

OSSERVAZIONI CRITICHE ALL'ART. 614 BIS COD. PROC. CIV. [★]

di FRANCESCO TEDIOLI

SOMMARIO: 1. Premesse definitorie. – 2. I provvedimenti che possono essere assistiti dalla misura coercitiva. – 3. L'infungibilità dell'obbligazione quale presupposto applicativo della norma. – 4. Le obbligazioni di non fare. – 5. Presupposti e limiti applicativi dell'istituto. – 6. La natura del provvedimento. – 7. Tempi e modi per la proposizione della domanda. – 8. I criteri di determinazione della misura. – 9. L'esecuzione. – 10. L'impugnazione. – 11. Vincolatività della pronuncia della misura tra cognizione ed esecuzione. – 12. Concorso con l'esecuzione diretta.

1. **PREMESSE DEFINITORIE.** La l. 18.6.2009, n. 69 (*Disposizioni per lo sviluppo economico, la competitività nonché in materia di processo civile*) ha introdotto nel nostro ordinamento l'art. 614 bis cod. proc. civ., uno strumento di coazione indiretta volto ad ottenere la volontaria attuazione delle sentenze e degli altri provvedimenti di condanna all'adempimento di obbligazioni infungibili. Questa misura coercitiva patrimoniale, di applicazione apparentemente generalizzata⁽¹⁾ ed in alcuni aspetti analoga al

modello dell'*astreinte* francese⁽²⁾, opera quando non è possibile ricorrere all'esecuzione in forma specifica⁽³⁾.

per adempiere gli obblighi familiari, in *Dir. fam. e pers.*, 2010, 910 ss.). A differenza della misura coercitiva dell'art. 614 bis, che è quantificata in via assolutamente discrezionale dal giudice, la sanzione amministrativa pecuniaria di cui all'art. 709 ter, inferta al genitore inadempiente, viene fissata all'interno di un minimo e di un massimo edittale ed è destinata alla Cassa delle ammende.

⁽²⁾ Per un approfondimento, DE STEFANO, *Note a prima lettura della riforma del 2009 delle norme sul processo esecutivo ed in particolare dell'art. 614 bis c.p.c.*, in *Riv. esec. forz.*, 2009, 520-528 e VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 727 ss. Anche in Francia, destinatario dell'*astreinte*, istituto privo di carattere risarcitorio od indennitario, è il creditore della prestazione principale. A differenza di quanto previsto dalla normativa italiana, le misure coercitive francesi: 1) possono essere assunte anche d'ufficio; 2) si distinguono tra «provvisorie» e «definitive». Le prime sono sempre modificabili, nell'ammontare e nelle modalità, dal giudice che le ha pronunciate il quale, quando procede alla liquidazione, tiene conto del comportamento assunto dal debitore. Le seconde, invece, consistono in una condanna la cui entità è già definitivamente fissata al momento della pronuncia, così che la fase di liquidazione si risolve in una mera operazione aritmetica basata sul periodo di mancata esecuzione dell'obbligazione principale; 3) possono essere concessa anche per le prestazioni fungibili ed assistere qualsiasi provvedimento di condanna, indipendentemente dal suo contenuto.

⁽³⁾ In questa categoria vanno ricondotti i vari tipi di esecuzione diretta o per sostituzione, ove un soggetto terzo si surroga al debitore nella realizzazione del comportamento dovuto e soddisfacente. Ad esempio, se l'obbligato al rilascio non adempie all'ordine del giudice, l'ufficiale giudiziario libera il bene immobile; se il debitore non paga, viene pignorato un bene appartenente al suo patrimonio, lo si trasforma in una somma di denaro, che viene corrisposta al

[★] Contributo pubblicato in base a *referee*.

⁽¹⁾ Prima dell'entrata in vigore della l. 18.6.2009, n. 69 il ricorso a forme di esecuzione indiretta rappresentava un fenomeno episodico, previsto per singole tassative fattispecie: l'art. 18, ult. comma, St. lav., in base al quale il datore di lavoro, in caso di illegittimo licenziamento, è 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°, cod. propr. ind. in tema di brevetti; l'art. 156 l. dir. aut., a protezione del diritto d'autore; l'art. 8, comma 3°, d. legis. 9.10.2002, n. 231 in tema di ritardato pagamento nelle transazioni commerciali; l'art. 140, comma 7°, cod. cons., in caso di inadempimento del professionista; l'art. 709 ter, comma 2°, n. 4, cod. proc. civ. che introduce un mezzo di coazione indiretta per la realizzazione di obbligazioni di *facere* nell'ambito familiare (in tema SPOTO, *Dalla responsabilità civile alle misure coercitive indirette*

Il giudice, ove richiesto, pronuncia una condanna al pagamento di una pena pecuniaria, condizionata alla mancata o tardiva esecuzione dell'obbligo principale previsto nella decisione. La minaccia della sanzione pecuniaria, destinata a non produrre effetti con lo spontaneo adempimento, si *converte* in misura esecutiva in caso di mancato o ritardato adeguamento al disposto giudiziale.

2. I PROVVEDIMENTI CHE POSSONO ESSERE ASSISTITI DALLA MISURA COERCITIVA. Nonostante la misura coercitiva sia impropriamente definita di «*applicazione generalizzata*», ne va, invece, evidenziato l'ambito residuale e settoriale⁽⁴⁾, limitato ai soli provvedimenti volti all'*attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*. L'*astreinte* non può, quindi, assistere una condanna al pagamento di somme, ad una prestazione di fare fungibile⁽⁵⁾ (6) ed,

creditore; se il debitore non distrugge il manufatto eretto in violazione delle distanze legali tra costruzioni, l'ufficiale giudiziario, tramite un'impresa edile, provvede alla sua rimozione. In tutti questi casi è assolutamente indifferente che la prestazione sia compiuta dal debitore personalmente ovvero da un terzo in sua surrogazione.

⁽⁴⁾ CHIZZINI, in *Aa.Vv.*, *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, Utet, 2009, *sub art.* 614 *bis*, 174 definisce la misura come estremamente residuale, perché non si cumula con quelle tipiche ed opera solo in presenza di un *facere* infungibile, dal carattere non strettamente personale, il cui adempimento coatto non leda le libertà fondamentali della persona.

⁽⁵⁾ Ad esempio, l'obbligo di demolizione conseguente alla violazione di una servitù *altius non tollendi*, ovvero la condanna a trasformare in luce la veduta aperta a distanza inferiore a quella legale dal confine.

⁽⁶⁾ Conforme, in giurisprudenza, TRIB. MODENA, 7.3.2011, in *De Jure - Massime*, relativo alla rimessione in pristino di un immobile. *Contra*, TRIB. TERNI, 6.8.2009, in *Foro it.*, 2011, 287, nonché in *Giur. it.*, 2010, 637, con nota di MAZZAMUTO, in un *obiter dictum* pare affermare che l'articolo in commento è stato introdotto per assicurare l'esecuzione di tutti i provvedimenti giudiziari di condanna e non solo quelli aventi ad oggetto obblighi di fare infungibile o non fare. L'ordinanza è stata resa nell'ambito di un giudizio di danno temuto *ex art.* 1172 cod.

infine, alla consegna o al rilascio⁽⁷⁾. Depongono per questa conclusione la rubrica dell'articolo, la sua collocazione sistematica ed il fatto che, diversamente, si duplicherebbero le voci di danno in favore del creditore, al quale verrebbero riconosciute sia l'utilità originaria che

civ., che verteva sul pericolo di crollo di alcune murature di un fabbricato limitrofo alla proprietà del ricorrente e sull'ulteriore pericolo di infiltrazioni di acqua legate all'assenza di un'adeguata copertura di un immobile fatiscente. Il giudice ha ritenuto di ravvisare plurimi e concordanti indici di sussistenza del rischio di un danno grave e prossimo alla proprietà del ricorrente e ha, dunque, irrogato il provvedimento cautelare di demolizione del tetto e della parete del fabbricato pericolante, definendo l'ordine di demolizione come *facere* infungibile. La qualifica parrebbe illogica, perché siamo in presenza di una prestazione tradizionalmente fungibile, per lo meno dal punto di vista strutturale. Secondo MAZZAMUTO, *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614 bis cod. proc. civ. nella giurisprudenza di merito*, in *Giur. it.*, 2010, 644 l'elemento idoneo a rendere l'obbligazione infungibile va individuato nelle esigenze della cautela, ossia nell'urgenza e nel pericolo di pregiudizi ulteriori e magari irreparabili. La valutazione di (in)fungibilità viene, dunque, condotta non sul piano sostanziale, ma su quello squisitamente processuale. In questo senso anche ZUCCONI GALLI FONSECA, *Le novità della riforma in materia di esecuzione forzata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, 197 ss., secondo cui non si può prestare troppa importanza al dato letterale, quando, poi, la limitazione è prevista nella sola rubrica, che non è norma di legge. PETTI, *Riforma del processo civile e misure coercitive indirette*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 135, pur escludendo dall'ambito dell'esecuzione indiretta l'attuazione degli obblighi di consegna o rilascio, afferma che non sussistono ragioni per negare l'estensione del meccanismo a tutte le prestazioni di fare, indipendentemente dalla loro fungibilità, piena, parziale o del tutto assente. L'a. giunge a questa conclusione «non tanto per l'equivocità del dato letterale, che non ripete nel corpo della disposizione il limite contenuto nella rubrica, quanto piuttosto per il fatto che (...) negli obblighi (...) suscettibili di esecuzione forzata in forma specifica l'*astreinte* è semplicemente alternativa alla precedente».

⁽⁷⁾ *Contra*, TRIB. TRENTO, 8.2.2011, *ined.*, ravvisa, in tema di mancata ottemperanza all'ordine di rilascio dell'immobile, un nucleo di incoercibilità nella prestazione.

la somma dovuta a titolo di *pena pecuniaria* per l'inadempimento ⁽⁸⁾.

