



DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO E IMPRESA

XXVIII CICLO

Coordinatore Chiar.mo Prof. Giuseppe Melis

**L'ESECUZIONE INDIRETTA NEL SISTEMA
PROCESSUALE E IN ARBITRATO.**

DOTTORANDA
Dott.ssa
MARIA ASSUNTA IUORIO

TUTOR
Chiar.mo Prof.
BRUNO CAPPONI

Anno Accademico **2016/2017**

INDICE. **pag. 2**

CAPITOLO PRIMO.

**L'EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA ESECUTIVA E
L'EVOLUZIONE DELLE MISURE COERCITIVE
NELL'ORDINAMENTO INTERNO.** **pag. 6**

1. Il principio di effettività della tutela (profili nazionali e transnazionali) e la necessità della tutela esecutiva. **pag. 8**
2. Esecuzione forzata e monopolio statale dell'attuazione delle decisioni giurisdizionali. **pag. 12**
3. Esecuzione diretta in particolare, la tendenza dell'ordinamento a privilegiare l'adempimento in forma specifica. **pag. 16**
4. La tutela esecutiva in forma specifica e la tutela c.d. indiretta. **pag. 21**
5. Strumenti di esecuzione indiretta: le misure coercitive. Nozione e finalità. **pag. 26**
6. Il risarcimento del danno: funzione compensativa e funzione sanzionatoria. La nuova funzione mista alla luce della Sent. n. 7613 del 15 aprile 2015 della Suprema Corte. **pag. 28**
- 6.1 L'ordinanza della Cassazione n. 9978 del 16 maggio 2016: compatibilità dei *punitive damages* con l'ordinamento giuridico italiano? **pag. 33**

CAPITOLO SECONDO.

**STRUMENTI DI ESECUZIONE INDIRETTA, L'ESPERIENZA
STRANIERA E QUELLA NOSTRANA.** **pag. 37**

1.	L' <i>astreinte</i> nell'esperienza francese.	pag. 39
1.1	L' <i>astreinte</i> provvisoria e definitiva.	pag. 42
1.2	L'ambito di applicazione. Obbligazioni di fare e di non fare.	pag. 46
1.2.1	Obbligazioni di dare e pecuniarie.	pag. 48
1.2.2	Esclusioni.	pag. 49
1.3	I soggetti coinvolti. Beneficiari e legittimati passivi.	pag. 50
1.4	Aspetti procedurali.	pag. 51
1.5	La possibilità per l'arbitro di ordinare l' <i>astreinte</i> .	pag. 52
1.6	Il regime processuale della misura coercitiva. La liquidazione dell' <i>astreinte</i> e la sua revoca.	pag. 53
1.7	Natura della <i>astreinte</i> e rapporto con il risarcimento del danno.	pag. 56
2.	Le misure di esecuzione indiretta nel diritto tedesco (cenni).	pag. 58
3.	Le misure di esecuzione indiretta nei paesi di Common Law (cenni).	pag. 61
4.	Le misure coercitive in Italia. La penalità di mora nella legge marchi e brevetti.	pag. 64
4.1	La pronuncia della penalità di mora nel diritto della proprietà intellettuale: natura e determinazione del suo ammontare.	pag. 70
5.	L' <i>astreinte</i> nella disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti. Il sistema bipolare.	pag. 76
5.1	La misura coercitiva nel codice del consumo. La fase provvisoria.	pag. 81

CAPITOLO TERZO

SEZIONE I: **PROFILI RICOSTRUTTIVI DELL'ART. 614 BIS**

C.P.C. **pag. 87**

1. L'introduzione dell'art. 614 *bis* c.p.c.: evoluzione storica e *ratio* della norma. **pag. 89**
2. Le novità della riforma del 2015: la rubrica e l'esclusione delle obbligazioni pecuniarie. **pag. 91**
3. Il contenuto e la portata dell'art. 614 *bis* c.p.c: la tesi del diritto soggettivo. **pag. 95**
- 3.1 *L'astreinte* nostrana quale strumento di natura processuale. **pag. 101**
- 3.2 La qualificazione della misura coercitiva fornita dalla Suprema Corte. **pag. 103**
4. L'istanza: assenza di "manifesta iniquità" e legittimazione. **pag. 106**
5. Il dibattito intorno all'art. 2932 c.c. **pag. 112**
6. La valenza di titolo esecutivo. **pag. 116**
7. Criteri per una "giusta" determinazione del *quantum*? **pag. 121**
8. Ipotesi di esclusione: i rapporti di lavoro, profili di incostituzionalità. **pag. 123**

SEZIONE II: **I PROVVEDIMENTI IDONEI A CONTENERE LA COMMINATORIA DELL'ASTREINTE.** **pag. 128**

1. I provvedimenti che possono determinare la pronuncia dell'*astreinte*: i provvedimenti cautelari. **pag. 130**

1.1 Il verbale di conciliazione.	pag. 139
1.2 L'art. 709 <i>ter</i> c.p.c.	pag. 143
2. La penalità di mora nel Codice del processo amministrativo.	pag. 146

CAPITOLO QUARTO

LA MISURA COERCITIVA IN ARBITRATO. **pag. 157**

1. L'evoluzione dei rapporti tra arbitro e giudice e all'annoso dibattito sulla natura giurisdizionale e contrattuale dell'arbitrato.	pag. 159
2. Le limitazioni dei poteri di imperio degli arbitri: il divieto del potere esecutivo e cautelare.	pag. 165
3. La contesa dottrina circa la praticabilità dell'art. 614 bis c.p.c. in arbitrato. La tesi del diritto soggettivo.	pag. 169
4. L'astreinte nostrana quale strumento di natura processuale: la misura coercitiva non è una voce d'esecuzione.	pag. 173
4.1 La questione dell'ostacolo (apparente) del limite della tutela cautelare in capo agli arbitri ai fini della sua praticabilità in arbitrato.	pag. 174
5. La misura di cui all'art. 614 bis c.p.c. come un <i>tertium genus</i> di tutela di condanna: l'inesistenza di ragioni per una sua esclusione in arbitrato.	pag. 176
6. Conclusioni.	pag. 179
BIBLIOGRAFIA.	pag. 187

CAPITOLO PRIMO

**L'EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA ESECUTIVA E
L'EVOLUZIONE DELLE MISURE COERCITIVE
NELL'ORDINAMENTO INTERNO.**

Sommario: **1.** Il principio di effettività della tutela (profili nazionali e transnazionali) e la necessità della tutela esecutiva; **2.** Esecuzione forzata e monopolio statale dell'attuazione delle decisioni giurisdizionali; **3.** Esecuzione diretta in particolare, la tendenza dell'ordinamento a privilegiare l'adempimento in forma specifica; **4.** La tutela esecutiva in forma specifica e la tutela c.d. indiretta; **5.** Strumenti di esecuzione indiretta: le misure coercitive. Nozione e finalità; **6.** Il risarcimento del danno: funzione compensativa e funzione sanzionatoria. La nuova funzione mista alla luce della Sent. n. 7613 del 15 aprile 2015 della Suprema Corte; **6.1** L'ordinanza della Cassazione n. 9978 del 16 maggio 2016: compatibilità dei *punitive damages* con l'ordinamento giuridico italiano?.

1. L'art. 24 della Costituzione, prevedendo, al primo comma, che tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi, rappresenta una norma cardine all'interno del processo civile. È norma che reclama come alle singole situazioni sostanziali debbano corrispondere forme di tutela processuale adeguate, tese alla piena e diretta soddisfazione degli interessi di cui quelle medesime situazioni sono espressione¹. La sua portata non è circoscritta all'ottenimento dell'affermazione della titolarità di una situazione giuridica soggettiva, propria della fase cognitiva, bensì ha funzione di assicurare anche e soprattutto il godimento del diritto fatto valere, attraverso la fase esecutiva². Tale norma è, dunque, volta a conferire effettività alla tutela domandata in sede giurisdizionale.

Diverse sono le coniugazioni del principio di effettività della giurisdizione nel nostro ordinamento giuridico³ e, tra queste, un ruolo

¹Cfr. tra gli altri: COMOGLIO, *Commenti all'art. 24 Cost.*, in *Commento alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, vol. *Rapporti Civili*, Bologna-Roma, 1981, p.10 ss.; MENGONI, *Intervento*, in MAZZAMUTO S. (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, I, Napoli, 1989, pp. 151 ss. Sulla tutela costituzionale del giudicato, cfr. CHIZZINI A., *Prolegomena a ogni futura metafisica del "giusto processo" che voglia presentarsi come rispettosa della tutela costituzionale dei diritti*, I, Napoli, 2008, pp. 25 ss; DENTI, *Valori costituzionali e cultura processuale*, in *Riv. Dir. proc.*, 1984, p. 884 ss; TROCKER, *Processo civile e costituzione*, Milano, 1974, pp. 295 ss.

