaria dell'obbligazione, almeno ha a fondamento argomentazioni basate sulla coerenza sistematica dell'ordinamento, diversamente che per le controversie di lavoro, la cui esclusione è del tutto irragionevole. È dunque possibile che il legislatore torni sui suoi passi, ammettendo la praticabilità della via delle misure di coercizione indiretta recanti il pagamento di una somma di denaro; ciò sicuramente aumenterebbe l'effettività di tali tipi di provvedimenti, ma sarebbe opportuno in

¹⁵⁶ Così vedi Siclari R. *Infungibilità: tra il dare e il fare* cit., p. 607; Mazzamuto S. *L'astreintes all'italiana si rinnova: la riforma della comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c.* cit., pp. 42 ss.; Miccolis G. *Prospettive ed evoluzione del processo esecutivo in Italia* in www.judicium.it, n.1\2017.

¹⁵⁷ Per altre argomentazioni vedi sempre Mazzamuto S. *L'astreintes all'italiana si rinnova: la riforma della comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c.* cit., pp. 41 ss., in cui l'autore ritiene che l'esecuzione indiretta mira a orientare il comportamento dell'obbligato, dunque, trova il suo principale campo di applicazione, mentre nelle obbligazioni pecuniarie la condotta <<scolora>> e l'adempimento consiste solo nel conferimento del danaro attraverso l'ordine di pagamento dato alla banca.

tal caso introdurre una disciplina di raccordo con l'art.1284 cod. civ. o altrimenti l'arduo compito di evitare ingiusti arricchimenti del creditore e un'eccessiva depauperazione del patrimonio del debitore, incomberebbe esclusivamente sul giudice, nella sua valutazione in merito alla quantificazione della somma da comminare a titolo di *astreinte*.

5. CONCLUSIONI

Giunti al termine di questa analisi in merito alla disposizione dell'art. 614 *bis*, per come introdotta dall'art. 49 della legge n. 69 del 2009 e modificata dalla legge n. 132 del 2015, che ha convertito con modifiche il decreto legge n. 83 del 2015, è ora opportuno effettuare qualche riflessione di sintesi sugli scopi che essa si era prefissata e sulle conquiste realizzate dalla norma in tema di effettività della tutela giurisdizionale.

In primo luogo, non si può dubitare del fatto che con l'art. 614 *bis* si supera da una prospettiva di diritto positivo e una volta per tutte la correlazione necessaria fra condanna ed esecuzione forzata¹⁵⁸. Dalla lettura combinata della rubrica della disposizione e del testo nella prima delle sue versioni si nota come il legislatore abbia qualificato espressamente <<provvedimento di condanna>>, la pronuncia con cui il giudice ordina il compimento di una prestazione infungibile, di fare o di non fare. Da ciò si evince che la suscettibilità delle situazioni giuridiche soggettive a essere oggetto della tutela di condanna, si svincola in maniera definitiva dalla necessità che il relativo procedimento conduca alla formazione di un titolo esecutivo, il quale poi possa essere eseguito in via diretta secondo i procedimenti previsti dal libro terzo del codice di procedura civile fino alla riforma del 2009.

La tutela di condanna acquisisce lo spazio che le appartiene e, che, per lungo tempo, le è stato negato o comunque concesso col contagocce attraverso la previsione di singole misure coercitive indirette. L'art. 614 *bis* attraverso un

¹⁵⁸ Così Amadei D. *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili* cit., pp. 358 e ss.; si ricordi come la tesi della correlazione necessaria fra condanna ed esecuzione forzata sia stata recentemente riproposta si veda capitolo I par. 3.4.

sistema generale di esecuzione indiretta, prevede la possibilità di poter attuare tutte quelle condanne che abbiano per oggetto prestazioni di fare infungibili o prestazioni di non fare, permettendo in tal modo all'ordinamento di tentare di assicurare in primo luogo la tutela specifica per moltissime obbligazioni a carattere non patrimoniale e non utilizzando la tutela risarcitoria come mezzo per colmare lacune date da defezioni all'interno del novero degli strumenti di tutela giurisdizionale. Con tale riforma trovano finalmente possibilità di attuazione le condanne inibitorie, ossia le condanne il cui oggetto consista in un obbligo di astensione rivolto al futuro, le quali spesso costituiscono diritti di natura non patrimoniale e di rango costituzionale (ad esempio i diritti della personalità)¹⁵⁹.

È dunque innegabile che in ordine all'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti la novella del 2009 ha operato una svolta, ampliando e generalizzando il novero delle situazioni giuridiche soggettive che possono rappresentare l'oggetto della tutela di condanna, ma il principale *punctum dolens* della prima versione dell'art. 614 *bis* è rappresentato dall'approccio avuto nei confronti dello strumento dell'esecuzione indiretta. Se è vero, come è vero, che la disposizione in commento rappresenta una svolta per l'effettività della tutela di condanna, tuttavia il legislatore non ha voluto sfruttare a pieno le potenzialità dell'esecuzione indiretta. Non può sottovalutarsi, infatti, la dicitura della rubrica e l'espresso richiamo alla infungibilità delle obbligazioni, che si rappresenta il terreno in cui

¹⁵⁹ Sul rapporto fra inibitoria e art. 614 *bis* vedi Nardo G. N. *Riflessioni sull'azione inibitoria in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2016, pp. 1371 e ss.; ma soprattutto Mazzamuto S. *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito* cit., pp. 640 e 614, in cui l'autore sostiene che la norma in commento possa costituire il fondamento positivo almeno per una cosiddetta inibitoria "contrattuale" generale, cioè applicabile a tutte le obbligazioni. Così si esprime: «È grazie all'art. 614 *bis* c.p.c., dunque, che l'inibitoria in materia di obbligazione conserva la sua corretta fisionomia di tutela preventiva collegata ad un divieto di azione tale da giustificare quel sacrificio della libertà individuale in cui essa si traduce e trova la sua legittimazione di diritto positivo, malgrado l'esclusiva attuabilità in sede giudiziaria e sul presupposto di un provvedimento di condanna già emesso.»; vedi anche Frenza D. M. *Appunti per una teoria dell'inibitoria come forma di tutela preventiva dell'inadempimento in Europa e diritto privato*, 2016, pp. 774 e ss., in cui si sostiene che la massima funzione preventiva in ambito contrattuale potrebbe svolgersi in un momento antecedente l'inadempimento, ma attraverso l'art. 614 *bis* quando il debitore abbia posto in essere determinate condotte le quali potranno poi impedire la prestazione specifica, in modo tale da indirizzare la condotta stessa del debitore durante la fase di esecuzione del rapporto contrattuale; nello stesso senso si veda anche Albanese A. *La tutela preventiva del credito: dall'azione inibitoria all'adempimento coattivo degli obblighi integrativi e strumentali in Europa e diritto privato*, 2018, pp. 367 e ss.

l'esecuzione indiretta è l'unica via percorribile, ma questa non è ontologicamente limitata a tale ambito di applicazione.

Le misure coercitive indirette possono svolgere la loro funzione compulsoria anche quando ci si trovi davanti a un'obbligazione suscettibile di esecuzione diretta, anzi in questi casi la minaccia del pagamento di una somma di denaro per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione della prestazione può indurre il debitore ad adempiere ed evitare le spese e i tempi necessari per portare a compimento l'esecuzione per surrogazione da parte dell'ufficio esecutivo.

Un'ulteriore svolta è stata compiuta con la riforma del 2015 che, rendendo pressoché illimitato l'ambito di applicazione delle misure coercitive indirette, ha reso l'art. 614 *bis* un vero e proprio strumento generale di tutela dei diritti e non più la mera alternativa ai procedimenti di esecuzione forzata.

La generalizzazione di tale rimedio consente di aumentare l'effettività della tutela giurisdizionale attraverso una maggiore tensione verso l'adempimento specifico, il quale viene ancora preferito alla tutela risarcitoria. In più, viene elevata l'effettività della tutela di condanna, in quanto anche i provvedimenti eseguibili in via diretta possono essere assistiti dalle misure compulsorie, di modo che l'obbligato è spinto anche in queste ipotesi verso l'adempimento spontaneo così che, qualora questo si realizzi, possa essere evitato il processo esecutivo diretto ed alleggerito nel complesso il carico degli uffici giudiziari. Ulteriore conseguenza dell'ambito di applicazione delineato dalla riforma del 2015 è l'apertura alla contemporanea esperibilità del procedimento di esecuzione diretta in forma specifica e del procedimento dell'esecuzione indiretta, il quale nel caso di successiva inottemperanza al provvedimento, si tradurrà in un processo di espropriazione per riscuotere le somme maturate a titolo di *astreinte*. Nota dolente consiste nel non aver disciplinato la realizzazione del cumulo, creando molte incertezze di carattere applicativo.

Entrambe le novelle presentano delle limitazioni all'applicabilità dell'art. 614 *bis*, che ne riducono le potenzialità e l'esperibilità e che, peraltro, non sono legate esigenze di carattere generale, ma a opinabili bilanciamenti di interessi, che terminano sempre a scapito dell'esecuzione indiretta e di conseguenza all'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti.

L'unico limite, che può essere ravvisato nelle misure coercitive indirette, consiste in quella gamma di obblighi talmente personali sui quali non può agire alcun tipo di esecuzione. Nel testo dell'art. 614 *bis* di tali obblighi non si fa menzione, ma, come visto, possono essere ricondotti alla clausola di iniquità prevista dal primo comma e dunque viene affidata al giudice tale valutazione, in quanto essa appare l'unica motivazione coerente per dare concretezza a una espressione, la cui vaghezza potrebbe invece portare all'esclusione dell'esecuzione indiretta per una qualsiasi motivazione.

Risulta invece priva di giustificazione l'esclusione dall'ambito di applicazione di tale sistema di misure coercitive indirette l'esclusione *tout court* delle controversie di lavoro, in quanto in questa materia spesso sono previste tipici modelli di esecuzione indirette (come gli art. 18 e 28 dello Statuto del lavoratori) e in più risultano privi di tutela una serie di diritti dei lavoratori, che corrispondono a contrapposti obblighi del datore di lavoro, spesso anche infungibili, che non appartengono a una sfera personale. In più vi è una evidente disparità di trattamento fra lavoratori pubblici, che nel giudizio di ottemperanza nei confronti della pubblica amministrazione, hanno a disposizione l'art 114 cod. proc. amm. e i lavoratori privati che restano sforniti di una tecnica generale di esecuzione indiretta dei diritti. Per tali motivazioni non si giustifica la esclusione delle situazioni giuridiche soggettive nascenti dal rapporto di lavoro dall'ambito di applicazione dell'art. 614 *bis*.

Discorso a parte merita l'esclusione delle condanne al pagamento di una somma di denaro, in cui si vuole evitare di aggravare eccessivamente la posizione debitoria, a fronte della riforma degli interessi moratori, tenendo presente che tuttavia le misure coercitive indirette non sono logicamente incompatibili con le prestazioni pecuniarie, come dimostrato dal sistema dell'*astreinte* francese e dal nostro codice del processo amministrativo, che prima in via giurisprudenziale e poi in via positiva, ha riconosciuto la possibilità che possano venire irrogate le misure coercitive indirette per le condanne pecuniarie nei confronti della pubblica amministrazione.

In conclusione, il percorso italiano dell'esecuzione indiretta iniziato ormai un po' di anni fa, trova le sue due fondamentali tappe nelle riforme del 2009 e del 2015,

che hanno rispettivamente introdotto e riformato l'art. 614 *bis*. Tale percorso, tuttavia, non è terminato a fronte delle diverse e dubbie limitazioni sostanziali ancora presenti che riducono la portata e ne inficiano l'effettività.

SEZIONE II: LE QUESTIONI ANCORA IRRISOLTE IN MERITO ALL'ART. 614 *BIS*

1. PREMESSA

Se l'oggetto dell'analisi fino a questo momento è stata l'evoluzione normativa in merito alla tutela offerta dal legislatore con un sistema atipico di esecuzione indiretta alle situazioni giuridiche sostanziali, alla luce dei risultati raggiunti in termini di effettività della tutela giurisdizionale e dei limiti ancora sussistenti per la configurazione dell'art. 614 *bis*, è opportuno esaminare ora altri profili inerenti alla norma in discorso.

Risultano infatti ancora parecchie questioni irrisolte su cui dottrina e giurisprudenza hanno tentato di fornire adeguate soluzioni. Ci si riferisce in particolar modo agli aspetti procedurali dell'esecuzione indiretta, alla natura delle misure coercitive e infine al rapporto dell'art. 614 *bis* con altri istituti del nostro ordinamento e in particolare con l'art. 2932 cod. civ. e con la tutela costitutiva in generale.

Questi aspetti, come si vedrà, per ragioni diverse e secondo aspetti diversi incidono tutti sul rapporto fra l'esecuzione indiretta e l'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti, la quale resta sempre la linea guida dell'analisi che si sta conducendo.

2. I PROFILI PROCEDIMENTALI

Per quanto riguarda l'aspetto procedimentale inerenti alla richiesta e alla concessione delle misure coercitive indirette previste dall'art. 614 *bis*, è fuori ogni tipo di dubbio che il nostro legislatore si sia rifatto al modello francese, i rimandi infatti sono diversi e disparati, ma altrettante sono le divergenze fra i due sistemi. È opportuno evidenziare che tutte le problematiche legate alle modalità di realizzazione del procedimento di esecuzione indiretta si erano già presentate in seguito alla riforma del 2009 e che, nonostante siano state oggetto di ampi dibattiti e di incerte applicazioni giurisprudenziale, sono state totalmente trascurate dal legislatore del 2015. In effetti confrontando i testi delle due disposizioni si può notare come le uniche modifiche intervenute sono quelle riguardanti l'ambito di applicazione sostanziale¹⁶⁰, ma per un'effettiva tutela

¹⁶⁰ Si riportano i testi dell'art. 614 *bis* del 2009 e del 2015.

<< Con il provvedimento di condanna il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, 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 e privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409.

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

<< 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 e privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409.

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

giurisdizionale dei diritti è necessario predisporre procedure adeguate e funzionali al rimedio di tutela.

2.1 Il provvedimento di condanna

Le misure coercitive indirette sono condanne al pagamento di una somma di denaro per il caso in cui un soggetto non adempia quanto statuito da un provvedimento giurisdizionale. Esse sono, dunque, uno strumento di attuazione di tali provvedimenti e di conseguenza sono condanne accessorie, in quanto hanno sempre quale presupposto e fondamento, un altro provvedimento giurisdizionale. La domanda che ci si pone è: quali tipologie di pronunce del giudice possono essere assistite e attuate mediante le misure coercitive indirette di cui all'art. 614 *bis*?

