



Bruno Capponi

Ancora su *astreinte* e condanna civile

Sommario: 1.- L'*astreinte* quale titolo condannatorio. 2.- Condanna quale presupposto dell'*astreinte*. 3.- Il caso dell'art. 639 c.p.c. quale esempio di condanna incoercibile alla consegna forzata. 4.- La «manifesta iniquità» quale elemento di esclusione della tutela compulsoria. 5.- Una breve riflessione conclusiva.

1.- Un recente provvedimento del Tribunale di Roma<sup>1</sup> ripropone un problema già emerso nella legislazione speciale (CPI)<sup>2</sup> che, ignorato dal legislatore del 2009 come da quello del 2015<sup>3</sup>, gli interpreti potrebbero tuttavia agevolmente risolvere: avviene per altri casi<sup>4</sup> di condanna in futuro<sup>5</sup> che il titolo esecutivo (qual è certamente l'*astreinte*) debba essere integrato, per specificarne il requisito di liquidità, con elementi che il titolo prefigura (rendendoli «certi»), ma non può dettagliare. Mentre nel caso dei crediti di mantenimento si ammette che il precetto possa assolvere a una (inedita) funzione schiettamente probatoria («allegazione e documentazione» degli esborsi sostenuti dal genitore affidatario), nel caso dell'*astreinte* soluzione tecnica obbligata è quella dell'autoliquidazione da parte del precettante, con l'onere per il debitore di opporsi all'esecuzione per contestare l'esistenza o il numero delle violazioni oggetto dell'autoliquidazione. È questa la sola soluzione possibile, ove non si voglia abrogare in via interpretativa l'inequivoca previsione del comma 1 dell'art. 614 *bis* c.p.c., secondo cui l'*astreinte* «costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza».

<sup>1</sup> Ord. 2 febbraio 2017, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it) dal 2 maggio 2017, con nota contraria di U. COREA, *Disorientamenti in materia di esecuzione*  
<sup>2</sup> V., ad es., Trib. Bologna, ord. 13 luglio 2007, in *REF*, 2007, 729, con nota di P. PUCCIARIELLO, *Astreinte brevettuale: occasioni perdute, presenti (e future) del legislatore processuale italiano*. V. anche App. Milano, 10 febbraio 2004, *ivi*, 2004, 773, con nostra nota *Ma l'astreinte in materia brevettuale è titolo esecutivo?*

<sup>3</sup> Cfr. S. VINCRE, *Le misure coercitive ex art. 614 bis c.p.c. dopo la riforma del 2015*, in *RDPRr*, 2017, 368 ss.; v. anche G. VALLONE, *Le misure coercitive prima e dopo la riforma dell'art. 614-bis c.p.c. (legge 6 agosto 2015, n. 132 di conversione del d.l. 27 giugno 2015, n. 83)*, in *REF*, 2016, 34 ss.; I. GAMBOLI, *Le misure di coercizione indiretta ex art. 614 bis c.p.c.*, in *GI*, 2016, 1283 ss.

<sup>4</sup> Un caso sistematicamente riemergente è quello dei crediti di mantenimento specie con riguardo ai figli minori, allorché il titolo stabilisca una certa misura di ripartizione, senza tuttavia poter prevedere nel dettaglio l'oggetto e la quantità degli esborsi futuri (per l'istruzione, per spese mediche etc.). Sulla questione si sono formati nel tempo due diversi orientamenti giurisprudenziali: uno «rigoroso», secondo cui il verbale di separazione non può costituire titolo esecutivo per il pagamento degli oneri di mantenimento della prole successivamente maturati, se questi non siano stati accertati e quantificati con altro titolo giudiziale; e un secondo orientamento «liberale», secondo cui il verbale può sempre costituire valido titolo esecutivo purché il precettante produca, ai fini esecutivi, la documentazione giustificativa degli esborsi sostenuti. La Corte di cassazione, opportunamente, ha stabilito che il provvedimento col quale, in sede di separazione, si stabilisce che il genitore non affidatario paghi *pro quota* le spese ordinarie per il mantenimento dei figli costituisce idoneo titolo esecutivo e non richiede un ulteriore intervento del giudice in sede di cognizione: ma ciò soltanto a condizione che il genitore creditore «possa allegare e documentare l'effettiva sopravvenienza degli esborsi indicati nel titolo e la relativa entità» (Sez. III, Sent. n. 11316 del 23 maggio 2011). Tali «allegazione e documentazione» vanno compiuti nell'atto di precetto (che così risponde alla sua finalità di precisare la domanda esecutiva attualizzandola sulla base dei criteri contenuti nel titolo esecutivo), non già nel successivo, e soltanto eventuale, giudizio di opposizione all'esecuzione: e ciò per l'ovvia considerazione che il debitore deve esser messo in condizioni di verificare, senza dover svolgere un'opposizione di merito, la correttezza delle somme indicate nell'atto di precetto (v., ad es., Sez. III, Sent. n. 21241 del 20 ottobre 2016).

<sup>5</sup> Secondo G. MONTELEONE, *Misure coercitive ed esecuzione forzata: attualità del pensiero di S. Satta. Commento teorico-pratico al nuovo Titolo IV-bis ed all'art. 614-bis c.p.c.*, in *REF*, 2016, 543 ss., in contrasto con l'opinione corrente non saremmo in presenza di una condanna in futuro («perché manca la determinazione dell'oggetto della prestazione») ma piuttosto di una condanna generica che tuttavia, come avviene per la condanna in futuro, si integra col precetto (autoliquidazione): «la quantificazione contenuta nel precetto darà prevedibilmente adito a contestazioni da parte dell'obbligato, da proporsi nella forma di opposizione all'esecuzione» (p. 554).