²MARAZIA, *Astreintes e altre misure coercitive per l'effettività della tutela civile di condanna*, in *Riv. Esec. For.*, 2004, fasc. 2, p. 333 ss. Sulla natura giurisdizionale del procedimento di esecuzione, oggi pacificamente affermata anche in dottrina, cfr., VACCARELLA R., *Esecuzione forzata*, in *Riv. Esec. For.*, 2007, pp. 1 ss; LA CHINA, *Esecuzione forzata (profili generali)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XIII, Roma 1989; CRIVELLI, *La natura e le fonti dell'esecuzione forzata*, in AA.VV., *Esecuzione forzata e processo esecutivo*, Torino, 2006, pp. 28 ss.; CHIARLONI, *Giurisdizione e amministrazione nell'espropriazione forzata*, in AA.VV., *L'effettività della tutela del creditore nell'espropriazione forzata*, Milano, 1992, p. 3 ss.

³Per una panoramica della giurisprudenza sul punto, v. Corte cost., 4 luglio 1977, n. 127; Corte cost., 22 ottobre 1990, n. 470; Corte cost., 15 settembre 1995, n. 435; Corte cost., 24 luglio 1998, n. 321; Corte cost., 22 ottobre 1996, n. 354; Corte cost., 22 ottobre 1996, n. 353; Corte cost., 28 luglio 2010, n. 281.

certamente importante riveste - unitamente al processo di cognizione e al processo cautelare - proprio l'esecuzione forzata.

Anche la Consulta si è espressa più volte su questo tema, affermando che la garanzia della tutela giurisdizionale posta dall'art. 24, comma 1, Cost., comprende anche la fase dell'esecuzione forzata, la quale è, appunto, diretta a rendere effettiva l'attuazione del provvedimento del giudice⁴.

Risulta evidente che l'accesso alla tutela giurisdizionale sarebbe lettera morta se non fosse garantito l'adempimento del diritto sostanziale che l'ordinamento giuridico riconosce al cd. avente diritto⁵. È stato affermato che «il discorso sulla tutela dei diritti

⁴ In tal senso, *ex multis*: Corte Cost., 12 luglio 2002, n. 522, in cui è stata sostenuta la violazione del diritto di difesa da parte di una interpretazione che escludesse dal novero dei titoli esecutivi il verbale di conciliazione giudiziale avente ad oggetto gli obblighi di fare o non fare; Corte Cost., 6 dicembre 2002, n. 522, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 66, secondo comma, del D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, nella parte in cui non prevede che la disciplina di cui al primo comma (la possibilità di rilasciare originali, copie ed estratti di atti soggetti a registrazione solo dopo che questa sia avvenuta) non si applica al rilascio dell'originale o della copia della sentenza o di altro provvedimento giurisdizionale che debba essere utilizzato per procedere all'esecuzione forzata; Corte Cost., 5 ottobre 2001, n. 333, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 7, legge 9 dicembre 1998, n. 431; la norma subordinava la messa in esecuzione del provvedimento di rilascio dell'immobile locato, adibito ad uso abitativo, alla dimostrazione, da parte del locatore, della regolarità della propria posizione fiscale (pagamento imposta di registro sul contratto di locazione, ICI e imposta sui redditi relativa ai canoni); infine, Corte Cost., 10 novembre 2004, n. 335, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 287 c.p.c. nella parte in cui esclude che le sentenze contro le quali sia stato proposto appello potessero essere corrette dallo stesso giudice che le ha pronunciate. Essendo le sentenze di primo grado provvisoriamente esecutive tra le parti, a seguito della riforma del '90, l'impossibilità di correggere subito l'errore materiale di quelle contro le quali è stato proposto appello incideva negativamente sul diritto di agire subito per la tutela esecutiva. Per ulteriori approfondimenti v. STORTO, *Esecuzione forzata e diritto di difesa nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. esec. forz.*, 2009, pp. 155 ss.

⁵ Come pure appresso si dirà, tale problematica ha ricevuto attenzione anche in sede sovranazionale, con la pronuncia della Corte EDU, 19 marzo 1997, *Hornsby c. Grecia*, basata sul principio secondo il quale «... le pronunce di giustizia debbono fornire tutela effettiva, sicché in ogni ordinamento nazionale deve risultare proponibile l'azione di esecuzione». Ciò implica che al processo esecutivo vadano

implica necessariamente la riflessione sui mezzi di tutela che l'ordinamento prevede nell'ipotesi di violazione del diritto. L'argomento della tutela avrebbe meno valore declamatorio ove esso non si confrontasse con le previsioni di diritto positivo sui mezzi attraverso i quali i diritti sono tutelati».⁶

Tale prerogativa è espressione del celebre principio chiovendiano secondo cui «Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire»⁷, principio che oggi ha trovato piena

necessariamente estesi i principi relativi al processo equo, sanciti non solo nella nostra Carta Costituzionale ma anche nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Sull'argomento, si veda TARZIA G., *Il giusto processo di esecuzione*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, pp. 329 ss.; COMOGLIO, *Principi costituzionali e processo di esecuzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, pp. 450 ss.; CAPPONI B., *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, Giappichelli, 2016, pp. 33 ss.; CRIVELLI, *Principi, azione, soggetti, oggetto*, in AA.VV., *Esecuzione forzata e processo esecutivo*, Utet, 2012, pp. 107 ss. Con riguardo all'ordinamento interno, deve richiamarsi la pronuncia della Corte Cost., 15 settembre 1995, n. 435, con la quale il Giudice delle leggi aveva riconosciuto la necessità costituzionale della fase coattiva dei provvedimenti giudiziari. Nel provvedimento, infatti, si legge che «... il contenuto tipico della pronuncia giurisdizionale è proprio quello di esprimere la volontà concreta della legge o, più esattamente, la “normativa per il caso concreto” (come si è felicemente precisato in dottrina) che deve essere attuata nella vicenda sottoposta a giudizio»; ed, inoltre, che «... proprio in base al già ricordato principio di effettività della tutela deve ritenersi connotato intrinseco della stessa funzione giurisdizionale, nonché dell'imprescindibile esigenza di credibilità collegata al suo esercizio, il potere di imporre, anche coattivamente in caso di necessità, il rispetto della statuizione contenuta nel giudicato e, quindi, in definitiva, il rispetto della legge stessa. Una decisione di giustizia che non possa essere portata ad effettiva esecuzione (eccettuati i casi di impossibilità dell'esecuzione in forma specifica) altro non sarebbe che un'inutile enunciazione di principi, con conseguente violazione degli artt. 24 e 113 della Costituzione, i quali garantiscono il soddisfacimento effettivo dei diritti e degli interessi accertati in giudizio nei confronti di qualsiasi soggetto». La sentenza è reperibile nel sito www.giurcost.org. Più di recente, questi principi sono stati applicati dal Consiglio di Stato (pronuncia n. 3047 del 23 maggio 2011), che ha dichiarato la ammissibilità del rimedio del giudizio di ottemperanza nei confronti del lodo arbitrale dichiarato esecutivo che abbia acquistato efficacia di giudicato.

⁶ Cfr. A. DI MAJO, *La tutela dei diritti*, Giuffrè, 1993.

⁷ CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, p. 81.

conferma nell'adozione delle regole relative al "giusto processo"⁸, inserite nell'art. 111 della Cost. dalla legge 23 novembre 1999, *ad instar* di quanto già sancito dall'art. 6 della CEDU⁹. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, proprio in applicazione di questa ultima norma, ha stabilito che il processo di esecuzione ha la stessa natura di quello di cognizione, in quanto entrambi sono processi giurisdizionali diretti alla realizzazione effettiva dei diritti¹⁰. La tutela giurisdizionale non può prescindere dall'effettività¹¹, tant'è che si è giunti a parlare di *un vero e proprio diritto all'esecuzione*¹².

⁸ Per un approfondimento sul tema, si rimanda a COMOGLIO, *Principi costituzionali e processo di esecuzione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1994, pp. 450 ss.

⁹ "Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole, da un tribunale indipendente ed imparziale".

¹⁰ Per un approfondimento sull'effettività nel diritto dell'Unione Europea, v. COMOGLIO, *L'effettività della tutela giurisdizionale nella carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, *La nuova giur. Civ. comm.*, 2001, VI, 471 ss.; ID., *Diritti fondamentali e garanzie processuali comuni nella prospettiva dell'Unione Europea*, in *Foro It.*, 1994, V, c. 153.