La risposta a tale domanda è contenuta nel primo comma dell'articolo e più precisamente nell'espressione <<Con il provvedimento di condanna>>. Questa formula appare omnicomprensiva, ma ha generato non pochi dubbi in merito a quali provvedimenti in concreto potesse affiancarsi il procedimento di esecuzione indiretta.

Sicuramente rientrano in questa categoria le sentenze di merito a fare infungibili o a non fare, le quali erano il principale campo elettivo della norma nella versione del 2009, mentre con la modifica del 2015 è venuto meno il presupposto dell'infungibilità della prestazione e, di conseguenza, è stata resa passibile di esecuzione indiretta qualsiasi sentenza di condanna.

Le questioni più complesse attengono al fatto se nell'espressione <<provvedimento di condanna>> possano essere ricompresi tipologie di pronunce diverse dalla sentenza. Per quanto riguarda la tutela cautelare e i relativi provvedimenti non dovrebbero sussistere ostacoli in ordine all'applicazione dell'art. 614 *bis* a tale forma di tutela, in quanto non sussiste una relazione fra esecuzione e giudicato¹⁶¹. Oltre, infatti alla generalità della

¹⁶¹ In tal senso vedi De Stefano F. *L'esecuzione indiretta: la coercitoria, via italiana alle "astreintes"* cit., p. 1184; Proto Pisani A. *Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo)*

formulazione della norma, a sostegno di tale impostazione si è sostenuto che l'art. 669 *duodecies* cod. proc. civ. in primo luogo presenta la generica rubrica <<Attuazione>>, idonea a ricomprendere le misure coercitive indirette e inoltre afferma che per l'attuazione delle misure cautelari aventi ad oggetto obblighi di consegna, rilascio, fare o non fare il giudice <<determina le modalità di attuazione e dà gli opportuni provvedimenti>>. L'estensione di tale espressione consente l'utilizzo da parte del giudice delle modalità previste dai procedimenti di esecuzione forzata ex art. 605 e ss. e 612 e ss. cod. proc. proc., dunque deve riconoscersi per gli obblighi di fare infungibili e di non fare la possibilità di utilizzare il procedimento previsto dall'art. 614 *bis*¹⁶². Peraltro, sarebbe irragionevole non consentire l'esecuzione indiretta per i provvedimenti cautelari anticipatori, i quali possono ben possono contenere gli stessi effetti di una domanda proposta in un giudizio a cognizione, quindi anche una domanda di condanna, e in più avendo strumentalità attenuata rispetto alla causa nel merito sono da quest'ultima indipendenti¹⁶³.

Questione molto più dibattuta interessa la possibilità che lo strumento ex art. 614 *bis* possa assistere un lodo arbitrale, se, quindi gli arbitri dispongono o no del potere di comminare misure coercitive indirette insieme alla loro pronuncia, ovviamente quando l'oggetto della controversia sia un'obbligazione diversa dal pagamento di una somma di denaro¹⁶⁴. A sostegno della possibilità che il lodo

cit., p. 265; Chiarloni S. *L'esecuzione indiretta ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c.: confini e problemi* cit., pp. 731 e ss.; Tommaseo F. *L'esecuzione indiretta e l'art. 614 bis c.p.c.* cit., pp. 275 e ss.; Ventura N. *La misura coercitiva di cui all'art. 614 bis c.p.c. e l'esecuzione dell'obbligo di contrarre in Giurisprudenza italiana*, 2014, pp. 767 e ss.;

¹⁶² Così Amadei D. *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili* cit., pp. 352 e ss.; Mazzamuto S. *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito* cit., pp. 641-642.

¹⁶³ Vedi ancora per l'ammissibilità delle misure coercitive indirette nella tutela cautelare Recchioni S. *L'attuazione forzata indiretta dei comandi cautelari ex art 614 bis c.p.c.* in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2014, pp. 1477 e ss.; Frus G. *L'attuazione dei provvedimenti d'urgenza con le misure ex art. 614 c.p.c.* in *Giurisprudenza italiana*, 2015, pp. 2382 e ss.; Gambioli I. *Novità in materia di esecuzione forzata (I parte) - le misure coercizione indiretta ex art. 614 bis c.p.c.* cit., pp. 1264 e ss.; Mondini A. *Note su rimedi e controllo della misura coercitiva ex art. 614 bis c.p.c. concessa con ordinanza cautelare (nota a Tribunale di Genova sentenza 16-11-2015)*, in *Il Foro italiano*, 2016, pp.1053 e ss.; Montanari M. *Astreintes in sede cautelare ed azione di manutenzione del contratto* cit., pp. 841 e ss.; Vincre S. *Le misure coercitive ex art. 614bis c.p.c. dopo la riforma del 2015* cit., pp. 377 e ss.; Luiso F. *Il processo esecutivo*, Milano, 2019, pp. 250 e ss.

¹⁶⁴ In senso contrario vedi Chiarloni S. *L'esecuzione indiretta ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c.: confini e problemi* cit., pp. 731 e ss., secondo cui non può essere concessa la misura perché il

sia assistito dalle misure coercitive indirette si è sostenuto che le tendenze legislative recenti muovono nel senso di equiparare il più possibile la tutela giurisdizionale a quella arbitrale. Gli arbitri, tuttavia, sono sforniti di poteri esecutivi, ma, dato che lo strumento in esame non è uno strumento esecutivo, essendo il relativo potere di concessione affidato al giudice della cognizione e non a quello dell'esecuzione, ma ha soltanto una funzione esecutiva, appartiene a tutte quelle misure processuali che rientrano nei poteri degli arbitri¹⁶⁵. Se dunque è possibile che il lodo arbitrale, sussistendo tutti i requisiti richiesti dall'art. 614 *bis*, possa giovare del procedimento di esecuzione indiretta per l'attuazione del diritto in esso contenuto, è opportuno precisare sia che le parti nell'accordo compromissorio possono escludere la possibilità di utilizzare il rimedio di cui all'art. 614 *bis*, secondariamente per l'esecutività del lodo sarà comunque necessario instaurare il procedimento di *exequatur* di cui all'art. 825 cod. proc. civ. In tale procedimento è previsto il controllo del giudice in merito alla regolarità formale del lodo, all'interno della quale possono rientrare le valutazioni in merito ai parametri di legittimità per la concessione delle misure coercitive indirette.

Il termine <<provvedimento>> induce a ritenere, inoltre, che il legislatore avesse voluto escludere dall'ambito di applicazione dell'istituto tutti i titoli esecutivi non giudiziali, come ad esempio il verbale di conciliazione¹⁶⁶.

tribunale in sede di omologazione del lodo accerta solo la regolarità formale del lodo senza entrare nel merito e quindi non potrebbe valutare, per esempio, il parametro della manifesta iniquità della misura, tuttavia tale deficit di difesa potrebbe essere evitato qualora le parti prevedano nel compromesso o nella clausola compromissoria le parti abbiano previsto che il lodo sia impugnabile anche per violazione di norme di diritto, sul punto vedi Amadei D. *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili* cit., pp. 351 nota 15; .; Luiso F. *Il processo esecutivo* cit., pp. 250 e ss., secondo cui la funzione esecutiva dello strumento in discorso preclude agli arbitri il potere di concedere provvedimenti del genere.

¹⁶⁵ Così Gambioli I. *Novità in materia di esecuzione forzata (I parte) - le misure coercizione indiretta ex art. 614 bis c.p.c.cit.*, pp. 1264 e ss; in senso favorevole vedi anche Besso C. *L'art. 614 bis e l'arbitrato in Giurisprudenza italiana*, 2014, pp. 763 e ss., in cui si sostiene che gli arbitri possano concedere provvedimenti ex art. 614 *bis* in quanto appartengono alla categoria dell'*imperium mixtum*, cioè una zona di confine fra la *iurisdictio* (potere di decidere la controversia) e *imperium merum* (poteri coercitivi), in cui rientrano tutti quei poteri che non sono *iurisdictio*, ma che sono talmente collegati ad essa che senza questi non si potrebbe arrivare a una decisione.

¹⁶⁶ Vedi Merlin E. *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibile nella l.69/2009* cit., pp.1548; Luiso F. *Il processo esecutivo* cit., pp. 250 e ss.; per la tesi opposta vedi Gambioli I. *Novità in materia di esecuzione forzata (I parte) - le misure coercizione indiretta ex art. 614 bis c.p.c. cit.*, pp. 1264 e ss., in cui l'autore sostiene che si applica l'art. 614 *bis* al verbale di conciliazione, pur riconoscendo che esso non abbia un carattere provvedimentale, ma in virtù del fatto che essendo ammesso che il verbale di conciliazione dia

2.2 La richiesta di parte

Fissati, seppur con qualche incertezza, quali sono i provvedimenti di condanna che possono beneficiare dell'assistenza delle misure coercitive indirette previste dall'art. 614 *bis*, è il momento di passare all'analisi della concessione dell'istituto.

La norma prevede, in primo luogo, nel primo comma, come presupposto necessario per l'applicazione, la richiesta di parte e, dunque, si elimina la possibilità di ricondurre la concessione dell'*astreinte* italiano ai poteri officiosi del giudice. Ciò da un lato esalta la funzione privatistica dell'istituto, in quanto è elemento che conferma che è stato posto in primo piano nella scala degli interessi tutelati dall'istituto, il bene adempimento specifico dell'obbligazione e, solo in secondo piano, la protezione dell'effettività del provvedimento giurisdizionale. D'altro canto, è opportuno rilevare come tuttavia un potere officioso del giudice in tal senso avrebbe garantito una maggiore applicazione dell'istituto, soprattutto quando oggetto del giudizio sia un interesse non patrimoniale di rango costituzionale, il quale senza l'istanza della parte potrebbe rimanere privo della tutela di cui all'art. 614 *bis*.

Dal testo della norma di evince anche la sede dove deve essere proposta tale istanza, se infatti la misura deve essere fissata <<con il provvedimento di condanna>>, deve necessariamente essere proposta all'interno del giudizio di cognizione e prima che sia intervenuta la condanna. Ne deriva l'impossibilità che l'applicazione del provvedimento di condanna venga richiesta direttamente nel processo esecutivo o comunque successivamente alla venuta a esistenza del provvedimento condannatorio. In altri termini si esclude la proposizione in via autonoma di una domanda avente per oggetto la concessione di un provvedimento *ex art. 614 bis*¹⁶⁷.

luogo a un procedimento di esecuzione forzata *ex art. 612 cod. proc. civ.*, ritenuta misura esecutiva più incisiva dell'esecuzione indiretta.

¹⁶⁷ Per una critica vedi Carratta A. *Tecniche di attuazione dei diritti e principio di effettività* cit., pp. 18 e ss.; ma in proposito vedi Cardinale P. *Nota a ordinanza Tribunale di Belluno ordinanza 02-05-2019* in *Il Foro italiano*, 2019, p. 4120, in cui è stata ammessa una domanda autonoma di *astreinte*, sulla base di una condanna pronunciata in un altro processo.

Una volta determinata la sede in cui deve essere proposta l'istanza bisogna soffermarsi sul suo contenuto, ossia se costituisca una domanda di merito o di rito, poiché da ciò dipendono i tempi processuali entro cui deve essere proposta.

È stato in proposito sostenuto che la richiesta delle misure coercitive indirette ex art. 614 *bis* costituisca una modifica della domanda iniziale già proposta e, dunque, da effettuarsi secondo il dettato dell'art. 183 cod. proc. civ., in quanto necessiterebbe di un'apposita attività istruttoria¹⁶⁸. Questa giustificazione poteva trovare ragione sotto la vigenza della norma del 2009 in cui era necessario indagare sulla infungibilità dell'obbligazione, ma tale necessità è venuta meno nel 2015, in cui le uniche verifiche da fare per la concessione dell'esecuzione indiretta risultano meno complesse rispetto a quella sulla fungibilità o infungibilità della prestazione e consistono nell'accertarsi che non si tratti di obbligazioni pecuniarie o vertenti rapporti di lavoro o strettamente personali e quindi manifestamente inique.

È stato anche sostenuto che l'art. 614 *bis* sia una domanda nel merito vera e propria contenente il diritto di credito corrispondente alle somme oggetto della misura coercitiva indiretta e, quindi, da proporsi negli atti introduttivi del processo, essendo ciò successivamente precluso¹⁶⁹.

In realtà la norma in discorso contiene la richiesta di un provvedimento di natura processuale, in quanto la concessione della misura non coinvolge l'accertamento di situazioni giuridiche, ma soltanto il *modus* di attuazione del provvedimento di condanna e dunque non operano le preclusioni in merito alla formazione del *thema decidendum*, potendosi dunque presentare tale richiesta anche in sede di precisazione delle conclusioni¹⁷⁰. Dunque, anche in merito a questo punto il

¹⁶⁸ Così Merlin E. *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibile nella l.69/2009* cit., pp.1549.

¹⁶⁹ Vedi Amadei D. *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili* cit., p. 348.

¹⁷⁰ In tal senso vedi Bove M. *La misura coercitiva di cui all'art. 614bis c.p.c.* cit., p. 788; Proto Pisani A. *Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo)* cit., pp. 265 e 266; Tommaseo F. *L' esecuzione indiretta e l'art. 614 bis c.p.c.* cit., pp. 278 e 279; Vallone G. *Le misure coercitive prima e dopo la riforma dell'art. 614bis c.p.c. (legge 6 agosto 2015. N. 132 di conversione del d.l. 27 giugno 2015, n.83)* cit., p. 41; Luiso F. *Il processo esecutivo* cit., p. 249

legislatore avrebbe dovuto delineare in maniera più completa l'iter procedimentale con cui inizia l'esecuzione indiretta, ossia la richiesta del titolare della situazione giuridica soggettiva, mentre sarebbe stato opportuno se non generalizzare quantomeno prevedere ipotesi di poteri d'ufficio del giudice.

