

Introduzione

Il presente lavoro si prefigge di analizzare le misure coercitive indirette, introdotte nell'ordinamento italiano all'art. 614 *bis* c.p.c. con la legge n. 69 del 2009, ma radicate da oltre due secoli nel sistema francese.

Tali misure, chiamate anche *astreintes* proprio in virtù della loro derivazione d'oltralpe, costituiscono uno strumento "di minaccia" circa l'infrazione di una sanzione pecuniaria, tale da condurre il debitore (già condannato in sede giurisdizionale) all'adempimento di un'obbligazione diversa dal pagamento di una somma di denaro.

Orbene, trattasi di uno strumento deterrente nella misura in cui il soggetto obbligato sarà incentivato ad eseguire la prestazione dovuta in natura, così da scongiurare il rischio di una perdita patrimoniale derivante dal proprio inadempimento o dal ritardo nell'adempimento.¹

Ciò detto, è chiaro come la misura inibitoria consti in uno strumento accessorio, accompagnando necessariamente una domanda principale di condanna della controparte all'adempimento della prestazione dovuta.

Attraverso l'utilizzo delle misure compulsorie viene così perseguito non solo l'interesse privato del creditore al conseguimento della prestazione stessa, ma altresì l'interesse statale al rispetto del provvedimento emesso dall'organo giudicante.

In ogni caso, non si tratta di una condanna pecuniaria immediata per il debitore, atteso che diviene tale solo in sede di liquidazione, qualora l'obbligato non abbia provveduto spontaneamente all'adempimento oggetto del titolo giudiziale.

¹ A. FRIGNANI, *Le penalità di mora e le astreintes nei diritti che si ispirano al modello francese*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, p. 510, secondo cui la dicitura penalità di mora "esprime con più precisione il concetto riferito al "ritardo" nell'adempimento di un comando inibitorio del giudice".

Peraltro, fino al 2009, l'utilizzo di mezzi d'esecuzione indiretta ha rappresentato un fenomeno atipico, previsto per singole e tassative fattispecie:² l'art. 18, ultimo comma dello Statuto dei lavoratori, alla luce del quale il datore di lavoro, in caso di illegittimo licenziamento, era tenuto al pagamento di una somma commisurata alle retribuzioni dovute dal momento del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegra; gli artt. 124, comma 2, e 131, comma 2 del Codice della proprietà industriale in tema di brevetti; l'art. 140, comma 7 del Codice del Consumo, in caso di inadempimento del professionista; l'art. 156 Legge sul diritto d'autore, a protezione del diritto d'autore; l'art. 8, comma 3, d. lgs. n. 231/2002, in tema di ritardato pagamento nelle transazioni commerciali; infine, l'art. 709 *ter*, comma 2, n. 4, c.p.c. che aveva introdotto un mezzo di coercizione indiretta per la realizzazione di obblighi di *facere* nell'ambito familiare.

Il tentativo di arricchire tale apparato rimediale tradizionale si è pertanto reso necessario sia a causa dell'impossibilità di estendere in via analogica i mezzi compulsori previsti dalla normativa speciale, sia in ragione dell'incompletezza dei sistemi di tutela dei diritti soggettivi ad assicurare la reintegrazione dell'interesse frustrato, in particolare il rimedio dell'esecuzione forzata e quello risarcitorio.³

Invero, dal punto di vista dogmatico, la misura coercitiva indiretta prevista dall'art. 614 *bis* c.p.c. è un istituto del tutto peculiare, nella misura in cui si prefigge di ottenere quella particolare utilità oggetto della prestazione convenuta tra le parti e oggetto di pronuncia giurisdizionale di condanna, mediante la partecipazione del soggetto obbligato.

È chiaro, in ogni caso, che qualora la minaccia su cui si fonda l'*astreinte* non fornisca gli esiti sperati, occorrerà procedere alla liquidazione della misura compulsoria: ciò conferisce all'avente diritto un valido titolo esecutivo idoneo a dare luogo alla relativa procedura espropriativa.

² Le misure coercitive atipiche sono state oggetto di approfondita trattazione al capitolo II della presente tesi.

