

Introduzione

Il ricorso all'esecuzione forzata, come strumento volto ad ottenere l'adempimento di un'obbligazione a prescindere dalla volontà dell'obbligato, incontra un limite peculiare in tutti quei casi in cui l'obbligo sottostante la prestazione dovuta abbia natura infungibile e risulti pertanto inattuabile in via diretta.

Il problema dato dalle modalità di attuazione di tali provvedimenti giudiziali, non suscettibili di esecuzione forzata, ha suscitato negli ultimi decenni un dibattito dottrinale particolarmente ampio e vivace.

Alla base della ricerca che ha portato alla stesura di questo elaborato, vi è l'interesse ad analizzare le vicissitudini storiche e normative che hanno condotto allo sviluppo e all'introduzione della coercizione indiretta in Italia, dando rilievo altresì alle varie esperienze europee precorritrici, in particolare quella francese.

A partire dagli inizi del novecento si è assistito al succedersi di una serie di tentativi volti ad introdurre nel nostro ordinamento una figura generale di misura coercitiva, che potesse incentivare il debitore all'adempimento spontaneo di obblighi infungibili o di non fare, essendo impossibile la surrogatoria da parte di un terzo. Dal progetto Carnelutti, il quale prevedeva la condanna al pagamento di una somma di denaro per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione a partire dalla data stabilita dal giudice, vengono rilevate caratteristiche e tratti distintivi dei vari progetti di legge, sino alle più recenti riforme degli anni 2005 e 2006, le quali lasciavano presagire comunque futuri interventi in materia.

La legge n. 69 del 2009 ha introdotto nel codice di rito l'*art. 614-bis*, con cui il legislatore si è posto l'obiettivo di dare efficacia, per la prima volta nel nostro ordinamento, ad un generale strumento coercitivo a carattere pecuniario, con applicazione limitata ai soli obblighi di fare o di non fare infungibili.

Il successo dimostrato dalle plurime applicazioni della misura ha portato a promuovere un'ulteriore riforma nel 2015, che ne ha determinato l'allargamento dell'ambito applicativo, rivolgendosi a qualunque provvedimento di condanna, sia quando essa sarebbe in sé inesigibile, sia quando risponde a modelli tipici, come ad un *facere fungibile*, la *consegna* o il *rilascio*.

Osservando gli aspetti processuali dell'astreinte, emergono tratti di continuità e differenze con l'omologa misura transalpina, in particolare la necessaria subordinazione ad

un'espressa istanza di parte e la contestuale impossibilità di figurare come esercizio dei poteri officiosi del giudice della condanna.

Pertanto, per il procedimento di cognizione, sia esso ordinario o sommario, la richiesta potrà provenire da coloro che abbiano formulato una domanda di condanna ad un *facere infungibile* o ad un *non facere*, ovvero dall'attore o dal convenuto, nonché da eventuali terzi intervenienti o chiamati, ai quali tale attività processuale non sia preclusa.

Circa la natura della richiesta vengono illustrate le iniziali perplessità esposte dalla dottrina del tempo, riguardanti la sua configurabilità come autonomo diritto, per poi giungere alla conclusione, largamente condivisa, di attribuirvi carattere accessorio rispetto al provvedimento di condanna, attenendosi solo alle concrete possibilità di soddisfazione del diritto riconosciuto dallo stesso.

Viene poi affrontato il tema dei limiti richiesti dalla legge per la concessione della misura, facendo riferimento anzitutto al presupposto della non manifesta iniquità dell'istanza, il quale è stato tacciato di una formulazione piuttosto generica ed elastica e ritenuto incapace di guidare il giudice nella valutazione della richiesta e nella applicazione dell'astreinte.

Di seguito, ci si sofferma sulla duplice restrizione prevista all'art. 614-bis c.p.c., in ordine alle controversie di lavoro subordinato pubblico e privato, i rapporti di collaborazione coordinata e continuata di cui all'art. 409 c.p.c. e le obbligazioni pecuniarie.

La scelta del legislatore in proposito è stata oggetto di aspre critiche, sollevando vari dubbi di incostituzionalità nel potenziale contrasto con gli *artt. 3 e 24 Cost.*, i quali hanno trovato rimedio solamente nell'interpretazione correttiva della previsione, che ne limita l'operatività alle ipotesi di condanna del lavoratore alla mera prestazione di lavoro.