¹¹ La Corte Costituzionale non ha mancato di esprimersi più volte sulla tutela apprestata dall'art. 24 Cost. all'interno della fase esecutiva. Si veda, al proposito, Corte Cost., 6 dicembre 2002, n. 522: "È costituzionalmente illegittimo, per contrasto con l'art. 24 cost., l'art. 66 d.P.R. 26 aprile 1986 n. 131, nella parte in cui non prevede che la disposizione di cui al comma 1 non si applica al rilascio dell'originale o della copia della sentenza o di altro provvedimento giurisdizionale, che debba essere utilizzato per procedere all'esecuzione forzata."; Corte Cost., 5 ottobre 2001, n.333: "È costituzionalmente illegittimo l'art. 7 l. 9 dicembre 1998 n. 431, che pone quale condizione per la messa in esecuzione del provvedimento di rilascio dell'immobile locato, adibito ad uso abitativo, la dimostrazione, da parte del locatore, della regolarità della propria posizione fiscale quanto al pagamento dell'imposta di registro sul contratto di locazione, dell'i.c.i. e dell'imposta sui redditi relativa ai canoni. Infatti, tale onere, imposto al locatore a pena di improcedibilità dell'azione esecutiva, ha fini esclusivamente fiscali e risulta privo di qualsivoglia connessione con il processo esecutivo e con gli interessi che lo stesso è diretto a realizzare, sicché esso si traduce in una preclusione o in un ostacolo all'esperimento della tutela giurisdizionale, in violazione dell'art. 24 cost."; Corte Cost. 10 novembre 2004, n. 335: "È costituzionalmente illegittimo, per violazione degli art. 3 e 24 cost., l'art. 287 c.p.c., limitatamente alle parole "contro le quali non sia stato proposto appello". Infatti, la norma impugnata dal rimettente esclude la sola sentenza di primo grado già investita dall'appello - ma non anche quella non ancora appellata - dallo speciale procedimento di correzione di errore materiale da essa disciplinato, e in tale modo viene a determinare una situazione eccezionale

2. Orbene, la natura giurisdizionale del procedimento esecutivo è ormai pacificamente riconosciuta¹³, così come è pacifico che il giudice dell'esecuzione operi facendo uso delle regole e degli strumenti propri di ciascun processo giurisdizionale e che le fondamentali garanzie sull'equo processo civile, desumibili dalle norme costituzionali (artt. 3, 24 e 111 Cost. in particolare) e dalle Convenzioni Internazionali (come la Cedu), trovino applicazione anche nel processo esecutivo¹⁴. Ne consegue che riconoscere natura giurisdizionale alla tutela esecutiva implichi 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 condanna¹⁵.

rispetto alla regola - ricavabile dall'esame del sistema normativo in cui tale norma si inserisce - secondo la quale il procedimento di correzione è insensibile alla proposizione dell'impugnazione ed è di competenza del giudice che ha emesso il provvedimento affetto da errore ("lato sensu") ostativo, mentre la circostanza che la legge n. 353 del 1990 abbia introdotto la duplice regola della mancanza di efficacia sospensiva dell'appello (art. 337 c.p.c.), unitamente a quella dell'immediata esecutività della sentenza di primo grado (art. 282 c.p.c.), rende tale disciplina - che non può essere più giustificata in base a mere esigenze di economia processuale - del tutto irragionevole, risolvendosi essa altresì in una ingiustificabile compressione del diritto di agire esecutivamente della parte vittoriosa, e pertanto - costituendo l'azione esecutiva strumento essenziale dell'effettività della tutela giurisdizionale - in una violazione dell'art. 24 cost."

¹² CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, Torino, 2016, p. 20. V. anche TARUFFO, *Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione*, in *Riv. critica dir. privato*, 1986, pp. 635 ss.; COMOGLIO, *Principi costituzionali e processo di esecuzione*, cit. pp. 450 ss.

¹³ Oltre che da parte della Corte Edu e della Consulta, tale pacifico riconoscimento è intervenuto anche da parte della dottrina, cfr., da ultimo, F. TOMMASEO, *L'esecuzione forzata*, Padova, 2009, p. 14 ss.; ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale (lezione magistrale)*, Napoli, 2008, p.17 ss.

¹⁴ cfr. CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, cit., p. 21 ss.

¹⁵ Cfr., PROTO PISANI, *L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 622 ss.

Secondo la c.d. dottrina classica¹⁶, infatti, 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.

Secondo detta impostazione, allora, muovendo dalla premessa della corrispondenza necessaria tra condanna ed esecuzione forzata, e contemporaneamente dalla constatazione che il nostro sistema è fondato sulla tipicità delle forme di tutela esecutiva, la conclusione che ne discende è nel senso di affermare, sia pure indirettamente, la tipicità della tutela di condanna, con la conseguenza che essa configura la tutela di condanna come rimedio non "generale" e non "completo", proprio in funzione dell'assenza di strumenti "atipici" o "generali" di esecuzione forzata.

Non sarebbe vero, in sostanza, che la tutela di condanna sia esperibile in tutti casi nei quali proprio la condanna appare come strumento necessario per la reintegrazione del diritto, essendo essa possibile solo quando esista una forma di esecuzione forzata.

¹⁶ Ampiamente sviluppata da MANDRIOLI, *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, pag. 1342; ID., *Corso di diritto processuale civile*, I, Torino, 1975, 54. Altresi, cfr. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1973, 144 ss; CALAMANDREI, *La condanna*, in ID., *Opere giuridiche*, Napoli, V, 1972, 483 ss.; MONTESANO, *Condanna civile e tutela esecutiva*, Napoli, 1965, 5; REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1957, II, 260; ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1964, 143 ss.; MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, Milano, I, 1959, 47 ss.; ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955, 100 ss.; GARBAGNATI, *Azione e interesse*, in *Jus*, 1955, 333 ss.; BORRÈ, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, Napoli, 1965, 138 ss. Per approfondimenti sulle diverse posizioni v. LUISO, voce *Esecuzione forzata (esecuzione in forma specifica)*, in *Enc. giur. Treccani*, XIII, Roma, 1989, p. 2 ss.; MONTESANO, voce *Esecuzione specifica*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 533 ss.

Tale avviso muove dall'esaltazione delle caratteristiche proprie della sentenza di condanna. Essa soltanto è idonea, infatti, a costituire titolo esecutivo ai sensi dell'art. 474, n. 1, c.p.c.; a costituire titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale ai sensi dell'art. 2818 c.c.¹⁷; a sostituire la prescrizione ordinaria alla eventuale originaria prescrizione più breve, ex art. 2953 c.c., prerogativa riconosciuta esplicitamente alla sentenza di condanna passata in giudicato.

In particolare, la norma dell'art. 2818 c.c.¹⁸ lascerebbe intendere che la condanna non può che avere ad oggetto un'obbligazione civile di cui il debitore deve rispondere con tutti i suoi beni presenti e futuri, ai sensi del primo comma dell'art. 2740 c.c.¹⁹ Invero, la disposizione aggiunge che costituiscono titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale anche le sentenze che portano condanna al risarcimento dei danni da liquidarsi successivamente (sentenza di condanna generica), nonché per gli altri provvedimenti giudiziari ai quali la legge attribuisce tale effetto, ma il dato normativo si riferisce sempre all'obbligazione pecuniaria, la quale subentra per equivalente anche laddove si sia in presenza di obbligazioni di altra natura.

¹⁷ La dottrina è concorde nel ritenere che non occorre il passaggio in giudicato o la esecutività della sentenza di condanna ai fini dell'iscrizione ipotecaria, v. FRAGALI, *Ipoteca*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972, 760; GORLA, *Del pegno. Delle ipoteche*, in SCIALOJA, BRANCA, *Commentario del codice civile*, sub artt. 2784-2899, Bologna-Roma, 1968, 232; RAVAZZANI, *Le ipoteche*, in *Tratt. Rescigno*, XX, Torino, 1985, 47; RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, Milano, 1956, 297. Conforme anche la giurisprudenza, Cass. S.U., 21 marzo 1967, n. 626, in *Foro It.*, 1967, I, 696; Cass., 7 novembre 1968, n. 3689.

¹⁸ La cui disposizione recita, lo ricordiamo “*Ogni sentenza che porta condanna al pagamento di una somma o all'adempimento di altra obbligazione ovvero al risarcimento dei danni da liquidarsi successivamente è titolo per iscrivere ipoteca sui beni del debitore.*”

Lo stesso ha luogo per gli altri provvedimenti giudiziari ai quali la legge attribuisce tale effetto.”

¹⁹ MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1985, 147.

Sul punto si ravvisano, altresì, orientamenti della giurisprudenza di legittimità in conformità con la posizione poc'anzi illustrata. La Cassazione, infatti, si è espressa in diverse occasioni nel senso di ritenere «ammissibile la pronuncia di condanna resa dal giudice nella ipotesi di infungibilità (e, dunque, di incoercibilità) del “facere” dell'obbligato, in quanto la relativa decisione non solo è potenzialmente idonea a produrre i suoi effetti tipici in conseguenza della (eventuale) esecuzione volontaria da parte del debitore, ma è altresì funzionale alla produzione di ulteriori conseguenze giuridiche (derivanti dall'inosservanza dell'ordine in essa contenuto) che il titolare del rapporto è autorizzato ad invocare in suo favore, prima fra tutte la possibile, successiva domanda di risarcimento del danno, rispetto alla quale la condanna ad un “facere” infungibile assume valenza sostanziale di sentenza di accertamento»²⁰.