Secondo il Tribunale di Roma, invece, l'*astreinte* è titolo per ottenere da un giudice della cognizione un provvedimento condannatorio (verosimilmente in via monitoria: ma anche qui col problema della prova delle violazioni o inosservanze), quantunque l'*astreinte* stessa venga giudicata titolo esecutivo «valido ed efficace»; sarebbe allora «il precetto che non appare sorretto dal requisito della liquidità del titolo sotto il profilo dell'accertamento del se ricorrano le violazioni». Ragionamento apertamente contraddittorio e istituzionalmente accidentato (la liquidità è requisito del diritto, non del titolo e men che mai del precetto), ma che testimonia del fatto che la domanda esecutiva è nel caso data, appunto, dalla combinazione tra titolo esecutivo e precetto: non certo nel senso che il secondo dovrà integrare (o autonomamente presentare) i requisiti di cui all'art. 474, comma 1, c.p.c., bensì nel diverso significato per cui è il precetto che, sulla base del titolo esecutivo (che come sempre individua diritti “certi” e “liquidi” anche coi criteri per la relativa specificazione), dovrà quantificare la domanda esecutiva sulla scorta degli elementi obiettivi risultanti dal titolo. Non è peraltro questo il solo caso in cui la giurisprudenza “creativa” tende a confondere i requisiti del precetto con quelli del titolo esecutivo: basti pensare che, dopo la riforma del comma 1 dell'art. 615 c.p.c. (legge n. 80/2005), è prassi piuttosto diffusa quella di riferire la sospensione dell'efficacia esecutiva al precetto e non al titolo impugnato<sup>6</sup>, con la conseguenza di introdurre nel sistema, già di incertissima tenuta<sup>7</sup>, un istituto giuridico inesistente.

Il discorso a farsi per l'*astreinte* non costituisce una novità assoluta. La combinazione tra titolo e precetto per l'esercizio dell'azione esecutiva ha luogo in tanti altri casi: se il titolo legittima l'esecuzione per 100, il precetto può intimare il pagamento per 50<sup>8</sup>; nell'esecuzione *ex art. 2929 bis c.c.*, è dal precetto, e non certo dal titolo, che risulterà la legittimazione ad agire *in executivis* e il richiamo delle condizioni oggettive di accesso alla tutela speciale.<sup>9</sup>

Nel nostro caso (*astreinte* “secca”), si tratta di regolare il passaggio dalla minaccia alla sanzione, immanente nell'*astreinte* che è forma di tutela articolata in due stadi (molti parlano di condanna *condizionale*); un passaggio già interamente prefigurato nel titolo, ma che di volta in volta va specificato, anche *ad tempus*, in relazione agli eventi successivi alla sua formazione.

Il sistema francese, assai più sperimentato del nostro<sup>10</sup>, ha risolto il problema diversamente, sulla base della contrapposizione tra *astreinte* provvisoria (minaccia) e definitiva (sanzione), assegnando al giudice dell'esecuzione il compito della liquidazione o quantificazione. Forse sarebbe stato opportuno recepire tale

<sup>6</sup> V., ad es., T. Vicenza, 5 aprile 2010, in *REF*, 2010, 715 ss., con note contrarie di vari autori accomunate sotto il titolo *Opposizione a precetto e sospensione*.

<sup>7</sup> Ci permettiamo un riferimento a *Misure interinali contro l'esecuzione forzata*, in *RTDPC*, 2015, 611 ss., ora in *Questioni attuali sull'esecuzione civile*, Napoli, 2017, 255 ss.

<sup>8</sup> Salvo ritenere questa pratica scorretta: in tempi meno recenti la valutazione avrebbe potuto coinvolgere la “giustizia” dell'esecuzione e i criteri di proporzionalità e adeguatezza (G. Tarzia, *Il giusto processo di esecuzione*, in *RDPRr*, 2002, 329 ss.) quali garanzie di non vessatorietà e non “abusività”; ora sta maturando una giurisprudenza che tende a trasferire nell'esecuzione il principio di non frammentazione: cfr. Cass., Sez. III, 3 marzo 2015, n. 4228, secondo cui *Non è consentito al creditore di una determinata somma di denaro, dovuta in forza di un unico rapporto obbligatorio, di frazionare il credito in plurime richieste giudiziali di adempimento, contestuali o scaglionate nel tempo; tale regola è giustificata con il richiamo a due principi: a) la regola di correttezza e buona fede viene violata quando il creditore aggravi ingiustificatamente la posizione del debitore; b) la garanzia del processo giusto e la durata ragionevole di cui al novellato art. 111 Cost.; Cass., SS.UU., 17 gennaio 2017, n. 961, secondo cui *È comportamento sanzionabile ai sensi dell'art. 49 del codice deontologico l'avvalersi, da parte dell'avvocato, di plurimi atti di intervento, sebbene alla stessa udienza a verbale e ciascuno in base ad un distinto titolo esecutivo giudiziale, che ben avrebbero potuto (e quindi dovuto), per ciascun creditore, essere compendiate in un unico atto e con un'unica liquidazione dei compensi, senza aggravare ingiustificatamente la posizione della P.A. debitrice*. Cfr. in dottrina, criticamente, C. ASPRELLA, *Frazionamento del credito, abuso del processo e interesse a proporre l'azione esecutiva*, in *REF*, 2015, 457 ss.; EAD., *Il frazionamento dei diritti connessi nei rapporti di durata e nel processo esecutivo*, in *CG*, 2017, 980 ss.*

<sup>9</sup> Ci permettiamo di rinviare, anche per riferimenti, a *Note sull'art. 2929 bis c.c. (la tecnica del bypass applicata all'esecuzione forzata)*, in *Questioni attuali*, cit., 39 ss.