2.3 La qualità di titolo esecutivo e la liquidazione della misura

Come anticipato, la sanzione, che la novella del 2009 ha introdotto al fine di incidere sulla volontà del debitore ed indurlo ad adempiere le obbligazioni infungibili, che non sono passibili di esecuzione forzata, e che la riforma del 2015 ha allargato a qualsiasi obbligazione oggetto della condanna, consiste in una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza o per ogni giorno di ritardo nell'ottemperanza al provvedimento. Tale somma di denaro, sebbene non sia specificato dalla norma, è dovuta al creditore e ciò si desume dalla concezione strettamente privatistica, attribuita dal legislatore all'esecuzione indiretta.

All'ordine del pagamento di tali somme è espressamente attribuita la qualità di titolo esecutivo, cosicché, qualora il debitore sia così ostinato da non adempiere al provvedimento del giudice, nonostante tale minaccia, il creditore potrà agire attraverso un normale procedimento di espropriazione forzata per la riscossione di quanto dovutogli a titolo di misura coercitiva. L'assetto procedimentale configurato dall'art. 614 *bis* si arresta a questo punto e non va oltre, andando a creare un vuoto su cui si è ampiamente dibattuto. A tal proposito si ricorda che nel sistema dell'*astreinte* francese, è previsto un procedimento *ad hoc* per la liquidazione in concreto delle somme previste dal primo provvedimento. Per tale ragione è definito modello "bifasico", in quanto alla fase della concessione, dopo l'inottemperanza al provvedimento, segue davanti al giudice una fase successiva in cui si accerta l'entità della violazione e si determina in concreto la somma dovuta.

Il nostro legislatore ha optato invece per un sistema monofasico, limitandosi ad attribuire la qualità di titolo esecutivo alla condanna di cui all'art. 614 *bis*, proseguendo la linea di pensiero che ha dominato la maggior parte del percorso

italiano che ha condotto all' introduzione della esecuzione indiretta, il quale non si è mai occupato della fase di liquidazione della pena pecuniaria, se non in rare occasioni come nel progetto di riforma di Carnelutti del 1926.

Da ciò deriva un sistema procedimentale poco funzionale, che finisce per spostare il problema della quantificazione dal processo di cognizione a quello di esecuzione, andandolo ad appesantire. Il creditore, infatti, una volta ottenuto il provvedimento di condanna, assistito dalla misura coercitiva pecuniaria, potrà intraprendere l'espropriazione forzata specificando nel precetto ciò che è astrattamente contenuto nel provvedimento del giudice, ossia il numero delle violazioni o delle inosservanze del provvedimento e contestualmente l'ammontare della somma dovuta. Ci si trova, dunque, innanzi a un'autoliquidazione del creditore all'interno dell'atto di precetto, la quale sfugge a ogni controllo e svolge una funzione di *provocatio ad opponendum*, in quanto il debitore, se vuole contestare quanto affermato dal creditore, altro strumento non ha se non l'opposizione a precetto ex art. 615 cod. proc. civ. primo comma¹⁷¹.

Il procedimento così delineato è stato completamente trascurato da una piccola parte della giurisprudenza, in particolare l'ordinanza 2 febbraio del 2017 pronunciata dal tribunale di Roma¹⁷², della quale si riporta un saliente passo: <<Non può disporsi la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo rappresentato da un'ordinanza cautelare comminatoria di *astreintes* in sede di opposizione a precetto, là dove venga in considerazione non la validità del titolo ma la nullità del precetto per carenza del requisito della liquidità, in quanto non preceduto da un giudizio di accertamento delle violazioni allegate e del quantum conseguentemente dovuto>>. Secondo tale pronuncia il creditore non potrebbe agire direttamente per l'espropriazione delle somme maturate a titolo di misura

¹⁷¹ Ovviamente non sono mancate le critiche nei confronti di un procedimento di tal genere, vedi per tutti Proto Pisani A. *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)* cit., 2009, p. 223, in cui l'autore afferma che si disattende il requisito di liquidità del titolo esecutivo, in quanto tale qualità viene attribuita al provvedimento per ogni violazione o inosservanza prima che tali situazioni siano venute a esistenza.

¹⁷² Presente in ww.judicium.it 2017, con nota critica di Corea U. *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 senso contrario all'ordinanza vedi anche Capponi B. *Ancora su astreintes e condanna civile* cit., pp. 569 e ss.

coercitiva indiretta per mancanza del requisito di liquidità del precetto, ma dovrebbe prima introdurre un giudizio di cognizione per l'accertamento dell'inadempimento e della quantificazione delle somme. Se l'art. 614 *bis* fosse interpretato in tal modo, verrebbe del tutto trascurata e abrogata l'attribuzione della qualità di titolo esecutivo del provvedimento, espressione che invece deve essere tenuta in massima considerazione. L'ordinanza, inoltre, opera una dubbia collocazione del requisito della liquidità, il quale non interessa il precetto ma il titolo esecutivo, essendo uno dei requisiti previsti dall'art. 474 cod. proc. civ. per il diritto in esso contenuto¹⁷³.

Non si pensi che la soluzione prevista dal legislatore sia la migliore possibile, ma la qualità di titolo esecutivo impone di prevedere la possibilità per il creditore di agire *in executivis* direttamente con il provvedimento di cui all'art. 614 *bis*¹⁷⁴. Di certo sarebbe stato preferibile la previsione, come avviene nel sistema francese, di un apposito procedimento semplificato e non di un ulteriore giudizio a cognizione piena per la quantificazione delle somme costituenti la misura coercitiva indiretta. *De iure condito*, non può abrogarsi in via interpretativa la qualità di titolo esecutivo e bisogna specificare nel precetto l'importo complessivamente dovuto, che può essere contestato dal debitore con l'opposizione di cui all'art. 615 cod. proc. civ.

¹⁷³ Sul requisito della liquidità del titolo esecutivo vedi la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 11067\2012 la quale ha aperto a un'integrazione del titolo con elementi esterni allo stesso, se previsti da atti del giudizio. Sulla questione si è pronunciata nuovamente la Cassazione sezione III 1027\2013, in cui è stato precisato che per l'eterointegrazione del titolo si deve trattare di questioni già affrontate nel corso del processo e la soluzione deve essere <<sufficientemente univoca e possibile senza autentiche attività cognitive o integrative, da espletarsi ex novo>>. In proposito si vedano anche Vaccarella R. *Eterointegrazione del titolo e ragionevole durata del processo (nota a sentenza Corte di Cassazione, Sez. III, 17 gennaio 2013, n. 1027) in Rivista dell'esecuzione forzata*, 2013, pp. 137 e ss.; Capponi B. *Manuale di diritto dell'esecuzione civile* cit., p. 182.

¹⁷⁴ Sul momento in cui prende vita l'esecutività del provvedimento vedi Vincre S. *Le misure coercitive ex art. 614bis c.p.c. dopo la riforma del 2015* cit., pp. 384-385, in cui si sostiene che seguire sempre l'art.282 cod. proc. civ. potrebbe creare delle conseguenze inique e propone invece la seguente teoria: <<Può quindi essere opportuno o addirittura necessario, secondo la diversa tipologia di obbligo in questione e secondo il caso specifico, fissare un termine di decorrenza degli effetti della misura coercitiva, se esso non sia già fissato con riguardo all'obbligo «principale» (come prevede ad es. art. 605, 2° comma, c.p.c.), così da concedere alla parte obbligata un termine «di grazia», funzionale all'adempimento spontaneo, così come si ritiene possibile, ad esempio, nell'ordinamento francese e si prevede espressamente in quello belga. Pur nel silenzio della norma, una soluzione a tale problema si può trovare, peraltro, grazie all'art. 1183 c.c.: il giudice, come dispone questa norma, ha il potere di fissare un termine per l'adempimento di un'obbligazione, ove ciò non sia stato previsto dalle parti *ab origine*.>>

Si è già anticipato la scarsa funzionalità di un procedimento così delineato, è opportuno analizzarne le motivazioni.

Un primo problema consiste nella ripartizione dell'onere probatorio nel giudizio di opposizione. Infatti, se si dovesse ritenere applicabile a tale situazione l'indirizzo giurisprudenziale ormai consolidato da tempo in materia contrattuale, secondo cui è il debitore a dover provare l'intervenuto adempimento, potendosi il creditore limitare ad allegare l'inadempimento, il diritto di difesa del soggetto obbligato sarebbe non poco compromesso, in particolare quando il diritto dedotto in giudizio consista in un obbligo di non fare in quanto graverebbe sul debitore l'onere di non aver mai posto in essere una condotta positiva, lesiva di un obbligo di astensione, dunque dovrebbe dare la prova di un fatto negativo¹⁷⁵. Tale indirizzo non può condividersi, non si può consentire al creditore di agire sulla base di un titolo che presenta carenze in ordine al requisito di liquidità, che vengono colmate attraverso l'autoliquidazione nel precetto e di avere anche il vantaggio che l'onere probatorio nel giudizio di opposizione gravi sul debitore, il quale per giunta quasi mai potrebbe assolverlo, potendosi trattare di un fatto negativo. Sarebbe meglio, invece, ripartire la prova secondo il principio di vicinanza, e dunque è il creditore a dover allegare fatti idonei a comprovare le dichiarazioni effettuate nel precetto.

Altra problematica risulta dalla possibilità di esecuzione in ordinamenti esteri dell'art. 614 *bis*, in quanto l'art. 55 del regolamento 1215 del 2012 dispone che <<Le decisioni emesse in uno Stato membro che dispongono una penalità sono esecutive nello Stato membro richiesto solo se l'ammontare di quest'ultima è stato definitivamente fissato dall'autorità giurisdizionale di origine>>¹⁷⁶. Il sistema

¹⁷⁵ Nel senso di applicabilità di tale orientamento giurisprudenziale vedi Tommaseo F. *L' esecuzione indiretta e l'art. 614 bis c.p.c.* cit., p. 283; in senso contrario vedi Merlin E. *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibile nella l.69\2009* cit., p.1552, di cui si riporta il seguente passaggio:<< Mi sembra piuttosto ragionevole muoversi in linea generale con criteri pragmatici e semplificatori. Tale mi sembra anzitutto quello insito nel rispetto del principio *negativa non sunt probanda*. Questo assicurerebbe almeno che l'onere sia effettivamente distribuito fra le parti e non sempre unilateralmente gravante sull'una o l'altra di esse e poi eviterebbe che l'una o l'altra possa mai trovarsi nella difficile situazione di dover dare la prova di fatti negativi, cioè dell'inesistenza di un fatto storico>>, invece Bove M. *La misura coercitiva di cui all'art. 614bis c.p.c.* cit., pp. 791 e ss. in cui l'autore sostiene che l'onere probatorio gravi sul creditore in quanto l'esecuzione stessa viene azionata in base alle sue sole dichiarazioni; vedi anche Luiso F. *Il processo esecutivo* cit., pp. 254 e ss.

¹⁷⁶ Vedi in proposito Vincre S. *Le misure coercitive ex art. 614bis c.p.c. dopo la riforma del 2015* cit., p. 389; e in materia di circolazione dell'*astreinte* in Europa vedi Nisi N. *L'esecuzione*

italiano basato sull'autoliquidazione nell'atto di precetto impedisce che sia il giudice a fissare, almeno in un primo momento, l'ammontare delle somme e ciò ne rende difficoltoso la circolazione nello spazio giuridico europeo.

Sulla base della configurazione processuale dell'esecuzione indiretta disciplinata dall'art. 614 *bis* si è tentato di collocare sistematicamente tale istituto all'interno delle categorie della condanna in futuro¹⁷⁷ e della condanna condizionata¹⁷⁸, infatti per il fatto che viene considerato come titolo esecutivo un provvedimento prima che si sia verificato l'inadempimento, il quale rappresenta la condizione per il riconoscimento di tale qualità, in quanto evento futuro e incerto, porta a ritenere che il provvedimento *ex art. 614 bis* presenti caratteristiche di entrambe le categorie sopra menzionate. Ciò nonostante, appare opportuno menzionare il fatto che nelle poche ipotesi previste dal nostro ordinamento di condanna in futuro¹⁷⁹, l'inadempimento non si è ancora verificato, ma è descritto già in tutte le sue componenti in quanto il suo scopo è quello di precostituire un titolo esecutivo al fine di evitare tempi processuali più lunghi una volta che si verificherà l'inadempimento; nell'esecuzione indiretta monofasica, invece, come visto, la determinazione in concreto della somma avviene soltanto in seguito con l'atto di precetto ed eventualmente nel giudizio di opposizione instauratosi su impulso del debitore.

transfrontaliera delle astreintes alla luce del regolamento (UE) 2201/2003 c.d. Bruxelles II-bis in European papers, 2016 pp. 679 e ss.

¹⁷⁷ In tal senso vedi Amadei D. *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili* cit., p. 351; Chiarloni S. *L'esecuzione indiretta ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c.: confini e problemi* cit., pp. 731 e ss.; in senso contrario Monteleone G. *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.* cit., pp. 553 e 554.

¹⁷⁸ Fra coloro che collocano nella condanna condizionata l'art. 614 *bis* vedi Ricci E. F. *Ancora novità (non tutte importanti, non tutte pregevoli) sul processo civile in Rivista di diritto processuale*, 2008, pp. 1363; Merlin E. *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibile nella l.69/2009* cit., p.1549; Tommaseo F. *L'esecuzione indiretta e l'art. 614 bis c.p.c.* cit., pp. 281; Chizzini A. *La tutela giurisdizionale dei diritti Art. 2907* cit., p. 745, in cui si afferma che le misure coercitive indirette sono legate alla condizione, dunque all'evento futuro e incerto, dell'inadempimento, mentre nelle condanne in futuro l'efficacia esecutiva è sottoposta alla scadenza del termine iniziale.

¹⁷⁹ Sulla condanna in futuro si discute in merito alla sua tipicità o generalità, in quanto riconoscere la possibilità al creditore di ottenere una condanna prima che si verifichi l'inadempimento della prestazione può essere lesivo del diritto di difesa del debitore, in merito vedi Proto Pisani A. *I diritti e le tutele* cit., pp. 107 e ss.

2.4 Le ulteriori questioni processuali

È opportuno dedicare alcuni accenni ad alcune questioni riguardanti caratteristiche strettamente processuali dell'*astreinte* italiano.