³ G. N. NARDO, *L'azione inibitoria*, in *Judicium*; ID., *Riflessioni sulla azione inibitoria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 1371 ss.; A. NASCOSI, *Le misure coercitive indirette*, cit., p. 125 ss.

Attesa la singolarità del rimedio inibitorio rispetto alle tutele tradizionali (segnatamente quella surrogatoria e quella risarcitoria), emerge a chiare lettere la portata dirompente dell'azione compulsoria, che rappresenta un passo avanti nell'ambito dell'effettività della tutela dei diritti del creditore, con il preciso intento di conseguire i medesimi risultati che sarebbero scaturiti dall'adempimento spontaneo del soggetto passivo dell'obbligazione.

Nell'ottica appena delineata, sono tuttavia numerose le questioni ancora aperte in tema di misura coercitiva generale, che saranno pertanto oggetto di approfondita analisi nel corso del presente elaborato.

In particolare, sarà necessario dapprima tracciare il profilo storico ed il contesto europeo in cui si è generata l'esigenza di una tutela di natura compulsoria, mediante il confronto con l'esperienza francese, la cui *astreinte* risulta per noi una sorta di “*faro a cui guardare*”.

Di seguito, sarà opportuno analizzare l'ambito applicativo dell'art. 614 *bis* c.p.c. e le relative preclusioni previste *ex lege*: sul punto, si cercherà di porre in evidenza i limiti connessi all'attuale formulazione dell'articolo testé indicato, la cui sfera di operatività è assai più ristretta di quella francese, che invece conserva un ambito potenzialmente generale ed illimitato.⁴

Detto ciò, la trattazione dell'elaborato prosegue con l'analisi delle principali misure coercitive preesistenti all'art. 614 *bis* c.p.c., con attenzione al tema del possibile concorso tra la misura indiretta generale e quelle settoriali, in guisa da rafforzare la tutela delle situazioni sostanziali non suscettibili di surrogazione mediante l'esecuzione forzata.

Di seguito, saranno approfonditi i profili interpretativi (e maggiormente problematici) della disciplina delle *astreintes*: in una prospettiva *de iure condito*, si è infatti cercato di verificare l'eventuale opportunità di cumulo dell'azione coercitiva indiretta con le tutele surrogatoria e risarcitoria, mentre, in una prospettiva *de iure condendo*, ci si è chiesti se

⁴ Come si vedrà, invero, l'*astreinte* francese fa salve soltanto le prestazioni di carattere strettamente personale che richiedono per il loro compimento particolari qualità intellettuali od artistiche.

un parziale ripensamento dell'art. 614 *bis* c.p.c. possa condurre la tutela compulsoria ad avere efficacia generale, così da esplicare a pieno il proprio potenziale raggio d'azione.

Come si vedrà, trattasi di questioni aventi un rilievo non solo teorico, ma anche pratico, specie sotto il profilo della effettività della decisioni giurisdizionali.

CAPITOLO I

LE MISURE DI

COERCIZIONE INDIRETTA:

EVOLUZIONE NORMATIVA

1. La legislazione *ante* riforma del 2009.

Il legislatore per lungo tempo non si è occupato della categoria delle misure coercitive indirette, privilegiando la tutela esecutiva nella forma dell'esecuzione diretta.

Secondo l'orientamento dottrinale più risalente, infatti, vi può essere condanna solo qualora l'ordinamento preveda espressamente l'esecuzione forzata in forma diretta. Tale impostazione ha portato all'estromissione delle forme di coercizione indiretta dal novero delle tutele esecutive.⁵ Pertanto, laddove il processo non possa garantire all'avente diritto l'ottenimento di un titolo esecutivo, come nelle ipotesi di obbligazioni a contenuto incoercibile, non si potrebbe parlare di provvedimento di condanna.⁶

Tale tesi fonda le proprie radici sull'antico brocardo *nemo ad factum cogi potest*, secondo il quale non sarebbe possibile garantire al creditore la piena realizzazione del proprio diritto, nel caso in cui l'obbligazione dedotta in giudizio presenti il limite dell'infungibilità. Il creditore di obbligazioni aventi natura incoercibile dovrebbe, quindi, accontentarsi del risarcimento per equivalente.

⁵ C. MANDRIOLI, *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, p. 1342; L. MONTESANO, *Condanna civile e tutela esecutiva*, Napoli, 1965, p. 5 ss.

