

TOMASO GALLETTO^(*)

**LE NUOVE FRONTIERE DELL'ESECUZIONE FORZATA:
LE MISURE DI COERCIZIONE INDIRETTA ^(**)**

* * *

SOMMARIO: 1. Il carattere essenzialmente surrogatorio del processo esecutivo ed i suoi limiti: il caso degli obblighi di fare infungibile o di non fare. - 2. L'idea della coercizione indiretta: dalla esperienza francese delle "astreintes" alle prime iniziative in Italia. - 3. Frammenti di disciplina settoriale. - 4. La riforma del 2009 e l'introduzione dell'art. 614 bis c.p.c. - 5. Critiche e dubbi applicativi: difformità degli orientamenti giurisprudenziali. - 6. La riforma del 2015 e l'ampliamento della operatività delle misure coercitive indirette. - 7. Il "nuovo" art. 614 bis c.p.c. ed i problemi applicativi. - 8. Cenni sulle misure coercitive indirette nel processo amministrativo. - 9. Un interessante caso di esecutività in Italia di una "astreinte" belga. - 10. Considerazioni conclusive.

1. Il carattere essenzialmente surrogatorio del processo esecutivo ed i suoi limiti : il caso degli obblighi di fare infungibile o di non fare.

L'esecuzione forzata costituisce una forma di tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi attraverso la quale il creditore, per conseguire quanto gli è dovuto, può fare espropriare i beni del creditore secondo le regole stabilite dal codice di procedura civile (così dispone l'art. 2910 I comma cod. civ.), oppure può ottenere coattivamente la consegna o il rilascio di beni o l'esecuzione coattiva di obblighi fungibili di fare o non fare (artt. 2931 e 2933 cod. civ.).

^(*)Avvocato, Professore a contratto di Diritto Processuale Civile presso l'Università di Genova.

^(**)Relazione svolta al Convegno organizzato dalla Camera Civile di Genova sul tema "Ancora misure urgenti per riformare il fallimento e il processo civile", Genova, 16 novembre 2015.

Si tratta quindi di un diritto potestativo spettante al creditore, rispetto al quale il debitore è in una posizione di soggezione.

Il diritto all'azione esecutiva è ricompreso nell'ambito del diritto di azione e di difesa previsti e garantiti dall'art. 24 cost. poiché anche attraverso di essa viene assicurata una tutela giurisdizionale efficace, soddisfattiva per il creditore¹.

Il controllo dell'azione esecutiva è riservato allo Stato (e conseguentemente si parla di monopolio statale dell'azione esecutiva), non essendo consentito ai privati gestire autonomamente l'azione esecutiva (ad esempio non è consentito devolvere in arbitrato il processo esecutivo).²

La funzione dell'esecuzione forzata è, dunque, quella di far ottenere all'avente diritto ciò che gli spetta sul piano sostanziale, facendo a meno dell'adempimento³.

L'attività che l'ordinamento pone in essere per far conseguire all'avente diritto ciò che gli spetta è di tipo essenzialmente *surrogatorio*, nel senso che l'ufficio esecutivo si sostituisce al debitore inadempiente nell'esecuzione dell'obbligazione. In questa prospettiva si parla di esecuzione *diretta* nell'ambito della quale, mediante gli strumenti del processo esecutivo, il creditore ottiene il pagamento del credito (previa trasformazione in denaro del patrimonio del debitore) la consegna di un determinato bene mobile o immobile, l'esecuzione di ciò che il debitore doveva fare e non ha fatto o la distruzione di ciò che il debitore non poteva fare e invece ha fatto.

¹ Secondo la giurisprudenza costituzionale il potere di imporre, anche coattivamente, il rispetto della statuizione contenuta nel giudicato e quindi, in definitiva, il rispetto della legge stessa è un connotato intrinseco della stessa funzione giurisdizionale (Corte Cost. n. 435/1995).

Anche a livello sovranazionale la fase esecutiva del giudicato va considerata parte integrante del processo ai fini del rispetto dei principî di cui all'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU): in questo senso cfr. C. Edu 28.7.1999, ID. 26.5.2004 e 31.8.2007.

Per una lucida riflessione sui principî di effettività della tutela esecutiva, anche nella prospettiva costituzionale, v. F. CARPI, *Riflessioni sui rapporti tra l'art. 111 della Costituzione ed il processo esecutivo*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 2002, 381, ss.

² La diversa questione relativa alla arbitrabilità delle controversie in sede esecutiva è controversa. Secondo la prevalente opinione, infatti, le opposizioni all'esecuzione sarebbero astrattamente arbitrabili, mentre non lo sarebbero quelle agli atti esecutivi e più in generale le controversie sulla distribuzione del ricavato dell'espropriazione, ma non mancano opinioni che escludono completamente l'arbitrabilità della materia: in argomento per una sintesi delle varie posizioni cfr. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato*, Commentario diretto da F. Carpi, Bologna, 2007, sub. art. 806, p.42.

³ Si tratta dell'applicazione del noto principio chiovendiano "*il processo deve dare per quanto è possibile, praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire*": cfr. G. CHIOVENDA "*Principi di diritto processuale civile*", Napoli, 1912 (ristampa inalterata, Napoli 1965) p.81.

Ma l'intervento surrogatorio dell'ufficio esecutivo trova un evidente ed insuperabile limite nella *infungibilità* della prestazione inadempita.

In tale ipotesi, infatti, il diritto all'esecuzione forzata si scontra con la incoercibilità delle prestazioni personali che rende oggettivamente non ipotizzabile un intervento surrogatorio.