In primo luogo, nulla è previsto per quanto riguarda il destino delle misure coercitive indiretta a fronte dell'impugnazione del provvedimento principale. Essendo l'art. 614 *bis* una condanna accessorio, qualora quella principale venga caducata o riformata in sede di impugnazione, stesso effetto sortirà il provvedimento contenente la misura coercitiva in virtù del disposto dell'art. 336 cod. proc. civ. primo comma, secondo il quale la riforma o la cassazione parziale della sentenza travolge le parti dipendenti a quella interessata. Il problema sorge in merito alla restituzione delle somme pagate a titolo di misura coercitiva, che, secondo una dottrina¹⁸⁰, è possibile solo ove ad essere oggetto della caducazione siano i presupposti di applicabilità della misura coercitiva stessa e non quando invece sia inciso dall'impugnazione il provvedimento principale. Ciò in virtù della natura pubblicistica dell'art. 614 *bis*, per la quale la riforma del provvedimento principale non inficerebbe in maniera retroattiva sulle misure coercitive già pagate.

Tuttavia, l'esecuzione indiretta italiana ha una marcata funzione privatistica e la protezione del provvedimento del giudice si pone in secondo piano rispetto alla effettività della tutela dei diritti, che nella scala gerarchica degli interessi tutelati dalla norma si colloca al primo posto. In più non può escludersi la restituzione delle somme perché esse sono state pagate per non aver ottemperato all'ordine del giudice se tale ordine del giudice viene successivamente rimosso. Altra ragione che induce permettere la restituzione delle somme consiste nel fatto che nel caso contrario riceverebbe un incremento patrimoniale senza alcun titolo, dunque ingiustificato.

Non ci sono dubbi sul fatto che le somme a titolo di *astreinte* non continuano a maturare nel caso di sospensione dell'efficacia del titolo esecutivo disposta in appello o in sede di opposizione.

¹⁸⁰ Così Consolo C. Godio F. *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* cit., p. 380; in senso contrario Luiso F. *Il processo esecutivo* cit., pp. 255 e ss.

Ulteriore mancanza del legislatore consiste nella mancata previsione di assetti procedurali, indipendenti dagli ordinari strumenti di impugnazione, da poter permettere la modifica delle misure coercitive indirette o la loro revoca, come previsto invece dal sistema francese che dimostra di avere uno strumento più flessibile e capace di adattarsi al caso concreto¹⁸¹.

3. IL RAPPORTO CON IL RISARCIMENTO DEL DANNO E LA NATURA DELL'ART. 614 BIS

Come visto, il legislatore nella configurazione di un sistema atipico di misure coercitive indirette ha previsto, come mezzo di coazione all'adempimento, una somma di denaro, che deve essere versata nelle casse del creditore. È chiaro sul punto il rimando ai procedimenti di esecuzione indiretta sviluppatasi in Francia e in Belgio, tuttavia, in questi due ordinamenti è esplicitamente asserita l'indipendenza reciproca fra misure coercitive indirette e risarcimento del danno.

Si tratta di una precisazione opportuna, anzi necessaria, che non è stata riprodotta nelle leggi italiane sull'argomento, né in quella del 2009 né in quella del 2015. Anzi nel nostro sistema il danno <<quantificato o prevedibile>> rientra fra gli elementi che il giudice deve tenere in considerazione al fine della determinazione quantitativa della somma da comminare a titolo di misura coercitiva e, tale disposizione, ha sollevato parecchie incertezze sul rapporto che intercorre fra l'art. 614 *bis* e la tutela risarcitoria e conseguenzialmente sulla natura stessa dell'*astreinte* italiano.

Infatti, sono state poste delle ricostruzioni che, in base al secondo comma e, in particolare, all'inclusione del danno fra i parametri per la precisazione del *quantum* della somma da pagare, hanno individuato una funzione risarcitoria nell'art. 614 *bis*, nel senso che esso potrebbe prevedere una << liquidazione

¹⁸¹ Una tale possibilità è prevista nel caso in cui l'art. 614 *bis* assista un provvedimento cautelare attraverso l'art. 669 *duodecies* cod. proc. civ., e infatti si è tentata un' applicazione analogica della norma, vedi in proposito Consolo C. Godio F. *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* cit., p. 379.

preventiva del danno cagionato dall'inadempimento, con conseguente esclusione del cumulo con l'esecuzione forzata>>¹⁸².

La maggioranza della dottrina, tuttavia, è propensa a riconoscere la piena autonomia delle misure coercitive indirette rispetto al risarcimento del danno¹⁸³, in quanto si distinguono per scopo e funzione. La misura coercitiva indiretta non ha alcun fine riparatorio, ma si pone come obiettivo principale indurre il debitore ad adempiere la prestazione in modo tale da perseguire l'effettiva realizzazione della tutela dei diritti attraverso il processo e l'effettività delle pronunce giurisdizionali. Essa, al contrario del risarcimento del danno, mira a evitare il prodursi di uno specifico danno, ossia l'inadempimento definitivo del debitore, il quale comporterebbe l'impossibilità di assicurare al titolare ciò che gli è garantito dal diritto sostanziale, ma in questo caso soltanto appunto il risarcimento dei danni. Inoltre, se questi sono gli scopi dell'esecuzione indiretta, qualora a essa si ascrivesse una funzione risarcitoria e, quindi, non venisse poi definita e pagata in via autonoma, verrebbe meno la funzione compulsiva di incisione sulla volontà del soggetto obbligato e di induzione all'adempimento e non potrebbe svolgere il compito che le è stato assegnato dal legislatore.

Essendo dunque totalmente indipendenti le misure coercitive indirette dal risarcimento del danno per l'inadempimento, è possibile che il creditore richieda

¹⁸² Vedi Monteleone G. *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.* cit., p. 552, il quale tuttavia avverte che la funzione risarcitoria, di cui al secondo comma, comporterebbe una importante diminuzione dell'efficacia compulsoria prevista dal primo comma e introdurrebbe la scelta per l'obbligato fra adempimento e risarcimento del danno quantificato secondo i parametri dell'art. 614 bis. Lo stesso autore afferma che tale opzione non è accettabile ed è frutto di un'ambigua formulazione del legislatore.

¹⁸³ In tal senso De Stefano F. *L'esecuzione indiretta: la coercitoria, via italiana alle "astreintes"* cit., p. 1184; Gambineri B. *Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare* cit., p. 323; Amadei D. *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili* cit., pp. 349 e ss.; Bove M. *La misura coercitiva di cui all'art. 614bis c.p.c.* cit., pp. 789 e ss.; Mazzamuto S. *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito* cit., pp. 645 e ss.; Mazzamuto S. *L'astreintes all'italiana si rinnova: la riforma della comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c.* cit., pp. 45 e ss.; Donzelli R. *Sanzioni civili pecuniarie e giusto processo in Giustizia civile*, 2019, p. 390.

sia la concessione dello strumento *ex art. 614 bis* sia la condanna al risarcimento del danno¹⁸⁴, la quale avrà contenuto diverso a seconda che si tratti di un'obbligazione fungibile o infungibile. Nella seconda ipotesi¹⁸⁵ l'obbligazione sarà sempre eseguibile in via diretta e il danno, salvo inefficienze del processo esecutivo, sarà parametrato al ritardo nell'inadempimento e, come visto in precedenza in materia di concorso fra esecuzione diretta e indiretta, le somme a titolo di *astreinte* continueranno a maturare finché sarà possibile al debitore adempiere spontaneamente; nella prima ipotesi invece nel caso in cui la misura coercitiva indiretta non riesca a far adempiere l'obbligato, la tutela risarcitoria interverrà, come *extrema ratio*, per fornire una riparazione all'interesse leso del titolare.

Un' eventuale problema del cumulo fra i due istituti potrebbe consistere in un eccessivo e ingiustificato arricchimento da parte del creditore, a scapito di uno smoderato sacrificio patrimoniale imposto al debitore. Tuttavia, bisogna notare come tale problematica sia fugata proprio dal testo dell'art. 614 *bis*, in particolare da quella espressione che aveva creato dubbi in merito alla natura della misura coercitiva indiretta. Ci si riferisce alla inclusione fra i parametri di determinazione del *quantum* dell'*astreinte* del danno <<quantificato o prevedibile>>. Questa espressione affida alla discrezionalità del giudice il compito di operare un'accorta valutazione in merito a quanto condannare in concreto il debitore, in quanto unito alla probabile quantificazione del danno non deve risultare sproporzionato rispetto al contenuto dell'obbligazione, ma al tempo stesso deve consistere in

¹⁸⁴ Si veda in proposito Vallone G. *Le misure coercitive prima e dopo la riforma dell'art. 614bis c.p.c. (legge 6 agosto 2015. N. 132 di conversione del d.l. 27 giugno 2015, n.83)* cit., p. 45, in cui si afferma che nel caso in cui le misure coercitive sono concesse per assistere un provvedimento di condanna eseguibile in via diretta perdono in parte la loro funzione coercitiva, per assumere una valenza indennitaria per il ritardo nell'adempimento.

¹⁸⁵ Così Consolo C., Godio F. *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* cit., p. 378; in senso contrario vedi Merlin E. *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibile nella l.69\2009* cit., pp.1554 e ss., in cui si esclude il cumulo fra misure coercitive indirette e risarcimento del danno per equivalente per le violazioni future, ammettendo esclusivamente la richiesta di quest'ultimo in via subordinata nel caso in cui l'art. 614 *bis* non possa essere applicato per <<manifesta iniquità>>.

una somma idonea a coartare la volontà del debitore nel senso di condurlo all'adempimento.

Una via alternativa alla funzione risarcitoria delle misure coercitive indirette consiste nel ritenere che lo strumento in esame abbia una valenza sanzionatoria, infatti, è stata spesso definita come <<pena privata>>¹⁸⁶. Attraverso la presunta misura sanzionatoria si è spesso paragonata l'esecuzione indiretta per il tramite delle misure coercitive, ai *punitive damages* (danni punitivi) di origine statunitense. Questi essenzialmente costituiscono un incremento del danno al cui pagamento viene condannato l'obbligato, non a fini riparatori o risarcitori, ma con l'unico obiettivo di punire l'autore della violazione.

Innanzitutto, si è già detto della distinzione fra il risarcimento del danno, in tutte le sue sottocategorie, e le misure coercitive, in secondo luogo queste ultime si discostano da tale istituto in quanto non mirano a punire l'inadempiente, questo si verifica come effetto riflesso e indiretto scaturito dal perseguimento di un obiettivo diametralmente opposto, ossia l'adempimento specifico della prestazione che solo secondariamente si traduce nell'ottemperanza del provvedimento del giudice. A sostegno di ciò si può affermare che per svolgere una funzione sanzionatoria-afflittiva, sarebbe stato più confacente allo scopo un procedimento di esecuzione indiretta di matrice pubblicistica, con poteri officiosi del giudice, meno limitazioni dal punto di vista sostanziale, un massimo della pena edittale irrogabile e lo Stato come beneficiario della somma.

La mancanza di queste caratteristiche e della conseguente vocazione pubblicistica dell'istituto, inducono a ritenere che non appartenga alle misure coercitive indirette, o almeno non costituisca la loro natura primaria, la funzione sanzionatoria.

In merito a tali argomenti, in virtù di molte incertezze e dubbi, è intervenuta una sentenza della Corte di Cassazione, la quale ha affrontato i temi riguardanti il rapporto fra la tutela risarcitoria e lo strumento di cui all'art. 614 *bis* e quale natura

¹⁸⁶ De Stefano F. *L'esecuzione indiretta: la coercitoria, via italiana alle "astreintes"* cit., p. 1181; Gambineri B. *Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare* cit., pp. 323; Bove M. *La misura coercitiva di cui all'art. 614bis c.p.c.* cit., p. 783; in senso contrario vedi Mazzamuto S. *L'astreintes all'italiana si rinnova: la riforma della comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c.* cit., pp. 45 e ss.

e funzione debba essere attribuita a quest'ultimo. Il provvedimento in questione è la sentenza n. 7613 del 2015 pronunciata dalla Corte di Cassazione, sez. I Civile¹⁸⁷, il cui oggetto verteva in merito alla compatibilità con l'ordine pubblico italiano, di un *astreinte* di un giudice belga, in quanto la parte ricorrente ne invocava la incompatibilità con il nostro ordinamento in forza di un'equiparazione ai danni punitivi, i quali non sono ammessi nel nostro sistema giuridico.

La Suprema Corte ha rigettato il ricorso e ha statuito nel senso della compatibilità, ma ai fini che qui ci interessano ha reso delle motivazioni, le quali risolvono le questioni prospettate in questa analisi. Ha escluso ogni tipo di assimilazione fra misure coercitive indirette e funzione risarcitoria, escludendo anche che la categoria dei danni punitivi sia paragonabile all'art. 614 *bis*. A tal proposito afferma la Cassazione che le misure coercitive indirette mirano senza alcun filtro a infondere una pressione psicologica nei confronti del soggetto obbligato al fine di fargli compiere una determinata condotta specifica, ossia l'adempimento della prestazione oggetto di un rapporto obbligatorio che lega i soggetti, invece i danni punitivi costituiscono una sanzione vera e propria, la quale può avere una funzione di coazione all'adempimento sulla base del principio del *naemindem laedere* soltanto in ottica astratta e futura, dunque una funzione di deterrenza

¹⁸⁷ Mondini A. *Astreintes, ordine pubblico interno e danno punitivo (nota a Cassazione civile sez. I sentenza 15-04-2015 n.7613) in Il Foro Italiano*, 2015, pp. 3966 e ss.; Amendola A. *Astreinte e danni punitivi in Giurisprudenza italiana*, 2016, pp. 566 e ss.; Di Majo A. *Astreintes- i confini mobili della responsabilità civile (nota a Cassazione civile sez. I sentenza 15-04-2015 n.7613) in Giurisprudenza italiana*, 2016, pp. 562 e ss.; Giugliano V. *Compatibilità delle astreintes con l'ordine pubblico italiano in Rivista di diritto processuale*, 2016, pp. 246 e ss.; Mazzamuto S. *L'astreintes all'italiana si rinnova: la riforma della comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. cit.*, pp. 45 e ss.; Monteleone G. *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. cit.*, p. 553; Vallone G. *Le misure coercitive prima e dopo la riforma dell'art. 614bis c.p.c. (legge 6 agosto 2015. N. 132 di conversione del d.l. 27 giugno 2015, n.83) cit.*, p. 47.

esplicata a livello generale per le condotte di tutti i consociati, più che per il rapporto dedotto nel giudizio.