<sup>10</sup> E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea*, in *RDPRr*, 2004, 727 ss.; G. TARZIA, *Dieci anni di applicazione dell'astreinte in Belgio*, ivi, 1991, 276 ss.; M. TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, in *RTDPC*, 1988, 142 ss.; R. PERROT, *La coercizione per dissuasione nel diritto francese*, in *RDPR*, 1996, 658 ss.



modello, alla luce della non positiva esperienza fatta in materia di brevetti e invenzioni industriali (artt. 124 e 131 CPI). Il modello francese è infatti solo apparentemente più macchinoso; ed è, peraltro, anche specchio d'una realtà sociale – senz'altro diversa da quella riscontrabile in Italia – nella quale ben difficilmente il soggetto colpito dall'*astreinte* omette di adeguarsi al *dictum* del giudice (e, così, la fase liquidativa è in quel sistema davvero eventuale: basta la minaccia, e non serve la sanzione).

Da noi le cose stanno diversamente; e provvedimenti che in presenza di un titolo espressamente qualificato *esecutivo* impongono il ricorso al giudice della cognizione per la formazione del titolo esecutivo (un titolo per dir così “al quadrato”) testimoniano dell'atteggiamento di sospetto che la nostra cultura giuridica mantiene, nonostante tutto, nei confronti di un istituto che tarda a radicarsi anche per le molte incertezze e insipienze di cui il primo responsabile è proprio il nostro legislatore<sup>11</sup>; che peraltro, tra le molte carenze, ha se non altro avuto il merito di riconoscere all'*astreinte*, a ben chiare lettere, la qualità di titolo esecutivo.

2.- L'introduzione nel nostro sistema dell'art. 614 *bis* c.p.c. ha presentato aspetti curiosi.<sup>12</sup>

Secondo il legislatore del 2009, l'*astreinte* poteva darsi soltanto ove non fosse stata possibile l'esecuzione diretta (il requisito dell'infungibilità veniva però esplicitato soltanto dalla rubrica, ambigualmente dedicata all'*Attuazione degli obblighi di fare infungibili e di non fare*)<sup>13</sup>; ciò determinava un piccolo cortocircuito logico perché, secondo la concezione tradizionale, un ordine non coercibile non avrebbe potuto fondare un titolo esecutivo, venendo meno il requisito di necessaria correlazione tra condanna ed eseguibilità forzata.<sup>14</sup> Nella concezione del legislatore del 2009, operava un doppio limite:

a) in primo luogo, laddove fosse possibile l'esecuzione forzata ordinaria, anche degli obblighi di fare o non fare (e disfare), risultava inibito l'accesso al provvedimento condannatorio «accessorio», e dunque il destinatario del provvedimento «principale» non poteva essere indotto all'ottemperanza “spontanea”;

b) in secondo luogo, non tutte le obbligazioni e quindi non tutti gli ordini giudiziali inesequibili nelle forme del Libro III potevano essere assistiti dall'esecuzione processuale indiretta, bensì soltanto quelli che riguardassero il fare o non fare (o disfare), con quel non trascurabile dato d'ambiguità che nasceva dalla formulazione letterale della rubrica «normativa», che sembrava riferire l'infungibilità ai soli obblighi di fare.

Pur con queste evidenti limitazioni, la dottrina aveva preso atto che la nozione di “condanna” ne risultava slabbrata, perché provvedimenti condannatori prima non pronunciabili, appunto perché non forzatamente eseguibili, ovvero, a seconda delle opinioni, non pronunciabili in termini *tout court* condannatori divenivano a un tratto ammissibili proprio in ragione del fatto di poter essere assistiti da un'*astreinte*.<sup>15</sup>

Nel 2015, il legislatore s'è anzitutto preoccupato di modificare la rubrica, che recita ora, in termini più generalizzanti, *Misure di coercizione indiretta*, esaurendo, l'art. 614 *bis*, la disciplina d'un autonomo titolo (il IV-*bis*, *Delle misure di coercizione indiretta*). La nuova rubricazione, che affranca il nostro istituto dall'esecuzione per obblighi di fare e non fare (e dall'infungibilità della prestazione), non prelude, però, all'applicazione davvero generalizzata della misura coercitiva: infatti, il primo comma riscritto fa riferimento alle sole condanne «all'adem-

<sup>11</sup> Per più ampio discorso rinviamo al nostro *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, 4° ed., Torino, 2016, 28 ss.

<sup>12</sup> Lo notammo già in *Limiti dell'esecuzione indiretta*, in *REF*, 2011, 186 ss.

<sup>13</sup> Cfr. la sintesi delle varie opinioni in F. GODIO, *Commento all'art. 614 bis c.p.c.*, in *Codice di procedura civile commentato*, diretto da C. Consolo, II, Milano, 2013, 2553 ss., part. il par. V. In particolare sul “conflitto tra rubrica e testo” cfr. S. CHIARLONI, *L'esecuzione indiretta ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c.: confini e problemi*, in *GI*, 2014, 731 ss.

<sup>14</sup> V., anche per riferimenti, S. VINCRE, *op. loc. cit.*

<sup>15</sup> V., per tutti, A. SALETTI, in *Commentario alla riforma del codice di procedura civile (Legge 18 giugno 2009, n. 69)*, a cura di Saletti e Sassani, *sub art. 614 bis*, Utet, 2009, 194, per la giusta considerazione per cui «alla luce dell'art. 614 bis c.p.c. è sicuramente possibile chiedere la condanna all'esecuzione di un'obbligazione infungibile, ancorché difetti la possibilità di sua realizzazione coattiva. Quindi la tutela di condanna, oggi, non incontra più, indiscutibilmente, i limiti del passato».



pimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro»<sup>16</sup>, confermando altresì l'esclusione della tutela per i crediti di lavoro pubblico e privato nonché per i rapporti tutti di cui all'art. 409 c.p.c.