In questa prospettiva, con riferimento alle obbligazioni di fare infungibile o di non fare si discute in termini di "*esecuzione indiretta*" consistente nell'indurre il debitore ad adempiere sotto comminatoria di conseguenze negative (sia di carattere patrimoniale sia di carattere personale) a fronte del rifiuto dell'adempimento spontaneo.

Nel nostro ordinamento, come è noto, soltanto recentemente si è ritenuto di introdurre misure di esecuzione indiretta di applicazione generale (essendone state introdotte nel tempo in specifiche materie) cercando così di colmare la lacuna di tutela in tema di obbligazioni infungibili.

Le obbligazioni infungibili di fare o di non fare, infatti, da sempre pongono molteplici e delicate questioni con riferimento agli strumenti attivabili dai creditori per ottenerne l'adempimento, naturalmente nella forma indiretta di cui si è detto.

Paradigmatica, in questa prospettiva, è la vicenda relativa alla attuazione dell'ordine di reintegra prevista dall'art. 18 della legge 20 maggio 1970 n. 300 ("Statuto dei lavoratori") in caso di declaratoria di illegittimità del licenziamento. Sono note in proposito le difficoltà nell'individuare un efficace strumento di tutela coattiva nell'ordine di reintegra, talvolta surrogate dall'utilizzazione del provvedimento cautelare atipico di cui all'art. 700 c.p.c. che, se inadempito, in taluni casi può dare luogo all'applicazione di sanzione penale (art. 388 c.p.).

Per la verità l'ordine di reintegra inadempito determina l'obbligo di pagamento a favore del fondo adeguamento pensioni di una somma pari all'importo della retribuzione dovuta al lavoratore, e quindi in senso lato una misura di coercizione indiretta all'adempimento, peraltro certamente non soddisfacente delle legittime pretese ad una effettiva reintegrazione nel posto di lavoro.

Al di là di questo caso paradigmatico è comunque evidente che tutte le fattispecie caratterizzate dalla infungibilità della prestazione denunciavano l'incapacità dell'ordinamento di dare una adeguata risposta in sede esecutiva all'inadempimento di tali obbligazioni.

In questo contesto si giustifica l'interesse alla individuazione di adeguati strumenti di coercizione indiretta all'adempimento delle obbligazioni infungibili.

2. L'idea della coercizione indiretta: dalla esperienza francese delle "astreintes" alle prime iniziative in Italia.

Il dibattito sulla individuazione di misure di coercizione indiretta, tali da indurre il debitore di una prestazione infungibile allo spontaneo adempimento (l'unico in effetti possibile e soddisfacente per il creditore), è molto risalente nel tempo.

Già pochi anni dopo l'entrata in vigore del Code Napoléon la giurisprudenza francese elaborava l'istituto delle c.d. "astreintes", consistente in una sanzione pecuniaria – spesso in misura progressiva – accessoria alla condanna principale, pronunciata dal giudice anche d'ufficio, in modo da costringere il debitore all'adempimento. Legittimata da una pronuncia della Corte di Cassazione del 1825, l'*astreinte* ha conosciuto in quell'ordinamento un uso sempre più vasto, sino ad essere regolamentata per legge (da ultimo con L. 650/91)⁴.

Non è evidentemente possibile ripercorrere in questa sede la interessante storia di questo istituto: qui può essere sufficiente ricordare che la sua applicazione è ormai da tempo generalizzata non soltanto in relazione a condanne concernenti obblighi infungibili ma anche a quelle relative ad obblighi fungibili e persino a condanne relative ad obbligazioni pecuniarie.

Ancora, è utile ricordare che nel sistema francese delle *astreintes* mentre spetta al giudice della cognizione la determinazione di essa, la liquidazione dell'importo a tale titolo dovuto è riservata alla fase esecutiva, nell'ambito della quale si forma il titolo esecutivo.

Dopo aver accennato all'esperienza francese – che costituisce l'archetipo delle misure coercitive indirette nei paesi di *civil law* – e ritornando all'esperienza italiana, può essere interessante notare che i primi tentativi di dare soluzione sistematica alla tutela coattiva dell'adempimento di obbligazioni infungibili risalgono a quasi un secolo fa : si tratta del Progetto Carnelutti del 1926 ove *ex artt. 667 e 668*⁵ era previsto che, in caso di mancata esecuzione di un obbligo di

⁴ Per una ricostruzione della storia delle *astreintes* cfr. L.MARAZIA, *Astreintes e altre misure coercitive per l'effettività della sentenza civile di condanna*, in *Riv. Esec. Forzata*, 2004, 338 ss.).

⁵ Art. 667 Progetto Carnelutti: "Della pena pecuniaria per l'inadempimento di un obbligo di fare o di non fare: Se l'obbligo consiste nel fare e nel non fare, il creditore può chiedere che il debitore sia condannato a pagargli una pena pecuniaria per ogni giorno di ritardo nell'adempimento a partire dal giorno stabilito dal giudice. Tale condanna può essere pronunciata con la sentenza che accerta l'obbligo o con altra successiva".

Art. 668 Progetto Carnelutti: "Liquidazione della pena pecuniaria: Il creditore, che ha ottenuto la condanna prevista dall'articolo precedente, può chiedere che l'ufficio esecutivo liquidi la pena pecuniaria per il ritardo già verificatosi, salvo il suo diritto per il ritardo ulteriore. Ove gli sia proposta tale domanda, l'ufficio convoca il creditore e il debitore giusta l'art. 498. Se il debitore non comparisce

fare o di non fare, l'avente diritto avrebbe potuto domandare la condanna dell'obbligato al pagamento di una somma di denaro per ogni unità temporale di ritardo, a partire dal giorno stabilito dal giudice.