Il giudice deve, inoltre, rigettare l'istanza se vi è la possibilità di un'esecuzione forzata diretta, nelle forme tipiche di cui agli artt. 612-614 cod. proc. civ. ⁽⁹⁾ e se esistono norme istitutive di misure coercitive indirette peculiari ⁽¹⁰⁾. L'unica eccezione è rappresentata dall'ipotesi, esaminata *infra, sub 4*, in cui venga richiesta una condanna ad astenersi dal *facere*, la cui violazione comporti la possibilità di distruggere forzatamente quanto realizzato.

Va subito sottolineato che la qualifica della prestazione come fungibile o meno, prerogativa del giudice della cognizione, ingenera un serio problema di coordinamento con l'analogo potere del giudice dell'esecuzione nell'interpretare il titolo. Valuteremo *infra, sub 11*, se quest'ultimo possa autorizzare l'esecuzione in forma specifica, ove, ritenga che tale rimedio sia stato ingiustamente negato in sede di cognizione.

Qualsiasi provvedimento può essere assistito dalla pena accessoria ⁽¹¹⁾, purché sentenza, ordinanza o decreto abbiano contenuto condannatorio. La misura va, invece, negata se è richiesta per dare attuazione ad un'azione di mero accertamento o costitutiva ⁽¹²⁾.

⁽⁸⁾ Così ASPRELLA, *L'attuazione degli obblighi di fare infungibile e di non fare*, in *Giur. merito*, 2011, 124.

⁽⁹⁾ La possibilità di esecuzione in forma specifica presuppone, dunque, la fungibilità dell'obbligazione principale.

⁽¹⁰⁾ Se ne deve, così, escludere il cumulo o l'applicazione alternativa (CHIZZINI, *op. cit.*, 165, BOVE, *La misura coercitiva di cui all'art. 614 bis cod. proc. civ.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, 781; VULLO, nel *Codice dell'esecuzione forzata, sub art. 614 bis*, Celt, 2012, 590).

⁽¹¹⁾ La condanna può essere anche a contenuto non patrimoniale, come nel caso di obblighi di consegna dei minori o di provvedimenti inibitori di comportamenti integranti immissioni intollerabili e può essere pronunciata anche dal Giudice di Pace (LUISSO, *Diritto processuale civile*, III, Giuffrè, 2009, 236).

⁽¹²⁾ Va escluso che la misura coercitiva possa assistere le sentenze costitutive *ex art.* 2932 cod. civ. in caso di inadempimento all'obbligazione di stipulare il contratto definitivo contemplata in un preliminare di vendita [come sostenuto da CONSOLO, *Una buo-*

Tra i provvedimenti rafforzabili con l'*astreinte* vanno esclusi, nonostante il parere contrario di parte della dottrina ⁽¹³⁾ e della

na «novella» al cod. proc. civ.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale, in *Corr. giur.*, 2009, 741]. Secondo l'a. la misura in commento avrà un grandissimo impatto sulle liti che attengono all'inadempimento di un contratto preliminare di compravendita. Il giudice potrà pronunciare «due capi di condanna cumulati (ed in via non alternativa) nei confronti del promittente venditore: uno costitutivo *ex art.* 2932 cod. civ., e l'altro di condanna all'obbligo infungibile di concludere il contratto di vendita». In questo modo si potrà superare il limite dato dalla necessità di attendere il passaggio in giudicato della sentenza, proprio della tutela costitutiva *ex art.* 2932 cod. civ. Ritengo, invece, che l'adempimento sia già garantito dalla possibilità di ottenere una sentenza costitutiva che tenga luogo del contratto non stipulato. Il disposto dell'art. 2932 cod. civ. è di per se stesso un mezzo di esecuzione in forma specifica.

⁽¹³⁾ LOMBARDI, in GIORDANO-LOMBARDI, *Il nuovo processo civile*, Neldiritto.it, 2009, 470; BOVE, *op. cit.*, 784; MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella legge 69/09*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1548; AMADEI, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, 343 ss.; SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Cedam, 2012, 1095 (secondo cui la misura coercitiva sarebbe idonea realizzare la piena soddisfazione dell'interesse tutelato, scongiurerebbe l'introduzione del giudizio di merito e realizzerebbe le finalità deflattive di cui all'art. 669 *octies* cod. proc. civ.); SILVESTRI, in *Il processo civile riformato*, diretto da TARUFFO, Zanichelli, 2010, 504; CARRATTA, in MANDRIOLI-CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, Giappichelli, 2009, 97; PETTI, *op. cit.*, 135; ROMITO, *Artt. 614 bis e 96 cod. proc. civ.: vecchi e nuovi problemi applicativi*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 2350. Tale dottrina fa leva sull'ampiezza ed ambiguità della lettera dell'art. 669 *duodecies* cod. proc. civ. e ritiene che la misura possa assicurare la pronta e pratica attuazione del provvedimento cautelare. In altre parole, il ricorso alla comminatoria nell'ambito dei procedimenti cautelari non sarebbe frutto dell'applicazione diretta dell'art. 614 bis cod. proc. civ., ma troverebbe la propria fonte nell'ampio potere discrezionale di cui gode il giudice della cautela in sede di attuazione dei provvedimenti che è chiamato ad emanare (MAZZAMUTO, *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614 bis cod. proc. civ. nella giurisprudenza di merito*, in *Giur.*

giurisprudenza⁽¹⁴⁾, quelli cautelari (compresi i decreti emessi *inaudita altera parte* ex art. 669 *sexies* cod. proc. civ. e quelli urgenti ex art. 700 cod. proc. civ.)⁽¹⁵⁾, quelli nuncia-

it., 2010, 642). Secondo l'a. l'ampia discrezionalità di cui gode il giudice della cautela gli permette, in sede di attuazione, l'esercizio di poteri analoghi a quelli previsti dagli artt. 605 ss. e 612 ss. cod. proc. civ. tutte le volte in cui si rende necessaria la surroga *in executivis* dell'inattività dell'obbligato. Sarebbe automatico allora riconoscergli anche il ricorso alla misura di esecuzione indiretta, quando la surroga è impossibile o assai difficoltosa ed occorre comunque dare una risposta all'interesse per il quale è chiesta la cautela. Non dovrebbe, pertanto, escludersi che un tale ricorso possa aver luogo ben al di là della rubrica dell'art. 614 bis cod. proc. civ. e, quindi, anche per gli obblighi di fare fungibile e di consegna o rilascio.

⁽¹⁴⁾ Secondo TRIB. BARI, 10.5.2011, n. 356, in *www.giurisprudenzabarese.it* i provvedimenti emessi in via cautelare, quando sono idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, acquistano efficacia definitiva, poiché l'instaurazione del giudizio di merito è meramente facoltativa. Riconosciuta la loro possibile attitudine alla stabilità, il giudice accorda il rimedio ex art. 700 cod. proc. civ. e fissa una somma, ex art. 614 bis cod. proc. civ., per ogni giorno di eventuale ritardo nell'esecuzione della misura. Il caso riguarda la riduzione dell'ipoteca iscritta su determinati cespiti immobiliari. Anche TRIB. CAGLIARI, ord. 19.10.2009, in *Giur. merito*, 2010, 398 ss., con nota di LOMBARDI, *Il nuovo art. 614 bis cod. proc. civ.: l'astreinte quale misura accessoria ai provvedimenti cautelari ex art. 700 cod. proc. civ.*, giunge alle medesime conclusioni: «L'ordine cautelare dato ai sensi dell'art. 700 cod. proc. civ. è un provvedimento di natura anticipatoria rispetto alla pronuncia di condanna ed è assimilabile a quest'ultima agli effetti dell'applicabilità della disciplina di cui all'art. 614 bis cod. proc. civ.» «In sede cautelare» la misura garantirebbe «un serio ristoro di fronte al perdurare dell'inaidempimento, in funzione quindi deflativa del possibile contenzioso successivo, limitato all'eventualità che si produca un danno non integralmente soddisfatto dalla statuizione giudiziale». Così anche TRIB. TERNI, 6.8.2009, cit., ed il Protocollo 30.6.2010 «Valore Prassi», a cura di DALLA MASSARA e MASSIMO, in *www.ordineavvocati.vr.it/*.

⁽¹⁵⁾ L'introduzione dell'art. 614 bis viene utilizzata anche come argomento per sostenere l'ormai pacifica ammissibilità della pronuncia di un provvedimento cautelare d'urgenza che obblighi ad un *facere*

tori⁽¹⁶⁾ e possessori⁽¹⁷⁾ ⁽¹⁸⁾. La causa dell'esclusione va ricercata nel fatto che essi non rientrano nel novero delle pronunce di condanna⁽¹⁹⁾, sono suscettibili di mera «attuazio-

infungibile (TRIB. MESSINA, 6.7.2010, in *Corr. merito*, 2010, 1161 concede la tutela d'urgenza ad una società di commercio elettronico svolto su di un noto sito web di vendite *on line*, il cui account era stato sospeso in seguito a *feed-back* negativi; TRIB. VERONA, 9.3.2010, in *Giur. merito*, 2010, 1857, dichiara l'illegittimità del recesso da un'associazione notarile; TRIB. MONZA, 16.10.2003, in *Giur. milanese*, 2004, 111). A riguardo, si è evidenziato che il provvedimento di urgenza, che imponga un obbligo di fare di carattere infungibile, non è solo potenzialmente idoneo a produrre i suoi effetti tipici in conseguenza dell'eventuale esecuzione volontaria da parte del debitore. Esso è anche funzionale alla produzione di ulteriori conseguenze giuridiche, quali la possibilità di introdurre una successiva domanda di risarcimento del danno, rispetto alla quale la condanna al *facere* assume valenza sostanziale di sentenza di accertamento. Proprio in tale prospettiva è stato ritenuto ammissibile un provvedimento d'urgenza che obblighi ad un fare infungibile, per tutelare la libertà contrattuale del contraente debole, in caso di violazione dell'art. 9 l. 18.6.1998, n. 192, *Disciplina della subfornitura nelle attività produttive* (TRIB. TRIESTE, 20.9.2006, in *Giur. it.*, 2007, 1737, con nota di SPACCAPELO).