Si può pertanto concludere che, secondo l'impostazione c.d. classica, la condanna potrà avere ad oggetto solo statuizioni che siano eseguibili in via coattiva, perché si tratta o dell'obbligazione civile

²⁰ Cass., 13 ottobre 1997, n. 9957, in *La nuova giur. civ. comm.*, 1998, VI, p. I, 871 ss., con nota di Campagnolo. Conforme Cass., 1 dicembre 2000, n. 15349, in *Giust. civ.*, 2001, VI, I, 1592 ss.; i giudici di legittimità hanno ribadito tale principio anche relativamente a rapporti contrattuali che comportino, per una delle parti o per entrambe, obblighi di fare non suscettibili, per loro intrinseca natura, di esecuzione forzata, v. Cass., 17 luglio 1992, n. 8721, in *Riv. giur. lavoro e previdenza sociale*, 1992, IV, II, 996 ss.. con nota di BIANCA. In senso contrario, Cass., 13 gennaio 1997,

n. 258, secondo la quale "*Gli effetti esecutivi attribuiti al verbale di conciliazione dall'art 185, ult. comma, c.p.c. non possono infatti paragonarsi a quelli di una sentenza passata in giudicato, dovendosi, invece, assimilare a quelli di un titolo contrattuale esecutivo (come gli atti notarili e simili indicati nell'art. 474 n. 3 c.p.c.), posto che il verbale di conciliazione è un atto di composizione volontariamente concluso dalle parti, sia pur con l'intervento del giudice (cfr. Cass. 18. 7.1 987 n. 6333). Per altro verso, poi, occorre ai fini di specie un titolo contenente l'accertamento positivo sulla fungibilità e quindi sulla coercibilità dell'obbligo di fare*".

direttamente chiesta dal debitore ovvero di quella per equivalente (risarcimento danni).

3. Si è però lecitamente dubitato della fondatezza di questa tesi, in quanto, di là dal suo fondamento dogmatico, essa appare incompatibile con una lettura adeguata dell'art. 24 della Costituzione, dato che conduce direttamente ad individuare numerose e rilevanti ipotesi nelle quali, pur non potendosi disconoscere la necessità della condanna come forma di tutela del diritto leso, questa si configura tuttavia come impossibile. Si è osservato, dunque, che la tesi in esame può essere formulata solo a condizione di ignorare la dimensione costituzionale del problema della tutela dei diritti.

Basta, infatti, volgere lo sguardo al diritto sostanziale per rendersi conto della pluralità di situazioni - dai diritti a contenuto non patrimoniale, come quelli di libertà e della persona, a quelli che postulano *facere* infungibili - nelle quali la tutela di accertamento risulta chiaramente inadeguata, situazioni nelle quali, quindi, solo la condanna è in grado di assicurare una tutela effettiva.

Di fronte a queste situazioni, affermare che la condanna è impossibile perché manca lo strumento di esecuzione forzata in senso stretto è una risposta che elude la sostanza del problema, ed equivale ad affermare che in esse la garanzia costituzionale non opera; il che non sembra molto coerente con il *tutti* che apre l'enunciazione dell'art. 24 Cost.

Pertanto, alla luce di questa consapevolezza, cominciarono a maturare posizioni tendenti a riconoscere la sussistenza di limiti di varia natura che non consentono sempre l'esecuzione del diritto oggetto di condanna. Tali limiti impongono ai titolari di accontentarsi

di risultati equipollenti che non corrispondono, in ogni caso, all'oggetto dell'obbligazione e che, pertanto, non sempre si traducono in un risultato soddisfacente per l'avente diritto.

Ad esempio, Montesano²¹, muovendo da un aspetto della tradizione, ha affrontato in modo diverso la dimensione costituzionale della tutela di condanna, considerando la condanna come possibile soltanto qualora si tratti di realizzare un interesse suscettibile di valutazione economica.

In particolare, secondo questo illustre Autore, la nozione di condanna non sarebbe "presupposta" ma "posta" dall'art. 2818 codice civile²², e quindi configurabile solo nei limiti del dettato letterale della norma. Poiché, peraltro, tale ultima disposizione, accanto al pagamento di somme e al risarcimento del danno, richiama anche "l'adempimento di altra obbligazione", sarebbe necessario un richiamo all'art. 1174 cod. civ.²³, per affermare, appunto, che deve trattarsi di obbligazione suscettibile di valutazione economica.

²¹ Cfr. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in Trattato di Diritto civile italiano fondato da F. Vassalli, 2° ed. Torino, XIV, 4, Torino 1994, pg. 168 e ss.; MONTESANO-ARIETA, *Trattato di Diritto processuale civile*, I, Padova 2001, pg. 895 e ss.; MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria. Contributo allo studio della responsabilità patrimoniale dal punto di vista dell'azione*, Milano 1975, pg. 53-89; ID., *Riflessioni sulla tutela esecutiva dei diritti di credito*, Studi sul processo civile, III, Roma 2013, pg. 89 e ss.; ID., *Recenti sviluppi nella dottrina dell'esecuzione forzata*, ivi pg. 199 e ss.; ID., *Per un chiarimento sul concetto di responsabilità o garanzia patrimoniale del debitore*, ivi pg. 251 e ss.; ID., *Brevi note sulla natura giuridica del fallimento*, ivi pg. 273 e ss.; ID., *Manuale di Diritto processuale civile*, 7° ed, II, Padova 2015, pg. 55-70. Nelle opere qui citate ulteriori ed ampi riferimenti di dottrina.

²² «Ogni sentenza che porta condanna al pagamento di una somma o all'adempimento di altra obbligazione ovvero al risarcimento dei danni da liquidarsi successivamente è titolo per iscrivere ipoteca sui beni del debitore. Lo stesso ha luogo per gli altri provvedimenti giudiziali ai quali la legge attribuisce tale effetto».

²³ «La prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore».

In sostanza, la condanna sarebbe possibile solo sulla base di questa interpretazione degli artt. 2818 e 1174 del Codice Civile, e sarebbe, quindi, impossibile ogniqualvolta si tratti di tutelare diritti che non hanno o non possono avere contenuto patrimoniale. Questa, poi, è la premessa per affermare che in tema di attuazione della condanna la norma fondamentale sarebbe l'art. 2740 cod. civ.²⁴, e quindi, essendo esclusa l'esecuzione forzata specifica delle obbligazioni civili, anche perché tutti gli obblighi di fare e di non fare sarebbero sempre e per definizione infungibili, l'unica forma di attuazione della condanna consisterebbe nell'attribuzione al creditore dell'equivalente patrimoniale della prestazione dovuta.

A ben vedere, tale impostazione di pensiero traeva le sue origini da una concezione parzialmente nuova della *esecuzione forzata*, sviluppata per la prima volta nel 1950 da S. Satta²⁵.

In particolare, tale ultimo illustre Studioso raggruppava i diritti in situazioni giuridiche *finali* e *strumentali*. Rientrano nel primo gruppo i diritti reali e assoluti, cioè quelle situazioni caratterizzate dall'ordinaria immanenza nel diritto, in modo che la titolarità ne assicuri già in linea di principio il pieno godimento e la disponibilità, senza la necessaria cooperazione di altri soggetti. Sono situazioni giuridiche strumentali, invece, quei diritti e/o rapporti giuridici che tendono a costituire una delle anzidette situazioni finali, vale a dire i diritti reali o assoluti; rientrano in questa categoria le obbligazioni civili ed i diritti potestativi, o poteri di diritto privato. Questi diritti si

²⁴ «Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri».

Le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge

²⁵ Cfr. S.SATTA, *Esecuzione forzata*, facente parte del Trattato di Diritto civile italiano diretto da F. Vassalli, 1950.

estinguono quando viene raggiunto lo scopo per cui esistono e sono creati, cioè la situazione giuridica finale cui mirano, che invece, essendo fine a se stessa, è destinata a perpetuarsi²⁶.

Alla luce, dunque, di questa premessa, l'Autore ricollegava la esecuzione specifica ai diritti reali e assoluti, osservando che gli obblighi in parola non fossero obbligazioni in senso proprio, ma il riflesso di tali diritti che vengono reintegrati coattivamente a mezzo degli organi giurisdizionali in virtù delle loro stesse potenzialità intrinseche. L'espropriazione forzata, invece, è il mezzo tipico di tutela del creditore, quindi del diritto di credito nascente da un obbligazione civile, perché non avendo esso come suo oggetto immediato un bene, bensì la prestazione (vale a dire una azione umana naturalmente incoercibile) di chi è obbligato a procurarlo, non v'è altro modo per soddisfare il creditore in caso di inadempimento della prestazione dovuta che *espropriare forzatamente* dal patrimonio del debitore inadempiente beni diversi per trasformarli in uno equivalente a quello dovuto (il danaro), con il quale appagare il creditore. Per questa via, diversa dall'adempimento volontario, viene egualmente raggiunto lo scopo dell'obbligazione, cioè la costituzione della situazione giuridica finale cui è strumentalmente preordinata, scavalcando e superando la renitenza del debitore senza toccare la sua persona e neutralizzando gli effetti della naturale incoercibilità della prestazione²⁷.

²⁶ Questa distinzione è riproposta altresì da PUNZI, *Il processo civile*, vol. I, Torino, 2010, pp. 18 ss.