Se ne deduce che l'*astreinte* è stata resa ammissibile per tutti gli obblighi di fare e non fare, infungibili e fungibili, e anche, senza limitazioni, per la condanna alla consegna e rilascio forzati: è stata così sancita l'emancipazione dell'istituto rispetto al tradizionale principio *meno praecise ad factum cogi potest*. Ma, corrispettivamente, molte altre questioni sono state aperte.

Non sapremmo dire con quanta intima consapevolezza il nostro legislatore abbia seguito il percorso descritto; sta di fatto che l'oggettivo ampliamento dell'ambito di applicazione dell'istituto lascia pensare che il prossimo passaggio potrà essere compiuto sul terreno dell'esecuzione per espropriazione.<sup>17</sup> Com'è d'altra parte avvenuto per l'ottemperanza amministrativa [art. 114, comma 4, lett. e) del CPA], ove l'*astreinte* è stata resa possibile anche per le condanne pecuniarie.<sup>18</sup>

Del resto, lo stesso ambito attuale di applicazione dell'art. 614 *bis* può essere seriamente discusso: cosa significa che ogni provvedimento di condanna all'adempimento di obblighi *diversi dal pagamento* può essere assistito da un'*astreinte*?<sup>19</sup>

Senza impegnarci in una casistica, osserviamo che il limite è dato dal riferimento alla «condanna»: perché, nonostante il cortocircuito introdotto dalla versione 2009 e mantenuto nella versione 2015 (*astreinte* ed eseguibilità forzata), non è dubbio che quel riferimento sia destinato a segnare l'argine rispetto alle tutele, comunque classificate, non associabili a quella compulsoria. Ciò finisce per creare nuove complicazioni: prendiamo il caso dell'art. 2932 c.c.<sup>20</sup>, che prevede un chiaro capo condannatorio soltanto per l'obbligazione relativa al pagamento del prezzo (esclusa dall'ambito di applicazione dell'art. 614 *bis*); il corrispettivo obbligo a contrarre, che trova tutela nella

<sup>16</sup> Già a commento della riforma del 2009, S. CHIARLONI, *op. cit.*, 733, aveva notato che «una lettura indiretta del testo (dell'art. 614 *bis* versione originaria) sembra suggerire che qualsiasi provvedimento contenente l'accertamento di una obbligazione civile può venir qualificato come un provvedimento di condanna all'adempimento ... privo di qualsiasi sanzione», parlando al riguardo di «errore definitorio ... inconsapevole». All'evidenza, il legislatore del 2015 ha radicalizzato tale impostazione, ponendo l'eccezione soltanto per la condanna pecuniaria.

<sup>17</sup> Vi è da dire che non tutti consentono con l'applicazione generalizzata della misura: ad es., per G. MICCOLIS, *Prospettive ed evoluzione del processo esecutivo in Italia*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it) n. 1/2017, «l'applicazione della misura coercitiva a fianco anche del provvedimento di condanna al pagamento di somma di danaro determinerebbe un vero e proprio supplizio in capo al debitore inadempiente; non dimentichiamo che quest'ultimo oggi già subisce, oltre agli interessi previsti dalla disciplina sostanziale, (i) l'applicazione degli interessi moratori ai sensi dell'art. 1284 c.c., come modificato dall'art. 17 l. 10 novembre 2014 n. 162 «dal momento in cui è proposta la domanda giudiziale», (ii) la oramai inevitabile condanna alle spese in conseguenza della modifica introdotta con l'art. 13 l. 10 novembre 2014 n. 162 all'art. 92 c.p.c., (iii) la sempre più frequente condanna alla responsabilità aggravata ai sensi dell'art. 96, primo e terzo comma, c.p.c., per lite temeraria (anche se recentemente la Cassazione, dopo avere dichiarato a sezione semplice n.16/2015 che la conoscenza degli innumerevoli precedenti contrari potrebbe legittimare la lite temeraria, a ss.uu n. 6606/2015 ha ridimensionato l'applicazione dell'art. 96 c.p.c. affermando che la manifesta infondatezza della pretesa non giustifica di per sé la lite temeraria, per la quale è necessario che la parte abbia usato il processo esclusivamente con finalità diverse dalla tutela giurisdizionale); se ci aggiungessimo anche la misura coercitiva per ogni giorno di ritardo, resterebbe fuori soltanto l'arresto per debiti. Nemmeno dobbiamo dimenticare che il debitore pecuniario inadempiente più incallito è proprio la pubblica amministrazione, il cui dissesto, inefficienza e disorganizzazione sono forse le cause principali dirette e, per l'effetto domino, indirette dell'enorme numero del contenzioso civile che intasa le aule giudiziarie. Per cui è facile prevedere che questo inasprimento verso il debitore, più che contribuire alla riduzione del contenzioso civile, è destinato ad aggravare il debito pubblico, il dissesto della pubblica amministrazione, l'inadempimento di questa e, conseguentemente, il contenzioso civile».

<sup>18</sup> Cfr. F. SCOCA, *Natura e funzione della "astreinte" nel processo amministrativo*, in *Corr. giur.*, 2014, 1406 ss.

<sup>19</sup> La giurisprudenza, seppure non copiosissima, ha già individuato varie ipotesi applicative, che si combinano con quelle ammesse ancor prima della riforma del 2015: cfr., per utili indicazioni, S. VINCRE, *op. loc. cit.*; F. TEDIOLI, *Osservazioni critiche all'art. 614 bis cod. proc. civ.*, in *NGCC*, 2013, 67 ss.; F. GODIO, *L'astreinte e la giurisprudenza di merito: un primo bilancio su alcuni profili operativi*, in *CG*, 2011, 1119 ss.; G. FRUS, *La coercibilità indiretta della misura cautelare ed i rimedi a disposizione di chi la subisce*, in *GI*, 2015, 2383 ss.