⁽¹⁶⁾ *Contra* TRIB. TERNI, ord. 6.8.2009, cit., secondo cui l'ordine giudiziale di demolizione di un muro pericolante, nell'ambito di un giudizio di danno temuto ex art. 1172 cod. civ., va munito della comminatoria di cui all'art. 614 bis cod. proc. civ., in quanto la misura coercitiva è applicabile anche ai provvedimenti anticipatori.

⁽¹⁷⁾ *Contra* TRIB. VARESE, ord. 16.2.2011, in *Giust. civ.*, 2011, 2965, con nota di CELARDI, resa in un procedimento introdotto con un'azione di reintegrazione (ex artt. 1169 cod. civ. e 703 e ss. cod. proc. civ.).

⁽¹⁸⁾ La giurisprudenza contraria ritiene che l'*astreinte* sia opportuna e doverosa proprio per i procedimenti (a strumentalità debole) che anticipano una condanna e che non avranno obbligatoriamente una successiva fase di merito (artt. 669 *octies*, provvedimenti ex art. 700 cod. proc. civ., denuncia di nuova opera o di danno temuto). Così anche TRIB. BOLOGNA, ord. 25.3.2011, ined. e cit. da GHINI, in nota a TRIB. TORINO, sez. spec. proprietà industriale ed intellettuale, 17.2.2010, in *Foro pad.*, 2011, 610.

⁽¹⁹⁾ CHIZZINI, *op. cit.*, 146, il quale ritiene che i

ne» e si sottraggono all'applicazione della disciplina dell'esecuzione forzata⁽²⁰⁾ (21).

L'*astreinte* non si applica, inoltre, al lodo nell'arbitrato rituale⁽²²⁾ ed al verbale di conciliazione giudiziale⁽²³⁾, ma può assistere l'ordi-

provvedimenti cautelari non siano «di condanna» ai fini dell'art. 614 bis cod. proc. civ., in quanto tale norma si applica solo ai provvedimenti idonei al giudicato.

(20) L'attuazione del provvedimento cautelare si sottrae all'applicazione diretta delle norme che disciplinano l'esecuzione forzata – dal momento che l'ordinanza emessa ex art. 669 octies cod. proc. civ. non costituisce titolo esecutivo ex artt. 474 ss. cod. proc. civ. – fatto salvo soltanto il caso delle misure aventi ad oggetto somme di denaro e dei sequestri, che viceversa sono disciplinati dalle norme che regolano l'esecuzione forzata.

(21) Così BARRECA, *L'attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare (art. 614 bis cod. proc. civ.)*, in *Riv. esec. forz.*, 2009, 508.

(22) Non esiste, infatti, una espressa previsione da parte del legislatore che abiliti gli arbitri alla pronuncia dell'*astreinte*, al pari della condanna al risarcimento del danno da lite temeraria ex art. 96 cod. proc. civ. In ogni caso, questo potere non potrebbe essere riconosciuto *tout court* al collegio arbitrale, ma necessiterebbe, invece, dell'intervento del tribunale, trattandosi di una misura volta a dare attuazione ad altro capo condannatorio, già di per sé già dotata di efficacia esecutiva. L'ostacolo principale è, però, rappresentato dal fatto che la legge prevede che il giudice, in sede di omologa, possa effettuare soltanto un controllo in ordine alla regolarità formale del lodo e non gli consente di valutare l'opportunità e la proporzionalità della sanzione pecuniaria. *Contra* BOVE, *op. cit.*, 785 il quale riconosce la possibilità per gli arbitri di pronunciare l'*astreinte*, la cui operatività viene condizionata al previo deposito del lodo ex art. 825; AMADEI, *op. cit.*

(23) La lettera della norma non lo prevede, poiché il lodo non è un provvedimento di condanna. Così CHIZZINI, *op. cit.*, 146, AMADEI, *op. cit.*, SALETTI, *L'esecuzione processuale indiretta nella riforma del «Codice di procedura civile» italiano dal 2009*, in *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIV* (Valparaíso, Chile, 1er Semestre de 2010), 512; CARRATTA, *op. cit.*, 97; *contra* BOVE, *op. cit.*, 785 e VULLO, *op. cit.*, 593, secondo cui il compito di disporre la sanzione accessoria spetterebbe al giudice. L'accordo conciliativo, che pone a carico di una parte l'esecuzione di una prestazione di fare infungibile o di non fare, può si-

nanza di cui all'art. 702 ter cod. proc. civ., pronunciata all'esito di un processo a cognizione sommaria.

Nell'ambito delle controversie familiari, i provvedimenti presidenziali o del giudice istruttore resi in un giudizio di separazione e divorzio⁽²⁴⁾, con riferimento all'inadempimento degli obblighi coniugali e parentali (artt. 143, 144, 147 cod. civ.) e quelli assunti all'esito di un procedimento introdotto con ricorso ex art. 709 ter⁽²⁵⁾ cod. proc. civ. possono essere

curamente contenere una clausola penale configurata in modo da produrre effetti equivalenti a quelli della misura coercitiva.

(24) Cfr. TRIB. FIRENZE, ord. 11.11.2011, in *Guida al dir.*, 2012, 9, 4, con nota di MAGLIETTA, inerente i provvedimenti provvisori in materia di frequentazione dei figli. In questo caso, l'*astreinte* è posta a carico di una madre, che ha messo in atto una serie di strategie per impedire o limitare i contatti del figlio con il padre. L'ordinanza precisa che la misura in esame può coesistere ed essere complementare all'altra misura coercitiva di cui all'art. 709 ter e, nella specie, con l'ammonimento.

(25) Così TRIB. SALERNO, 22.12.2009, in *Fam. e dir.*, 2010, 924, con nota di VULLO. Secondo il Tribunale, qualora ne ricorrano i presupposti, il giudice adito ai sensi dell'art. 709 ter cod. proc. civ., pronunciando uno dei provvedimenti previsti da tale norma, può anche condannare il genitore inadempiente al pagamento di una somma di denaro ex art. 614 bis cod. proc. civ. Vullo non condivide la soluzione, ritenendo che la nuova misura coercitiva, di portata generale, sia applicabile solo nei casi in cui manchi una forma di esecuzione indiretta specifica. L'a., pertanto, esclude il cumulo con altre misure coercitive tipiche (patrimoniali o non) e la possibilità di assumere il provvedimento previsto dall'articolo 614 bis cod. proc. civ. in alternativa a quello già contemplato da una norma speciale. Poiché nel novero dei provvedimenti previsti dall'art. 709 ter cod. proc. civ. è già compresa una misura coercitiva di natura patrimoniale – e precisamente la possibilità di condannare il genitore inadempiente *al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, da un minimo di 75 euro a un massimo di 5.000 euro a favore della Cassa delle ammende* – secondo Vullo non dovrebbe esserci spazio per fare ricorso allo strumento esecutivo di cui all'art. 614 bis cod. proc. civ. Ritengo di condividere la soluzione dell'a. solo limitatamente all'esclusione della fattispecie prevista al comma 2°, n. 4), ben potendosi cumulare il provvedimento previsto dall'articolo 614 bis cod. proc. civ.

rafforzati dalla misura coercitiva. Non è possibile, infine, instaurare un autonomo processo con l'unico scopo di ottenere la pronuncia di questo mezzo di coazione indiretta ⁽²⁶⁾.

3. L'INFUNGIBILITÀ DELL'OBBLIGAZIONE QUALE PRESUPPOSTO APPLICATIVO DELLA NORMA.

Presupposto per accedere alla tutela esecutiva di cui all'art. 614 *bis* cod. proc. civ. è l'infungibilità dell'obbligazione di fare dedotta in giudizio, la cui valutazione è demandata al giudice di cognizione. Dottrina e giurisprudenza hanno individuato alcuni criteri per distinguere tra prestazioni fungibili ed infungibili, poiché tali «*qualificazioni sono particolarmente sfuggenti*» ed, in «mancanza di una definizione normativa (...) trovano spazio costruzioni non di rado contraddittorie» ⁽²⁷⁾.

La prestazione si può definire, con una certa approssimazione, infungibile quando comporta un obbligo di fare/non fare realizzabile solo con il concorso insostituibile ⁽²⁸⁾ del-

con le ipotesi previste ai nn. 2) e 3) che non sono riconducibili alla categoria delle «misure coercitive» propriamente intese, né hanno carattere «sanzionatorio» in senso stretto nei confronti del genitore inadempiente, ma una natura sostanzialmente risarcitoria.

⁽²⁶⁾ *Contra* 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, *op. cit.*, 205; AMADEI, *op. cit.*, 348, che equiparano l'istanza ad una vera e propria domanda.

⁽²⁷⁾ GHIRETTI, *Genericità e fungibilità nell'obbligazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1974, I, 257.

⁽²⁸⁾ Ad esempio: la violazione del divieto di svolgere attività concorrenziale nei cinque anni successivi alla cessione d'azienda *ex art.* 2557 cod. civ.; l'obbligo di non svolgere una certa attività in attuazione di patti parasociali; l'obbligo (*ex art.* 1953 cod. civ.) per il debitore di rilevare il fideiussore o di prestare a questi le garanzie necessarie per assicurargli il soddisfacimento delle eventuali azioni di regresso, anche prima di aver pagato (in tema, L. TAVORMINA, *Il rilievo del fideiussore alla luce delle misure coercitive indirette*, in *Obbl. e contr.*, 2011, 602 ss.); l'ordine giudiziale, rivolto al Conservatore dei RRII, di cancellare la trascrizione di un sequestro conservativo, dopo che lo stesso si è rifiutato di provvedervi e la parte interessata ha proposto reclamo, poi accolto

la volontà/attività del soggetto che vi è tenuto.