⁶ A. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955, p. 103; E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1938, p. 546; G. BORRÈ, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, Napoli, 1965, p. 138 s.s.; P. CALAMANDREI, *La condanna*, in *Studi sul processo civile*, III, Padova, 1934, p. 188; F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma, 1951, p. 38; V. DENTI, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano, 1953, p. 40; C. MANDRIOLI, *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, IV, p. 1345.

Invero, con l'introduzione del Codice Civile del 1942, il legislatore aveva lasciato pressoché immutato il sistema della tutela esecutiva delle obbligazioni disciplinato dal previgente Codice, senza dunque considerare l'opportunità di introdurre misure coercitive volte a rafforzare le statuizioni giudiziali aventi ad oggetto la condanna ad obblighi di fare infungibile e di non fare, i quali possono essere realizzati unicamente dal soggetto debitore originario o comunque tramite la sua cooperazione.

In sintesi, l'ordinamento processuale precedente all'introduzione dell'art. 614 *bis* c.p.c. prevedeva:

- l'espropriazione per crediti consistenti in somme di denaro;
- l'esecuzione per consegna o rilascio;
- l'esecuzione di obblighi (di natura fungibile) di fare o non fare.

Tali tipologie di esecuzione diretta, costituiscono una tutela essenzialmente *surrogatoria*, nel senso che l'ufficio esecutivo si sostituisce al debitore inadempiente nell'esecuzione dell'obbligazione. In altri termini, mediante gli strumenti del processo esecutivo, il creditore ottiene il pagamento del credito (a seguito di trasformazione in denaro del patrimonio del debitore), la consegna di un determinato bene mobile o il rilascio di un bene 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. Ma l'intervento surrogatorio dell'ufficio esecutivo trova un insuperabile limite nell'infungibilità della prestazione rimasta inadempita.⁷

Dagli anni '60 in poi, tuttavia, si è registrato un importante *revirement*, attesa l'esigenza di porre particolare attenzione all'interesse del creditore di conseguire *esattamente il bene oggetto dell'obbligazione*, senza doversi accontentare del risarcimento per equivalente.⁸

⁷ T. GALLETTO, *Le nuove frontiere dell'esecuzione forzata: le misure di coercizione indiretta*, in *Judicium*, p. 2.

⁸ Al fine di evitare vuoti di tutela, ad esempio, sono stati introdotti l'obbligo di reintegra del lavoratore illegittimamente licenziato nel posto di lavoro o la pronuncia inibitoria di atti di concorrenza sleale.

Vengono introdotte, invero, nella normativa italiana, alcune speciali ipotesi in cui la legge prevede espressamente la possibilità di condanna ad obblighi infungibili di fare e non fare.

Si tratta, in particolare, delle seguenti disposizioni di legge:

- a) art. 18 della Legge 20 maggio 1970, n. 300⁹;
- a) art. 709 *ter* del codice di rito¹⁰;
- b) art. 140 del D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206¹¹;
- c) art. 124, comma 2, D.Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30¹².
- d) art. 114 comma 4, lettera e), D.lgs. 104/2010.¹³

Tali c.d. “*astreintes italiane*” si presentano quali strumenti di coercizione indiretta ai danni del debitore, concretantesi in una condanna al versamento di una determinata somma di denaro per ogni giorno di ritardo nell’assolvimento, ovvero per ogni successiva violazione dell’obbligo di ottemperamento¹⁴.

⁹“Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell’attività sindacale nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento”. Art. 18. Ultimo comma. “Nell’ipotesi di licenziamento dei lavoratori, di cui all’art. 22, il datore di lavoro che non ottempera alla sentenza di cui al primo comma ovvero all’ordinanza di cui all’undicesimo comma, non impugnata o confermata dal giudice che l’ha pronunciata, è tenuto anche, per ogni giorno di ritardo, al pagamento a favore del Fondo adeguamento pensioni di una somma pari all’importo della retribuzione dovuta al lavoratore.”