La vera e propria innovazione del suddetto Progetto consisteva quindi nella previsione di una pena pecuniaria comminata in caso di inadempimento degli obblighi di fare o di non fare, mediante la quale si sarebbe sostanzialmente accolto nel nostro ordinamento giuridico il sistema giurisprudenziale delle *astreintes* francesi.

Oltre alla previsione di un ufficio esecutivo, istituito presso ogni tribunale e pretura, ad ausilio del giudice e per l'attuazione dei suoi pronunciati, il Progetto prevedeva l'esecuzione forzata di tutte le categorie di obbligazioni i cui limiti erano fissati nell'art. 459⁶, il cui scopo precipuo era l'adempimento in forma specifica di ogni categoria di obbligazione.

Nell'impianto del codice di rito del 1942, peraltro, così come nel coevo codice di diritto sostanziale, non vi è menzione di misure di coercizione indiretta assimilabili alle *astreintes* francesi ed il risarcimento del danno resta l'unica tutela a fronte dell'inadempimento di obbligazioni infungibili. La determinazione di una "pena pecuniaria" per l'inadempimento o il ritardo nell'inadempimento è rimessa all'autonomia negoziale delle parti (la c.d. "clausola penale"), con un controllo postumo da parte del giudice in ordine alla sua equità.

I diversi progetti di riforma della procedura civile che sono stati elaborati a partire dagli anni '70 del secolo scorso hanno affrontato il tema della esecuzione indiretta delle obbligazioni infungibili, ipotizzando una soluzione in varia misura modellata sul sistema delle *astreintes* francesi, ma nessuno di essi – in parte qua – ha avuto attuazione legislativa⁷.

Parallelamente alle iniziative legislative sopra richiamate (tutte abortite) si è sviluppato il dibattito in dottrina, incentrato innanzi tutto sulla alternatività o

o, comparendo, ammette il ritardo, il capo dell'ufficio esecutivo gli ordina di pagare la somma dovuta per il ritardo già verificatosi. L'ordinanza ha valore di titolo esecutivo e non è soggetta a reclamo. Se il debitore contesta il suo obbligo, il capo dell'ufficio esecutivo rimette le parti avanti al giudice competente per la decisione della lite”.

⁶ Art. 459 Progetto Carnelutti: “Limiti dell'esecuzione forzata: Di qualunque obbligo può essere richiesta, nelle forme previste dal secondo libro, esecuzione forzata quando non sia vietata dalla legge o materialmente impossibile, purchè l'obbligo sia scaduto e il debitore non vi adempia spontaneamente”.

⁷ A partire dal d.d.l. Reale del 1975 tutti i successivi progetti di riforma o le commissioni di studio in materia hanno ipotizzato una disciplina in tema di inadempimento delle obbligazioni infungibili: così la Commissione Liebman nel 1978 ed il relativo progetto di riforma del 1981, il progetto di riforma Tarzia del 1996, la Commissione Vaccarella del 2003, il disegno di legge Mastella del 2007. Su quest'ultimo v. le osservazioni di F.P. LUISO, *Prime osservazioni sul disegno Mastella*, in www.Judicium.it

meno della esecuzione indiretta rispetto all'esecuzione per surrogazione: secondo alcuni se è possibile l'esecuzione per surrogazione non è concepibile una concorrente coazione indiretta⁸, mentre secondo altri il cumulo di tutela doveva ritenersi ammissibile⁹.

Un dibattito dottrinale tuttavia circoscritto agli studiosi del processo esecutivo, come ebbe modo di osservare V. Andrioli lamentando uno scarso interesse della dottrina per la specifica materia della esecuzione indiretta¹⁰.

Il dato di fatto rilevante resta peraltro cristallizzato nella constatazione che la evidente lacuna nella tutela esecutiva delle obbligazioni infungibili – al di là di sporadici interventi settoriali dei quali subito si dirà – in oltre un secolo di tentativi e dibattiti non è stata colmata.

3. Frammenti di disciplina settoriale.

In alcuni settori, per la verità, il legislatore è intervenuto con misure di coercizione indiretta all'adempimento di obbligazioni infungibili, ma si è trattato di interventi sporadici e disomogenei, inadonei a tracciare una disciplina generale del fenomeno considerato.

In materia brevettuale, infatti, sin dal 1939 il giudice aveva la facoltà di fissare una somma dovuta per ogni violazione della proprietà industriale o inosservanza o ritardo nella esecuzione di provvedimenti contenuti nella sentenza, e analoghi poteri erano previsti per la tutela del diritto di autore (e tali poteri permangono nella nuova disciplina del settore di cui al D.lgs. 10 febbraio 2005 n. 30).

Della misura coercitiva relativa alla reintegrazione del lavoratore sul posto di lavoro, di cui all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori del 1970, già si è detto, evidenziandone la scarsa efficacia dissuasiva.

A presidio della esecuzione dei provvedimenti inibitori di comportamenti lesivi di interessi collettivi degli utenti e consumatori sono infine previste, nel Codice del Consumo (D.Lgs. 6 settembre 2005 n. 206), misure coercitive indirette consistenti nella comminatoria da parte del Giudice di sanzioni pecuniarie per

⁸ In questo senso v. G.BORRE', *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, Napoli, 1966, p. 136.

⁹ Di questa opinione è, ad esempio, S. CHIARLONI in *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980, p. 15 ss. ove si privilegia la prospettiva storico-comparativa dell'esperienza francese.

