

RIASSUNTO

L'approfondimento svolto nell'elaborato è partito dall'esame dei diversi modi in cui il nostro ordinamento, nel corso degli anni, ha cercato di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale delle diverse situazioni giuridiche soggettive. Prerogativa che, oggi, trova piena legittimazione nella nostra Carta Costituzionale che, attraverso il disposto di cui all'art. 111, garantisce il rispetto delle regole del "giusto processo". Non v'è dubbio, dunque, che qualsiasi discorso inerente la tutela dei diritti implichi necessariamente una riflessione sui mezzi di tutela offerti dall'ordinamento. Un ruolo fondamentale è svolto dal processo esecutivo, che ha il precipuo compito di conferire effettività alla tutela domandata in sede giurisdizionale, che, altrimenti, rimarrebbe lettera morta.

Il pacifico riconoscimento della natura giurisdizionale del processo esecutivo implica sempre la facoltà di agire in giudizio per vedere garantita la soddisfazione del proprio diritto in assenza dell'adempimento dell'obbligato, facoltà che contraddistingue il provvedimento di condanna. Da ciò, la c.d. dottrina classica ha fatto discendere il precipitato per cui vi può essere condanna soltanto ove l'ordinamento preveda espressamente la possibilità dell'esecuzione forzata, escludendosi peraltro dal novero delle tutele esecutive le forme di coercizione indiretta.

Tuttavia, di là dal suo fondamento dogmatico, la teoria c.d. classica è apparsa, sin dalla sua prima formulazione, incompatibile con una lettura adeguata dell'art. 24 della Costituzione, che, come è noto, garantisce che *tutti* possano agire in giudizio per la tutela dei diritti ed interessi legittimi. Infatti, una rigida applicazione della predetta impostazione comporta una inaccettabile esclusione (*i.e.* compressione) di tutela per tutte quelle situazioni, quali ad esempio le prestazioni di natura infungibile, per le quali manca uno strumento di esecuzione forzata.

Da una simile impostazione segue la necessità di un superamento della correlazione tra condanna ed esecuzione, il che è possibile solamente svincolando la condanna dall'esecuzione forzata ed estendendone la nozione ad ogni sentenza o provvedimento, anche relative ad obblighi infungibili, che possono essere portati ad effettiva attuazione con mezzi e sistemi diversi, come l'esecuzione indiretta.

L'esecuzione indiretta avviene attraverso l'applicazione delle c.d. misure coercitive, ovvero sia di penalità di mora idonee a spingere l'obbligato ad adempiere dietro la minaccia di subire un pregiudizio maggiore del vantaggio che pensa di ritrarre dall'inadempimento.

L'esigenza di introdurre una misura coercitiva civile di carattere generale nel nostro ordinamento è sempre stata sentita come esigenza trasversale, fino ad approdare alla sua effettiva realizzazione con il D.L. 27-6-2015 n. 83, convertito in L. 6-8-2015 n. 132, a modifica del precedente art. 614 *bis* c.p.c. introdotto con la L. 18-6-2009 n. 69.

L'introduzione nel nostro ordinamento dell'art. 614 *bis* c.p.c. trae ispirazione dallo strumento dell'*astreinte* previsto e disciplinato dalla normativa d'oltralpe. Di converso, lo studio della penalità di mora prevista nel sistema tedesco e in quello inglese, a causa della loro profonda diversità rispetto al meccanismo di cui all'art. 614 *bis* c.p.c., non appare fornire informazioni particolarmente utili, al di là dello studio comparatistico, per guidare l'operatore italiano nell'applicazione delle peculiarità procedurali della misura nostrana, quest'ultima indubbiamente più vicina a quella del modello francese.

Nell'elaborazione del legislatore francese l'*astreinte* è stata concepita secondo una struttura bifasica. Ciò è quanto può evincersi dalla formulazione degli articoli da L.131-1 a L.131-4 del *Code des procédures civiles d'exécution*, i quali prevedono il principio per cui un giudice, senza necessità di espressa previsione normativa, può pronunciare un'*astreinte* provvisoria e successivamente liquidarla. Con la legge n. 91-650 del 9 luglio 1991, il legislatore ha riconosciuto al giudice dell'esecuzione il potere di pronunciare le *astreintes* per assicurare l'esecuzione di qualsiasi tipo di sentenza. Ed infatti, proprio in questa ottica, il legislatore francese del 2011 ha sancito, altresì, la possibilità per gli arbitri di pronunciare una *astreinte*.