<sup>20</sup> C. CONSOLO, *Una buona "novella" al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360-bis e 614-bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *CG*, 2009, 737 ss., con posizione rimasta piuttosto isolata.



pronuncia costitutiva efficace soltanto col suo passaggio in giudicato, potrà considerarsi, ai fini dell'*astreinte*, oggetto di un autonomo capo condannatorio? Il punto è oltremodo dubbio.<sup>21</sup> Il rischio è che si debba continuare a pensare che la tutela prestata dall'art. 2932 c.c. (che è, a seconda della prospettiva, condannatoria o costitutiva) non sia compatibile con la tutela prestata dall'*astreinte*, perché da un lato v'è un capo condannatorio relativo al pagamento del prezzo, dall'altro lato v'è un effetto costitutivo, efficace soltanto con la formazione del giudicato, che non è materia di un capo condannatorio eseguibile nelle forme del Libro III.<sup>22</sup> O che, per altro verso, la sinallagmaticità delle posizioni contrattuali esclude che l'*astreinte* possa essere pronunciata a carico di una sola parte, posto che l'attuale giurisprudenza di legittimità esclude che la condanna al pagamento del prezzo sia provvisoriamente esecutiva *ex art. 282 c.p.c.*<sup>23</sup>

Esistono però tutele, specie costitutive, che si combinano con quella di condanna<sup>24</sup>; ed è forse qui un possibile campo di applicazione della nostra misura, che potrebbe essere utilizzata per “forzare la mano” di chi è sì tenuto a una particolare prestazione, però non assistita dall'esecutorietà *ex art. 282 c.p.c.* e dunque forzatamente non coercibile con gli strumenti ordinari prima della formazione del giudicato.

Ciò implica che la condanna all'*astreinte* potrà essere attuale quando ancora non sarà forzatamente eseguibile il provvedimento assistito dalla misura coercitiva. Registriamo dunque un altro scollamento rispetto alla tutela condannatoria: non soltanto l'*astreinte* può darsi (è anzi nata nel 2009) per le condanne incoercibili, ma può ora darsi in relazione a condanne non ancora coercibili per non essere il provvedimento, che quella condanna reca, provvisoriamente efficace.

Si tratta di un aspetto che esalta il potere discrezionale del giudice, chiamato a integrare il sistema di tutele risultante dalle norme positive: l'obbligato risulterà tenuto a una prestazione immediata (per non incorrere nella sanzione), sebbene il regime della pronuncia principale quella stessa immediatezza escluda.

La tendenziale generalizzazione (coi limiti detti) della misura coercitiva pone un ulteriore problema, già affrontato dalla dottrina: se l'*astreinte*, irrogata ed eseguita, faccia venir meno l'interesse alla prestazione principale e se possa darsi, laddove possibile, un'esecuzione parallela e concorrente della condanna principale e della misura coercitiva trasformatasi in condanna pecuniaria.

A nostro avviso, non si deve dubitare della possibilità del concorso, e del resto in nessun luogo viene affermata la regola dell'alternatività; al contrario, l'*astreinte* ha proprio la funzione di indurre all'esecuzione spontanea dell'obbligo principale, che non viene certamente meno in conseguenza del pagamento della “sanzione” pecuniaria.

Insomma, l'istituto, nato per le condanne non forzatamente eseguibili (cioè per “ordini” che tecnicamente non avrebbero potuto tradursi in “condanna”, salvo rimeditarne la nozione), nel 2015 è stato allargato ad abbracciare condanne in forma specifica forzatamente eseguibili. Ma la limitazione mantenuta a proposito delle condanne relative al pagamento di somme finisce per comprimere di molto le concrete possibilità di applicazione dell'istituto.

Discutibile, quindi, è lo stesso riferimento alla «condanna»: l'*astreinte*, di per sé, non presuppone un provvedimento condannatorio ma potrebbe essere assortita a un provvedimento dichiarativo o costitutivo, allo scopo di assicurare una tutela che non debba scontare i lunghi tempi della formazione del giudicato. Il tutto

<sup>21</sup> S. VINCRE, *op. cit.*, 373, si pronuncia positivamente, in analogia col trattamento di condanne quali l'obbligo di vendere una certa quantità di beni o di azioni, espressioni di un *facere* fungibile. A noi sembra però che la condanna all'adempimento del preliminare *ex art. 2932 c.c.* non soltanto non sia fungibile, ma che l'esecuzione forzata di quell'obbligo ha luogo mediante un processo di cognizione destinato a culminare con una pronuncia costitutiva. Si tratta di un *unicum* nel nostro sistema, che ci impone di ragionare non tanto in termini di condanna incoercibile, quanto di efficacia o esecutorietà di una pronuncia costitutiva. Ne risulta che l'*astreinte* sarebbe associata a un capo di pronuncia non ancora efficace, perché per diventare tale deve attendere il passaggio in giudicato.

<sup>22</sup> Rinviamo per brevità al *Manuale*, cit., 13 ss.

<sup>23</sup> V. ancora il *Manuale*, *loc. ult. cit.*

<sup>24</sup> Cfr. il nostro *Orientamenti recenti sull'art. 282 c.p.c.*, in *RTDPC*, 2013, 265 ss., ora in *Otto studi sul processo civile*, Milano, 2017, 157 ss.



aggravato da un altro aspetto non regolato, che è quello del concorso tra condanna principale e accessoria, da taluni negato<sup>25</sup> per escludere il rischio che l'*astreinte* possa tradursi in un meccanismo di ingiusta locupletazione.