¹⁰ V. ANDRIOLI, *Intorno al disegno di legge delega per il nuovo codice di procedura civile*, in *Dir. Giur.*, 1983, 820.

l'inadempimento o il ritardo nell'adempimento, ma i relativi proventi vanno versati all'entrata del bilancio dello Stato.

Si tratta quindi di interventi legislativi episodici, in particolari settori, che evidenziano la già rimarcata assenza - nella generalità dei casi - di efficaci strumenti di tutela coattiva dell'adempimento di obbligazioni infungibili di fare e non fare le quali, avendo spesso ad oggetto una prestazione dal contenuto esclusivamente o prevalentemente non patrimoniale, poco si prestano, in caso di violazione, ad essere convertite nel rispettivo equivalente pecuniario sotto forma di risarcimento del danno.

4. La riforma del 2009 e l'introduzione dell'art. 614 bis c.p.c.

Nel 2009, come è noto, il legislatore è intervenuto, finalmente, nella materia della esecuzione indiretta, introducendo nel codice di rito l'art. 614 bis, sotto la rubrica *"Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare"*.

Ai sensi di tale disposizione "con il provvedimento di condanna il giudice, salvo che ciò che 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".

La norma, frutto di una imprecisa tecnica legislativa, era collocata nell'ambito delle disposizioni relative al processo esecutivo, ma in realtà era ad esso estranea in quanto la pena pecuniaria per l'inadempimento o il ritardo nell'inadempimento era irrogabile soltanto nell'ambito di provvedimenti di condanna, e quindi all'esito di un processo di cognizione.

Il giudice godeva di un'ampia discrezionalità nell'accogliere o meno la richiesta della misura coercitiva indiretta, consistente nella condanna al pagamento della somma di denaro dovuta dall'obbligato, e tale disposizione comunque non era applicabile alle controversie di lavoro subordinato pubblico e privato ed ai rapporti di c.d. parasubordinazione.

La misura coercitiva era concedibile soltanto su istanza di parte, ponendosi così il problema relativo alla equiparazione di tale istanza alle domande di parte, come tali da proporsi nei limiti temporali disciplinati dalle preclusioni processuali.

Parte della dottrina propende per l'assimilazione dell'istanza alla domanda, soggetta quindi alle richiamate preclusioni, ma sembrano più convincenti le opinioni di chi ritiene che si tratti di una misura che riguardi l'effettività della tutela che si chiede in sede di merito e che conseguentemente, salvo la necessità di rispettare il principio del contraddittorio, non vi siano preclusioni temporali per la formulazione dell'istanza in oggetto¹¹.

Ad ulteriore sostegno della tesi più liberale, del resto, può aggiungersi che la richiesta di condanna alla misura coercitiva indiretta presenta forti analogie con l'istanza di risarcimento del danno per responsabilità aggravata di cui all'art. 96 c.p.c., rispetto alla quale la giurisprudenza di legittimità ritiene che essa abbia natura endoprocessuale e conseguentemente possa essere avanzata per la prima volta anche all'udienza di precisazione delle conclusioni ed anche in grado di appello o di cassazione¹².

Ricordato l'ampio margine di discrezionalità attribuito al giudice della cognizione sia in ordine alla concessione della misura coercitiva indiretta sia in ordine alla quantificazione del dovuto dall'obbligato, la già evidenziata imprecisa formulazione della norma ha da subito dato luogo a rilevanti critiche e dubbi interpretativi.

5. Critiche e dubbi applicativi: difformità degli orientamenti giurisprudenziali.

Un primo profilo di critica alla tecnica legislativa attiene alla scelta di attribuire al solo giudice della cognizione, al momento della pronuncia di una condanna, il potere di irrogare la misura coercitiva indiretta, di natura pecuniaria.

E' evidente, infatti, che al momento della pronuncia della condanna non sono prevedibili i successivi comportamenti dell'obbligato, né può tenersi conto dell'eventuale mutamento delle circostanze sopravvenuto rispetto alla pronuncia della misura coercitiva indiretta.

¹¹ In questo senso M. BOVE, *La misura coercitiva di cui all'art. 614 bis c.p.c.*, in www.Judicium.it il quale ritiene altresì che l'istanza possa essere presentata anche per la prima volta in appello. L'opinione maggioritaria è di segno opposto: cfr. PAGNI, *La riforma del processo civile: la dialettica tra il giudice e le parti (e i loro difensori) nel nuovo processo di primo grado*, in *Corr. Giur.*, 2009, 1309 ss. spec. 1318; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Le novità della riforma in materia di esecuzione forzata*, in www.Judicium.it ; AMADEI, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, in www.Judicium.it. Una posizione intermedia è offerta da MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella L. 69/2009*, in *Riv. dir. proc.* 2009, 1546 ss., spec. 1549 che assimila l'istanza ad una modifica della domanda ammissibile nei limiti temporali di cui all'art. 183 c.p.c.

¹² Cfr. rispettivamente Cass. n. 3941/2002, 15964/2009 e Sezioni Unite n. 17300/2003.

La condanna al pagamento di una somma di denaro quale misura coercitiva indiretta costituisce, per espressa previsione normativa, titolo esecutivo per il pagamento.

Si tratta quindi di una condanna condizionale che consente al creditore di preconstituirsì un titolo esecutivo per l'ipotesi di futuro inadempimento dell'obbligazione.

In questa prospettiva sarebbe stato più opportuno attribuire al giudice dell'esecuzione quanto meno il potere di determinare la somma dovuta dall'obbligato, in sintonia del resto con il sistema francese delle *astreintes* che prevede appunto da un lato la irrogazione della misura coercitiva indiretta da parte del giudice della cognizione, ma dall'altro prevede che la liquidazione effettiva, con la formazione del titolo esecutivo, avvenga ad opera dell'ufficio esecutivo.