Viene dato rilievo anche alle fasi riguardanti la determinazione dell'*an* e del *quantum*, dando esplicazione dei vari criteri guida cui l'autorità giudicante può affidarsi durante tali operazioni, annoverati all'interno del secondo comma dell'art. 614-bis.

L'analisi prosegue volgendo lo sguardo al regime esecutivo dell'istituto e ponendo l'accento, oltre che sull'attuazione e sulle concrete modalità operative dello stesso, sull'impugnazione ad opera del soccombente. Come sottolineato, l'impugnazione può riguardare il capo principale di condanna all'esecuzione di un obbligo di fare infungibile o di non fare, la cui riforma travolge automaticamente il capo accessorio, ovvero il solo capo che dispone la misura.

Vari sono i motivi su cui essa può essere fondata, quali gli aspetti concernenti l'*an*, la natura infungibile dell'obbligo o la manifesta iniquità dell'irrogazione, ovvero il

quantum, entità della misura irrogata, per chiaro discostamento dai parametri di riferimento indicati ex lege.

Viene poi fatto breve cenno alla possibilità di ottenere la sospensione del provvedimento di condanna per gravi motivi, a seguito della presentazione di un'istanza inibitoria da parte del debitore in sede di impugnazione od opposizione all'esecuzione.

A conclusione del capitolo viene dato spazio al tema del cumulo della misura coercitiva con il risarcimento dei danni, mettendo in luce le peculiarità riscontrate in materia da dottrina e giurisprudenza, soprattutto per quanto concerne la funzione e l'operatività dei due istituti.

Infatti, se lo strumento risarcitorio ha l'obiettivo di riparare un pregiudizio che è stato arrecato all'avente diritto attraverso la fissazione di una pena pecuniaria, la previsione e applicazione dell'astreinte è finalizzata ad incentivare l'adempimento immediato e spontaneo, evitare l'eventuale ritardo o il protrarsi della disobbedienza da parte del soggetto obbligato.

La parte seguente dell'elaborato è dedicata all'approfondimento dell'astreinte francese, la quale, essendo stata la prima misura di coercizione indiretta a trovare effettiva applicazione giurisprudenziale, ha influenzato notevolmente il nostro ordinamento.

Le pagine sull'argomento spaziano dalla trattazione dell'istituto così come presente oggi in Francia, alle sue origini storiche, risalenti alle prime applicazioni degli inizi dell'ottocento, sino ai riferimenti alla cospicua letteratura dottrinale francese e italiana, espressasi in materia.

Nell'ambito del terzo paragrafo viene oltretutto tracciato il percorso dottrinale che ha portato a determinare la natura della misura, definendola *moyen de contrainte* o *moyen de pression*, ossia una misura coercitiva dal carattere generale, idonea ad assicurare l'esecuzione dei provvedimenti giudiziari e a garantire la tutela giurisdizionale.

L'esame dei suoi caratteri distintivi permette di creare un chiaro profilo, sottolineandone aspetti processuali ed esecutivi, sino a giungere all'esplicazione della delicata fase della liquidazione, in cui la misura passa dall'essere un mero strumento di persuasione ad una pena pecuniaria effettiva.

Infine, non era possibile non porre attenzione alla distinzione tra *astreinte provvisoria* e *definitiva*; la prima identificata come strumento di dissuasione per eccellenza, modificabile in ogni suo aspetto in qualunque momento, la seconda configurabile come una vera e propria minaccia, causando un aumento della somma inizialmente fissata laddove vi sia ritardo nell'adempimento.

Le misure convivono in un rapporto di *sussidiarietà*, dal momento che l'astreinte definitiva viene pronunciata a seguito dell'accertamento circa l'insufficienza della misura adottata in via provvisoria nel protrarsi dell'adempimento della prestazione dovuta.

L'ultimo capitolo di questo scritto è dedicato alla tematica dei diritti della personalità e alle recenti applicazioni giurisprudenziali dell'istituto delle astreinte alle violazioni perpetrate in materia.

Ivi trova collocazione un approfondimento delle tecniche di tutela dei diritti personali che si sono avvicinate nel tempo, tra le quali vengono annoverate la *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea* degli anni 2000, il fondamentale *Codice in materia di protezione dei dati personali* del 2003, nonché il *Regolamento (UE) n. 679 del 2016*, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali.