²⁷ Cfr. S.SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, III, Milano 1966, pg. 3 e ss; ID., *Manuale di Diritto Processuale civile*, 7^{ed.}, Padova 1967, pg. 453-461; ID., *Svolgimenti critici di una dottrina sull'esecuzione forzata*, in *Colloqui e soliloqui di un giurista*, Padova 1968, pg. 242 e ss., e già in *Studi in onore di Antonio Cicu*, Milano 1951; ID. *L'esecuzione forzata*, Milano 1937; ancor prima ID.,

Diverse sono state le obiezioni sollevate a tale ultima tesi²⁸. In particolare, si è ritenuto²⁹ che non si può condividere il valore della integrale ed esclusiva monetizzazione delle situazioni giuridiche tutelabili in via di condanna. L'idea che solo gli interessi traducibili in equivalente monetario possano godere di tale tutela è invero difficilmente qualificabile come principio giuridico oggettivamente dato, se non altro perché riserva a tali interessi una condizione di privilegio, e relega le situazioni giuridiche non riducibili, in tutto o in parte, in somme di denaro, al livello, più debole, di accertamento.

In tale ultima ipotesi, tuttavia, si deve escludere che sussista la garanzia di una tutela effettiva e adeguata alle esigenze di restaurazione del diritto leso, il quale, proprio in quanto non riducibile all'equivalente monetario della prestazione, esige di per sé l'adempimento specifico dell'obbligo originario³⁰.

Premesse generali alla dottrina dell'esecuzione forzata, Riv. dir. proc. 1932, I, 333 e ss., nonché, ID. *La rivendita forzata*, Milano 1933.

²⁸ Per una sintetica, ma precisa e completa, esposizione delle varie dottrine professate in argomento, cfr. A. BONSIGNORI, *Esecuzione forzata in genere*, Digesto di Scienze privatistiche, Sez. civ. Torino 1991, 567 e ss. Un acceso critico della tesi sattiaiana è stato, in passato, DENTI, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano 1953, pg. 1-44.

²⁹ Cfr., tra gli altri, PROTO PISANI, *La tutela di condanna*, in *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Studi, Napoli, 2003, pp. 85 ss. In questo senso, recentemente, I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano 2004, e su di essa le notazioni critiche di MONTELEONE, *Il litisconsorte pretermesso e l'opposizione all'esecuzione specifica contro di lui intrapresa*, Riv. Es. forz. 2015, 268 e ss., ed in particolare pg. 271, nota 6, e pg. 274-275. Così, E. SILVESTRI - M. TARUFFO, *Esecuzione forzata. III) Esecuzione forzata e misure coercitive*, Enc. giur. Treccani, XIII, Roma 1989 pg. 3-4. Cfr., pure, della stessa E. SILVESTRI la *Postilla di aggiornamento* alla voce citata.

³⁰ Recentemente R. METAFORA, *L'esecuzione degli obblighi di fare (fungibili) e di non fare*, Riv. es. forz. 2012, pg. 404 e ss., afferma essere "ampiamente superata la tesi sostenuta in passato da S. Satta"; cita a sostegno di questa affermazione la voce di LUISO, *Esecuzione forzata. II) Esecuzione forzata in forma specifica*, Enc. giur. Treccani, XIII, Roma 1989, pg. 1, secondo cui determinante ai fini esecutivi non sarebbe il diritto da tutelare ma il tipo di obbligo inadempito da surrogare. Contro tale opinione v., da ultimo, Cass. Sez. Un. , 23-1-2015 n.1238, con nota di commento di MONTELEONE, in *Riv. es. forz.* 2015, pg. 213 e ss., che muove dal

4. Proprio queste riflessioni indurranno alcuni ripensamenti sulla tradizionale correlazione condanna-esecuzione forzata, che traevano spunto da riflessioni coeve alla tesi tradizionale, che già palesavano queste perplessità.

Già Chiovenda³¹, pur confermando la visione per cui in base alla sentenza si può senz'altro procedere all'esecuzione per il conseguimento del bene, ammetteva altresì, il caso che si potesse essere condannati ad una prestazione infungibile, rispetto alla quale era impossibile l'esecuzione diretta. Nel pensiero del giurista, pertanto, era ben chiaro che l'attuazione della sentenza di condanna poteva avvenire sia attraverso la tecnica dell'esecuzione forzata sia attraverso le misure coercitive e che queste ultime potevano garantire il conseguimento della prestazione oggetto dell'obbligazione. Anche Carnelutti³² prospettava, nei suoi scritti anteriori al codice del '40, la possibilità di configurare una condanna insuscettibile di esecuzione forzata, situazione che porta ad una vera e propria "crisi dell'obbligazione" e che può essere superata con una più severa applicazione dei processi di esecuzione forzata.

Nonostante questi importanti contributi, la dottrina degli anni cinquanta e sessanta non si allontanò dalla convinzione che la

presupposto che alla base dell'esecuzione specifica sta un diritto reale o assoluto e non un diritto di credito. Del resto, LUISO, *Efficacia del titolo esecutivo verso i terzi*, Perugia 1979, e ID., *L'esecuzione "ultra partes"*, Milano 1984, aveva illustrato lo stesso concetto. Da ultimo, in argomento, cfr. FINOCCHIARO, in *Commentario del codice civile diretto da E. Gabrielli, Della tutela dei diritti a cura di G. Bonilini e A. Chizzini*, Milano 2016, 432 e ss.

³¹ CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, cit., pp. 157 e 165.

³² CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1936, p. 138.

condanna è tale quando ha per oggetto l'adempimento di un obbligo civile e non il compimento di doveri diversi da essa³³.

A partire dagli anni settanta, invece, si ricominciò a mettere in discussione l'univocità della relazione sentenza di condanna-esecuzione forzata. Questo orientamento parte dal presupposto per cui i procedimenti di esecuzione forzata sono *solamente* idonei ad assicurare: 1) l'attuazione di quelle sentenze che condannino al pagamento di una somma di denaro (obbligazione originaria o derivata dalla violazione di altra obbligazione), tramite il processo dell'espropriazione forzata; all'adempimento di rilasciare una cosa immobile o consegnare una cosa mobile determinata, attraverso il processo di consegna o rilascio; 2) l'adempimento di un obbligo di fare materialmente e giuridicamente fungibile, tramite l'esecuzione forzata di obblighi di fare e di non fare³⁴.

Mentre l'esecuzione forzata può garantire le suddette prestazioni, essa è del tutto inadeguata a garantirne altre, che sono accomunate dalla medesima caratteristica: l'infungibilità³⁵. Si ritengono tali quegli obblighi che non possono essere eseguiti da un terzo e quelli che si risolvono in una condotta personale dell'obbligato, per cui il procedimento di cui all'art. 612 c.p.c., che prevede l'esecuzione da parte del terzo su designazione del giudice, è completamente inadeguata ad assicurare il soddisfacimento del diritto del creditore. Sono infungibili le prestazioni dovute *intuitu personae*,

³³ Cfr. Nota n. 21. Altresi, MONTESANO, *Condanna civile e tutela esecutiva*, Napoli 1965, p. 5 ss; SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova, 1973, p. 228.

³⁴ RISOLO, *L'effettività della tutela esecutiva ed il problema delle misure coercitive*, in AA. VV. *L'esecuzione processuale indiretta*, CAPPONI B. (a cura di), Torino, 2011, pp. 11 ss.

³⁵ Cfr., PROTO PISANI, *La tutela di condanna*, in *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Studi, Napoli, 2003, pp. 85 ss.

quelle che coinvolgono diritti della personalità, quelle fungibili per cui è difficoltosa l'esecuzione del terzo e quelle che consistono in un non fare.

Da una simile impostazione segue la necessità di un superamento della correlazione tra condanna ed esecuzione, il che sarebbe 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 indiretta³⁶.

A questo orientamento non è mancata la replica da parte degli esponenti della teoria maggioritaria³⁷. Secondo i fautori di quest'ultima tesi un primo dato inoppugnabile sarebbe legato alla stessa definizione di condanna, laddove per essa si intende un provvedimento giudiziario che, nell'accertare un diritto, ne accerta l'ulteriore esigenza di tutela mediante esecuzione forzata; ciò è a tal punto vero che non può essere definito condanna quel provvedimento al quale la legge non attribuisca l'efficacia esecutiva di cui all'art. 474 c.p.c.

Inoltre, le argomentazioni opposte sarebbero poco fondate, almeno per due ordini di ragioni. In primo luogo non sarebbe adeguato, per criticare la soddisfazione per equivalente degli obblighi infungibili, il richiamo al testo costituzionale, dal momento che non si ravvisa in esso alcuna disposizione contraria ad una simile concezione. Anche l'art 24 Cost, che garantisce la tutela giurisdizionale di ciascun diritto (pure quello sotteso ad una

³⁶ Cfr., PROTO PISANI, *La tutela di condanna*, cit., pp. 85 ss.