L'aver escluso poteri in capo al giudice dell'esecuzione nella materia considerata determina altresì una evidente disparità di tutela nei confronti di coloro che siano già muniti di un titolo esecutivo sprovvisto di condanna a misura coercitiva indiretta (sia perché formatosi prima della novella, sia perché di origine stragiudiziale)¹³.

Ancora, si pongono rilevanti problemi in ordine al regime probatorio della pretesa coercitiva indiretta poiché se da un lato è ragionevole ritenere che in caso di inadempimento di obblighi di fare il creditore possa limitarsi, in sede di precetto, a dedurre l'inadempimento spettando al debitore la prova contraria, nella diversa ipotesi di inadempimento di obblighi di non fare dovrebbe ritenersi che il creditore sia onerato di provare i singoli episodi di inadempimento a tale obbligo.

Un ulteriore profilo critico della norma considerata riguarda il suo campo di applicazione: dalla rubrica della norma si desume che essa riguardi esclusivamente le obbligazioni infungibili, mentre nel testo dell'articolo questa delimitazione applicativa non è ripetuta.

Di qui il dubbio se la norma trovi applicazione o meno anche con riferimento alle obbligazioni fungibili, dal momento che essa si riferisce indistintamente a tutti i provvedimenti di condanna.

¹³ Soltanto nell'ambito di un accordo raggiunto in sede di mediazione finalizzata alla conciliazione (art. 11, D.Lgs. 28/2010) è prevista la possibilità che le parti prevedano, con efficacia di titolo esecutivo, il pagamento di una pena pecuniaria per l'inadempimento o il ritardo dell'adempimento, senza distinzione fra obbligazioni fungibili e non fungibili.

Ragioni di ordine sistematico dovrebbero indurre a privilegiare la interpretazione restrittiva tesa a ricondurre la misura coercitiva indiretta soltanto a presidio di obbligazioni infungibili di fare o di non fare¹⁴.

L'infelice formulazione della norma, tuttavia, ha dato luogo a difformi interpretazioni giurisprudenziali nell'ambito delle quali si è ritenuto che essa possa operare anche a presidio di obbligazioni di fare fungibili¹⁵.

Anche con riferimento al provvedimento al quale può accedere la misura coercitiva indiretta si pongono questioni di non facile decifrazione.

La locuzione, contenuta nell'articolo 614 bis "provvedimento di condanna", infatti, può essere letta con diverse prospettive: da un lato che essa riguardi solo e soltanto le sentenze e/o i provvedimenti conclusivi di un giudizio di merito, e dall'altro, che essa invece debba essere letta in senso estensivo, così da ricomprendere anche i provvedimenti cautelari anticipatori (ad esempio ex art. 700 c.p.c.)¹⁶.

Ancora più delicata è la questione se l'art. 614 bis c.p.c. sia applicabile nell'ambito dell'arbitrato rituale e conseguentemente se essa possa accedere al lodo.

Argomentando dalla equiparazione del lodo rituale, quanto alla sua efficacia, alla sentenza pronunciata dalla autorità giudiziaria dovrebbe ritenersi ammissibile per gli arbitri rafforzare la condanna pronunciata col lodo con la misura coercitiva indiretta. Trattandosi di pronuncia accessoria a quella principale dovrebbe altresì escludersi la necessità di una espressa previsione nell'ambito della convenzione di arbitrato per consentire agli arbitri di applicare l'art. 614 bis c.p.c.¹⁷.

¹⁴ Sono condivisibili, in proposito, le osservazioni di M. BOVE, *op. cit.*, p. 2, che evidenziano sia la collocazione sistematica delle norme, sia la necessità di una stretta interpretazione della disciplina che irroga una pena pecuniaria.

¹⁵ In questo senso, ad esempio, il Tribunale di Siena con sentenza 1111/2013 ha accolto la richiesta di determinare ex art. 614 bis c.p.c. una somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione del provvedimento relativo alla condanna all'esecuzione di opere edili a riparazioni di gravi difetti costruttivi ex art. 1669 cod. civ. e nello stesso senso cfr. Trib. Terni 4 agosto 2009 e Trib. Trento 8 febbraio 2011. Di segno opposto Trib. Livorno 15 novembre 2011, Trib. Cagliari 19 ottobre 2009, Trib. Modena 7 marzo 2011. Per una rassegna della dottrina e della giurisprudenza sulla applicabilità o meno dell'art. 614 bis c.p.c. alle obbligazioni di fare fungibili v. A. MONDINI, in *Foro It.*, 2014, 1984 ss. .

¹⁶ In questo senso cfr. M. Bove, *op. cit.* p.4, che reputa altresì che la misura coercitiva indiretta possa accedere anche all'ordinanza di cui all'art.702 ter. c.p.c..
Per un approfondimento sulla applicabilità dell'art. 614- bis alla tutela cautelare cfr. J.V. D'Amico, *Sull'applicabilità dell'art. 614-bis c.p.c. ai provvedimenti cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 713 ss.

¹⁷ In dottrina si dimostra favorevole alla applicabilità della norma al giudizio arbitrale M. Bove, *op.cit.* p.4.

Un profilo particolarmente delicato è rappresentato infine dal rapporto tra il provvedimento che concede la misura coercitiva indiretta di cui all'art. 614 bis e il giudice dell'esecuzione in forma specifica.