A seguito di un parallelismo tra la normativa nazionale e il Regolamento europeo, vengono poste in luce le differenze riscontrate in merito alla sfera di operatività degli strumenti posti a tutela del trattamento di dati personali, oltre che all'inquadramento della materia stessa.

Nella ricerca di mezzi idonei a fornire effettiva tutela a tale categoria di diritti, viene dedicata particolare attenzione all'istituto del risarcimento del danno, il quale non sembra essere uno strumento idoneo a soddisfare in totus l'avente diritto.

Infatti, malgrado il tentativo della Corte Costituzionale di allargare la sfera dei danni risarcibili a tutti i diritti tipicamente a contenuto non patrimoniale, il rimedio aquiliano non ha permesso di rafforzare la tutela della personalità, considerato lo sviluppo di nuovi diritti e le aggressioni sempre più violente alla sfera personale e intima di ogni individuo, derivanti in larga misura dall'uso crescente della rete e delle nuove risorse elettroniche. Data la problematica appena esposta e l'impossibilità di assicurare il godimento dei diritti della personalità attraverso il ricorso alle forme di esecuzione forzata diretta era impellente la necessità di trovare rimedi alternativi.

Stando ai contenuti dell'art. 614-bis, caratterizzati da una certa indeterminatezza, le misure coercitive indirette si dimostrano adeguate ad essere una forma di tutela idonea a garantire qualunque situazione giuridica non patrimoniale sottintendente valori e interessi di fondamento costituzionale.

L'elaborato si conclude riportando le prime pronunce giurisprudenziali in tema, a partire da quella risalente al 2015 riguardante un caso di reiterata e continuativa pubblicazione

di post ingiuriosi e diffamatori sulla piattaforma Facebook, per poi giungere ai più risalenti del 2017.

Quest'ultimi hanno ad oggetto la diffusione di dati personali di minori in alcuni noti social network, nella piena violazione dei diritti all'immagine e alla riservatezza di questi; tali atti sono resi ancor più gravi dall'identità dei soggetti che hanno arrecato il pregiudizio, ovvero i loro stessi genitori, sempre più spesso parti attive nella diretta divulgazione delle immagini dei propri figli.

In tutti i casi analizzati, i giudici di merito hanno inibito la reiterazione del comportamento dannoso, disponendo l'*astreinte*, di cui all'art. 614-bis c.p.c., per ogni inottemperanza o ritardo rispetto all'adempimento del contenuto del provvedimento condannatorio con la conseguente corresponsione di una somma di denaro determinata giudizialmente.

I primi approcci giurisprudenziali all'uso dell'istituto in una materia di tale sensibilità, quale quella della tutela dei diritti della personalità nel mondo virtuale, e i risultati ottenuti portano ad affermare l'assoluta idoneità a fornire concreta tutela alle più svariate situazioni di pregiudizio nei confronti di diritti non patrimoniali e strettamente personali.

PRIMO CAPITOLO

I primi tentativi di introduzione di meccanismi generali

di esecuzione forzata indiretta

SOMMARIO

1.1 Premessa -1.2 Il Progetto Carnelutti -1.3 Il progetto del ministro Reale -1.4 Il disegno di legge Liebman -1.5 La legge delega della Commissione ministeriale presieduta da Tarzia -1.6 Il disegno di legge della Commissione presieduta da Vaccarella -1.7 Il disegno di legge n. 2430 del 2003 -1.8 Il disegno di legge Mastella -1.9 Il progetto di legge elaborato da Proto Pisani.

1.1 Premessa

Prima della seconda metà del secolo scorso nel nostro ordinamento era del tutto assente un sistema di misure coercitive indirette di applicazione generale, caratterizzate dallo scopo di assicurare effettiva tutela a tutti quei diritti, che, per loro natura, non sono suscettibili di esecuzione forzata.

La ragione di tale profonda lacuna, nonostante l'esperienza positiva di altri Paesi, ha origini remote e testimonia lo sforzo sostenuto dalla dottrina di mantenere il più possibile intatta l'ispirazione liberal-individualistica del processo civile.