3.- Un caso significativo<sup>26</sup> è quello dell'art. 639 c.p.c., perché l'alternatività della prestazione, in forma specifica o per equivalente pecuniario, sembra qui direttamente imposta dal codice. La spiegazione che tradizionalmente si dà<sup>27</sup> della necessità di chiedere in sede monitoria, accanto alla consegna di una quantità determinata di cose fungibili, la somma di danaro che esprime il loro valore economico e che si è disposti ad accettare in luogo della prestazione specifica, è nel fatto che con la *specificazione* si verrebbe ad acquistare la proprietà di cose individuate soltanto nel genere e ciò sarebbe impossibile, per i limiti intrinseci della tutela, nella sede dell'esecuzione forzata di una pronuncia (soltanto) condannatoria. Ragion per cui il decreto ingiuntivo dovrà contenere due capi, l'uno (consegna) destinato all'esecuzione spontanea, l'altro (pagamento) vocato all'esecuzione forzata per espropriazione a valere per il caso che il primo non ricevesse la spontanea esecuzione. La giurisprudenza, tuttavia, ammette<sup>28</sup> la domanda monitoria per la sola consegna di cose individuate nel genere e nella quantità, sebbene il provvedimento d'ingiunzione, di per sé, non sarebbe poi suscettibile di esecuzione forzata perché nessun processo esecutivo consente di far acquistare la proprietà di beni determinabili o determinati (dei quali si può ottenere soltanto la consegna o il rilascio, sul presupposto che quegli beni siano già di proprietà di chi agisce *in executivis*).

Possiamo chiederci se la condanna alla consegna della quantità determinata (non anche la condanna pecuniaria) possa essere assistita da un'*astreinte*. È questo indubbiamente un caso in cui la misura coercitiva rivelerebbe tutta la sua utilità, perché altrimenti l'unica tutela possibile a fronte dell'inadempimento non potrebbe che essere quella risarcitoria (l'alternativa per equivalente pecuniario), del resto già predisposta dall'art. 639 c.p.c., con buona pace del diritto all'esecuzione in forma specifica (a presidio del quale milita, appunto, la misura coercitiva).

La risposta negativa al quesito s'imponeva nel 2009 (discorso diverso è a farsi dopo la modifica del 2015) perché si parlava della condanna non a un *facere* infungibile, bensì alla consegna forzata: e cioè a un tipo di esecuzione che risultava esclusa dallo specifico ambito di applicazione dell'art. 614 *bis* c.p.c.<sup>29</sup> Tale risposta dipendeva esclusivamente dal dato positivo allora disponibile, non certo dai limiti intrinseci della tutela compulsoria, che potrebbe essere assortita a *qualsiasi* provvedimento del giudice della cognizione (anche a contenuto non condannatorio). Quindi, se da un lato è vero che l'art. 614 *bis* versione 2009 ha allargato l'area delle condanne possibili in astratto (sebbene in concreto esse rimangano, poi, insuscettibili di tutela esecutiva nelle forme tipiche, e proprio per questo si traducono in premessa per l'esecuzione processuale indiretta), dall'altro lato è altrettanto vero che tale ampliamento riguardava soltanto le prestazioni di fare e non fare a contenuto infungibile o, secondo una lettura più ampia, qualsiasi prestazione di non fare e disfare. Soltanto in codesti ristretti limiti potevano ridiscutersi i rapporti tra condanna ed eseguibilità forzata.

<sup>25</sup> Cfr. G. COSTANTINO, *Tutela di condanna e misure coercitive*, in *GI.*, 2014, 737 ss., secondo il quale (ma prima della riforma del 2015) è "manifestamente iniquo" vuoi applicare la misura coercitiva laddove sia possibile l'esecuzione forzata, vuoi applicarla nel caso del provvedimento cautelare.

<sup>26</sup> Sul quale già abbiamo ragionato in *Limiti dell'esecuzione indiretta*, cit., 190-191, giungendo alla conclusione, che ora non possiamo ovviamente confermare, che la condanna alla consegna forzata non era associabile all'*astreinte* (versione 2009).

<sup>27</sup> A. RONCO, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, Torino, 2000, 235 ss.; G. VERDE-B. CAPPONI, *Profili del processo civile. 3. Processo di esecuzione e procedimenti speciali*, Napoli, 1998, 264-265; M. CATALDI, *Il procedimento monitorio: le condizioni di ammissibilità*, in *Il procedimento d'ingiunzione*, opera diretta da B. Capponi, 2<sup>a</sup> ed., Bologna, 2009, 97 ss.

<sup>28</sup> A. VALITUTTI-F. DE STEFANO, *Il decreto ingiuntivo e la fase di opposizione*, 2<sup>a</sup> ed., Padova, 2000, 62-63.

<sup>29</sup> S. CHIARLONI, *op. cit.*, 733, era propenso a ritenere che l'art. 614 *bis* nella versione 2009 potesse applicarsi anche alla consegna forzata, quale attività personale infungibile: «se l'obbligato ha occultato la cosa da consegnare così abilmente da frustrare l'esecuzione diretta, l'obbligazione manifesta in concreto la sua infungibilità, nel senso che essa si rivela come adempimento esclusivamente dall'obbligato stesso». L'argomento è suggestivo ma rischia di provare troppo, posto che l'obbligato potrebbe occultare non soltanto la cosa mobile ma il suo patrimonio (specie mobiliare), col risultato di rendere ammissibile l'*astreinte* – in simile prospettiva – anche per l'esecuzione forzata in frontale contrasto col dato positivo.



Ora, il mutamento normativo rende l'ipotesi dell'art. 639 c.p.c. un omologo della condanna al *facere* incoercibile, considerata in esclusiva dal legislatore del 2009. Va infatti preso atto che – allo stato attuale della disciplina – l'*astreinte* può essere associata a provvedimenti esecutivi e coercibili nelle forme del Libro III, ma anche a provvedimenti non (ancora) esecutivi ovvero di per sé incoercibili. Si tratta di ipotesi molto diverse tra loro, perché le seconde sono destinate a forzare i limiti propri della condanna civile, esaltando il potere discrezionale del giudice. Ma con ciò non tutti i problemi sono risolti, come subito diremo.