Come è stato esattamente osservato, invero, il giudice della cognizione può concedere la misura coercitiva ritenendo l'infungibilità della prestazione dovuta dall'obbligato ovvero per converso negarla reputando la fungibilità di quest'ultima.

Il giudice dell'esecuzione, richiesto di determinare le modalità di esecuzione di una prestazione ritenuta fungibile dal giudice della cognizione potrebbe essere di diversa opinione, rifiutando così di dare corso all'esecuzione forzata e non essendo in tal caso più possibile per il creditore ottenere la misura coercitiva indiretta (a meno che non abbia impugnato il relativo punto della decisione). Ma anche il caso inverso presenta criticità perché nulla esclude che il creditore, pur avendo ottenuto la misura coercitiva indiretta, possa agire anche ex art. 612 ss. per l'adempimento di obblighi di fare o non fare.

In questa prospettiva risalta l'ulteriore questione, della quale si è già accennato, relativa alla cumulabilità o meno della misura coercitiva indiretta con l'esecuzione in forma specifica.

Nonostante autorevoli opinioni contrarie, sembra prevalere in dottrina la tesi della cumulabilità delle tutele, ferma restando la necessità di evitare una ingiusta locupletazione a favore del creditore.

Il problema è peraltro ben lontano dal trovare una soluzione univoca ed è anzi destinato ad acuirsi a seguito della nuova formulazione dell'articolo 614 bis c.p.c. introdotta con la riforma dell'estate del 2015, della quale subito si dirà.

6. La riforma del 2015 e l'ampliamento della operatività delle misure coercitive indirette.

Il dl. 27 giugno 2015 n. 83, convertito con modificazioni dalla legge 6.8.2015 n. 132 ha introdotto nel codice di rito un nuovo Titolo IV *bis* relativo alle misure di coercizione indiretta, costituito da un solo articolo.

Si tratta dell'art. 614 *bis*, interamente riformulato rispetto al testo previgente ma in realtà contenente una sola, ma importantissima, innovazione.¹⁸

¹⁸ Il testo della norma è il seguente:

Art. 614-bis.

((Misure di coercizione indiretta))

((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 nuovo testo, infatti, prevede ora che la misura coercitiva indiretta possa essere applicata con il provvedimento di condanna all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro, immutato il resto.

Si tratta di una innovazione particolarmente rilevante poiché la nuova formulazione della norma consente che qualsiasi condanna, esclusa quella al pagamento di somme di denaro, possa essere accompagnata dalla misura coercitiva indiretta indipendentemente dalla natura fungibile o infungibile dell'obbligo che deve essere adempiuto dal debitore della prestazione.

Risultano così superate le questioni, alle quali si è in precedenza fatto riferimento, relative all'ambito di operatività di questa misura coercitiva indiretta.

Il giudice della cognizione non troverà dunque alcun limite alla possibilità di accompagnare, su richiesta di parte, la condanna all'adempimento di obblighi (diversi dal pagamento di somme di denaro) con la misura coercitiva indiretta del pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza o per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento di condanna.

Pur restando ferme le esclusioni oggettive dall'ambito di operatività della norma riferite ai rapporti di lavoro subordinato pubblico o privato e ai rapporti di parasubordinazione e restando altresì immutata l'ampia discrezionalità assegnata al giudice in ordine alla applicazione o meno della misura coercitiva indiretta, è evidente che la nuova formulazione normativa dell'art. 614 *bis* ne estende l'ambito di applicativo.

Tutti i provvedimenti di condanna all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro possono oggi essere accompagnati dalla misura coercitiva indiretta, il che sembrerebbe deporre nel senso della cumulabilità tra esecuzione diretta, in via surrogatoria, ed applicazione della misura coercitiva indiretta.

Quest'ultima potrà trovare applicazione sia con riferimento ad obblighi di consegna o rilascio, sia con riferimento ad obblighi di fare o di non fare fungibili oltre naturalmente all'ipotesi originaria di adempimento di obblighi infungibili.

Il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle controversie di lavoro subordinato pubblico o privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409.

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).

7. Il “nuovo” art. 614 bis c.p.c. ed i problemi applicativi.

L'ampio spettro di operatività della misura coercitiva indiretta nella sua nuova formulazione se da un lato supera le difficoltà applicative della previgente ed infelice formulazione, dall'altro ne pone di nuove.

In linea di principio, infatti, la norma può trovare applicazione anche in relazione all'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto di cui all'art. 2932 cod. civ.. Ma, come è stato esattamente rilevato, deve dubitarsi della opportunità della applicazione della norma alla fattispecie considerata in ragione delle difficoltà che possono conseguire sul piano operativo : la coercizione alla stipulazione del contratto mal si concilia infatti con la possibilità che la condanna all'adempimento venga riformata in sede di gravame, poiché a quel punto l'eventuale riforma della pronuncia di primo grado non potrebbe più incidere sul contratto stipulato per evitare il maturarsi della pena pecuniaria per il ritardo nell'adempimento¹⁹.

Nell'ipotesi considerata ed in quelle ad essa consimili risulterà quindi particolarmente opportuno che il giudice faccia un uso accorto dell'ampio potere discrezionale che la norma consente in ordine all'applicazione della misura coercitiva indiretta.

8. Cenni sulle misure coercitive indirette nel processo amministrativo.

Anche nell'ambito del processo amministrativo, regolato dal d.lgs. 104 del 2010, è presente una misura coercitiva indiretta molto simile a quella di cui all'art. 614 bis c.p.c.