Vi sono, infatti, comportamenti che sono soddisfatti soltanto se posti in essere dalla persona dell'obbligato, in quanto l'interesse sotteso al diritto di credito non può essere soddisfatto da un soggetto diverso dal debitore ed, in particolare, dall'ufficiale giudiziario.

Accanto agli obblighi di fare materialmente infungibili, vi sono altre ipotesi simili per natura. In primo luogo, gli obblighi complessi, definiti a *fungibilità imperfetta*, che in sé ricomprendono anche un obbligo di fare infungibile (ad esempio l'obbligo di reintegrare del lavoratore licenziato ⁽²⁹⁾, la condanna alla chiusura di un'attività commerciale aperta in violazione di un divieto contenuto nel regolamento condominiale).

L'infungibilità ricorre, poi, in presenza di situazioni di vantaggio, il cui godimento è assicurato dall'adempimento di obblighi di fare/non fare a carattere continuativo o periodico. In tali ipotesi la condanna è diretta non solo ad eliminare gli effetti della violazione già compiuta, ma anche ad assicurare l'adempimento futuro ⁽³⁰⁾.

In certi casi l'obbligazione è infungibile anche quando il suo adempimento dipende da un

(in tema, TRIB. TORINO, 2.7.2010, in *Giur. it.*, 2011, 1123 con nota di FRASCHINI); l'obbligazione parasociale assunta dal socio di maggioranza, di impartire agli amministratori nominati grazie al suo voto la direttiva di nominare quale direttore finanziario della società la persona gradita al socio di minoranza (l'esempio è tratto da TORINO, *Tutela in via d'urgenza di pattuizioni parasociali e gestione dell'impresa sociale*, in *Le Società*, 2011, 836); l'ordine, rivolto direttamente alla controparte creditrice munita di garanzia reale, di prestare il proprio consenso alla riduzione delle iscrizioni ipotecarie eccedenti, a norma dell'art. 2873, comma 2°, cod. civ. (TRIB. BARI, 10.5.2011 n. 356, cit.). Tutte queste ipotesi possono essere assistite dalla misura in commento.

⁽²⁹⁾ Fungibile è l'accesso coatto in azienda; infungibile, almeno in senso giuridico, è il concreto inserimento funzionale del lavoratore in azienda.

⁽³⁰⁾ Ad esempio, l'obbligo a carico dell'affidatario o collocatario di consegnare il figlio minore, in occasione dell'esercizio del diritto di visita dell'altro genitore. TRIB. FIRENZE, ord. 10-11.11.2011, cit., ritiene applicabile anche ai provvedimenti provvisori il disposto dell'art. 614 *bis*.

fatto di un terzo, per il quale il debitore si è impegnato (ad esempio, solo la collaborazione dell'autorità amministrativa può soddisfare l'obbligo, gravante sul venditore, di consegnare il certificato di abitabilità al compratore, nella vendita di edifici) ⁽³¹⁾.

Vi sono, infine, i rapporti *intuitu personae* ⁽³²⁾, ove le qualità personali del debitore rendono insostituibile ed essenziale il suo contributo per il raggiungimento del risultato dovuto. Si tratta di diritti non integralmente riconducibili ad un equivalente monetario o privi di un contenuto patrimoniale che, pertanto, possono essere realmente soddisfatti solo attraverso forme di esecuzione indiretta.

Il giudice, in tutte le ipotesi in cui venga richiesta la misura coercitiva, deve esaminare il risultato che il creditore ha diritto a conseguire ⁽³³⁾ e valutare se questa utilità possa ottenersi anche mediante l'adempimento sostitutivo di un terzo ⁽³⁴⁾. Se essa dipende da qualità peculiari dell'obbligato che ne rendono impossibile il conseguimento senza la sua personale collaborazione, applicherà l'*astreinte*.

La fungibilità va valutata in termini elastici e concreti, cioè legati alla situazione di fatto. Emblematico è l'esempio di una società che fornisce servizi (di luce, acqua, gas o telefo-

nia) ⁽³⁵⁾ e ne interrompa l'erogazione. Pur trattandosi in astratto di una prestazione fungibile, il giudice potrà qualificarla come infungibile se, per il creditore, è impossibile procurarsi un analogo servizio in tempi e con costi ragionevoli.

4. **LE OBBLIGAZIONI DI NON FARE.** Anche nell'ambito delle obbligazioni di non fare si possono distinguere tra quelle fungibili e quelle infungibili. Da un lato, infatti, vi sono i doveri di astensione che, in caso di trasgressione, producono conseguenze non eliminabili materialmente. Se la parte che vi è tenuta non pone in essere il comportamento vietato ⁽³⁶⁾, l'obbligazione è soddisfatta; in caso contrario, si genera un obbligo risarcitorio, senza la possibilità di ripristino in forma specifica ⁽³⁷⁾.

⁽³¹⁾ FERRI, in COMOGLIO-FERRI-TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, II, *Procedimenti speciali, cautelari e esecutivi*, Zanichelli, 2011, 357, ritiene incoercibile, con la misura dell'art. 614 bis, la promessa-impegno del fatto del terzo.

⁽³²⁾ Ad esempio, il mancato adempimento dell'obbligo, a carico del prestatore d'opera intellettuale, di redigere un numero minimo di articoli su una testata editoriale.

⁽³³⁾ Accanto alla concezione naturalistica di infungibilità, ve n'è una più squisitamente giuridica, incentrata non soltanto sul grado di inviolabilità della sfera del debitore, ma anche sull'utilità della prestazione per il creditore. In quest'ultima ottica, l'infungibilità è commisurata all'«idoneità della surroga forzata, vista come equivalente dell'originaria prestazione, a soddisfare l'interesse dell'avente diritto». Per approfondimenti cfr. MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, nel *Trattato Rescigno*, 20, Utet, 1998, 2, 329.

⁽³⁴⁾ Mediante l'impiego degli strumenti di esecuzione coattiva previsti dagli artt. 612 ss. cod. proc. civ.

⁽³⁵⁾ Una fattispecie analoga è oggetto dell'ordinanza del TRIB. CAGLIARI, 19.10.2009, cit., sul ricorso cautelare proposto da una società titolare di una linea telefonica che, stanca dei continui disservizi, chiede che il gestore dell'utenza sia condannato alla riparazione definitiva dei guasti, al ripristino del servizio e che sia destinatario di una misura coercitiva, ai sensi dell'art. 614 bis, nel caso di inadempimento dell'obbligo di fare infungibile. Tale ricorso viene accolto, perché «l'ordine giudiziale (...) non appare suscettibile di esecuzione forzata, almeno in tutta la sua portata, non potendo la riattivazione delle linee telefoniche ed il mantenimento del servizio avvenire senza la necessaria e duratura cooperazione del debitore, nella duplice veste di gestore della rete ed operatore telefonico». Se, infatti, singoli collegamenti o eventuali riparazioni necessarie possono essere operate anche da soggetti terzi, le attività di mantenimento del servizio e gli interventi sulla rete possono essere svolte solo dal soggetto chiamato a gestirla nell'interesse generale.

⁽³⁶⁾ Generalmente si tratta di astensione da atti con conseguenze non rimovibili (vilipendio del nome o della reputazione, atti di concorrenza sleale quali lo storno dei clienti, commercio di merce contraffatta, comportamenti che provocano immissioni non tollerabili, l'inserimento di clausole vessatorie o comunque illegittime nei contratti seriali...).

⁽³⁷⁾ Per un'applicazione, TRIB. VARESE, ord. 16.2.2011, cit., che riguarda il caso in cui la parte convenuta sia condannata ad astenersi dall'impedire il godimento di una servitù di parte attrice. Nella specie, la fruibilità della proprietà era disturbata dalla condotta

Accanto a queste obbligazioni, che si possono definire di non fare in senso stretto (o infungibile), ve ne sono altre (di non fare fungibile), la cui violazione produce un mutamento della realtà circostante, un *quid novi* materialmente suscettibile di essere distrutto. A differenza dalle prime, la situazione iniziale può essere ripristinata (nelle forme di cui agli articoli 612 ss. cod. proc. civ.)⁽³⁸⁾ ed il diritto violato può essere completamente reintegrato⁽³⁹⁾.

Parte della dottrina limita l'applicazione dell'art. 614 *bis* alla prima ipotesi⁽⁴⁰⁾, altra, con-

del vicino con una serie di atti emulativi (lancio di acqua sporca, sassi e gusci di noci...).

⁽³⁸⁾ La posizione più restrittiva ritiene non coerente con le finalità dell'istituto l'interpretazione che consente di comminare l'*astreinte* anche quando il creditore potrebbe ricorrere senza difficoltà alla tutela esecutiva ordinaria. In altre parole, l'*astreinte* dovrebbe essere posta fuori campo ogni qualvolta la violazione dell'obbligo di non fare si risolve in un mutamento della realtà circostante che possa essere distrutto su ordine del giudice a spese dell'obbligato, secondo la disciplina degli artt. 2933 cod. civ. e 612 cod. proc. civ. (GODIO, *L'astreinte e la giurisprudenza di merito: un primo bilancio su alcuni profili operativi*, a commento di TRIB. VARESE, 16.3.2011, in *Corr. giur.*, 2011, 1119).