Escluse dunque le funzioni risarcitorie e sanzionatorie, la Corte prosegue nella sua ricostruzione, rilevando che l'unico compito affidato all'art. 614 *bis* rimane quello di indurre l'obbligato all'adempimento in forma specifica. Esso altro non è che uno strumento di tutela introdotto dal legislatore per elevare il grado di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti e consequenzialmente incrementare le possibilità che i provvedimenti di condanna non rimangano inadempiti. Un effetto sanzionatorio si potrà avere solo guardando l'istituto dalla prospettiva contraria, è un effetto riflesso indiretto ed eventuale che si può produrre solo nel caso in cui l'esecuzione indiretta non riesca a causare l'adempimento dell'obbligazione e il titolare della situazione giuridica soggettiva agisca per la riscossione delle somme fino a quel momento maturare a titolo di misura coercitiva indiretta.

4. IL RAPPORTO DELL'ART. 614 *BIS* CON ALTRI RIMEDI SPECIFICI

Altra questione, che non è stata affrontata da entrambe le versioni dell'art. 614 *bis*, riguarda il rapporto fra la norma che prevede l'esecuzione indiretta generale e le varie figure di misure coercitive indirette previste per singole fattispecie. Si è detto in precedenza, infatti, come nel nostro ordinamento sia stata tardiva l'introduzione di un sistema di misure coercitive indirette atipico, ma che diverse e numerose fattispecie assistite da singoli strumenti del genere erano già presenti da diverso tempo.

Non essendo previsto dal legislatore, il rapporto deve essere regolato dai principi generali, dai quali si desume che se qualora per una situazione giuridica soggettiva sia prevista una specifica misura coercitiva, l'art. 614 *bis* risulterà inapplicabile, in quanto la legge speciale prevale sempre sulla legge generale.

Quanto appena detto deve essere correlato a quanto affermato precedentemente in merito all'esclusione dall'ambito di applicazione dell'art. 614 *bis* delle controversie di lavoro. In esse, infatti, si verifica una palese disparità di

trattamento, in quanto vi sono diritti del lavoratore assistiti da modalità di esecuzione indiretta tipiche e altri diritti per i quali è esclusa qualsiasi forma di attuazione attraverso misure coercitive indirette, per i quali sussiste un problematico vuoto di tutela. Se il rapporto fra esecuzione indiretta generale e esecuzione indiretta tipica in senso stretto appare chiara, più complesso è la relazione che intercorre fra l'art. 614 *bis* e altri rimedi di tutela, in particolare l'art. 709 *ter* cod. proc. civ. e l'art. 2932 cod. civ.

4.1 L'*astreinte* nel diritto di famiglia e il rapporto con l'art. 709 *ter* cod. proc. civ.

L'esecuzione indiretta e l'art. 614 *bis* hanno trovato nelle obbligazioni attinenti alle relazioni familiari una vasta applicazione¹⁸⁸. Lo strumento in esame si presta a essere utilizzato in suddetta materia, in quanto in essa sono numerose le obbligazioni, spesso di natura non patrimoniale, che necessitano di una cooperazione fra soggetti controinteressati e che interessano di frequente l'interesse del figlio minore. Si prenda a esempio l'esecuzione degli obblighi riguardanti l'affidamento dei minori. In passato, essendo il nostro ordinamento dotato solo di procedimenti di esecuzione diretta, era a questi che si doveva guardare per dare effettività e attuazione a tali obblighi. Frequenti sono state le applicazioni, per garantire il diritto di visita al genitore non collocatario, dei procedimenti di esecuzione per consegna o rilascio ex art. 605 cod. proc. civ. o di esecuzione per obblighi di fare o non fare ex art. 612 e ss. cod. proc. civ.¹⁸⁹

Essendo queste forme di esecuzione per surrogazione, è necessario l'intervento della forza pubblica per la consegna del minore al genitore che ha il diritto di

¹⁸⁸ In proposito si veda Merlin E. *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibile nella l. 69\2009* cit., p. 1557, in cui si sostiene che il legislatore avrebbe dovuto prendere un'espressa posizione in merito all'applicazione dell'art. 614 *bis* per le obbligazioni in materia di famiglia.

¹⁸⁹ Per l'esecuzione degli obblighi di affidamento dei minori vedi Di Majo A. *La tutela civile dei diritti* cit., pp. 317 e 318; Noviello D. *Un criticabile regime di attuazione a "doppio binario" per l'obbligo di visita del genitore non collocatario (nota a Cassazione civile sez. I ordinanza 6 marzo 2020 n.6471)* in *Corriere giuridico*, 2020, p. 1401.

visita, il che comporta un'esperienza non felice per il minore e il considerare il minore stesso come una *res*¹⁹⁰. A ben vedere questa è un'obbligazione infungibile, o se si vuole comunque considerare fungibili presenta delle difficoltà e complessità tali da rendere inefficace l'esecuzione diretta. Si presta molto meglio a dare effettività al diritto di visita del genitore non collocatario l'art. 614 *bis*, il quale attraverso la minaccia del pagamento di una somma di denaro indurrà il genitore collocatario ad adempiere la prestazione e permettere spontaneamente le visite dell'altro, senza l'intervento dell'ufficio esecutivo, preservando così l'interesse del minore. Inoltre, tale strumento presenta il vantaggio di operare anche illimitatamente per il futuro per qualsiasi successiva violazione dell'obbligazione in essere, evitando così al titolare del diritto di dover agire nelle forme dell'esecuzione diretta ogniqualvolta venga violato il provvedimento del giudice.

A fronte di numerose obbligazioni in cui vengono coinvolti interessi di tal genere il legislatore ha introdotto con la legge n. 58 del 2006, nel codice di procedura civile, l'art. 709 *ter* il quale disciplina i provvedimenti adottabili in caso di inadempienze o violazioni nelle controversie in merito alla responsabilità genitoriale e all'affidamento dei minori¹⁹¹. Esso consente al giudice nel caso di inadempimento di uno dei genitori, di ammonirlo, di condannarlo al risarcimento dei danni nei confronti del minore o dell'altro genitore, di condannarlo al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria a favore della Cassa

¹⁹⁰ <<Quale che sia la via che si ritenga preferibile, certo è che tutte racchiudono potenzialmente un momento di forza che, come rivelano recenti esperienze portate alla comune conoscenza dai mezzi di comunicazione di massa, incidono sull'atmosfera circostante il momento attuativo, sulla psicologia complessiva delle persone e, ciò che più conta, sulla personalità del minore che vi sia coinvolto: una consegna del figlio dall'uno all'altro genitore attuata dalla polizia è tendenzialmente più traumatica — almeno tendenzialmente, e con esclusione dei casi in cui il minore sia così piccolo da non percepire l'atmosfera di cui si è detto — di una consegna effettuata direttamente da un (sia pure arrabbiato) genitore. La misura coercitiva indiretta pecuniaria (pur con le possibili connotazioni negative cui si è accennato nelle pagine precedenti), se raggiunge il suo scopo di indurre l'obbligato a tenere spontaneamente il comportamento dovuto e scongiura quindi questi frammenti di violenza, appare allora preferibile rispetto all'esecuzione diretta.>>, così Ronco A. *L'art. 614 bis e le controversie in materia di famiglia in Giurisprudenza italiana*, 2014, p. 758.

¹⁹¹ Sull'art. 709 *ter* di cui si discute soprattutto in merito alla funzione vedi Fanelli G. *Brevi note su misure coercitive e art. 709 ter c.p.c. in Rivista dell'esecuzione forzata*, 2012, pp. 267 e ss.; Canavese E. *Evoluzioni giurisprudenziali sull'art. 709 ter c.p.c. in Giurisprudenza italiana*, 2014, pp. 2348 e ss.; De Angelis F. *Obblighi infungibili e misure coercitive: questioni interpretative e soluzioni giurisprudenziali cit.*, pp. 163 e ss.; Donzelli R. *Sanzioni civili pecuniarie e giusto processo cit.*, pp. 399 e ss.

ammende. Questa innovazione era utile all'effettività della tutela dei diritti in ambito familiare, ma con l'entrata in vigore dell'art. 614 *bis* si è posto il problema se i due strumenti fossero cumulabili.

In proposito è stato sostenuto che il cumulo fra gli art. 614 *bis* e 709 *ter* non sia possibile in quanto entrambe prevedono delle misure coercitive indirette, il primo ne disciplina una generale e residuale, il secondo una tipica, ossia la sanzione amministrativa pecuniaria. Quest'ultima essendo un rimedio tipico escluderebbe l'esecuzione indiretta atipica, la quale troverebbe spazio solo in assenza di altri rimedi specifici¹⁹².

È da menzionare, tuttavia, che in diverse ipotesi la giurisprudenza ha aperto al cumulo fra i due rimedi¹⁹³. In effetti i due strumenti presentano delle connotazioni differenti che inducono a pensare che il concorso tra i due sia ammissibile. Se infatti l'art. 709 *ter* predispone una sanzione amministrativa pecuniaria questa potrà essere irrogata soltanto una volta che l'inadempimento si sia già verificato e di conseguenza avrà una spiccata funzione sanzionatoria, invece l'art. 614 *bis* prevede un sistema atipico di misure coercitive indirette il cui scopo è indurre l'obbligato all'adempimento ed evitare che rimanga inadempiente e dunque operano sul piano della prevenzione e hanno la sola funzione di coazione all'adempimento¹⁹⁴.

Ha aperto al cumulo fra i due rimedi anche un provvedimento della Corte di Cassazione, la quale ha statuito in merito a una particolare obbligazione a carico di un genitore. Ci si riferisce alla ordinanza 6 marzo 2020 n. 6471 della sezione I della Corte di Cassazione, che ha escluso l'applicabilità delle misure coercitive indirette di cui all'art. 614 *bis* e anche dell'art. 709 *ter* per il diritto dovere di visita

¹⁹² In tale senso si veda Vullo E. *Affidamento dei figli, competenza per le sanzioni ex art. 709 ter e concorso con le misure attuative del fare infungibile ex art. 614 bis in Famiglia e diritto*, 2010, pp. 931 e ss.

¹⁹³ Fra le tante di vedano le ordinanze del Tribunale di Salerno 22 dicembre 2009 e del Tribunale di Firenze del 11 novembre 2011.

¹⁹⁴ In senso positivo al cumulo vedi Canavese E. *Evoluzioni giurisprudenziali sull'art. 709 ter c.p.c.* cit., pp. 2348 e ss.; Ronco A. *L'art. 614 bis e le controversie in materia di famiglia* cit., pp. 758 e ss.; Querzola L. *L'attuazione dei provvedimenti nella crisi familiare in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2019, pp. 692 e ss.; Noviello D. *Un criticabile regime di attuazione a "doppio binario" per l'obbligo di visita del genitore non collocatario (nota a Cassazione civile sez. I ordinanza 6 marzo 2020 n.6471)* cit., p. 1401.

del figlio nei confronti del genitore non collocatario, in quanto esso deve rimanere un diritto libero privo di coercizione, al fine di tutelare anche l'interesse del minore.

Tale provvedimento non è stato esente da critiche da parte della dottrina¹⁹⁵, la quale evidenziato come il non ritenere coercibile l'obbligo di visita dal lato del genitore non collocatario, crea una disparità di trattamento per il fatto che lo stesso l'opposto diritto in capo al genitore non collocatario, ossia il diritto di visita, può essere oggetto di esecuzione indiretta ex art. 614 *bis*. Inoltre, verrebbe privato di effettività il diritto alla bigenitorialità del minore, il quale non avrebbe mezzi di tutela per instaurare rapporti con il genitore non collocatario e, in più, nell'ipotesi inversa qualora ad agire sia il genitore non collocatario, l'adempimento al comando giudiziale del genitore collocatario sarebbe coercibile attraverso le misure coercitive indirette.

In conclusione, l'operatività dell'art. 614 *bis* all'interno dei rapporti familiari appare lo strumento migliore per garantire l'effettività della tutela giurisdizionale, in quanto spesso gli obblighi investono interessi non patrimoniali, specie quelli dei minori, per i quali l'esecuzione diretta risulta difficilmente praticabile.

4.2 L'art. 614 *bis* e l'art. 2932 cod. civ.: le misure coercitive indirette al di fuori della tutela di condanna?

Una tesi che ha assunto un'importanza notevole all'interno del dibattito generatosi intorno alle misure coercitive indirette, è quella che ha tentato di riconoscere la possibile convivenza dei rimedi di cui agli art. 614 *bis* e 2932 cod. civ. per quanto riguarda l'esecuzione dell'obbligo di contrarre¹⁹⁶. La rilevanza

¹⁹⁵ Vedi a proposito Mondini A. *Sulla ragione della non coercibilità del dovere di visita, proprio del genitore non collocatario, e su altre affermazioni al riguardo dalla corte di legittimità (nota a Cassazione civile sez. I ordinanza 6 marzo 2020 n.6471) in Il Foro Italiano*, 2020, pp. 2797 e ss.; Noviello D. *Un criticabile regime di attuazione a "doppio binario" per l'obbligo di visita del genitore non collocatario (nota a Cassazione civile sez. I ordinanza 6 marzo 2020 n.6471) cit.*, 1397 e ss.; Vullo E. *Non coercibilità del diritto-dovere di visita del figlio minore spettante al genitore non collocatario (nota a Cassazione civile sez. I ordinanza 6 marzo 2020 n.6471) in Famiglia e diritto*, 2020, pp. 795 e ss.

¹⁹⁶ Vedi Consolo C. *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 Corriere giuridico*, 2009, pp. 740 e

assunta dall'opinione in esame consiste nella possibilità che le misure coercitive indirette estendano il proprio ambito di applicazione al di fuori della tutela di condanna, per assistere anche altre tipologie di provvedimenti giurisdizionali.

È necessario almeno accennare al meccanismo di tutela, predisposto dal legislatore per la prima volta con il codice del 1942, previsto dall'art. 2932 cod. civ.¹⁹⁷ Esso mette a disposizione dei consociati un particolare strumento di tutela, riconosciuto dalla maggioranza della dottrina quale forma di tutela costitutiva con funzione esecutiva, in forza della quale nel caso di inadempimento dell'obbligazione di concludere un contratto, potrà richiedersi al giudice una sentenza che sostituisca il contratto non concluso e produca gli stessi effetti¹⁹⁸.

Una questione rilevante all'interno di questo rimedio di tutela consiste nel fatto se esso rientri nel disposto dell'art. 282 cod. proc. civ. cioè se sia provvisoriamente esecutiva. La risposta è negativa, in quanto passibili di esecuzione sono le sole sentenze di condanna, ma un punto poco chiaro è rappresentato dalla eventuale provvisoria esecutività dei capi condannatori della sentenza costitutiva, i quali si identificano prettamente negli effetti consequenziali alla sentenza ex art. 2932, la quale, come detto, produce gli effetti sostituendo il contratto non concluso.