4.- Un possibile ostacolo all'espandersi della tutela compulsoria è nella previsione, della cui opportunità è lecito fortemente dubitare, che consente al giudice di escluderla allorché gli appaia «manifestamente iniqua». Di tale requisito negativo – che introduce un riferimento tra i più problematici e sfuggenti – sono state fornite letture disparatissime: da quella meramente economica col rischio di locupletazione al conflitto con gli interessi non patrimoniali dell'obbligato; dal riferimento all'art. 2058 c.c. all'eventualità del coinvolgimento di un terzo non obbligato; dalla salvaguardia dei diritti di libertà o della personalità al contegno processuale delle parti, anche nell'esecuzione spontanea di precedenti provvedimenti; dall'esistenza di altre possibili vie (anche *in executivis*) per la soddisfazione del diritto alla presenza di un preminente interesse pubblico; dall'oggettiva impossibilità per l'obbligato di eseguire la prestazione al giudizio comparativo degli interessi tra esecutante e obbligato. Si tratta di un fascio di opinioni talmente ampio e diversificato, e pur sempre giustificato dall'inaccettabile genericità della previsione, da suscitare l'impressione che qualunque soluzione potrebbe essere accordata con l'iniquità o, se si preferisce, che l'iniquità “manifesta” può discendere da qualsiasi ragione, fondata sulla struttura stessa della tutela come sulle conseguenze negative per il soggetto inciso.

Ove si ragioni sulla base dei (non molti) provvedimenti editi, ci si avvede peraltro che i giudici hanno tendenza a svalutare tale requisito negativo<sup>30</sup>; il che riesce comprensibile, perché il giudice non è solito motivare sui presupposti in negativo della tutela che volta per volta accorda; e sebbene la dottrina unanime continui ad avvertire che l'esercizio di un potere discrezionale sempre vada associato a motivazioni particolarmente dettagliate<sup>31</sup>, di norma non ci si spinge ad affermare che il giudice sarà *sempre* tenuto a spiegare le ragioni per cui la tutela compulsoria, giudicata legittima e possibile, risulti, nel caso particolare, *anche* non palesemente iniqua.

Eppure proprio questa sembra essere la valutazione che il legislatore ha inteso rimettere al giudice: questi, una volta ritenuta legittima la richiesta dell'*astreinte*, deve, nel contesto della sua decisione, verificare che la misura non risulti manifestamente iniqua. Tra le tante figure di giudizio equitativo già presenti nel sistema, il legislatore sembra aver coniato un modello nuovo, che potremmo definire dell'equità *ostativa*: sebbene in punto di legittimità il provvedimento compulsorio si giustifichi, esso diviene iniquo sulla base di una valutazione negativa che si aggiunge, completandola, a quella di stretta legittimità.

Posta la questione nei detti termini, sfuma il dato della scarsità delle motivazioni dedicate all'iniquità manifesta<sup>32</sup>; più deducibile risulterà verificare se il giudice d'appello può conoscere del requisito negativo sebbene il primo giudice nulla abbia motivato sul punto (dando l'impressione di non averlo esaminato)<sup>33</sup>. A nostro avviso, la risposta dev'essere di segno positivo: il primo giudice è tenuto – abbia convenientemente motivato oppure no – a una doppia valutazione, prima sul registro della legittimità, poi su quello distinto dell'equità. Nel giudicare legittimo il ricorso all'*astreinte*, egli dovrà *anche* verificare se quella particolare forma di tutela non risulti

<sup>30</sup> Cfr. F. GODIO, *L'astreinte e la giurisprudenza di merito*, cit., 1124-1125.

<sup>31</sup> V., da ultimo, I. GAMBOLI, *Le misure di coercizione indiretta*, loc. cit.; G. COSTANTINO, *op. loc. cit.*

<sup>32</sup> F. GODIO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>33</sup> Cosa giudicata normale da G. COSTANTINO, *op. loc. cit.*, che così finisce per contraddire la sua idea (v. nota che segue), secondo cui la “manifesta iniquità” è materia di eccezione di parte o di rilievo d'ufficio (ma non può gravarsi la sentenza per il mancato utilizzo di un potere discrezionale che può esercitarsi *ex officio!*).



palesamente iniqua.<sup>34</sup> Il giudice d'appello potrà così essere chiamato al controllo di entrambi i profili, o di uno soltanto (la manifesta iniquità).

Appare dunque meno estremistica la posizione di chi assume che la manifesta iniquità può derivare dal concorso con altra tutela processuale, essendo quella garantita dall'*astreinte* non aggiuntiva ma specifica (una tutela, cioè, altrimenti non disponibile e non surrogabile, e che in ogni caso non si cumula con un'altra già possibile). Ciò inserisce nel discorso un margine di incertezza di molto superiore a quello comunemente tollerato dagli interpreti. Volendo ragionare sugli esempi fatti *retro*, nel caso dell'art. 639 c.p.c. potrebbe facilmente sostenersi che, se la norma consente all'obbligato la scelta tra prestazione in natura e per equivalente, risulterà manifestamente iniquo associare l'*astreinte* alla prestazione in natura, perché ciò significa privare l'obbligato di quel potere di scelta che la legge gli riconosce in modo espresso (sia pure per una ragione tecnica relativa all'eseguibilità nella forma specifica); nel caso dell'art. 2932 c.c., potrà dirsi che l'*astreinte* assortita all'obbligo a contrarre altera il sinallagma contrattuale, risultando perciò iniqua, perché un corrispondente provvedimento non sarà associabile all'obbligazione corrispondente di pagamento del prezzo. In generale, potrà dirsi che se il legislatore non ha inteso accordare a un determinato provvedimento il regime della provvisoria esecutorietà, risulterà iniquo spingere l'obbligato all'adempimento prima della formazione del giudicato (vale a dire prima del controllo che avviene rispettando i gradi e i tempi dei gravami) perché la valutazione del giudice risulterà in irrimediabile conflitto con quella del legislatore. Ove sia già prevista una tutela compulsoria, sia pure di diverso contenuto (pensiamo, ad es., all'art. 709 *ter* c.p.c.), potrà giudicarsi manifestamente iniquo l'accesso a una nuova tutela che persegua la medesima finalità. E così via.