³⁷ cfr. Per tutti, MADRIOLI, *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata*, cit., p. 1342 ss.

prestazione infungibile) deve essere inteso nel senso che l'ordinamento deve favorire tutto ciò che giova alla tutela dei diritti, ma nessuna posizione esplicita si può scorgere in ordine alla nozione di condanna.

In secondo luogo, anche se l'art. 2818 c.c., nel disciplinare i provvedimenti che autorizzano l'iscrizione di ipoteca, menziona, oltre alla condanna al pagamento di una somma, anche l'"adempimento di altra obbligazione" (argomento, come sopra evidenziato, caro ai fautori della tesi contraria), non farebbe riferimento, in realtà, alle obbligazioni non suscettibili di esecuzione forzata, ma a quelle che possono risolversi unicamente nel risarcimento di danni; è solo così che la norma può fondare quella probabilità di espropriazione che è la reale chiave di lettura dell'art 2818 c.c.

Pertanto, il superamento della correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata sarebbe poco convincente. Gli argomenti a sostegno di quella tesi sembrerebbero idonei non già a confutare quella relazione, piuttosto a far prendere coscienza circa la necessità di garantire il più possibile l'eseguibilità dei diritti, in special modo di quelli che per lungo tempo non hanno trovato la giusta attuazione. Questa grave lacuna, infatti, a lungo permanente nel nostro ordinamento giuridico è stata sempre riconosciuta e condivisa dai più.

Come è noto, l'esecuzione forzata, sia nella forma della espropriazione forzata che in quella di esecuzione in forma specifica, viene generalmente denominata esecuzione diretta allorquando la si vuole contrapporre ad un altro tipo di esecuzione forzata, che viene, di contro, qualificata come esecuzione indiretta.

Si ha quest'ultima quando l'ordinamento prevede l'applicazione, nei confronti del soggetto passivo del rapporto e quindi

dell'obbligato, di sanzioni - civili e penali - in caso di inadempimento; sanzioni che sono idonee ad arrecare all'obbligato un pregiudizio maggiore di quello che subirebbe dall'adempimento, in modo tale pertanto, da spingerlo ad adempiere. Queste sanzioni sono generalmente definite *misure coercitive*, proprio perché la loro funzione è quella di indurre l'obbligato ad adempiere³⁸.

Nei capitoli successivi si avrà modo di esaminare come sia sempre stata sentita come esigenza trasversale quella di introdurre una misura coercitiva civile di carattere generale nel nostro ordinamento.

Questa esigenza, a lungo rimasta tale, è stata interpretata negli anni in maniera diversa dagli studiosi, 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.

In particolare, con l'intervento del legislatore del 2015 sono stati inseriti nel codice di procedura civile il Titolo IV *bis* ed un nuovo art. 614 *bis* aventi ad oggetto le misure di coercizione indiretta, non più limitate agli obblighi di fare infungibile o di non fare.

Una volta esaminata la nuova disposizione, nella sua originaria formulazione e in quella oggetto di modifica, verrà naturale chiedersi se la novella possa influenzare il dibattito condanna-esecuzione forzata di cui sopra e se essa possa contribuire a innovare il concetto tradizionale di condanna. Così, una volta data una risposta a tale quesito si sarà in grado di sviluppare un ulteriore interessante nodo

³⁸ CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980, p. 10; PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, in *Riv. Trim. dir. Proc. civ.*, 1978, 1165 ss; SILVESTRI - M. TARUFFO, *Esecuzione forzata. III) Esecuzione forzata e misure coercitive*, *Enc. giur. Treccani*, XIII, Roma 1989, pp. 4 ss.

ermeneutico sollevato dal nuovo istituto: se lo strumento *ex art. 614 bis c.p.c.* possa trovare applicazione anche nel giudizio arbitrale.

5. Il dibattito sulla correlazione tra condanna ed eseguibilità forzata pare non essere più così attuale³⁹, ed anzi, secondo alcuni⁴⁰, si dovrebbe ritenere definitivamente superato con l'introduzione nel nostro ordinamento di una forma generale di coercizione indiretta, non più limitata da leggi speciali a singoli istituti a presidio di diritti soggettivi determinati.

Come è stato più diffusamente trattato nei paragrafi precedenti, il nostro ordinamento se, per un lato, è sempre stato orientato verso il principio chiovendiano per cui il processo dovrebbe garantire alla parte *“tutto quello e proprio quello”* che la legge sostanziale stabilisce, per l'altro, sembra essersi assestato sull'intangibilità della sfera di autonomia del debitore. Per cui, se un soggetto non vuole compiere una determinata azione, che solo lui può eseguire, non vi è modo di costringerlo fisicamente ad attivarsi in tal senso, se non indurlo psicologicamente a conformarsi al diritto.

Ed è proprio partendo da tale assunto che, per molto tempo, nel nostro ordinamento, si è dubitato dell'ammissibilità di un provvedimento di condanna ad un *facere* infungibile che, in quanto provvedimento inesequibile, non sarebbe mai potuto assurgere a titolo esecutivo. E, di conseguenza, l'attenzione per le misure coercitive è rimasta a lungo latente nel nostro ordinamento⁴¹.

³⁹ CHIZZINI, *La riforma della giustizia civile: commento alla legge n. 69 del 2009*, in AA.VV., Torino, 2009, pp. 155 ss.

⁴⁰ CAPPONI (a cura di), *L'Esecuzione processuale indiretta*, Milano, 2011, p. 6; TOMMASEO, *L'esecuzione indiretta e l'art. 614 bis c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, pp. 267 ss.

⁴¹ CHIZZINI, *op. cit.*, p. 160.

Del resto, però è anche vero che le misure coercitive rappresentano l'unico strumento per cercare di ottenere l'esecuzione spontanea di un obbligo giuridico, sancito in un provvedimento giurisdizionale, quando non è possibile attuarlo impiegando gli istituti di esecuzione forzata e quando il diritto tutelato e violato non è suscettibile di conversione monetaria.

La misura coercitiva rappresenta una forma di esecuzione indiretta, in quanto consiste, per il debitore, “*nella minaccia di una lesione del suo interesse più grave di quello che cagioni l'adempimento, allo scopo di influire sulla volontà onde indurlo ad adempiere spontaneamente l'obbligo cui è tenuto*”⁴².

Gli istituti di esecuzione indiretta, dunque, consistono in una serie di “reazioni” che vengono messe in moto dall'apparato statale per reagire all'inadempimento dell'obbligazione scaturente da un provvedimento di condanna ad un *facere* infungibile e con le quali, attraverso la “coazione” psicologica, si preme sulla volontà dell'obbligato affinché adempia egli stesso all'obbligo⁴³.

Già Chiovenda, nelle sue *Istituzioni*, con riguardo ai rapporti tra esecuzione forzata ed esecuzione indiretta, aveva distinto, rispettivamente, tra “*mezzi di surrogazione*” e “*mezzi di coazione*”, intendendo per questi ultimi i mezzi attraverso i quali le autorità giurisdizionali permettono al creditore di ottenere la prestazione che gli spetta di diritto “*con la partecipazione dell'obbligato*”⁴⁴.

⁴² PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, cit. p. 121.

⁴³ CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano 1980, p. 10. Riprende questa definizione 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 *Riv. es. for.*, I, 2016, p. 37.

⁴⁴ CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, p. 252.

Con le misure coercitive è l'obbligato stesso ad adempiere, minacciato dall'applicazione di misure sfavorevoli, al contrario di quanto accade nell'esecuzione forzata dove la prestazione risultante dal titolo esecutivo si attua indipendentemente - e spesso contro - la volontà del debitore⁴⁵.

Risulta evidente, pertanto, la ragione per cui la tensione del nostro ordinamento alla tutela in forma specifica (o all'esatto adempimento)⁴⁶ trova il suo completo sviluppo proprio nel campo della esecuzione indiretta e non in quello dell'esecuzione forzata, dove, dandosi luogo ad una prestazione surrogata, l'adempimento non è mai "esatto"⁴⁷.

6. Che l'*habitat* naturale delle penalità di mora sia l'esecuzione indiretta non esclude – come meglio vedremo *infra* - che una misura coercitiva possa essere comminata quale ammenda accessoria ad una condanna comunque eseguibile coattivamente per il canale dell'esecuzione diretta. In tale caso, la funzione induttiva della misura coercitiva sembrerebbe *prima facie* cedere il passo, *in parte qua*, a finalità più propriamente repressive della condotta del debitore, con

⁴⁵ MONTELEONE, *Recenti sviluppi nella dottrina dell'esecuzione forzata*, RDPr, 1982, pp. 296 ss.

⁴⁶ Sul punto, vedi ARE, *L'obbligazione e la sua esecuzione coattiva*, Roma, 1928, p. 46 ss., che già agli inizi del secolo si interrogava sulle ragioni giuridiche della c.d. tendenza all'esecuzione in forma specifica. Più di recente, cfr. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978; DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, III, IV ed., in *Problemi e metodo del diritto civile*, Milano, 2003; PAGNI, *Tutela in forma specifica e tutela per equivalente*, Milano 2004, p. 1ss.; MAZZAMUTO-PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012.