Il dibattito sul punto è dovuto alla sentenza della Cassazione sezione III n. 18512 del 2007¹⁹⁹, secondo la quale i capi condannatori consequenziali alla sentenza

ss.; Consolo C., Godio F. *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 cit.*, pp. 370 e ss.; e in senso favorevole di veda Vincre S. *Le misure coercitive ex art. 614bis c.p.c. dopo la riforma del 2015 cit.*, p. 373

¹⁹⁷ Esso è collocato nella sezione II del capo II del titolo IV del libro VI del codice civile ed è rubricato <<Esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto>>. Si riporta il testo del primo comma della disposizione: <<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>>.

¹⁹⁸ Per un approfondimento in merito all'art.2932 cod. civ. vedi Di Majo A. *La tutela civile dei diritti cit.*, pp. 309 e ss., Capponi B. *Manuale di diritto dell'esecuzione civile cit.*, pp. 18 e ss.

¹⁹⁹ Si veda in proposito Conte R. *Sentenze costitutive e provvisoria esecuzione dei capi condannatori: un condivisibile passo avanti della suprema Corte (con una digressione su alcuni problemi aperti) (nota a Cass. Civ., III sez., 3.9.2007, n. 18512) in Giurisprudenza italiana, 2008, 949 e ss.; Zaffaroni L. *La provvisoria esecutorietà dei capi condannatori delle sentenze costitutive di primo grado (nota a Cass. Civ., III sez., 3.9.2007, n. 18512) in La nuova giurisprudenza civile commentata, 2008, pp. 649 e ss.**

costitutiva sono provvisoriamente esecutivi ex art. 282 cod. proc. civ., mentre la sentenza costitutiva stessa deve attendere il passaggio in giudicato. Ne derivava una situazione irragionevole: si prenda a esempio un preliminare di compravendita per il quale il promissario acquirente agisca ex art. 2932, secondo tale indirizzo giurisprudenziale, in caso di accoglimento della domanda, il promissario acquirente dovrebbe attendere il giudicato per il trasferimento della proprietà, essendo esso il capo costitutivo, mentre il promissario venditore avrebbe nel frattempo potuto agire *in executivis* per il pagamento del prezzo subito dopo la pronuncia in primo grado.

Sul punto sono intervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza n. 4059\2010. È stato qui statuito che sono provvisoriamente esecutivi i capi condannatori che accedono alla pronuncia costitutiva, purché <<non si collocano in un rapporto di stretta sinallagmaticità con i capi costitutivi relativi alla modificazione giuridica sostanziale>>. Dunque, sarà necessario valutare nel singolo caso concreto se la provvisoria esecutività di alcuni capi della sentenza sia in grado di alterare il bilanciamento di interessi fra le parti, equilibrio che verrebbe di certo spezzato nell'esempio citato precedentemente.

In questo quadro si colloca la tesi suddetta, cioè della possibile utilizzazione dell'art. 614 *bis* in concorso con l'art. 2392 cod. civ. È stato sostenuto infatti che per ottenere l'adempimento dell'obbligo di contrarre, il titolare del diritto possa chiedere al giudice due domande: una costitutiva secondo il meccanismo dell'art. 2932 e l'altra di condanna alla conclusione del contratto assistita dalle misure coercitive indirette. Si continua poi sostenendo che sia possibile un accoglimento di entrambe le domande con la conseguenza che nell'attesa del passaggio in giudicato della sentenza, l'obbligato sarà indotto a stipulare spontaneamente il contratto sotto la spinta delle misure coercitive indirette, in modo tale da evitare i lunghi tempi processuali per il passaggio in giudicato della sentenza costitutiva e la possibile esecuzione dei capi condannatori che vi accedono e per garantire l'effettività dell'obbligo di contrarre²⁰⁰. L'impostazione così prospettata presente

²⁰⁰ Sulla anticipazione dell'efficacia esecutiva dei capi condannatori che accedono a sentenze costitutive vedi Giorgetti M. *L'esecuzione delle sentenze costitutive e considerazioni sulla reclamabilità dell'ordinanza ex art. 615, 1° co., c.p.c. in Rivista dell'esecuzione forzata*, 2019, pp. 804 e ss.

delle problematiche legate alle conseguenze della riforma del provvedimento del giudice nei confronti del contratto stipulato sotto la minaccia dell'art. 614 *bis*. Tali problematiche non erano ignote al sostenitore principale di tale tesi, il quale ha proposto diverse soluzioni²⁰¹.

Nei confronti di questa teoria sono state mosse non poche critiche. Sotto la vigenza della versione del 2009 dell'art. 614 *bis*, si opponeva l'inapplicabilità dell'esecuzione indiretta all'obbligo di contrarre, in quanto lo strumento era limitato dall'ambiguo rapporto fra rubrica e testo alle sole obbligazioni infungibili, fra le quali non veniva fatto rientrare l'obbligo in discorso sulla base del fatto che il giudice attraverso la sentenza di cui all'art. 2932 poteva surrogarsi nell'adempimento della prestazione²⁰². Con la riforma del 2015 e l'ampliamento dell'ambito di applicazione a qualsiasi provvedimento di condanna, la valenza di tale obiezione è venuta meno, ma è opportuno segnalare come le critiche nei confronti della teoria in esame investono anche altri punti.

È stato infatti obiettato che la proposizione di ambedue le domande, costitutiva e condannatoria, potrebbe creare incertezza per quanto riguarda il *petitum* della domanda giudiziale nel complesso e la contestuale nullità di tutte e due le domande; qualora poi non fosse rilevata tale nullità, pronunciata la sentenza ex art. 2932, venga meno l'interesse del titolare per la condanna, in quanto la pronuncia costitutiva, sebbene necessiti di tempi più lunghi dovuti al necessario

²⁰¹ Vedi sempre Consolo C. *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* cit., pp. 740 e ss., in cui la soluzione è individuata nella possibilità di proporre in appello una nuova domanda di annullamento del contratto basato sul vizio della violenza morale; successivamente Consolo C., Godio F. *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* cit., pp. 370 e ss. in cui si sostiene che la domanda di annullamento in appello dovrebbe basarsi sulla presupposizione e considerare l'evento presupposto, dunque come condizione risolutiva, la caducazione del provvedimento di condanna. In più all'interno del contratto dovrebbe essere inserita espressamente l'eventuale riforma della sentenza quale condizione risolutiva del contratto e il creditore non può contestare l'inserimento di tale condizione in forza del principio di buona fede.

²⁰² Così Gambineri B. *Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare* cit., p. 320; Proto Pisani A. *Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo)* cit., p. 266; Mazzamuto S. *L'astreintes all'italiana si rinnova: la riforma della comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c.* cit., pp. 31 e ss., in cui l'autore afferma che si sarebbe potuto applicare l'art. 614 *bis* del 2009 all'obbligo di contrarre qualora si fosse accettata la tesi dell'infungibilità processuale.

passaggio in giudicato, presenta maggiori garanzie in ordine alla certezza degli effetti prodottisi²⁰³.

Oltre tali rilievi di natura più processuale, per l'inapplicabilità dell'art. 614 *bis* di fianco alle sentenze di cui all'art. 2932, è possibile addurre ulteriori ragioni. A ben vedere se l'obiettivo dell'ordinamento è quello di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti, nel caso dell'obbligazione di concludere il contratto il legislatore ha predisposto uno strumento che persegue tale obiettivo al massimo grado, potendo il titolare stare certo che, ricorrendone i presupposti, otterrà quanto gli spetta e cioè gli effetti del contratto non concluso per mezzo della sentenza del giudice. Il mezzo della coazione indiretta attraverso le misure coercitive dunque si rivela inutile, in quanto a tutela di questa fattispecie sostanziale è previsto uno strumento di tutela che assicura anche in maniera più certa l'effettività della situazione giuridica soggettiva. Deve ricordarsi inoltre che l'*astreinte*, essendo uno strumento per l'esecuzione del provvedimento del giudice, necessita di un'attività materiale²⁰⁴ che può consistere in una condotta attiva o omissiva, alla quale si deve indurre l'obbligato; nell'obbligo di contrarre l'atto materiale della stipulazione del contratto scolora in quanto ciò che assume la maggiore rilevanza è la modificazione della realtà giuridica operata dagli effetti della sentenza sostitutiva del contratto. Per quanto riguarda il vantaggio temporale della conclusione del contratto con il meccanismo dell'art. 614 *bis*, in attesa che passi in giudicato la sentenza costitutiva, deve replicarsi che i vantaggi processuali apportati da un rimedio devono essere calibrati alla valutazione qualitativa della tutela sostanziale richiesta e tale bilanciamento si coglie nel non aver attribuito alle sentenze costitutive efficacia immediata per l'importanza e il peso delle statuizioni che contengono. Inoltre, qualora si ammettesse la contestuale proponibilità delle domande costitutive e condannatorie, in caso di stipulazione del contratto ma di inadempienza per quanto riguarda gli effetti del contratto stesso, si incorrerebbe nell'alternativa di dover intraprendere un

²⁰³ Si veda in proposito Ventura N. *La misura coercitiva di cui all'art. 614 bis c.p.c. e l'esecuzione dell'obbligo di contrarre* cit., pp. 767 e ss., in cui per superare la problematica si propone l'anticipazione degli effetti anche delle sentenze costitutive.

²⁰⁴ Si veda in proposito Tedoldi A. *Le novità in materia di esecuzione forzata nel D.L. n. 83/2015... in attesa della prossima puntata...* cit., pp. 181 e ss.

ulteriore procedimento di condanna oppure dover riconoscere la valenza dei capi condannatori accessori alla sentenza costitutiva e quindi anticiparne gli effetti, contravvenendo a quanto previsto dalla Cassazione a sezioni unite nella sentenza suddetta²⁰⁵.

Tutto ciò non significa che l'obbligo a contrarre non possa essere oggetto delle misure coercitive indirette, ma soltanto che non possa chiedersi cumulativamente la pronuncia del provvedimento costitutivo e del provvedimento condannatorio assistito dalle misure coercitive indirette. Qualora non si potesse applicare l'art.2932, l'art. 614 *bis* diventerebbe l'unico strumento di tutela a permettere l'esecuzione del provvedimento di condanna avente per oggetto l'obbligo di concludere il contratto. Ma vi è di più, infatti non vi sono motivi che ostano alla proposizione della domanda di cui all'art. 2932 e in via subordinata, nel caso in cui manchino i presupposti per la concessione della tutela costitutiva, della domanda di condanna assistito dalle misure coercitive indirette²⁰⁶.

Ulteriore considerazione che porterebbe ad escludere l'applicabilità dell'art. 614 *bis* contestualmente all'art. 2932, consiste nel fatto che nella norma che disciplina l'esecuzione indiretta è espressamente riferita al <<provvedimento di condanna>>, dato testuale che ha indotto molti a escludere le misure coercitive indirette dalle altre forme di tutela²⁰⁷. Se il dato testuale della norma appare inequivocabile, secondo una parte della dottrina il confinamento della misura coercitive indirette all'interno della sola tutela di condanna è una mera scelta del legislatore, in quanto lo strumento in esame ben potrebbe essere utilizzato a favore di qualsiasi altro provvedimento giurisdizionale. Si è evidenziato, infatti,

²⁰⁵ Sul punto vedi Zucconi Galli Fonseca E. *Misure coercitive fra condanna e tutela esecutiva* cit., pp. 394.

²⁰⁶ Si vedano a proposito Saletti A. *L'esecuzione processuale indiretta nella riforma del "Codice di procedura civile" italiano dal 2009* cit., pp. 517 e 518; Ventura N. *La misura coercitiva di cui all'art. 614 bis c.p.c. e l'esecuzione dell'obbligo di contrarre* cit., 767 e ss.; Ciatti Caimi A. *L'esecuzione processuale indiretta (astreintes) e l'infungibilità convenzionale della prestazione in Rivista di diritto civile*, 2015, pp. 36 e ss.

²⁰⁷ In tal senso Merlin E. *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibile nella l.69\2009* cit., pp. 1548; Bove M. *La misura coercitiva di cui all'art. 614bis c.p.c.* cit., pp. 784; Tommaseo F. *L'esecuzione indiretta e l'art. 614 bis c.p.c.* cit., pp. 274; Gambioli I. *Novità in materia di esecuzione forzata (I parte) - le misure coercizione indiretta ex art. 614 bis c.p.c.* cit., pp. 1264; Tedoldi A. *Le novità in materia di esecuzione forzata nel D.L. n. 83\2015... in attesa della prossima puntata...*cit., pp. 181 e ss.

come molte forme di tutela costitutiva entrino in stretto contatto con la tutela di condanna e in questo ambito potrebbe cogliersi l'ulteriore passo del percorso italiano verso un'*astreinte* il più generale possibile. Esso è stato introdotto nel 2009 con lo scopo di ricomprendere sotto la tutela di condanna tutte le obbligazioni non eseguibili direttamente, è stato nel 2015 ampliato anche alle fattispecie in cui l'adempimento della prestazione sia surrogabile, potrebbe in futuro essere utilizzato per rendere attuali ed eseguibili prestazioni contenute in provvedimenti che non godono della immediata esecutività ex art. 282 cod. proc. civ e devono attendere la formazione del giudicato²⁰⁸. Potrebbe dunque trovare spazio la pressione psicologica esercitata dalle misure coercitive indirette e sarebbe necessario, per l'evoluzione nella prospettiva suddetta, una riforma dal punto di vista procedimentale soprattutto un'introduzione di un procedimento apposito per la quantificazione e per le modificazioni relative alla somma di denaro oggetto delle misure coercitive e la previsione di una disciplina di raccordo sugli effetti della riforma del provvedimento principale nei confronti della misura coercitiva indiretta. Sarebbe altresì necessario un ripensamento in merito al rapporto fra esecuzione indiretta e altri rimedi specifici, come l'art. 2932, in quanto allo stato attuale appare preferibile non sovrapporre i due istituti per i problemi che tale raccordo comporterebbe, con il vantaggio di permettere un eventuale adempimento specifico spontaneo, a fronte di una sentenza successiva che, passata in giudicato, di certo assicurerebbe al titolare le stesse utilità garantitegli dal diritto sostanziale.