⁽³⁹⁾ In questa categoria viene tipicamente ricondotto l'obbligo originariamente consistente nel divieto di compiere un'opera materiale: una volta realizzata la violazione (la costruzione), l'obbligo da eseguirsi forzatamente è di fatto un obbligo di fare fungibile, vale a dire un obbligo di distruggere (v. ad es., rimuovere un cancello o un muretto realizzati in violazione di una servitù di passaggio) che consente di rimettere la situazione in pristino.

⁽⁴⁰⁾ Ritengono essenziale l'infungibilità anche del *non facere*: SOLDI, *op. cit.*, 1093; PROTO PISANI, *Apunti sulla tutela (trentacinque anni dopo)*, in *Foro it.*, 2010, V, 258; LOMBARDI, *Il nuovo art. 614 bis cod. proc. civ.: l'astreinte quale misura accessoria ai provvedimenti cautelari ex art. 700 cod. proc. civ.*, in *Riv. esec. forz.*, 2010, 398; MERLIN, *op. cit.*, 1548; CAPPONI, «Astreintes» nel processo civile italiano, in *Giur. civ.*, 2009, II, 157; CHIZZINI, *op. cit.*, 165; DEMARCHI, *Il nuovo processo civile*, Giuffrè, 2009, 439; CROCI, *L'esecuzione forzata di obblighi di fare e di non fare*, in AA.Vv., *La nuova esecuzione forzata dopo la l. 18 giugno 2009, n. 69*, a cura di DEMARCHI, Zanichelli, 2009, 1206; ASPRELLA, *op. cit.*, 122 e CONSOLO-GODIO, *Codice di procedura civile, art. 614 bis - Attuazione degli obblighi di fare infungibile*

fortata dalla giurisprudenza⁽⁴¹⁾ è favorevole ad un suo utilizzo generalizzato. Deporrebbero in tal senso il tenore letterale della norma⁽⁴²⁾, che fa genericamente riferimento alle obbligazioni di non fare (la specificazione «infungibile» si riferisce solo a quelle di fare), la sua collocazione nel titolo che disciplina le obbligazioni di «distruggere» e, infine, la sua stessa *ratio*. Nonostante l'autorevolezza della posizione, queste argomentazioni non mi paiono decisive ad estendere il disposto dell'art. 614 *bis* anche agli obblighi di non fare fungibili primari (quelli generati direttamente da una norma

o di non fare, in *Codice di procedura civile Commentato* a cura di CONSOLO e DE CRISTOFARO, 2010, par. 14, 285; MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, Giappichelli, 2009, 116.

⁽⁴¹⁾ Si sono espressi per la soluzione estensiva, favorevole ad ammettere l'applicabilità dell'art. 614 *bis* cod. proc. civ. in relazione, tanto agli obblighi di fare infungibili, quanto a quelli di non fare fungibili, argomentando dalla rubrica: AMADEI, *op. cit.*, 343 ss.; BARRECA, *op. cit.*, 506; CHIARLONI, *Le principali novità introdotte nel cod. proc. civ. con la l. n. 69/09, in Aggiornamento alla l. 18 giugno 2009, n. 69*, in *Le recenti riforme del processo civile*, diretto da CHIARLONI, Zanichelli, 2009, 20; DE STEFANO, *op. cit.*, 530; SALETTI, *L'esecuzione processuale indiretta nella riforma del «Codice di procedura civile» italiano dal 2009*, cit., 509; FERRI, *op. cit.*, 356; RICCI, *La riforma del processo civile*, Giappichelli, 2009, 89; ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.* In giurisprudenza, TRIB. VARESE, ord. 16.2.2011, cit. che si limita ad osservare che «per gli obblighi di non fare la tutela è prevista in generale, prescindendo, cioè, dalla infungibilità».

⁽⁴²⁾ SALETTI, in *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, a cura di SALETTI e SASSANI, sub art. 614 *bis*, Utet, 2009, per il quale la soluzione più ampia sarebbe preferibile stante, tra l'altro, la lettera della rubrica che riferisce la qualificazione di infungibilità ai soli obblighi di fare. Va detto, però, che nel testo della disposizione non è riprodotto il riferimento all'infungibilità e che una lunga tradizione di pensiero non assegna all'intitolazione della disposizione contenuto precettivo in ossequio al noto brocardo rubrica *legis non est lex*. Favorevoli a riconoscere alla rubrica valore vincolante, in quanto parte integrante della disposizione normativa, TARRELO, *L'interpretazione della legge*, nel *Trattato Ciccio-Messineo*, I, 2, Giuffrè, 1980, 209 ss.; BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Giuffrè, 1977, 114 ss.

sostanziale). Non trovo, invece, ostacoli per quelli secondari e, cioè, gli obblighi di fare originati dalla violazione di un'obbligazione principale di non fare. È ad esempio il caso dell'obbligo di demolizione (fare ripristinatorio fungibile) che fa seguito alla violazione dell'obbligo di astensione (ovviamente infungibile, perché non può prescindere dal contributo del soggetto che vi è tenuto) ⁽⁴³⁾. In questa ipotesi il creditore può, pertanto, godere di una duplice forma di protezione: indiretta, ex art. 614 bis cod. proc. civ., allo scopo di indurre l'obbligato alla esecuzione della prestazione dovuta, e diretta ex art. 612 cod. proc. civ., a seguito della frustrazione del proprio interesse sostanziale ⁽⁴⁴⁾.

5. PRESUPPOSTI E LIMITI APPLICATIVI DELL'ISTITUTO. Oltre ai limiti applicativi enunciati nei paragrafi precedenti, ve ne sono altri contemplati dalla stessa disposizione codicistica.

In primo luogo l'*astreinte* non può essere inflitta quando ciò appaia «manifestamente iniquo». Con questa *clausola di salvezza* la norma attribuisce al giudice un rilevante potere discrezionale (quasi di arbitrio), consentendogli di operare una valutazione caso per caso. La richiesta di parte verrà disattesa laddove le circostanze emerse sconsiglino l'adozione della misura coattiva, perché *prima facie* ingiusta. Questa evenienza si può verificare quando, anche in presenza di una pretesa assolutamente legittima dell'istante, la condanna al pagamento sia palesemente sproporzionata ⁽⁴⁵⁾ rispetto

al vantaggio che il creditore ne ricaverebbe. In altre parole, il sacrificio del debitore sarebbe notevolmente eccessivo rispetto all'entità e/o alla durata del suo inadempimento.

Un'altra ipotesi ricorre quando è «prevedibile che il destinatario dell'ordine giudiziale (...) non sarà in condizioni di ottemperarvi per causa non imputabile» ⁽⁴⁶⁾. Non vi è, invece, manifesta iniquità nel caso in cui il destinatario versi semplicemente in condizioni di difficoltà o di indigenza, problemi che, a tutto volere, giustificano una pena minore.

Poiché la natura «manifesta» dell'iniquità deve essere immediatamente percepibile, il giudice, qualora rigetti – per questo motivo – la richiesta ex art. 614 bis, è tenuto a fornire un'adeguata motivazione.

La seconda ipotesi di esclusione ricorre in presenza di «controversie di lavoro subordinato pubblico o privato» e dei «rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409» cod. proc. civ. Questa previsione è generale e comprensiva di tutti i diritti ed obblighi derivanti da un rapporto di lavoro, sia per il lavoratore, che per il datore di lavoro.

Non è facile comprendere la *ratio* di questa scelta, soprattutto se si considera che tali prestazioni sono spesso pacificamente infungibili. Parte della dottrina ⁽⁴⁷⁾ ritiene che, in tal modo, il legislatore abbia evitato il rischio di trasformare le misure coercitive in un onere finanziario troppo gravoso a carico dei datori di

⁽⁴³⁾ TRIB. VARESE, ord. 16.02.2011, cit.

⁽⁴⁴⁾ Così ROMITO, *op. cit.*, 2355.

⁽⁴⁵⁾ DE STEFANO, *L'esecuzione indiretta: La coercitoria, via italiana alle «astreintes»*, in *Corr. merito*, 2009, 1183, porta il caso dei diritti personalissimi (attinenti alla libertà o alla personalità dell'obbligato), la cui compressione, in rapporto alla specifica condotta richiesta, oltrepassi una soglia ritenuta adeguata. CHIZZINI, *op. cit.*, 171 fa l'esempio dell'attrice, che non può essere costretta a recitare, neppure con una misura coercitiva. L'*astreinte* appare legittima, invece, se l'attrice presta la propria attività in un altro teatro. Identico è il caso dell'autore che si rifiuta di scrivere un libro, ma, poi, ne pubblica uno analogo presso un altro editore. In questa ipotesi, appare congrua una somma di penalità per ogni copia venduta.

⁽⁴⁶⁾ Così, LOMBARDI, in GIORDANO-LOMBARDI, *Il nuovo processo civile*, cit., 473, che porta ad esempio le manifestazioni di disagio o di renitenza del minore nei confronti del genitore non affidatario, specialmente in occasione delle visite. In tale fattispecie sarebbe manifestamente iniquo accogliere la richiesta di applicazione della misura coercitiva, svolta in un giudizio divorzile, per prevenire comportamenti ostativi, del coniuge affidatario, alla consegna del figlio minore, in sede di esercizio del diritto di visita. SALETTI, *L'esecuzione processuale indiretta*, cit., 513 ravvisa la manifesta iniquità quando la condanna implichi, per essere adempiuta, il fatto del terzo. In questi casi, infatti, l'adempimento sfugge alla volontà dell'obbligato e l'applicazione di una condanna compulsiva, per indurlo ad un adempimento che esula dalla sua diretta sfera di azione, appare ingiusta.

⁽⁴⁷⁾ CARRATTA, *op. cit.*, 101.

lavoro⁽⁴⁸⁾. Diversamente, si sarebbero messe a rischio l'iniziativa economica, la prosecuzione dell'impresa e la sua solvibilità⁽⁴⁹⁾. Altra dottrina richiama la peculiarità della materia, che già gode di un regime speciale⁽⁵⁰⁾, mentre alcuni autori semplicemente rilevano un dubbio di incostituzionalità, per contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost⁽⁵¹⁾.