La verità è che quel riferimento negativo, che un legislatore balbuziente ha inserito nel comma 1 dell'art. 614 *bis* senza averne chiari gli esatti termini, è potenzialmente in grado di porre fuori gioco la tutela esecutiva indiretta. Né si vede perché il giudice debba *sempre* porsi il problema della possibile iniquità della misura, facendo peraltro uso di un repertorio che è tutt'altro che un numero chiuso.

5.- Il rapido *excursus* ci mostra che l'approccio, in due stadi, del nostro legislatore all'*astreinte* non è stato dei più felici. La misura, nata (2009) a sostegno degli ordini incoercibili (imponendo un ripensamento della nozione stessa di "condanna", quantomeno in relazione all'esecuzione per obblighi di fare) è stata estesa (2015) a talune condanne coercibili nelle forme ordinarie. Il cambio di prospettiva, seppur limitato nei risultati, è di importanza decisiva per l'inquadramento della tutela compulsoria.

Il risultato attinto risulta chiaro per le esecuzioni dirette, assai meno per le condanne all'adempimento degli obblighi non pecuniari<sup>35</sup>; categoria dai confini incerti, in relazione alla quale va scrutinato il regime di efficacia del provvedimento così come la possibilità di una sua esecuzione forzata nelle forme ordinarie. Andrebbe senz'altro risolto il dubbio<sup>36</sup> circa l'attuale vigenza, nel nostro sistema, del principio di necessaria correlazione tra condanna ed eseguibilità forzata, principio che appare contraddetto dall'art. 614 *bis* fin dalla sua originaria stesura (sia pure soltanto con riferimento agli obblighi di fare). Tra l'altro, operiamo in un contesto nel quale si assiste a tentativi di indubbiare l'idea tradizionale<sup>37</sup> secondo cui la "condanna" è sempre legata a una "sanzione" che si attua nelle forme del Libro III del c.p.c.; o, per dirla diversamente, che la "condanna" non sempre è viatico per un'azione esecutiva, attribuendo l'art. 474 c.p.c. la funzione di titolo esecutivo soltanto a *talune* condanne, che

<sup>34</sup> *Contra*, G. COSTANTINO, *op. cit.*, cit., part. 742-743, che costruisce la "manifesta iniquità" come materia di eccezione dell'obbligato o di rilievo d'ufficio (del fatto impeditivo), con la conseguenza che il giudice sarà tenuto a motivare soltanto in caso di diniego. A noi sembra, invece, che la "non manifesta iniquità" sia parte della fattispecie positiva che il giudice conosce per accogliere la richiesta dell'*astreinte*, e ne deve conoscere (forse, a maggior ragione) proprio nel momento in cui accorda questa particolare forma di tutela.

<sup>35</sup> Ove ci si ponga, come crediamo si debba, alla ricerca di tutele diverse da quelle risultanti, ad es., dagli artt. 7, 10, 949, comma 2, 1079, 2599 c.c.

<sup>36</sup> S. VINCRE, *op. cit.*, part. 374 ss.

<sup>37</sup> Cfr., per tutti, A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo)*, in *FI*, 2010, V, 257 ss.; S. CHIARLONI, *op. loc. ult. cit.*



introducono esecuzioni tipiche, mentre esistono *altre* condanne che tuttavia non possono essere eseguite, quantomeno secondo i modelli tipici.

Peraltro, una volta sciolto il dubbio, appare incontestabile che altro è il discorso a farsi per le condanne forzosamente non coercibili, altro il discorso relativo a possibili “ordini” che, perché incoercibili o per il loro particolare oggetto, non integrano una “condanna” arrestandosi sulla soglia del mero accertamento dell’obbligo<sup>38</sup>; posto che l’*astreinte*, per scelta confermata nel 2015, non può associarsi alla tutela dichiarativa (e a maggior ragione, diremmo, a quella costitutiva), ci sembra che le concrete possibilità di attuazione della tutela compulsoria ne riescano oltremodo ridimensionate.

D’altra parte un errore, piuttosto diffuso, è insito nel ritagliare la nozione di “condanna” su quella dell’*astreinte*, sul presupposto che ciò che può formare oggetto di esecuzione indiretta finisce per rientrare, per ciò solo, nel paradigma della “condanna”. A noi sembra vero l’esatto contrario<sup>39</sup>, anche alla luce del fatto che l’esperienza di altri sistemi sta a dimostrarci che l’*astreinte* può presidiare qualsiasi pronunciamento del giudice, e non soltanto quelli condannatori.

Inoltre, l’esclusione delle condanne pecuniarie, specie quando esse siano in rapporto a “ordini” di diverso contenuto, finisce per rendere dubbio lo stesso ambito di applicazione della tutela compulsoria; che, per di più, oltre a essere “legittima” deve anche essere “non manifestamente iniqua”. Tenuto conto che in sistemi più evoluti l’*astreinte* è associata anche a provvedimenti non decisori del merito<sup>40</sup>, non possiamo non concludere che ancora molto lunga è la strada da percorrere per garantire l’effettività di tale “nuova” forma di tutela.

<sup>38</sup> S. VINCRE, *op. cit.*, part. 374 ss.

<sup>39</sup> Cfr. A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, cit., tra i più convinti assertori dell’idea tradizionale.

<sup>40</sup> A. DONDI, *L’«astreinte» endoprocessuale*, in *RTDPC*, 1981, 524 ss.