De iure condito l'*astreinte* italiano si colloca esclusivamente all'interno della nozione di condanna che lo stesso strumento ha contribuito ad ampliare, ambito all'interno del quale ha assunto il ruolo di rimedio generale per l'adempimento in forma specifica in grado di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti.

²⁰⁸ Su questa impostazione vedi Zucconi Galli Fonseca E. *Misure coercitive fra condanna e tutela esecutiva* cit., p. 395; Capponi B. *Ancora su astreintes e condanna civile* cit., pp. 576 e ss.; Capponi B. *Manuale di diritto dell'esecuzione civile* cit., p. 54.

CONCLUSIONI

È giunto il momento di tentare di fornire una risposta all'interrogativo da cui ha preso le mosse la nostra indagine.

Il punto da cui partire per un'effettiva tutela giurisdizionale dei diritti è una nozione di condanna più ampia possibile, in modo da potervi ricomprendere qualsiasi tipo di obbligazione. La correlazione necessaria con l'esecuzione forzata non risulta suffragata da alcun dato di diritto positivo e, soprattutto, non si rinviene alcun elemento a sostegno nelle norme cardine della tutela di condanna, ossia gli art. 474 cod. proc. civ., 2818 cod. civ. e 2953 cod. civ. Al contrario, ragioni sistematiche inducono a ritenere proprio l'opposto, ossia che tale correlazione non sussista. La presenza, infatti, nel nostro ordinamento, di diverse fattispecie di condanne a obblighi di astensione rivolti al futuro, le cd. inibitorie, fanno risaltare la funzione preventiva della condanna, la quale può essere richiesta non solo per reprimere una violazione già realizzatasi, ma anche per impedire che si verifichi o si ripeta in futuro. In più, ritenere sussistente la tesi della correlazione necessaria significherebbe escludere dalla tutela di condanna tutte le obbligazioni non passibili di essere eseguite in via diretta e, di conseguenza, comporterebbe un vuoto di tutela all'interno dell'ordinamento, in quanto tutte le obbligazioni infungibili, spesso di natura non patrimoniale e di rango costituzionale, potrebbero trovare tutela solo in forma equivalente attraverso il risarcimento del danno.

È dunque da riconoscersi una tutela di condanna esperibile di fronte a qualsiasi situazione giuridica soggettiva, a prescindere se l'oggetto del provvedimento sia o meno passibile di esecuzione diretta, ma, al fine di raggiungere una tutela effettiva, si impone come necessaria l'introduzione dell'esecuzione indiretta per permettere l'attuazione dei provvedimenti contenenti obblighi infungibili.

Questo strumento, conosciuto in via tipica da tempo nel nostro ordinamento, viene generalizzato nel 2009 con l'introduzione dell'art. 614 *bis* cod. proc. civ., poi modificato nel 2015. Esso prevede un sistema atipico di misure coercitive indirette, auspicato da tempo dalla dottrina e sulla scia dei precedenti progetti di riforma. L'art. 614 *bis*, sul modello dell'*astreinte* francese, ha rifiutato qualsiasi riferimento a una sanzione limitativa della libertà dell'obbligato, avendo, in linea

con i principi della responsabilità per l'inadempimento delle obbligazioni, esclusivamente carattere patrimoniale.

Si deve peraltro evidenziare il fatto che la riforma del 2015 ha profondamente inciso, dal punto di vista dell'effettività della tutela giurisdizionale, sul sistema atipico di misure coercitive indirette. Con il primo intervento normativo, infatti, era stata configurata un'esecuzione indiretta che, in forza del rapporto molto discusso fra la rubrica e il testo della norma, era limitata alle obbligazioni infungibili. Si era dunque risolto il problema dell'attuazione delle condanne a prestazioni non eseguibili direttamente, ma non venivano sfruttate le potenzialità che l'esecuzione indiretta può esplicare in termini di tutela dei diritti. La novella del 2015 ha operato un serio cambiamento intorno alla funzione del sistema atipico delle misure coercitive indirette. Attraverso l'eliminazione del requisito dell'infungibilità quale presupposto necessario per l'applicazione dell'esecuzione indiretta, tale strumento, da mera alternativa ai procedimenti di esecuzione diretta, è divenuto un mezzo di tutela generale dei diritti. È stato dunque compiuto un ulteriore passo verso la piena effettività della tutela di condanna, in quanto l'applicazione delle misure coercitive indirette agli obblighi eseguibili per surrogazione ha aperto la possibilità del concorso fra i procedimenti di esecuzione diretta e indiretta. Questo cumulo non solo è possibile, ma è anche utile. Infatti, la pressione psicologica esercitata dalle misure coercitive indirette assume, in tale ipotesi, sia la funzione di induzione all'adempimento specifico della prestazione sia una funzione deflattiva del processo esecutivo, in quanto a fronte della minaccia pagamento della somma di denaro a titolo di *astreinte*, è possibile che il debitore ottemperi al provvedimento di condanna senza che il creditore agisca per l'esecuzione in via diretta.

Per riassumere quanto detto finora, l'evoluzione dell'effettività della tutela di condanna inizia con il superamento della correlazione necessaria fra condanna ed esecuzione forzata, per poi intrecciarsi con l'evoluzione dell'esecuzione indiretta, che, da singole tipiche fattispecie, è stata generalizzata sulla spinta comune della dottrina e del legislatore. Se la novella del 2009 ha strutturato un sistema generale di misure coercitive indirette applicabile alle sole obbligazioni di carattere infungibile come alternativa all'esecuzione diretta, con la riforma del

2015 si è poi giunti alla configurazione dell'esecuzione indiretta quale strumento di tutela dei diritti generale a garanzia di qualsiasi categoria di obbligazione.

Si può quindi sostenere che l'esecuzione indiretta in Italia abbia raggiunto il culmine delle sue potenzialità? Sembrerebbe corretto ritenere di no, in quanto il legislatore nella stesura dell'art. 614 *bis* ha operato delle scelte che limitano l'operatività dell'esecuzione indiretta e diminuiscono l'incidenza che lo strumento in esame può esercitare sotto il profilo della effettività della tutela giurisdizionale.

Per rendere davvero il sistema atipico di misure coercitive indirette capace di divenire un rimedio di tutela più funzionale ed esperibile a tutela di ogni situazione giuridica soggettiva, sono opportune delle modifiche sia dal punto di vista sostanziale che processuale.

In primo luogo, è necessario eliminare l'ingiustificata disparità di trattamento riguardante l'esclusione delle controversie ex art. 409 cod. proc. civ., almeno per quanto riguarda le obbligazioni che gravano sul datore di lavoro. Queste, infatti, possono avere spesso una natura infungibile e, essendo l'applicazione dell'art. 614 *bis* esclusa, condanne giudiziali in tal senso potrebbero rimanere sprovviste di modalità di attuazione così da creare un vero e proprio vuoto di tutela.

Dovrebbe essere modificata anche la clausola della manifesta iniquità, la quale attribuisce una discrezionalità illimitata al giudice, che ben potrebbe divenire puro arbitrio e limitare sensibilmente la possibilità di concessione delle misure coercitive indirette. Più in particolare, la suddetta dicitura dell'attuale formulazione normativa potrebbe essere sostituita con un'altra formulazione che limiti la discrezionalità del giudice negando l'applicazione dello strumento nel caso in cui l'obbligazione dedotta in giudizio appartenga alla sfera personalissima di libertà del debitore, l'unico limite ontologico dell'esecuzione indiretta.

Sempre da una prospettiva sostanziale, è attualmente presente l'esclusione dall'ambito di applicazione dell'art. 614 *bis* delle condanne pecuniarie. Non che questa sia una limitazione necessaria, in quanto, come visto in precedenza, non sussiste nel sistema dell'*astreinte* francese e nel nostro diritto amministrativo, ma si tratta di una pura scelta discrezionale del legislatore, giustificabile dalla previsione degli interessi moratori di cui all'art 1284 cod. civ. È possibile, dunque, che in futuro il legislatore torni sui propri passi, ammettendo l'inclusione delle

condanne al pagamento di una somma di denaro nell'ambito di applicazione del sistema atipico di misure coercitive indirette, in quanto, anche per le obbligazioni al pagamento di una somma di denaro in concorso col processo di espropriazione, dette misure possono svolgere una funzione compulsoria, così inducendo il debitore a pagare spontaneamente.

Al fine di prevedere uno strumento capace di garantire in maniera effettiva la tutela giurisdizionale dei diritti, sono opportune anche talune modifiche sul piano procedimentale. Sarebbe, innanzitutto, necessaria una disciplina che regoli il cumulo dell'esecuzione diretta e indiretta, il quale deve ritenersi possibile alla luce della riforma del 2015, ma sarebbe auspicabile un intervento del legislatore o un indirizzo giurisprudenziale che dirima le questioni che derivano da tale concorso di rimedi.

Parimenti necessario appare una modifica in merito al procedimento di quantificazione della somma a titolo di misura coercitiva. Non risulta funzionale il sistema monofasico consistente nell'autoliquidazione del creditore nell'atto di precetto e la successiva opposizione del debitore ex art. 615 cod. proc. civ. Questo sistema viene ad aggravare il processo esecutivo, generando peraltro problemi in termini di certezza e liquidità del titolo esecutivo. Sarebbe opportuna l'introduzione, sulla scia del modello francese, di una fase ulteriore, un procedimento *ad hoc*, magari semplificato (e non un giudizio a cognizione piena), esclusivamente dedicato alla quantificazione e alla liquidazione dell'*astreinte*; questo ulteriore passaggio giudiziale, in cui il debitore potrebbe far valere le sue contestazioni, risolverebbe i problemi suddetti.

Alla luce di quanto detto, è possibile rispondere all'interrogativo iniziale: l'introduzione di un sistema atipico di misure coercitive indirette ha elevato il grado di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti, ma non si può affermare che l'obiettivo sia stato ancora pienamente raggiunto. Sarebbero, infatti, necessari ulteriori interventi del tipo di quelli appena più sopra indicati.

Il percorso italiano verso l'esecuzione indiretta atipica ha compiuto passi importanti, ma rimane un cammino ancora in evoluzione stanti le illimitate potenzialità dell'istituto.

BIBLIOGRAFIA

Albanese A. *La tutela preventiva del credito: dall'azione inibitoria all'adempimento coattivo degli obblighi integrativi e strumentali in Europa e diritto privato*, 2018, pp. 367 e ss.

Alessandri A. *Il problema delle misure coercitive e l'art 388 c.p.* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1981, pp. 154 e ss.

Alessandri N. *Ancora sull'attuazione del provvedimento di condanna alla reintegrazione nel posto di lavoro* in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1980, pp. 1151 e ss.

Amadei D. *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili* in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2010, pp. 343 e ss.

Amendola A. *Astreinte e danni punitivi* in *Giurisprudenza italiana*, 2016, pp. 566 e ss.

Attardi A. *Azione e interesse*, Padova, 1955

Bellelli A. *L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito* in *Rivista di diritto civile*, 2004, pp. 608 e ss.

Besso C. *L'art. 614 bis e l'arbitrato* in *Giurisprudenza italiana*, 2014, pp. 763 e ss.

Borrè G. *Verso la riforma del codice di procedura civile? Riflessioni sulla disciplina dell'esecuzione forzata nel disegno di legge delega n. 1463* in *Il Foro Italiano*, 1983, pp. 134 e ss.

Bove M. *La misura coercitiva di cui all'art. 614bis c.p.c.* in *Rivista trimestrale diritto e procedura civile*, 2010, pp. 781 e ss.

Calamandrei P. *La Condanna* in *Studi in onore di Federico Cammeo*, Padova, 1933

Canavese E. *Evoluzioni giurisprudenziali sull'art. 709 ter c.p.c.* in *Giurisprudenza italiana*, 2014, pp. 2348 e ss.

Capponi B. *Astreintes nel processo italiano?* in *Giustizia civile*, 1999, pp. 157 e ss.

- Capponi B. (a cura di) *L'esecuzione processuale indiretta*, Milano, 2011
- Capponi B. *Ancora su astreintes e condanna civile* in *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2017, pp. 569 e ss.
- Capponi B. *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, Torino, 2020
- Caporale F. *L'astreinte nel processo amministrativo e i modelli di esecuzione del giudicato* in *Giornale di diritto amministrativo*, 2020, pp. 242 e ss.
- Cardinale P. *Nota a ordinanza Tribunale di Belluno ordinanza 02-05-2019* in *Il Foro italiano*, 2019, pp. 4120 e ss.
- Carnelutti F. *Progetto del codice di procedura civile*, Padova, 1926
- Carnelutti F. *Titolo esecutivo* in *Rivista di diritto processuale civile*, 1931, pp. 313 e ss.
- Carnevale V. *Appunti sulla natura giuridica della tutela inibitoria* in *Rivista di diritto processuale*, 2007, pp. 63 e ss.
- Carpi F. *Note in tema di tecniche di attuazione dei diritti* in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1988, pp.110 e ss.
- Carratta A. *Tecniche di attuazione dei diritti e principio di effettività* in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2019, pp. 1 e ss.
- Chiarloni S. *"Ars distinguendi" e tecniche di attuazione dei diritti* in *Rivista di diritto processuale*, 1988, pp. 755 e ss.
- Chiarloni S. *L'esecuzione indiretta ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c.: confini e problemi* in *Giurisprudenza italiana*, 2014, pp. 731 e ss.
- Chizzini A. *La tutela giurisdizionale dei diritti Art. 2907*, Milano, 2018
- Chiovenda G. *Della azione nascente dal contratto preliminare*, in *Saggi di diritto processuale*, Roma, 1931
- Chiovenda G. *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli 1933
- Ciatti Caimi A. *L'esecuzione processuale indiretta (astreintes) e l'infungibilità convenzionale della prestazione* in *Rivista di diritto civile*, 2015, pp. 23 e ss.

Colonna G., Quaranta R. *Osservazioni e proposte relative al disegno di legge n. 2246 (a proposito di un recente convegno)* in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1976, pp. 619 e ss.

Consolo C. *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 *Corriere giuridico*, 2009, pp. 737 e ss.

Consolo C., Godio F. *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 *Corriere giuridico*, 2018, pp. 370 e ss.

Conte R. *Sentenze costitutive e provvisoria esecuzione dei capi condannatori: un condivisibile passo avanti della suprema Corte (con una digressione su alcuni problemi aperti) (nota a Cass. Civ., III sez., 3.9.2007, n. 18512)* in *Giurisprudenza italiana*, 2008, pp. 949 e ss.