6. LA NATURA DEL PROVVEDIMENTO. La dottrina si interroga se la natura del provvedimento in esame sia esclusivamente compulsoria o se sia informata, quantomeno in via concorrente, da aspetti indennitari o risarcitori⁽⁵²⁾. Non credo si possa porre in dubbio la sua preminente funzione di mezzo di coazione psicologica, talché il provvedimento viene ricondotto nella più ampia categoria delle pene private⁽⁵³⁾. L'*astreinte* ha lo scopo di costringere il debitore soccombente ad uniformarsi alla decisione del giudice ed eventualmente sanzionarlo in caso di disobbedienza. In altre parole, si tratta di una condanna anticipata al pagamento di una somma di denaro in favore del creditore, che diventa attuale solo con

(48) Ciò sarebbe potuto accadere specialmente nei casi di reintegro del lavoratore nel posto di lavoro o nelle medesime funzioni che svolgeva prima del demansionamento.

(49) LOMBARDI, in GIORDANO-LOMBARDI, *Il nuovo processo civile*, cit., 475.

(50) DE LAURO, *Il nuovo processo di esecuzione*, Experta, 2009, 84. Si ricorda che la materia conosce già delle specifiche misure coercitive, sui cui equilibri non si è voluto intervenire.

(51) BUCCI-SOLDI, *Le nuove riforme del processo civile*, Cedam, 2009, 225 e PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela (trentacinque anni dopo)*, in *Foro it.*, 2010, 258; CARRATTA, *op. cit.*, 101 ss.; secondo RICCI, *La riforma del processo civile*, Giappichelli, 2009, 91 «l'esclusione è ovviamente giustificata dalla presenza delle analoghe misure previste dall'articolo 18, IV comma, legge n. 300 del 1970».

(52) Questa concorrente funzione viene ravvisata da TRIB. CAGLIARI, ord. 19.10.2009, cit., secondo cui l'*astreinte* svolge una secondaria e concorrente finalità di ristoro del danno patito.

(53) M.A. IUORIO, *Il nuovo art. 614 bis cod. proc. civ.: introduzione dell'esecuzione indiretta nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. esec. forz.*, 2009, 417.

l'inadempimento. Diversamente da un'azione risarcitoria, la quantificazione monetaria avviene prima dell'eventuale verificarsi dell'inadempimento e prescinde dalla prova o anche solo dalla rappresentazione di un danno futuro. Anche se tra i parametri di misurazione è incluso il criterio del «danno quantificato o prevedibile», ciò non è sufficiente attribuirle una concorrente funzione indennitaria, perché la somma dovuta ... non è diretta a «scontare» il danno, né è ricompresa nell'importo risarcitorio, confondendosi con esso: si tratta di due importi autonomi e separati, ognuno con la propria causale ed il proprio scopo, per cui il «denaro coercitivo» si somma al «denaro risarcitorio»⁽⁵⁴⁾. Qualora, però, il creditore della prestazione infungibile, rimasta inadempita nonostante la misura *ex art. 614 bis cod. proc. civ.*, promuova una causa per ottenere il risarcimento del danno *prodotto* dopo la condanna, il giudice deve tenere conto del danno *prevedibile*⁽⁵⁵⁾ liquidato con l'*astreinte*.

7. TEMPI E MODI PER LA PROPOSIZIONE DELLA DOMANDA. La condanna alla misura coercitiva è subordinata ad un'indispensabile istanza di parte. Essa non è soggetta a preclusioni processuali⁽⁵⁶⁾ e può essere avanzata in

(54) AMADEI, *op. cit.*, 349, aggiunge che «se la somma dovuta a titolo di misura coercitiva confluisce nell'importo liquidato a titolo di danno, compensandosi parzialmente con esso o «scontandolo», ne verrebbe meno l'efficacia deterrente e coercitiva, si risolverebbe in un contenitore vuoto privo di effettività. In altri termini, se alla fine fosse tutto all'interno del danno da inadempimento, la misura coercitiva disposta dal giudice sarebbe come, in ambito penalistico, una pena non eseguita e dunque svuotata della sua funzione general-preventiva».

(55) Il giudice dovrà evitare un ingiustificato arricchimento del creditore e, nel contempo, che la sanzione si trasformi in *punitive damages*, che invece sono un'integrazione o moltiplicazione del danno. Non ritengo, infine, di condividere la posizione di LOMBARDI, in GIORDANO-LOMBARDI, *Il nuovo processo civile*, cit., 479, secondo cui il giudice dovrebbe scomputare la somma già oggetto di *astreinte* dall'importo del risarcimento del danno.

(56) Così anche CHIZZINI, *op. cit.*, 178 e BOVE, *op. cit.*, 788; BARRECA, *op. cit.*, 507. *Contra* PAGNI, *op. cit.*, 1318; ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*,

qualsiasi stato⁽⁵⁷⁾ e grado⁽⁵⁸⁾ del procedimento⁽⁵⁹⁾. Depongono in tal senso la natura meramente accessoria dello strumento rispetto alla pronuncia di condanna principale (non si tratta, quindi, di una domanda in senso proprio ma della mera richiesta di un provvedimento di rito), il fatto che l'istanza lasci inalterato l'oggetto sostanziale della lite (il merito) e che il *quantum* della sanzione non muti il valore della condanna⁽⁶⁰⁾.

Il giudice determina la misura con la più am-

205; AMADEI, *op. cit.*, 348; SALETTI, *L'esecuzione processuale indiretta*, cit., 512 che equiparano l'istanza ad una qualsiasi domanda merito e, quindi, sostengono che tale istanza vada formulata nell'atto introduttivo del giudizio o anche nella comparsa di risposta, qualora acceda ad una riconvenzionale proposta dal convenuto. Assimilabile a questa dottrina, la posizione di MERLIN, *op. cit.*, 1546 ss., spec. 1549, la quale, pur negando di essere di fronte ad una vera e propria domanda, afferma tuttavia che l'istanza in parola è al più assimilabile ad una modifica della domanda di base, ammissibile nei limiti temporali di cui all'art. 183, commi 5° e 6°, n. 1, cod. proc. civ.

(57) Sino all'udienza di precisazione delle conclusioni. Cfr. Protocollo 30 giugno 2010 «Valore Prassi», cit. *Contra* TRIB. MODENA, 7.3.2011, cit., che, in motivazione, qualifica tale istanza come domanda nuova.

(58) L'istanza, quindi, può essere proposta per la prima volta in appello ed anche in Cassazione, nell'eventualità che la sentenza decida nel merito ai sensi dell'art. 384, comma 2°, ult. inc., cod. proc. civ. *Contra* VULLO, *op. cit.*, 599, CHIZZINI, *op. cit.*, 178; ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, 205 che ne ammettono la concedibilità solo quando la richiesta sia stata rigettata dal giudice di primo grado e sia stata riproposta sotto forma di impugnazione.

(59) Così anche LOMBARDI, in GIORDANO-LOMBARDI, *Il nuovo processo civile*, cit., 471, il quale ritiene che tale soluzione sia preferibile perché maggiormente conforme alla tradizione dell'istituto e richiama, per analogia, la giurisprudenza in tema di risarcimento del danno da lite temeraria *ex art.* 96 cod. proc. civ.

(60) Ciò vale, ad esempio, ai fini della competenza, della liquidazione delle spese di lite, della registrazione del provvedimento e del versamento del contributo unificato per impugnarlo. In applicazione di questo principio, il giudice di pace potrà determinare la sanzione esecutiva anche in misura eccedente la sua competenza per valore (LUISO, *op. cit.*, 132).

pia discrezionalità sia sull'*an* che sul *quantum*, senza dar corso ad un sub-procedimento istruttorio per accertare gli indici che concorrono alla quantificazione della somma, ma semplicemente attenendosi agli elementi già presenti agli atti del giudizio. Le parti interessate possano allegare la documentazione più opportuna per provare che, nella fattispecie, ricorrono uno o più criteri indicati nel 2° comma, anche al di fuori dei termini istruttori di decadenza ed in qualsiasi momento anteriore alla decisione. Va, ovviamente, rispettato il principio del contraddittorio con le altre parti.

L'*astreinte* può essere richiesta per la prima volta anche in appello, quando l'interessato, che aveva fatto affidamento sullo spontaneo adempimento del suo avversario, non viene soddisfatto⁽⁶¹⁾.

È, inoltre possibile cumulare la richiesta di condanna all'esatto adempimento assistita dalla sanzione pecuniaria coercitiva con la domanda di risarcimento dei danni subiti per effetto dell'inadempimento già verificatosi (il cd. danno patito)⁽⁶²⁾. Non vi è, invece, la possibilità di cumulo con il risarcimento del danno per le violazioni future (i cd. danni *patendi*)⁽⁶³⁾ che, in caso di inadempimento, potranno solo essere chiesti in un separato giudizio.

8. I CRITERI DI DETERMINAZIONE DELLA MISURA. L'art. 614 *bis* cod. proc. civ. non indica l'entità minima e massima della sanzione irrogabile, né il suo beneficiario, ma è pacifico che il pagamento vada effettuato a favore del creditore, avente diritto alla prestazione principale. I criteri per quantificare la misura sono elencati al secondo comma e appaiono alquanto generici. In particolare, il giudice, al quale è accordata un'amplissima discrezionalità, si deve attenere a: «valore della controversia, natura della prestazione, danno quantificato o preve-

(61) *Contra* CHIZZINI, *op. cit.*, 178, il quale ritiene che l'istanza possa essere fatta solo in primo grado.

(62) Protocollo 30.6.2010 «Valore Prassi», cit.