¹⁰Art. 709 *ter*, comma 3, n. 4), introdotto con l. 54/2006: “In caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore o ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell’affidamento, [il Giudice] può modificare i provvedimenti in vigore e condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, da un minimo di 75 euro ad un massimo di 5000 euro a favore della Cassa delle Ammende”. C. CONSOLO, *Sub art. 709-ter c.p.c.*, in *Commentario al codice di procedura civile*, in www.pluriscedam.utetgiuridica.it, 2019.

¹¹Art. 140 comma 7 Legge 206/2005 (*Codice del consumo*) “Con il provvedimento che definisce il giudizio di cui al comma 1 il giudice fissa un termine per l’adempimento degli obblighi stabiliti e, anche sulla domanda della parte che ha agito in giudizio, dispone, in caso di inadempimento, il pagamento di una somma di denaro da 516 euro a 1032 euro, per ogni inadempimento ovvero giorno di ritardo rapportati alla gravità del fatto.”

¹²Art. 124 secondo comma, D. lgs. 30/2005, (*Codice della proprietà industriale*): “Pronunciando l’inibitoria, il giudice può fissare una somma dovuta per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata e per ogni ritardo nell’esecuzione del provvedimento”.

¹³Art. 114, comma 4, lettera e, D.lgs. 104/2010 (*Codice del processo amministrativo*). “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.”

¹⁴L. BARRECA, *L’attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare (art. 614-bis c.p.c.)*, in *Riv. Es. Forz.*, 2009, p. 505 ss.

Paradigmatica, tra queste, è la misura coercitiva prevista dall'art. 18 della legge 20 maggio 1970 n. 300 ("Statuto dei lavoratori") in caso di declaratoria di illegittimità del licenziamento. Lo strumento di tutela coattiva, nell'ipotesi in cui resti inadempito l'ordine di reintegra del lavoratore, consiste nell'obbligo di pagamento a favore del fondo adeguamento pensioni di una somma pari all'importo della retribuzione dovuta al lavoratore, peraltro certamente non soddisfattiva delle legittime pretese ad una effettiva reintegrazione nel posto di lavoro.

In materia brevettuale, inoltre, sin dal 1939 il giudice aveva la facoltà di fissare una somma dovuta per ogni violazione della proprietà industriale o inosservanza o ritardo nell'esecuzione di obblighi previsti in sentenza; tali poteri permangono nella nuova disciplina del settore di cui al D.lgs. 10 febbraio 2005 n. 30.

A tutela dell'esecuzione di provvedimenti inibitori di comportamenti lesivi di interessi collettivi degli utenti e consumatori sono infine previste, nel Codice del Consumo, misure coercitive indirette con cui il giudice ha la facoltà di comminare sanzioni pecuniarie per l'inadempimento o il ritardo nell'adempimento, ma i relativi proventi vanno versati all'entrata del bilancio dello Stato.

Si tratta, a ben vedere, di interventi legislativi episodici, in *particolari settori*, che evidenziano la perdurante assenza di *generali* strumenti di tutela coattiva dell'adempimento di obbligazioni infungibili di fare e non fare.¹⁵

Ciò ha spinto però illustre dottrina a tentare un complessivo superamento della vecchia concezione afferente la correlazione tra condanna ed esecuzione forzata.¹⁶

Come correttamente rilevato da autorevole dottrina, infatti, se da un lato è vero che il legislatore italiano si è ispirato al noto principio per cui la legge dovrebbe attribuire al creditore "proprio quello che gli spetta", dall'altro ha chiaramente manifestato la propria

¹⁵ T. GALLETTO, *Le nuove frontiere dell'esecuzione forzata: le misure di coercizione indiretta*, cit., p. 6.

¹⁶ A. PROTO PISANI, *L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 632.

volontà di rispettare una determinata sfera di intangibilità dell'autonomia dell'obbligato disciplinando forme di tutela esecutiva tipiche.¹⁷

La strada tracciata - per tentare di superare la tesi della necessaria correlazione tra condanna ed eseguibilità forzata - è quella tesa ad ampliare il novero dei provvedimenti qualificabili come condannatori sulla base della previsione di cui all'art. 2818 c.c., che legittima l'iscrizione di ipoteca sui beni del debitore non solo a fronte di una sentenza avente ad oggetto la condanna al pagamento di una somma di denaro, ma anche il relazione a qualunque tipologia di obbligazione, e, dunque, *anche l'eventuale provvedimento a carattere incoercibile*.¹⁸