⁴⁷ Su questo concetto e sui limiti di applicabilità dell'esecuzione in forma specifica ai diritti di credito, ancora MONTELEONE, *Condanna civile e titoli esecutivi*, RDPr, 1990, pp. 1078 ss.; ID., *Recenti sviluppi nella dottrina dell'esecuzione forzata*, cit., p. 1982; ID., *Spunti critici in tema di obbligazioni*, GM, 1970; ID., *Riflessioni sulla tutela esecutiva dei diritti di credito*, cit.

potenziale rischio di locupletazione da parte del soggetto beneficiario della misura.

La riconduzione delle misure coercitive nel contesto delle c.d. pene private è, del resto, opinione diffusa in ambito dottrinario⁴⁸, ove alcuni autori non hanno remore nel riconoscere la presenza in seno all'ordinamento di numerose fattispecie di pene private ritenute compatibili con il sistema di responsabilità civile.

Questo carattere relativamente afflittivo, insito nella natura della pena di mora potrebbe in effetti favorire un suo accostamento all'istituto statunitense dei danni punitivi, concretizzandosi entrambi gli istituti in somme aggiuntive che il soggetto obbligato è tenuto a corrispondere al di là della prestazione principale.

Nell'esperienza giuridica dei paesi anglosassoni ricorre la figura dei *punitive damages*⁴⁹ (*exemplary damages* nel Regno Unito),

⁴⁸ V. per tutti PATTI, voce *Pena privata*, *Dig. IV civ.*, Torino 2013, p. 356, ove si afferma che il carattere di pena risulta accentuato dalla previsione normativa di cumulo della somma dovuta a titolo di *astreinte* e di quella dovuta a titolo di *dommages-intérêt*. Cfr. altresì 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.*, *Riv. es. for.*, 2009, p. 529, il quale con riferimento alla misura di cui all'art. 614 bis c.p.c. osserva che “come l'istituto francese di cui mutua la natura, la sanzione pecuniaria civile in esame può definirsi una pena privata, che deve allora essere mantenuta completamente distinta dal risarcimento del danno ed intesa quale mezzo di pressione sul debitore per un'esecuzione volontaria (più che spontanea) dell'obbligazione posta a suo carico dalla sentenza di condanna”.

⁴⁹ Nella letteratura italiana, sull'argomento, cfr. BROGGINI, *Compatibilità di sentenze statunitensi di condanna al risarcimento dei “punitive damages” con il diritto europeo della responsabilità civile*, in *Europa e Dir. priv.*, 1999, pp. 479 ss.; BUSINELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Europa e Dir. Civ.*, 2009, 4, pp. 909 ss.; CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, *ibidem*, 2008, p. 315; ID., *Il risarcimento punitivo che risarcimento non è*, in CERAMI-SERIO (a cura di), *Scritti di Comparazione e Storia giuridica*, Torino, 2011, p. 100; PONZANELLI, *I danni punitivi*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2008, II, p. 27.

comunemente indicati quali “danni punitivi”⁵⁰, quali consistono in una sanzione comminata dalla sentenza di condanna che superi di molto la quantificazione dei danni effettivamente patiti dal risarcito.

Questi si configurano allorché, nell’ipotesi di responsabilità extracontrattuale, è riconosciuto al danneggiato un risarcimento ulteriore, rispetto a quello compensativo, se si prova che il danneggiante ha agito con *malice* o *gross negligence*. Le finalità che tradizionalmente vengono annesse all’istituto sono, dunque, la punizione del convenuto per la sua condotta oltraggiosa e la deterrenza nei confronti dello stesso e del resto dei consociati affinché si astengano da comportamenti simili in futuro.

È evidente, pertanto, che in questo caso la funzione alla coazione all’adempimento è soltanto indiretta e secondaria.

Orbene, non possono nascondersi le difficoltà riscontrate alla configurabilità dei danni punitivi nell’ordinamento giuridico italiano.

Innanzitutto, la deterrenza nella responsabilità civile, attuata tramite la punizione monetaria, potrebbe incontrare l’ostacolo della Carta Costituzionale: è sempre stato considerato lo Stato quale unico soggetto titolare di una potestà punitiva, legittimato ad intervenire con le sanzioni criminali, e, del resto, la legge penale è l’unica a poter introdurre una sanzione penale⁵¹, ex artt. 25, 2° comma, Cost. e 23 Cost, che prevede la riserva di legge per ogni “prestazione personale o patrimoniale”⁵². Ancora, è stato ritenuto che si contrasterebbe, altresì,

⁵⁰ Non ritengono che i *punitive damages* coincidano con i danni punitivi, BUSINELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Europa e Dir. Civ.*, cit. e PONZANELLI, *I danni punitivi*, cit., p. 27.

⁵¹ Cfr. FAVA, *Funzione sanzionatoria dell’illecito civile? Sul Una decisione costituzionalmente orientata sul principio compensativo conferma il contrasto tra i danni punitivi e ordine pubblico*, in *Corr. Giur.*, 2009, 4, pp. 523 ss (Nota ad App. Trento Bolzano, 16 agosto 2008).

⁵² Così. PONZANELLI, *I danni punitivi*, cit., p. 25.

con il principio dell'integrale ed effettivo risarcimento del danno *ex* artt. 1226 e 2056 c.c., se si ammettesse un danno punitivo e, dunque, un risarcimento aggiuntivo⁵³.

Ancora, si potrebbe obiettare che la certezza del diritto potrebbe essere messa a dura prova con il riconoscimento in Italia di danni punitivi, in quanto la natura compensativa tipica del nostro ordinamento assicura al danneggiante di dover rifondere una somma non imprevedibile ed irragionevole, ma equivalente al pregiudizio effettivamente causato⁵⁴.

Il sistema italiano, dunque, appare saldamente ancorato alla finalità tipica della responsabilità civile, vale a dire quella riparatoria e di ripristino dello *status quo ante* come essenziale conseguenza dell'illecito civile, principio consacrato nella formulazione dell'art. 2043 c.c.⁵⁵. Nel nostro sistema vige il divieto di *overcompensation*: il danneggiato non deve trarre alcun vantaggio ulteriore e supplementare rispetto alla reintegrazione nella posizione precedente alla violazione⁵⁶.

⁵³ Cfr. DI MAJO, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *Europa e Dir. Civ.*, 2008, 2, pp. 289 ss.

⁵⁴ FAVA, *Funzione sanzionatoria dell'illecito civile? Sul Una decisione costituzionalmente orientata sul principio compensativo conferma il contrasto tra i danni punitivi e ordine pubblico*, cit., pp. 523 ss.

⁵⁵ Cfr. OLIARI, *I danni punitivi bussano alla porta: la Cassazione non apre*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2007, 4, pp. 983 ss.

⁵⁶ Cass., 12 giugno 2008, n. 15814., *Giust. Civ. Mass.*, 2008, p. 936 ove: «Nel vigente ordinamento il diritto al risarcimento del danno conseguente alla lesione di un diritto soggettivo non è riconosciuto con caratteristiche e finalità punitive ma in relazione all'effettivo pregiudizio subito dal titolare del diritto leso, né il medesimo ordinamento consente l'arricchimento se non sussista una causa giustificatrice dello spostamento patrimoniale da un soggetto ad un altro». Correlativamente, è consolidato in giurisprudenza il principio della *compensatio lucri cum danno*, volto a far conseguire al creditore un profitto ulteriore a ciò che l'adempimento gli avrebbe procurato, su cui cfr. BIANCA, *Diritto civile*, vol. V, milano, 1994, p. 152, secondo cui «la determinazione del danno risarcibile deve tener conto degli effetti patrimoniali vantaggiosi per il danneggiato che ha causa nel fatto dannoso». Cfr

In tale prospettiva, pare condivisibile l'opinione di chi ha visto nella responsabilità così intesa "più che una forma di risposta ad illeciti, principalmente una tecnica quasi neutrale ad allocazione del danno a carico del soggetto più idoneo a sopportarlo", così vanificando "l'aspetto dell'illecito, al quale pure la responsabilità intende costituire risposta"⁵⁷.

Se questa è stata fino ad oggi la posizione della giurisprudenza e della dottrina maggioritarie, con una recente ed importante sentenza, la n. 7613 del 15 aprile 2015 (rel. Nazzicone)⁵⁸, la Suprema Corte di Cassazione, in occasione del riconoscimento di una pronuncia belga che condannava al pagamento di un'*astreinte*, sembra aver fatto finalmente un passo in avanti, affermando che al risarcimento del danno, cui pur resta affidato il fine primario di riparare il pregiudizio patito dal danneggiato, devono essere ricondotti anche altri fini, «quali la deterrenza o prevenzione generale dei fatti illeciti (...) e la sanzione».

Ed, infatti, a ben vedere, strumenti di questo tipo, in cui la misura del risarcimento supera il profitto sperato, sono già da tempo

CENDON (a cura di), *La prova ed il quantum nel risarcimento del danno*, Torino, 2014, p. 19.