(63) MERLIN, *op. cit.*, 1554, ammette il cumulo solo ove la domanda di risarcimento per equivalente venga proposta in via subordinata rispetto alla richiesta di misure coercitive, nell'ipotesi che il giudice ritenga manifestamente iniqua la loro inflizione o, comunque, insussistenti i presupposti di applicabilità.

dibile ed ogni altra circostanza utile». La funzione svolta da alcune di queste voci è di facile comprensione. Ad esempio, il criterio *natura della prestazione* serve ad attenuare la misura se l'obbligazione ha un carattere maggiormente personale per il debitore rispetto al creditore o ad incrementarla nell'ipotesi contraria. Il riferimento ad altri indici non è altrettanto chiaro. Abbiamo già sottolineato come il *danno quantificato o prevedibile* sembri conferire al provvedimento una funzione risarcitoria piuttosto che sanzionatoria. Parte della dottrina⁽⁶⁴⁾ ritiene, infatti, che il richiamo a questo parametro sia incoerente con la natura coercitiva dell'*astreinte*; obietta, inoltre, che, in assenza di precise indicazioni e di una «cornice editale», ogni quantificazione del danno o valutazione della sua prevedibilità sia arbitraria; definisce, infine, assolutamente evanescenti le *altre circostanze utili a cui far riferimento*⁽⁶⁵⁾.

Queste critiche vanno condivise solo parzialmente. La voce *danno* non serve, infatti, a conferire alla tutela una prospettiva risarcitoria, ma è un elemento utile per stabilire in concreto l'importanza dell'adempimento e per graduare meglio la forza persuasiva della condanna accessoria. Tutti i parametri indicati dal legislatore assolvono alla comune funzione di valorizzare la particolarità del caso concreto, così che il

contenuto patrimoniale dell'*astreinte* possa garantire al creditore le più ampie possibilità di soddisfazione.

I criteri *valore della controversia, danno quantificato o prevedibile* operano, inoltre, come indiretto strumento per limitare il potere giudiziale nel determinare il *quantum*. Si vuole, dunque, evitare che, al fine di prevenire l'eventuale ripetersi della condotta considerata socialmente dannosa, si adotti un sistema di liquidazione sproporzionato rispetto all'effettivo danno che potrebbe subire la vittima (c.d. danno punitivo)⁽⁶⁶⁾, la quale così godrebbe di un ingiustificato arricchimento.

L'adozione di specifici criteri fa, inoltre, emergere la chiara volontà di onerare la parte istante ad offrire elementi probatori⁽⁶⁷⁾ utili alla determinazione del *quantum*. Nel contempo, vincola il giudice ad adeguatamente motivare⁽⁶⁸⁾ il provvedimento sia nell'*an* che nell'*ammontare*.

Sotto il profilo strutturale la misura può essere variamente modellata. Essa può consistere nella fissazione di una determinata somma per ogni giorno (settimana/mese) di ritardo nell'adempimento. L'importo potrà essere progressivamente crescente, sia in relazione al perdurare dell'inadempimento che al numero di violazioni reiterate. Nulla impedisce al giudice di fissare un'unica somma forfetariamente de-

⁽⁶⁴⁾ M.A. IUORIO, *op. cit.*, 424.

⁽⁶⁵⁾ La giurisprudenza ha ricondotto in quest'ultima categoria (una sorta di *clausola di chiusura*) tutti gli altri parametri non espressamente considerati, quali: «*le condizioni soggettive del debitore*», «*il contegno processuale delle parti*», «*il tipo di violazione posta in essere*», le «*condizioni personali e patrimoniali delle parti*» ... Secondo GODIO, *L'astreinte e la giurisprudenza di merito*, cit., la condizione economica del debitore può fornire un utile parametro affinché la misura risulti davvero compulsiva. Ed anzi, questo criterio dovrebbe prevalere sugli altri, sia nel senso di portare a ridurre l'importo della sanzione – rispetto ad un eventuale elevato importo della controversia o del danno patito dal creditore – ove risultino le precarie condizioni economiche del debitore; sia, all'opposto, nel senso di comminare una misura di valore anche molto importante, indipendentemente dagli altri indici, se l'atteggiamento del debitore e le sue condizioni economiche portino a ritenere necessaria, in vista della tutela del creditore, una seria minaccia patrimoniale.

⁽⁶⁶⁾ Così, VENTURA, in *L'esecuzione forzata riformata*, a cura di MICCOLIS e PERAGO, Giappichelli, 2009, 471.

⁽⁶⁷⁾ Secondo il Protocollo 30.6.2010 «Valore Prassi», cit., è necessario che la parte che richiede la condanna alla sanzione pecuniaria allegghi e dimostri, anche solo in via presuntiva, gli elementi utili alla sua quantificazione. A tal fine può assumere rilievo anche il contegno processuale tenuto dalla parte, sia prima che nel corso del giudizio diretto all'accertamento del suo obbligo di *facere* o di *non facere*, qualora sia indice della sua intenzione di non adempiere alla condanna di merito che sarà resa.

⁽⁶⁸⁾ Secondo il Protocollo 30.6.2010 «Valore Prassi», cit., è opportuno che il giudice nel provvedimento di condanna indichi nel dettaglio il criterio di determinazione della sanzione seguito, anche in relazione al comportamento futuro del debitore. Ad esempio è opportuno che il giudice precisi quali siano le conseguenze di un adempimento solo parziale della prestazione.

terminata, qualora il creditore a seguito del primo inadempimento/ritardato adempimento perda interesse alla prestazione.

Nel caso di obbligazioni di *non facere* la sanzione è collegata ad ogni episodio di violazione dell'obbligo di astensione. Così, ad esempio, se il vicino è condannato a non suonare la tromba dalle ore 23 alle ore 8, il giudice deve prevedere il pagamento di una somma per ogni violazione del proprio ordine⁽⁶⁹⁾.

Quanto alla decorrenza della misura, essa deve essere determinata in modo da lasciare al debitore un congruo e ragionevole termine per adempiere spontaneamente all'obbligazione principale⁽⁷⁰⁾.

9. L'ESECUZIONE. La statuizione con la quale il giudice dispone una sanzione per la possibile inosservanza dell'obbligo di fare infungibile/non fare è titolo esecutivo⁽⁷¹⁾. Il creditore non è, pertanto, tenuto a promuovere un autonomo giudizio di cognizione per l'accertamento della violazione, perché la sentenza lo abilita già alla riscossione delle somme liquidate per ogni inadempimento successivo alla pronuncia.

Si tratta, dunque, di una condanna condizionale⁽⁷²⁾, dall'oggetto indeterminato, che la

⁽⁶⁹⁾ L'esempio è tratto da LUISO, *op. cit.*, 237.

⁽⁷⁰⁾ Per un'applicazione, v. TRIB. TERNI, 6.8.2009, cit., secondo cui la misura coercitiva si applica trascorso un termine ragionevole concesso al debitore (21 giorni) per adempiere l'obbligo e decorrente dalla notifica della sentenza o del provvedimento.

⁽⁷¹⁾ Cfr. TRIB. MILANO, sez. spec. proprietà industriale e intellettuale, 9.6.2011, ined. La previsione dell'efficacia esecutiva, ultronea laddove la misura coercitiva venga associata alla pronuncia di un provvedimento già dotato di tale efficacia, secondo parte della dottrina, assume particolare rilevanza ove detta misura sia accessoria ad un provvedimento d'urgenza, cautelare o di condanna non autonomamente dotato di efficacia esecutiva, con la conseguenza che, nel caso di provvedimento cautelare, la misura coercitiva potrebbe essere portata ad esecuzione forzata con modalità e avanti un giudice diversi da quelli previsti per l'*attuazione ex art. 669 duodecies* cod. proc. civ. (CARRATTA, *op. cit.*, 99).

⁽⁷²⁾ Non si tratta di una condanna in futuro come sostenuto da SASSANI, *A.D. 2009: ennesima riforma al salvataggio del rito civile. Quadro sommario delle*

parte vittoriosa può porre in esecuzione in qualunque momento, semplicemente assumendo l'intervenuta violazione dell'obbligo assistito dalla misura coercitiva e procedendo ad un'autoliquidazione dell'importo che ritenga le sia dovuto sulla base dei criteri di quantificazione individuati dal giudice⁽⁷³⁾.

Il provvedimento, in difetto di contestazioni, viene eseguito senza un preventivo vaglio giurisdizionale e senza fornire alcuna prova, neppure in forma documentale⁽⁷⁴⁾.

Il meccanismo concepito nell'art. 614 *bis* prevede che il debitore, ricevuto il (titolo esecutivo ed il) precetto per il pagamento della somma a titolo di misura coercitiva⁽⁷⁵⁾, possa sempre, con il rimedio dell'opposizione all'esecuzione *ex art. 615* cod. proc. civ.: 1) contestare il proprio inadempimento/ritardato adempimento⁽⁷⁶⁾ o addurre fatti estintivi o modificativi del diritto alla sanzione pecuniaria; 2) sostenere che esso dipende da causa a lui non imputabile; 3) chiedere la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo. Con il rimedio di cui all'art. 617 cod. proc. civ., potrà, invece, conte-

*novità riguardanti il processo di cognizione, in www.judicium.it. e CARRATTA, *op. cit.*, 99.*

⁽⁷³⁾ L'esistenza in concreto dei presupposti di effettiva operatività dell'*astrante* e la sua concreta monetizzazione sono rimesse al creditore vittorioso (TRIB. MILANO, sez. spec. proprietà industriale e intellettuale, 9.6.2011, cit.).

⁽⁷⁴⁾ La fattispecie non è dissimile dalla quantificazione degli interessi e della rivalutazione monetaria o dalla autoliquidazione di spese, competenze ed onorari, nel precetto: l'intimato può, comunque, opporsi con gli strumenti di cui agli artt. 615 cod. proc. civ. ss.