Si tratta dell'art. 114 lett. e) del codice del processo amministrativo (CPA) che prevede che il giudice dell'ottemperanza, laddove accolga il ricorso, *“salvo che ciò sia manifestamente iniquo, e se non sussistono altre ragioni ostative, fissa, su richiesta di parte la somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato; tale statuizione costituisce titolo esecutivo”*.

Nonostante l'evidente parallelismo delle norme, che traggono origine da una matrice comune costituita dalla legge delega 18 giugno 2009 n. 69, si possono

¹⁹ Cfr. in proposito le osservazioni di G.FINOCCHIARO, *Misure di coercizione indiretta per gli obblighi di fare*, in *Guida al Diritto*, n. 38/2015, 56 ss., spec. 57, ove si pone altresì il problema della sorte del contratto concluso per evitare l'applicazione nella misura coercitiva indiretta, che potrebbe ritenersi annullabile essendo la volontà di una parte viziata dalla comminatoria della misura coercitiva.

apprezzare notevoli differenze tra la misura coercitiva indiretta nel processo civile ordinario e in quello amministrativo.

Intanto con riferimento al processo amministrativo, deve rilevarsi che attraverso il giudizio di ottemperanza viene comunque assicurata la possibilità della esecuzione diretta, in via surrogatoria, delle statuizioni tanto del giudice civile quanto di quello amministrativo e ciò a differenza di altri ordinamenti (ad esempio quello francese e quello tedesco) che non conoscono lo strumento dell'ottemperanza ed affidano conseguentemente alle sole *astreintes* l'esecuzione del giudicato amministrativo.

L'introduzione nell'ambito del giudizio di ottemperanza della possibilità per il giudice di applicare una misura coercitiva indiretta amplia notevolmente la tutela del creditore della prestazione della PA in quanto esecuzione diretta e coercizione indiretta coesistono nell'ambito del sistema, rendendo il giudizio di ottemperanza un sistema misto che si differenzia dalle altre esperienze comparabili che optano per l'uno o l'altro sistema.

Rispetto alla analoga previsione processual-civilistica l'art. 114 lett. e) c.p.a. aggiunge un maggiore ambito di operatività della discrezionalità del giudice nel concedere, sempre su richiesta di parte, la misura coercitiva indiretta: infatti il giudice potrà negarla non solo quando la concessione di essa risulti manifestamente iniqua, ma anche se sussistono altre ragioni ostative (previsione quest'ultima non presente nell'art. 614 *bis*).

Ancora la norma del processo amministrativo attribuisce, come è obiettivamente più opportuno, al giudice dell'esecuzione (qui, dell'ottemperanza) il potere di concedere la misura coercitiva indiretta e non pone limiti in ordine alla natura della obbligazione che deve essere adempiuta (fungibile o infungibile).

Oggi, a seguito della recente riforma in sede processual-civilistica, il limite della fungibilità della prestazione non impedisce più l'adozione della misura coercitiva indiretta da parte del giudice civile, ma resta in sede civile il limite costituito dalla inammissibilità della misura coercitiva indiretta in caso di condanna al pagamento di somme di denaro.

Ed è interessante notare, a questo proposito, il diverso percorso compiuto, in sede interpretativa, dal giudice amministrativo il quale, con recente decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 15 del 25 giugno 2014, ha ritenuto che la misura coercitiva indiretta possa essere comminata, nel processo amministrativo, anche nel caso in cui si è richiesta l'ottemperanza di una sentenza di condanna di natura pecuniaria²⁰.

²⁰ Non è possibile in questa sede approfondire le ragioni che hanno condotto il massimo consesso amministrativo ad esprimersi nel senso favorevole alla concessione della *astreinte* anche a presidio di una sentenza di condanna di natura pecuniaria: per una lucida analisi della materia cfr. A. CARBONE,

In questa prospettiva, dunque, deve constatarsi una maggiore apertura dell'ordinamento processuale-amministrativo verso forme di coazione indiretta all'adempimento che assumono anche natura sanzionatoria, come avviene appunto nel caso di adempimento di obbligazioni pecuniarie ove accanto al risarcimento del danno costituito dal riconoscimento degli interessi moratori si può aggiungere l'ulteriore pena pecuniaria che sanziona l'inadempimento o il ritardo nell'adempimento.

La necessità di evitare una ingiusta locupletazione del creditore è soddisfatta dalla previsione che consente al giudice dell'ottemperanza di non concedere l'*astreinte* non solo quando ciò risulti manifestamente iniquo, ma anche quando sussistano altre ragioni ostative.

Un sistema quindi particolarmente efficiente che, attribuendo al giudice dell'ottemperanza i relativi poteri, è maggiormente in grado di modulare la misura coercitiva indiretta rispetto a quanto prevede l'analoga norma processual-civilistica che assegna incongruamente tale compito al giudice della cognizione²¹.

9. Un interessante caso di esecutività in Italia di una "astreinte" belga.

In epoca molto recente la Corte di Cassazione si è trovata, per la prima volta, a misurarsi con il problema della delibazione in Italia di una *astreinte* emessa da un giudice belga a presidio di un obbligo di consegna di azioni di una società anonima.²²

Il punto nodale della vicenda riguardava la contrarietà o meno all'ordine pubblico italiano dell'istituto della *astreinte* la quale, operando anche quale misura sanzionatoria dell'inadempimento si poneva, secondo la prospettazione dei ricorrenti, in contrasto con il principio dell'esclusiva natura risarcitoria del danno da inadempimento operante nel nostro ordinamento.