Tuttavia, sussistono una serie di situazioni sostanziali, come i diritti della persona, che trovano esplicita tutela all'interno della Costituzione, ma, essendo mancante un sistema di misure coercitive indirette, non venivano garantite in concreto con la sola tutela risarcitoria per equivalente. Il dibattito¹ circa la possibilità di adottare sistemi di

¹ COLESANTI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 601 ss.; PROTO PISANI, *L'attuazione dei provvedimenti di condanna*, in *Foro it.*, V, 1988, c. 177; CARPI, *Note in tema di tecniche di attuazione dei diritti*, in *Studi in memoria di Corrado Vocino*, Napoli, 1996, p. 77 ss.; CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980, p. 10 ss.; DENTI, "Flash" su accertamento e condanna, in *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 266 ss.; MANDRIOLI, *Natura giurisdizionale e portata "sostitutiva" dell'esecuzione specifica*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di Mazzamuto, Napoli, 1989, p. 303 ss.; MONTESANO, *Attuazione delle sanzioni e delle cautele*

esecuzione indiretta si era incentrato solo sulle obbligazioni di fare e non fare e, in special modo, su quelle infungibili, insuscettibili, per loro stessa natura, di essere eseguite coattivamente secondo le modalità poste dal libro terzo del codice di rito.²

La dottrina era stata nuovamente coinvolta nella ricerca di soluzioni sul tema in questione successivamente, con l'emergere del problema relativo all'attuazione dell'ordine di reintegrazione del lavoratore licenziato illegittimamente.

Le iniziative legislative che si sono avvicinate nel tempo per colmare la lacuna presente nel codice sono state molteplici; a partire dal progetto Carnelutti del 1926, passando poi al disegno di legge Reale del 1975 e al disegno di legge delega del 1981.

I più recenti tentativi di riforma degli anni 2000 hanno portato gradualmente all'introduzione di una figura generale di misura coercitiva indiretta idonea a garantire l'attuazione di quei provvedimenti di condanna in sé ineseguibili coattivamente, trovando l'appoggio dell'assoluta maggioranza della dottrina italiana.

1.2 Il Progetto Carnelutti

Il progetto Carnelutti, risalente al 1926, è stato il primo tentativo di introduzione nel nostro ordinamento di misure di esecuzione indiretta. Esso prevedeva che, in caso di mancata esecuzione di un obbligo di fare o di non fare, l'avente diritto potesse richiedere la condanna dell'obbligato al pagamento di una somma per ogni giorno di ritardo, a partire dalla data stabilita dal giudice per l'esecuzione spontanea.³

A seguito della sentenza di condanna, l'ufficio esecutivo si sarebbe dovuto occupare, su richiesta dell'avente diritto, della liquidazione della pena pecuniaria dell'obbligato e dell'emissione del titolo esecutivo.

contro gli obbligati a fare e a non fare, in *Tecniche di attuazione dei provvedimenti del giudice*, Milano, 2001, p. 9 ss.; MONTELEONE, *Recenti sviluppi nella dottrina dell'esecuzione forzata*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 281 ss.; CAPPONI, *Astreintes nel processo civile italiano?*, in *Giust. civ.*, 1999, II, p. 157 ss.; MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, Tr. RES, 2008.

² CARPI-TARUFFO, *Commentario breve al codice di Procedura civile*, CEDAM, 2017.

³ CAPPONI, *Manuale dell'esecuzione civile*, Giappichelli ed., 2017.

Il disegno di legge conteneva due disposizioni a tal proposito:

Art. 667:

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

Art. 668:

Il creditore, che ha ottenuto la condanna prevista dall'articolo precedente, può chiedere che l'ufficio esecutivo liquidi la pena dell'obbligato al pagamento di una somma di denaro per ogni giorno di 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, 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.

L'innovazione ivi contenuta consisteva 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 astreinte francesi.

Inoltre, la pena viene applicata a qualunque categoria di obbligazione, con l'osservanza dei limiti di cui all'art. 459⁴, il cui fine è il raggiungimento dell'effettivo adempimento nell'interesse dell'avente diritto.

La proposta evidenzia l'esistenza di una certa consapevolezza circa i limiti della tutela giurisdizionale esistente per l'ipotesi della mancata attuazione di un obbligo di fare infungibile o di non fare.