⁽⁷⁵⁾ MERLIN, *op. cit.*, 1550, correttamente precisa che il precetto deve contenere a pena di nullità *affermazioni precise e puntuali* tanto nella determinazione del *quantum* che nell'indicazione dei criteri di calcolo, «soprattutto se si tratta di obbligo di non fare per il quale occorre allegare specifici episodi di violazione (per gli obblighi di fare dovrebbe bastare una chiara affermazione dell'attuale mancanza dell'adempimento oppure dell'avvenuta esecuzione solo parziale o tardiva)».

⁽⁷⁶⁾ Spesso si pongono problemi di idoneità di un adempimento parziale a paralizzare l'operare in concreto dell'*astreinte*, soprattutto nel caso di prestazioni complesse.

stare che la quantificazione dell'importo non rispetta i parametri stabiliti dal giudice di cognizione⁽⁷⁷⁾.

Alquanto problematica è l'individuazione del soggetto su cui grava l'onere della prova in sede di opposizione all'esecuzione. Per offrire una soluzione al quesito, bisogna considerare che il creditore procede ad esecuzione sulla base di una mera asserzione di inadempimento e che sembra ragionevole fare applicazione del principio *negativa non sunt provanda*⁽⁷⁸⁾. Ed, allora, bisogna distinguere a seconda che ricorra un *facere* infungibile o un non fare. Nel primo caso è sufficiente che il creditore affermi il suo diritto al fare; l'obbligato, per poter sfuggire alla misura coercitiva, deve, invece, provare di aver adempiuto senza ritardo.

Nel secondo caso, invece, il creditore, nel giudizio di opposizione dovrà anche dimostrare se e quante volte l'obbligato non ha osservato l'obbligo di astensione. Anche in questa ipotesi l'esecuzione viene introdotta in forza della sola affermazione dell'avente diritto, ma il creditore, ove la controparte faccia opposizione all'esecuzione, deve accollarsi la prova di ciò che ha asserito nel precetto.

10. L'IMPUGNAZIONE. La pronuncia giudiziale che concede/rigetta l'istanza proposta ai sensi dell'art. 614 *bis* cod. proc. civ. può essere impugnata nelle forme ordinarie. In particolare, il provvedimento può essere immediatamente ed autonomamente appellato senza che sia necessario gravare anche la condanna principale a cui essa accede. Il sindacato può riguardare sia l'ammissibilità della sua concessione⁽⁷⁹⁾ che la quantificazione compiuta.

⁽⁷⁷⁾ Secondo CARRATA, *op. cit.*, 99, il ricorso all'art. 615 cod. proc. civ. sarebbe possibile anche per contestare nel merito la valutazione compiuta dal giudice circa la sussistenza dei presupposti per pronunciare la misura coercitiva, quando questa sia connessa ad un provvedimento di condanna non suscettibile di essere sottoposto a rimedi di tipo impugnatorio.

⁽⁷⁸⁾ Così BOVE, *op. cit.*, 792.

⁽⁷⁹⁾ Nel caso di rigetto vanno ribaditi i presupposti di concessione della misura (infungibilità dell'obbligazione principale, controversia che non rientra tra quelle di lavoro, non manifesta iniquità della condanna).

L'impugnazione contro la domanda principale si estende automaticamente all'*astreinte*, anche se non sono stati articolati motivi specifici avverso il capo accessorio.

La statuizione compulsoria, se contenuta nella sentenza di primo grado, può essere sospesa, da parte del giudice d'appello *ex art.* 283 cod. proc. civ. Se, poi, nonostante la disposta sospensione, l'*astreinte* venisse confermata, l'obbligo di pagamento della somma diverrà attuale dal momento del deposito della sentenza di appello. Qualora, invece, la sospensione non sia accordata e la sentenza di primo grado venga riformata quanto alla statuizione *ex art.* 614 *bis* cod. proc. civ., il convenuto dovrà restituire le somme ingiustamente pagate⁽⁸⁰⁾.

Ove si ammetta la possibilità (nel testo negativa), di concedere la misura in sede cautelare, l'impugnativa avverso la condanna, va proposta anche in via autonoma con reclamo *ex art.* 669 *terdecies* cod. proc. civ. In tale ottica, è possibile chiedere, al giudice che lo ha adottato, la revoca o la modifica del provvedimento alle condizioni di cui all'art. 669 *decies* cod. proc. civ.⁽⁸¹⁾.

11. VINCOLATIVITÀ DELLA PRONUNCIA DELLA MISURA TRA COGNIZIONE ED ESECUZIONE. Altra questione riguarda i rapporti tra il giudice della cognizione e quello dell'esecuzione. Come abbiamo avuto modo di esaminare, il giudice della cognizione ha in via esclusiva il potere di rafforzare la condanna principale con la misura coercitiva. Poiché la pronuncia accessoria presuppone che si controverta di ob-

⁽⁸⁰⁾ Non condivido, pertanto l'opinione di CONSOLO, *op. cit.*, 742, secondo la quale, attesa la peculiare natura «compulsoria», il soggetto condannato sarebbe tenuto al «pagamento della penalità di mora pure ove il suo appello venisse infine accolto e la sentenza di primo grado riformata». Come affermato da SALETTI, *L'esecuzione processuale indiretta*, cit., 518, «non si può pretendere l'adempimento rispetto ad una condanna che risulti, poi, infondata. Manca correlativamente il titolo per trattenere quanto percepito in forza della decisione riformata». *Idem*, FERRI, *op. cit.*, 359.

⁽⁸¹⁾ Così il Protocollo 30.6.2010 «Valore Prassi», cit.

blighe infungibili, il giudice rigetta la richiesta ove non ravvisi tale carattere.

La dottrina si è chiesta se tale «opinione» sia o meno vincolante e come possa essere contestata o superata; in altri termini i primi commentatori si sono domandati chi stabilisca in via definitiva se tali obblighi «*meritino*» la misura coercitiva ovvero siano tali da poter essere attuati ai sensi degli artt. 612 ss. cod. proc. civ. e, più in generale, se si formi un accertamento vincolante in ordine alla pena pecuniaria.

A mio parere, non è possibile sindacare in sede esecutiva i presupposti in base ai quali il giudice della cognizione ha concesso/rigettato la misura o quantificato il suo ammontare.

Tali censure sono riservate all'impugnazione avanti il giudice superiore di cognizione. Credo, quindi, che il giudice dell'esecuzione non possa disattendere l'accertamento compiuto nel titolo esecutivo, talché la condanna sarà eseguibile con espropriazione forzata anche se concessa per garantire l'esecuzione di una prestazione che non l'avrebbe consentita⁽⁸²⁾. Ricordo, infatti, che l'opposizione all'esecuzione è esperibile solo per far valere una contestazione relativa ad eventi successivi alla pronuncia della misura, quali l'effettività dell'inadempimento o la liquidazione effettuata dalla parte in ordine al *quantum* dovuto.

Parimenti, se il giudice della cognizione ha disposto la misura coercitiva, ritenendo (errorneamente) infungibile l'obbligazione in gioco, è escluso che l'interessato tenti ugualmente la via dell'esecuzione ai sensi degli artt. 612 ss. cod. proc. civ.⁽⁸³⁾. Vi è, infine, l'ipotesi in cui

il giudice abbia negato la misura, ritenendo fungibile l'obbligo. Il creditore, che si rivolge al giudice dell'esecuzione, perché, ai sensi dell'art. 612 cod. proc. civ., determini le modalità dell'esecuzione, può sempre trovarsi di fronte ad un suo rifiuto, qualora quest'ultimo ritenga che l'obbligazione sia infungibile e, quindi, insuscettibile di attuazione forzata⁽⁸⁴⁾.

12. CONCORSO CON L'ESECUZIONE DIRETTA. Secondo l'opinione da preferire, la norma consente di concedere la misura coercitiva anche se è inadempito un obbligo di non fare con caratteri di fungibilità (obbligo di astenersi, che se violato, determina un obbligo secondario di disfare). La condanna alla misura coercitiva sarà, in primo luogo, diretta ad ottenere l'adempimento spontaneo tramite la minaccia della sanzione pecuniaria. In caso di violazione dell'ordine del giudice, il creditore potrà, poi, scegliere se promuovere l'esecuzione indiretta per il pagamento della pena privata, ovvero ricorrere all'attuazione coattiva dell'obbligo di disfare conseguente alla violazione dell'obbligo di astensione, seguendo il procedimento di cui agli artt. 612 ss. cod. proc. civ. Potrà, infine, avvalersi di entrambe le forme di tutela. Anche in questo caso, non vedo ostacoli alla possibilità di cumulo tra l'*astreinte* e la condanna al risarcimento del danno patito per le violazioni già compiute.

⁽⁸²⁾ In un eventuale giudizio di opposizione all'esecuzione, la misura non potrà essere messa nuovamente in discussione in ragione della natura della prestazione da eseguire (fare fungibile, obblighi di diversa natura, compresi quelli di consegna e rilascio ovvero non manifesta iniquità, ecc.) o della sua riferibilità a fattispecie eccettuate dalla norma.

⁽⁸³⁾ Conforme CHIZZINI, *op. cit.*, 180; *contra* BOVE, *op. cit.*, 793, secondo cui «non si può pensare che» l'interessato, «avendo fatto la richiesta di cui all'art. 614-bis cod. proc. civ., abbia con ciò rinunciato all'azione esecutiva. Né si può ritenere che il giudice dell'esecuzione, investito della richiesta di cui all'art. 612 cod. proc. civ., debba senz'altro ri-

gettarla affermando l'infungibilità dell'obbligo in ossequio alla pronuncia del giudice della cognizione».

⁽⁸⁴⁾ Conformi CHIZZINI, *op. cit.*, 180; *contra* BOVE, *op. cit.*, 793 e LUISSO, *op. cit.*