Corea U. *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 *wwwjudicium.it*, 2017.

Costantino G. *Tutela di condanna e misure coercitive* in *Giurisprudenza italiana*, 2014, pp. 737 e ss.

D’Adda A. *Orientamenti giurisprudenziali in tema di tutela civile inibitoria definitiva* in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1999, pp. 59 e ss.

De Angelis F. *Obblighi infungibili e misure coercitive: questioni interpretative e soluzioni giurisprudenziali* in *Rivista dell’esecuzione forzata*, 2015, pp. 157 e ss.

De Angelis L. *La nuova generale misura coercitiva (art. 614 bis c.p.c.) e le controversie di lavoro* in *Il Foro Italiano*, 2011, pp. 18 e ss.

De Boer M. B. *Osservazioni sull’astreintes nel diritto processuale civile olandese* in *Rivista di diritto processuale*, 1996, pp. 790 e ss.

Denti V. *A proposito di esecuzione forzata e politica del diritto* in *Rivista di diritto processuale*, 1983, pp. 130 e ss.

Denti V. <<Flashes>> su accertamento e condanna in *Rivista di diritto processuale*, 1985, pp. 255 e ss.

De Stefano F. *L'esecuzione indiretta: la coercitoria, via italiana alle "astreintes"* in *Corriere del merito*, 2009, pp. 1181 e ss.

Di Majo A. *Nota a sentenza Cassazione sez. lavoro n. 1094\1978* in *Il Foro Italiano*, 1978, pp. 1437 e ss.

Di Majo A. *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003

Di Majo A. *Astreintes- i confini mobili della responsabilità civile (nota a Cassazione civile sez. I sentenza 15-04-2015 n.7613)* in *Giurisprudenza italiana*, 2016, pp. 562 e ss.

Donzelli R. *Sanzioni civili pecuniarie e giusto processo* in *Giustizia civile*, 2019, pp. 373 e ss.

Fanelli G. *Brevi note su misure coercitive e art. 709 ter c.p.c.* in *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2012, pp. 267 e ss.

Ferrara E., Mazzamuto S., Verde G. *Alcune proposte in materia di giustizia civile* in *Il Foro Italiano*, 2000, pp. 221 e ss.

Frenda D. M. *Appunti per una teoria dell'inibitoria come forma di tutela preventiva dell'inadempimento* in *Europa e diritto privato*, 2016, pp. 721 e ss.

Frignani A. *Inibitoria (azione)* voce della *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1970 XXI

Frus G. *L'attuazione dei provvedimenti d'urgenza con le misure ex art. 614 c.p.c.* in *Giurisprudenza italiana*, 2015, pp. 2382 e ss.

Galletto T. *Le nuove frontiere dell'esecuzione forzata: le misure di coercizione indiretta* in *Il Foro padano*, 2016, pp. 75 e ss.

Gambineri B. *Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare* in *Il Foro Italiano*, 2009, pp. 320 e ss.

Gambioli I. *Novità in materia di esecuzione forzata (I parte) - le misure coercizione indiretta ex art. 614 bis c.p.c.* in *Giurisprudenza italiana*, 2016, pp. 1264 e ss.

Giorgetti M. *L'esecuzione delle sentenze costitutive e considerazioni sulla reclamabilità dell'ordinanza ex art. 615, 1° co., c.p.c.* in *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2019, pp. 804 e ss.

Giorgianni M. *Tutela del creditore e tutela << reale >>* in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1975, pp. 853 e ss.

Giugliano V. *Compatibilità delle astreintes con l'ordine pubblico italiano* in *Rivista di diritto processuale*, 2016. pp. 246 e ss.

Gnani A. *Il risarcimento del danno in forma specifica*, Milano, 2018 pp. 298 e ss.

Libertini M. *La tutela civile inibitoria* in *Jus*, 1988, pp. 42 e ss.

Liebman E.T. *Le opposizioni di merito nel processo esecutivo*, Roma, 1931

Luiso F. *Il processo esecutivo* Milano, 2019

Mandrioli C. *L'esecuzione specifica dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro* in *Rivista di diritto processuale*, 1975, pp. 9 e ss.

Mandrioli C. *Sulla correlazione necessaria fra condanna ed eseguibilità forzata* in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1976, pp. 1342 e ss.

Mandrioli C. *Corso di diritto processuale civile*, Torino, 1989

Mazzamuto S. *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito (nota a ordinanza Tribunale Terni 6 agosto 2009)* in *Giurisprudenza italiana*, 2010, pp. 638 e ss.

Mazzamuto S. *L'astreintes all'italiana si rinnova: la riforma della comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c.* in *Europa e diritto privato*, 2016, pp. 11 e ss.

Merlin E. *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibile nella l.69\2009* in *Rivista di diritto processuale*, 2009, pp. 1546 e ss.

Miccolis G. *Prospettive ed evoluzione del processo esecutivo in italia* in www.judicium.it, n.1\2017

Mondini A. *Astreintes, ordine pubblico interno e danno punitivo* (nota a Cassazione civile sez. I sentenza 15-04-2015 n.7613) in *Il Foro Italiano*, 2015, 3966

Mondini A. *Note su rimedi e controllo della misura coercitiva ex art. 614 bis c.p.c. concessa con ordinanza cautelare* (nota a Tribunale di Genova sentenza 16-11-2015) in *Il Foro Italiano*, 2016, pp. 1053 e ss.

Mondini A. *Sulla ragione della non coercibilità del dovere di visita, proprio del genitore non collocatario, e su altre affermazioni al riguardo dalla corte di legittimità* (nota a Cassazione civile sez. I ordinanza 6 marzo 2020 n.6471) in *Il Foro Italiano*, 2020, pp. 2797 e ss.

Montanari M. *Astreintes in sede cautelare ed azione di manutenzione del contratto* in *Giurisprudenza italiana*, 2017, pp. 841 e ss.

Monteleone G. *Recenti sviluppi nella dottrina dell'esecuzione forzata* in *Rivista di diritto processuale*, 1982, pp. 281 e ss.

Monteleone G. *Condanna civile e titoli esecutivi* in *Rivista di diritto processuale*, 1990, pp.1075 e ss.

Monteleone G. *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 *Rivista esecuzione forzata*, 2016, pp. 543 e ss.

Montesano L. *Problemi attuali su limiti e contenuti (anche non patrimoniali) delle inibitorie, normali e urgenti* in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1995, pp. 775 e ss.

Motto A. *Note per uno studio sull'azione di condanna nella giurisdizione civile* in *Rivista di diritto civile*, 2015, pp. 911 e ss.

Nardo G. N. *Riflessioni sull'azione inibitoria* in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2016, pp, 1371 e ss.

Nisi N. *L'esecuzione transfrontaliera delle astreintes alla luce del regolamento (UE) 2201/2003 c.d. Bruxelles II-bis* in *European papers*, 2016 pp. 679 e ss.

Noviello D. *Un criticabile regime di attuazione a “doppio binario” per l’obbligo di visita del genitore non collocatario (nota a Cassazione civile sez. I ordinanza 6 marzo 2020 n.6471)* in *Corriere giuridico*, 2020, pp. 1397 e ss.

Palazzo F. C. *Tutela dei diritti, tutela del provvedimento giurisdizionale e categorie penalistiche* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1988, pp. 501 e ss.

Patrino P. e Protto M. *Osservatorio del processo amministrativo- Giudizio di ottemperanza e astreinte* in *Urbanistica e appalti*, 2013, pp.1346 e ss,

Patti S. *Codice di procedura civile tedesco- Zivilprozessordnung*, Milano, 2010

Perrot R. *La coercizione per dissuasione nel diritto francese* in *Rivista di diritto processuale*, 1996, pp. 658 e ss.

Petrucchi C. *Condanna* in *Enciclopedia del diritto*, 1961, VIII

Pisani A. *L’obbligazione è ancora iuris vinculum? Sull’accidentato cammino dell’ancor giovane astreintes all’italiana* in *Corriere giuridico*, 2017, pp. 1423 e ss.

Poletti D. *Sulla infungibilità degli obblighi di cui all’art. 614 bis c.p.c.* in *Giurisprudenza italiana*, 2014, pp. 750 e ss.

Proto Pisani A. *Il procedimento di repressione dell’attività sindacale (*) (Due anni di applicazione dello statuto dei lavoratori)* in *Il Foro Italiano*, 1973, pp. 57 e ss.

Proto Pisani A. *L’effettività dei mezzi di tutela con particolare riferimento all’attuazione della sentenza di condanna* in *Rivista di diritto processuale*, 1975, pp. 620 e ss.

Proto Pisani A. *Nota a sentenza Cassazione sez. lavoro n. 1094\1978* in *Il Foro Italiano*, 1978, pp. 559 e ss.

Proto Pisani A. *Appunti sulla tutela di condanna* in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1978, pp. 1104 e ss.

Proto Pisani A. *Aspetti processuali della reintegrazione del posto di lavoro* in *Il Foro Italiano*, 1982, pp. 117 e ss.

Proto Pisani A. *Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria* in *Il Foro Italiano*, 1983, pp. 127 e ss.

Proto Pisani A. *Attuazione di provvedimenti di condanna* in *Il Foro Italiano*, 1988, pp. 177 e ss.

Proto Pisani A. *Appunti sull'esecuzione forzata* in *Il Foro Italiano*, 1994, pp. 305 e ss.

Proto Pisani A. *Sentenza di condanna voce del Digesto civile*, Torino, 1998, pp. 295 e ss.

Proto Pisani A. *Note sulla tutela civile dei diritti* in *Il Foro Italiano*, 2002, pp. 165 e ss.

Proto Pisani A. *Condanna e misure coercitive* in *Il Foro Italiano*, 2007, pp. 1 e ss.

Proto Pisani A. *I diritti e le tutele*, Napoli, 2008

Proto Pisani A. *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)* in *Il Foro Italiano*, 2009, pp. 221 e ss.

Proto Pisani A. *Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo)* in *Il Foro Italiano*, 2010, pp. 257 e ss.

Querzola L. *L'attuazione dei provvedimenti nella crisi familiare* in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2019, pp. 671 e ss.

Rapisarda Sasoon C. *Voce Inibitoria, Digesto civile*, Torino, 1993, pp. 476 e ss.

Recchioni S. *L'attuazione forzata indiretta dei comandi cautelari ex art 614 bis c.p.c.* in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2014, pp. 1477 e ss.

Ricci E. F. *Ancora novità (non tutte importanti, non tutte pregevoli) sul processo civile* in *Rivista di diritto processuale*, 2008, pp. 1359 e ss.

Ronco A. *L'art. 614 bis e le controversie in materia di famiglia* in *Giurisprudenza italiana*, 2014, pp. 758 e ss.

Satta S. in *L'esecuzione forzata*, Torino 1950.

Saletti A. *L'esecuzione processuale indiretta nella riforma del "Codice di procedura civile" italiano dal 2009* in *Rivista de Derecho (Valparaiso)*, 2010, pp. 505 e ss.

Scoca F. G. *Natura e funzione dell'astreinte nel processo amministrativo* in *Corriere giuridico*, 2014, pp. 1411 e ss.

Siclari R. *Infungibilità: tra il dare e il fare* in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2015, pp. 583 e ss.

Silvestri E. *Problemi e prospettive di evoluzione nell'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare* in *Rivista di diritto processuale*, 1981, pp. 41 e ss.

Spadaro N. *Modificabilità dell'astreinte. Un quadro normativo e interpretativo che elide le potenzialità della misura coercitiva* in *Diritto processuale amministrativo*, 2018, pp. 143 e ss.

Taruffo M. *Problemi in tema di esecutorietà della condanna alla reintegrazione del lavoratore* in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1976, pp. 789 e ss.

Taruffo M. *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici* in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1988, pp. 142 e ss.

Taruffo M. *Note sull'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare* in *Giurisprudenza italiana*, 2014, pp. 744 e ss.

Tarzia G. *Presente e futuro delle misure coercitive civili* in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1981, pp. 800 e ss.

Tavormina V. *In tema di condanna, accertamento ed efficacia esecutiva* in *Rivista di diritto civile*, 1989, pp. 21 e ss.

Tedoldi A. *Le novità in materia di esecuzione forzata nel D.L. n. 83\2015... in attesa della prossima puntata...* in *Corriere giuridico*, 2016, pp. 153 e ss.

Tommaseo F. *L' esecuzione indiretta e l'art. 614 bis c.p.c.* in *Rivista di diritto processuale*, 2014, pp. 267 e ss.

Trapuzzano C. *Le misure coercitive indirette*, Padova, 2012

Vaccarella R. *Eterointegrazione del titolo e ragionevole durata del processo (nota a sentenza Corte di Cassazione, Sez. III, 17 gennaio 2013, n. 1027)* in *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2013, pp. 137 e ss.

Vallone G. *Le misure coercitive prima e dopo la riforma dell'art. 614bis c.p.c. (legge 6 agosto 2015. N. 132 di conversione del d.l. 27 giugno 2015, n.83)* in *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2016, pp. 34 e ss.

Ventura N. *La misura coercitiva di cui all'art. 614 bis c.p.c. e l'esecuzione dell'obbligo di contrarre* in *Giurisprudenza italiana*, 2014, pp. 767 e ss.

Verde G. *Profili del processo civile parte generale*, Napoli, 1986

Vincre S. *Le misure coercitive ex art. 614bis c.p.c. dopo la riforma del 2015* in *Rivista diritto processuale*, 2017, pp. 368 e ss.

Vullo E. *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea* in *Rivista di diritto processuale*, 2004, pp. 727 e ss.

Vullo E. *Affidamento dei figli, competenza per le sanzioni ex art.709 ter e concorso con le misure attuative del fare infungibile ex art. 614 bis* in *Famiglia e diritto*, 2010, pp. 927 e ss.

Vullo E. *Non coercibilità del diritto-dovere di visita del figlio minore spettante al genitore non collocatario (nota a Cassazione civile sez. I ordinanza 6 marzo 2020 n.6471)* in *Famiglia e diritto*, 2020, pp. 795 e ss.

Zaffaroni L. *La provvisoria esecutorietà dei capi condannatori delle sentenze costitutive di primo grado (nota a Cass. Civ., III sez., 3.9.2007, n. 18512)* in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, pp. 649 e ss.

Zucconi Galli Fonseca E. *Misure coercitive fra condanna e tutela esecutiva* in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2014, pp. 389 e ss.