In definitiva, la dottrina più attenta contestava la violazione del principio di priorità dell'esatto adempimento, affermando opportunamente che l'ordinamento dovesse necessariamente conoscere forme generali e diverse dall'esecuzione forzata, proprio al fine di assicurare l'adempimento di quegli obblighi che *non* sono suscettibili di esecuzione forzata.¹⁹

Pertanto, l'esempio degli altri paesi europei, nonché la necessità – sentita, dapprima, in dottrina²⁰ - di assicurare la tutela dei creditori hanno aperto la strada a svariati tentativi di introdurre misure coercitive indirette *di portata generale*, destinate a incidere sul patrimonio del debitore.²¹

In particolare, nel 1996 venne redatto un disegno di legge²² in cui si prevedeva, al punto 25, lettera a), il potere del giudice, accertante la violazione di un obbligo di fare o non fare

¹⁷C. MANDRIOLI, *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, IV, p. 1347.

¹⁸A. PROTO PISANI, *L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna*, cit., p. 632.

¹⁹A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela civile di condanna*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, p. 1123.

²⁰A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela civile di condanna*, cit., p. 1123; B. CAPPONI, *Astreintes nel processo civile italiano?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, II, p. 160; F. CARPI, *Note in tema di tecniche di attuazione dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 110.

²¹Ci si riferisce al Progetto Carnelutti del 1926, al Progetto elaborato dal Ministro Reale del 1975 e al disegno di legge delega del 1981 predisposto dalla Commissione Ministeriale, presieduta da Liebman.

²²Disegno presentato dalla Commissione ministeriale presieduta dal prof. G. Tarsia nel 1996.

o di un obbligo di consegna e rilascio (non derivante da contratto di locazione ad uso abitativo), di fissare una somma dovuta al creditore, oltre al risarcimento dei danni, nell'ipotesi di ritardo nell'esecuzione dell'obbligo inadempito, peraltro anche con provvedimento successivo alla sentenza.²³

Il punto 25 prevedeva, inoltre, ulteriori ipotesi, ovvero il potere di concedere il provvedimento, modificarlo, sospenderlo, revocarlo (in presenza di giustificati motivi) anche al giudice di appello; nonché il potere conferito al giudice che avesse emesso il provvedimento di condanna di revocarlo, modificarlo o sospenderlo per l'impossibilità totale o parziale, temporanea o definitiva, dell'obbligato all'adempimento.²⁴

Con un siffatto provvedimento, dunque, il giudice avrebbe potuto applicare una sanzione pecuniaria, anche d'ufficio, oltre il risarcimento danni per la violazione di un obbligo di fare o non fare. Tale sanzione sarebbe stata applicabile, peraltro, anche alle prestazioni infungibili, atteso che nel testo non viene fatto alcun riferimento all' "infungibilità".²⁵

Gli unici limiti espressi dalla norma riguardavano gli obblighi del lavoratore autonomo e subordinato e l'obbligo di consegna e rilascio non derivante da contratto di locazione ad uso abitativo.

Tuttavia, il progetto Tarzia non venne mai affrontato in sede parlamentare, a causa del continuo succedersi di legislature ed in conseguenza della continua alternanza di maggioranze politiche.²⁶

Il testimone del progetto Tarzia venne acquisito dal progetto Vaccarella²⁷ per la riforma del processo civile,²⁸ che, ambiziosamente proponeva di recuperare molte delle soluzioni del Tarzia, ma naufragò anch'esso a seguito "dell'ostilità della corporazione dei magistrati

²³Art. 2, punto 25, lett. a) del disegno di legge presentato dalla Commissione ministeriale

²⁴B. CAPPONI, *L'esecuzione processuale indiretta*, Assago, 2011, p. 36 ss.

²⁵*Ibidem*.

²⁶B. SASSANI, *Il codice di procedura civile e il mito della riforma perenne* (*), in *Judicium*, p. 12.

²⁷Trattasi del d.d.l. n. S/2430 del 23 luglio 2003.

²⁸F. P. LUISO, B. SASSANI, *Il progetto di riforma della commissione Vaccarella: c'è chi preferisce il processo attuale*, in *Judicium* (sez. Archivio).