Da considerare che Carnelutti riteneva le misure coercitive un *genus intermedio* tra esecuzione e pena, caratterizzato nella struttura dall'obiettivo di colpire un bene diverso

⁴ Art. 459: *Di qualunque obbligo può essere richiesta, nelle forme previste dal secondo libro, esecuzione forzata quando non sia vietata dalla legge o materialmente impossibile, purché l'obbligo sia scaduto e il debitore non vi adempia spontaneamente.*

rispetto a quello oggetto dell'obbligazione e nella funzione dall'ottenere il soddisfacimento del diritto vantato dal richiedente.

Inoltre, egli sosteneva l'importanza di creare un coordinamento tra misure penali e misure coercitive civili; il progetto, infatti, presentava alcune norme in cui era prevista la pena dell'arresto a fronte del mancato adempimento. Questo solamente qualora il debitore avesse avuto un tenore di vita in pieno contrasto con la mancanza di mezzi dell'adempimento dell'obbligazione, evidenziando la propria "cattiva volontà":

Art. 687 lett. g:

Si presume che il mancato adempimento dipenda dalla cattiva volontà del debitore quando il tenore della sua vita sia in palese contrasto con la mancanza di mezzi dell'adempimento del suo obbligo ovvero quando egli abbia, con spese eccessive in confronto delle sue condizioni economiche o con operazioni di pura sorte, o manifestamente imprudenti o con altri mezzi rovinosi, determinato o concorso a determinare l'adempimento⁵.

Le idee di Carnelutti rispetto all'introduzione di misure come queste, limitative della libertà personale, erano in pieno contrasto con l'elaborazione di principi a tutela dei diritti umani, che in quel momento storico si stavano sviluppando a livello europeo ed internazionale; oltre a ricordare in qualche modo l'istituto dell'arresto per debiti, ormai abrogato con la L. 4166/1877.

1.3 Il progetto del ministro Reale

Il disegno di legge Reale del 1975, recante "Provvedimenti urgenti relativi al processo civile", prevedeva all'art. 23, l'inserimento nel codice dell'art. 279-bis, secondo cui:

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 constatata e per ogni ritardo nell'esecuzione dei provvedimenti

⁵ CAPPONI, *op. cit.*, pp. 33-34.

contenuti nella sentenza, specificando, se del caso, i soggetti ovvero istituzioni pubblici o privati a cui favore tali somme sono attribuite⁶.

Il progetto presenta un elemento aggiuntivo rispetto al precedente, ovvero l'ordine del giudice di cessazione del comportamento illegittimo, accompagnato da opportuni provvedimenti finalizzati ad eliminare gli effetti della violazione.

La norma era però caratterizzata da una certa discrezionalità lasciata al giudice circa la determinazione del soggetto, sia esso pubblico o privato, cui destinare la somma da pagare; inoltre, non chiariva se la pronuncia della misura fosse subordinata all'istanza del creditore, o se il giudice avesse la possibilità di procedere d'ufficio.

Presentava poi delle lacune, data la mancata previsione di un giudizio di liquidazione della somma e la fissazione di un eventuale limite del suo ammontare; non vi è nemmeno alcun riferimento alla possibilità di impugnare l'ordinanza che disponeva la misura da parte dell'obbligato.

Il disegno di legge Reale, con l'emergere di queste problematiche, è decaduto con lo scioglimento della VI Legislatura.

1.4 Il disegno di legge Liebman

Il progetto Liebman, poi recepito nel disegno di legge delega nel 1981, per la riforma del codice di rito, al punto 24 prevedeva testualmente:

Il potere del giudice, che accerti l'inadempimento di obbligazioni di fare o di non fare infungibili ma non richiedenti particolare abilità professionale e non attinenti a diritti della personalità, obbligazioni da determinarsi comunque per legge, di condannare l'obbligato, su istanza di parte, al pagamento di pene pecuniarie a favore dell'avente diritto, per ogni giorno di ritardo nell'adempimento, entro limiti minimi e massimi prefissati dalla legge⁷.

La previsione si discostava dalle precedenti, in quanto non si limitava solamente ad introdurre una forma generale di esecuzione indiretta, ma proponeva un ampliamento

⁶ CAPPONI, *op. cit.*, p. 157.

⁷ In *Riv. dir. proc.*, 1977, p. 452.