Se, da un lato, l'esame della esperienza straniera dell'esecuzione forzata indiretta serve a meglio comprendere le origini, le contaminazioni dell'*astreinte* italiana, e le sue criticità, dall'altro, in virtù del principio della prevalenza della legge speciale rispetto alla legge generale, tale importante ed auspicata innovazione sopravvenuta non ha fatto venire meno l'efficacia delle diverse figure di misure coercitive tipiche, introdotte prima della previsione generale.

Tra le ipotesi più significative di penalità di mora nel diritto italiano, prima dell'introduzione dell'art. 614 *bis* c.p.c., si rinvengono negli artt. 86, comma 1, Legge Invenzioni e 66, comma 2, Legge Marchi, norme poi trasfuse nell'art. 124 del c.p.i.; altresì, non può dimenticarsi l'art. 140 del cod. cons. (corrispondente al precedente art. 3, legge 30 luglio 1998, n. 281, *Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*) il quale prevede una misura coercitiva indiretta finalizzata a garantire l'effettività dei provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori.

Ciò posto, l'analisi dell'evoluzione storica e della *ratio* della norma di cui all'art. 614 *bis* c.p.c. sono apparsi indispensabili ai fini dell'esame delle novità introdotte della riforma del 2015: la rubrica, che oggi recita "*Misure di coercizione indiretta*" e la sua applicabilità per garantire l'adempimento di tutti i tipi di obbligazioni, eccezion fatta per quelle pecuniarie.

Diverse sono state le qualificazioni attribuite a tale misura: vi è chi vi ha individuato un diritto soggettivo e chi, invece, uno strumento di natura processuale. Con la pronuncia 15 aprile 2015, n. 7613, la Suprema Corte ha chiarito che la natura della misura compulsoria di carattere pecuniario è

quella di mezzo di tutela, ossia di congegno tecnico preordinato al rafforzamento dell'attitudine del provvedimento di condanna ad imporsi al suo destinatario.

Dalla genericità dell'enunciato che apre l'art. 614 *bis* c.p.c. (“*Con il provvedimento di condanna, il giudice...*”), gli interpreti hanno fatto discendere la possibilità di comminare la misura *de qua* ogni qualvolta si possa parlare di provvedimento a contenuto condannatorio proveniente dall'autorità giudiziaria. Dunque, da un lato, si è cercato di capire se tra i provvedimenti che possono determinare la pronuncia dell'*astreinte* vi siano i provvedimenti cautelari e il verbale di conciliazione. Dall'altro, è stata esaminata la parallela figura contenuta nell'art. 709 *ter* c.p.c. in materia di tutela dei minori e la penalità di mora contenuta nel Codice del Processo Amministrativo.

È stato, dunque, possibile sviluppare l'ultimo nodo ermeneutico sollevato dal nuovo istituto: se esso sia o meno applicabile nel giudizio arbitrale. L'adesione alla tesi possibilista ovvero a quella negazionista dipende dall'esatta qualificazione giuridica data alla misura coercitiva in esame, oltre che dal corretto inquadramento dei poteri giurisdizionali riconosciuti in capo agli arbitri.

Importanza centrale nel predetto percorso ha avuto l'affermazione dell'efficacia giurisdizionale del lodo, come sancita all'art. 824 *bis* c.p.c., così come l'esame dei limiti dei poteri degli arbitri: quello esecutivo e quello cautelare.

Pertanto, una volta dimostrata e riconosciuta (i) la appartenenza della misura coercitiva all'alveo della tutela di condanna - e, dunque, non a quello della tutela esecutiva e cautelare-, e (ii) la piena fungibilità tra giudizio arbitrale e giudizio ordinario, non riconoscere il potere degli arbitri a comminare la *astreinte* sembra porsi come una ingiustificata limitazione, retaggio di una impostazione che, si spera, sia oggi solo un lontano ricordo.

Di là da chi ha sostenuto che siffatto potere dovrebbe essere espressamente attribuito agli arbitri nella convenzione arbitrale, trattandosi di uno strumento processuale previsto dal nostro codice di rito, le parti, ai sensi dell'art. 816 *bis* c.p.c., potranno sicuramente attribuirlo espressamente nella convenzione arbitrale, così come potranno specificare che tale potere non potrà essere da essi esercitato. In conclusione, l'approdo cui si è giunti è che, nel silenzio delle parti, non esistono valide ragioni per escludere che gli arbitri, su istanza di chi invochi la tutela, possano pronunciare la condanna di cui all'art. 614 *bis* c.p.c.