Il percorso argomentativo con il quale la Corte reputa non contrastante con l'ordine pubblico interno l'istituto della *astreinte* di origine francese è ricco e articolato e può essere sinteticamente riassunto nella constatazione che anche antecedentemente alla introduzione dell'art. 614 *bis* c.p.c., il nostro

L'adunanza plenaria e l'ambito di applicazione delle astreintes: un problema risolto?, in *Giust. Amm.* n. 7/2014 ed ivi anche interessanti rilievi di natura comparatistica.

²¹ L'incongruità della scelta operata con l'art. 614 *bis* c.p.c. è stata rilevata tra l'altro anche dalla Commissione Vaccarella costituita con DM 28 giugno-4 luglio 2013 in materia di riforma del processo civile che aveva proposto che la misura coercitiva indiretta potesse essere emanata anche dal giudice dell'esecuzione qualora si tratti di titolo esecutivo diverso dalla pronuncia di condanna, ovvero la parte non ne abbia chiesto la pronuncia al giudice della cognizione.

²² Si tratta della decisione della I Sezione Civile n.7613 del 15.04.2015, a quanto consta inedita.

ordinamento conosceva ipotesi di comminatoria di pene pecuniarie per l'inadempimento o il ritardo nell'adempimento (con il richiamo, da parte della Corte, delle norme in materia di proprietà industriale ed intellettuale e di tutela dei consumatori alle quali si è fatto cenno in precedenza) e della evoluzione degli ordinamenti verso misure sempre più efficaci a presidio dell'adempimento delle obbligazioni.

Particolarmente interessante è in proposito l'affermazione che risarcimento del danno e *astreinte* costituiscono misure tra loro diverse, con funzione l'uno reintegrativa e l'altra coercitiva al di fuori del processo esecutivo, volta a propiziare l'induzione all'adempimento.

Ancora, la Corte ha avuto modo di chiarire le ragioni per le quali mentre deve confermarsi la contrarietà all'ordine pubblico interno delle condanne a danni punitivi (tipiche dell'ordinamento statunitense) in quanto esse esasperano il profilo sanzionatorio rispetto alla funzione tipica reintegrativa del risarcimento del danno, altrettanto non può dirsi per le *astreintes* che non riparano il danno in favore di chi lo ha subito, ma minacciano il danno nei confronti di chi si comporterà nel modo indesiderato, presentando quindi i caratteri di una tecnica di tutela volta all'induzione all'adempimento mediante una pressione a tenere il comportamento dovuto.

In questa prospettiva la Corte ha conclusivamente ritenuto che la *astreinte* tutela il diritto del creditore alla prestazione principale accertata con provvedimento giudiziale e quindi mira ad assicurare il rispetto di fondamentali e condivisi principi, quali il giusto processo civile, inteso come attuazione in tempi ragionevoli e con effettività delle situazioni di vantaggio ed il diritto alla libera iniziativa economica.

10. Considerazioni conclusive.

Le considerazioni che precedono consentono di svolgere alcune sintetiche osservazioni conclusive.

La previsione di misure coercitive indirette finalizzate ad indurre il debitore all'adempimento dell'obbligazione determinata nel provvedimento di condanna non può che essere salutata con favore in quanto, con riferimento specialmente agli obblighi di fare infungibili o di non fare, colma una evidente lacuna del nostro processo esecutivo.

La nuova formulazione dell'art. 614 *bis* c.p.c., derivante dalla riforma del giugno 2015, consente di superare in larga misura le difficoltà applicative della norma nella sua originaria formulazione.

Accanto al giudizio complessivamente positivo per l'ampliamento degli strumenti di tutela del creditore, funzionali ad una maggiore efficienza del

sistema, resta peraltro la constatazione della inopportunità della scelta di affidare al solo giudice della cognizione la facoltà di disporre la misura coercitiva indiretta.

Per le ragioni già in precedenza enunciate sarebbe certamente scelta più opportuna quella di affidare anche al giudice dell'esecuzione tale facoltà o almeno quella della determinazione di quanto dovuto, come del resto avviene nell'ordinamento francese dal quale l'istituto è tratto.

Questa soluzione, tra l'altro, avrebbe l'indubbio vantaggio di consentire anche al creditore munito di titolo esecutivo stragiudiziale di poter usufruire di questa forma di tutela coercitiva indiretta.

Anche l'opzione di escludere dall'ambito di operatività della misura coercitiva indiretta le condanne al pagamento di somme di denaro è opinabile e crea una evidente disparità di trattamento tra i creditori di somme di denaro nei confronti dei privati, che non possono usufruire della tutela coercitiva indiretta, ed i creditori di obbligazioni pecuniarie nei confronti della P.A. che invece, in sede di ottemperanza, possono avvalersi di tale tutela.

Sarebbe quindi opportuna una ulteriore riflessione finalizzata a rendere omogenee le forme di tutela nell'ambito del processo civile e di quello amministrativo ampliando l'area di operatività dell'art. 614 *bis* c.p.c. anche alle obbligazioni pecuniarie, fermo restando il limite costituito dalla ingiusta locupletazione in favore del creditore, il quale può essere rispettato attraverso l'uso degli ampi spazi di discrezionalità che la norma consente al giudice.

In conclusione, dunque, l'introduzione delle misure coercitive indirette nell'ordinamento processuale è certamente una iniziativa positiva che rende più competitivo ed efficace il sistema dell'esecuzione forzata.

Per una migliore funzionalità del sistema, tuttavia, sarebbero necessarie ulteriori iniziative nel senso in precedenza indicato e, prima tra tutte, quella di attribuire anche (se non solo) al giudice dell'esecuzione la facoltà di adottare tali misure, o quanto meno di determinarne l'esatta quantificazione.