⁵⁷ Cfr. DI MAJO, *I confini mobili della responsabilità civile* (nota a Cass., Sez. I, 15 aprile 2015, n. 7613), in *Giur. It.*, 2016, n.1, pp. 573 e 574, secondo il quale la predetta pronuncia della Cassazione segna l'apertura del nostro ordinamento alla contemplazione di "sanzioni", per via contrattuale, a fronte di illeciti e/o di inadempimenti e ciò al di là del consueto rimedio costituito dal danno compensativo.

⁵⁸ Sul punto, cfr. Cfr. DI MAJO, *I confini mobili della responsabilità civile* (nota a Cass., Sez. I, 15 aprile 2015, n. 7613), cit. 572 ss.; MENDOLA, *Astreinte e danni punitivi* (nota a Cass., Sez. I, 15 aprile 2015, n. 7613), in *Giur. It.*, 2016, n.1, pp. 566 ss; 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)*, cit., pp. 47 ss; GIUGLIANO, *Compatibilità delle astreintes con l'ordine pubblico italiano* (nota a Cass., Sez. I, 15 aprile 2015, n. 7613), in *Riv. Dir. Pr.*, n.1, 2016, pp. 246 ss; PILLONI, *Misure coercitive straniere e loro eseguibilità in Italia: la Cassazione riconosce la compatibilità dell'astreinte con l'ordine pubblico interno*, in *Int'J Lis*, 2016, pp. 16 ss.

presenti nel nostro ordinamento. È la stessa Cassazione a richiamare, quali referenti legislativi, l'art. 125, D, Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, sulla violazione del diritto di proprietà industriale, o l'art. 158, L. 22 aprile 1941, n. 633, come sostituito dall'art. 5 D. Lgs. N. 140/2006, sulla protezione del diritto d'autore, che determinano il danno anche tenuto conto degli utili realizzati in violazione del diritto⁵⁹.

Pertanto, alla luce di quanto sin qui detto, non pare errato ritenere che, nel riconoscere una funzione mista della responsabilità civile, l'intento della Corte sia stato quello di ri-definire il nostro sistema di responsabilità civile, quale si è venuto ormai evolvendo, specie nel terreno dei diritti della persona, nell'ottica di tutelare al meglio i soggetti danneggiati.

6.1 La necessità di superare l'impostazione che esclude qualsiasi tipo di funzione punitiva-deterrente al rimedio risarcitorio ha spinto la Prima Sezione della Cassazione ad un ulteriore passo in avanti: quello di ritenere ormai giunto il momento per l'ingresso nel nostro ordinamento di una sentenza straniera di condanna al pagamento di somme a titolo di danni punitivi. Con l'ordinanza n. 9978 del 16 maggio 2016, è stata infatti rimessa al Primo Presidente la decisione se assegnare alle Sezioni Unite la soluzione del contrasto giurisprudenziale che vede l'orientamento maggioritario⁶⁰ contrario, come sopra detto, alla riconoscibilità nel nostro ordinamento dei *punitive damages*.

⁵⁹ Sui quali vedi *infra*. Per ulteriori indici normativi in cui è ravvisabile una duplice funzione nel ristoro previsto, cfr. MENDOLA, *Astreinte e danni punitivi* (nota a Cass., Sez. I, 15 aprile 2015, n. 7613), cit., p. 571 e note ivi citate.

⁶⁰ *Leading case* Cass. n. 1183 del 2007.

È duplice l'esigenza che anima i Giudici della Suprema Corte: il superamento del concetto di ordine pubblico c.d. interno⁶¹ e la necessità di superare l'impostazione che esclude qualsiasi tipo di funzione punitiva-deterrente al rimedio risarcitorio che anima i Giudici della Suprema Corte.

In particolare, tra gli elementi da cui si evincerebbe tale ultima esigenza la Cassazione annovera proprio il recente arresto n. 7613 del 2015, sopra richiamato. Altresì, secondo gli Ermellini, sussisterebbero indici normativi *“che segnalano la già avvenuta introduzione, nel nostro ordinamento, di rimedi risarcitori con funzione non riparatoria, ma sostanzialmente sanzionatoria”*.⁶²

⁶¹ Parte da una ricognizione del principio dell'ordine pubblico, tradizionalmente inteso come *“complesso di principi che, tradotti in norme inderogabili o da queste desumibili, informano l'ordinamento giuridico e concorrono a caratterizzare la struttura etico-sociale della società nazionale in un determinato momento storico (vd. Cass. n. 3881 del 1969 e n. 818 del 1962, quest'ultima escludeva che il principio andasse inteso in senso internazionale, astratto o universale)”*. la Prima Sezione afferma che attualmente è prevalso il riferimento all'ordine pubblico c.d. internazionale⁶¹ e che pertanto, in questa prospettiva, non dovrebbe considerarsi pregiudizialmente contrario ai valori essenziali della comunità internazionale l'istituto di origine nordamericana dei *punitive damages*: *“una statuizione di tal genere potrebbe esserlo, in astratto, solo quando la liquidazione sia giudicata effettivamente abnorme, in conseguenza di una valutazione, in concreto, che tenga conto delle “circostanze del caso di specie e dell'ordinamento giuridico dello Stato membro del giudice adito”*. Per dimostrare la fondatezza di tale assunto, i Giudici della Prima Sezione passano in rassegna le principali posizioni assunte dalla giurisprudenza straniera che ormai è da tempo aperta a questo istituto *“la Corte costituzionale federale tedesca (24 gennaio 2007, in JZ, 2007, 1046) e il Tribunale Supremo spagnolo (13 novembre 2001, n. 2039/1999) hanno ritenuto che le pronunce contenenti statuizioni di condanna ai danni punitivi non siano automaticamente contrarie all'ordine pubblico; analogamente, la Corte di cassazione francese (7 novembre 2012, n. 11-23871, e 1 dicembre 2010 n. 90-13303) ha ritenuto i danni punitivi contrari all'ordine pubblico solo se liquidati in misura realmente eccessiva”*.

⁶² A tal fine, si richiamano:

- la L. 8 febbraio 1948, n. 47, art. 12, che, in materia di diffamazione a mezzo stampa, che prevede il pagamento di una somma "in relazione alla gravità dell'offesa ed alla diffusione dello stampato";

- l'art. 96 c.p.c., comma 3 (aggiunto dalla L. 18 giugno 2009, n. 69, art. 45), che prevede la condanna della parte soccombente al pagamento di una "somma

Del resto, secondo i Giudici della Prima Sezione, «quando l'illecito incide sui beni della persona, il confine tra compensazione e sanzione sbiadisce, in quanto la determinazione del quantum è rimessa a valori percentuali, indici tabellari e scelte giudiziali equitative, che non rispecchiano esattamente la lesione patita dal danneggiato».

Come si può vedere, dunque, siamo di fronte a una possibile rilevante evoluzione dell'approccio delle corti italiane in tema di

equitativamente determinata", in funzione sanzionatoria dell'abuso del processo (nel processo amministrativo vd. il D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, art. 26, comma 2.);

- l'art. 709 ter c.p.c. (inserito dalla L. 8 febbraio 2006, n. 54, art. 2), in base al quale, nelle controversie tra i genitori circa l'esercizio della responsabilità genitoriale o le modalità di affidamento della prole, il giudice ha il potere di emettere pronunce di condanna al risarcimento dei danni, la cui natura assume sembianze punitive;

- la L. 22 aprile 1941, n. 633, art. 158 e, soprattutto, il D.Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, art. 125 (proprietà industriale), che riconoscono al danneggiato un risarcimento corrispondente ai profitti realizzati dall'autore del fatto, connotato da una funzione preventiva e deterrente, laddove l'agente abbia lucrato un profitto di maggiore entità rispetto alla perdita subita dal danneggiato, sebbene il cons. 26 della direttiva CE (cd. Enforcement) 29 aprile 2004, n. 48 (sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale), attuata dal D.Lgs. 16 marzo 2006, n. 140 (v. art. 158), abbia precisato che "il fine non è quello di introdurre un obbligo di prevedere un risarcimento punitivo" (Cass. n. 8730 del 2011 ne ammette la "funzione parzialmente sanzionatoria, in quanto diretta anche ad impedire che l'autore dell'illecito possa farne propri i vantaggi");

- il D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 187 *undecies*, comma 2, (in tema di intermediazione finanziaria), che prevede, nei procedimenti penali per i reati di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato, che la Consob possa costituirsi parte civile e "richiedere, a titolo di riparazione dei danni cagionati dal reato all'integrità del mercato, una somma determinata dal giudice, anche in via equitativa, tenendo comunque conto dell'offensività del fatto, delle qualità del colpevole e dell'entità del prodotto o del profitto conseguito dal reato"; infine,

- il D.Lgs. 15 gennaio 2016, n. 7 (artt. 3 - 5), che ha abrogato varie fattispecie di reato previste a tutela della fede pubblica, dell'onore e del patrimonio e, se i fatti sono dolosi, ha affiancato al risarcimento del danno, irrogato in favore della parte lesa, lo strumento afflittivo di sanzioni pecuniarie civili, con finalità sia preventiva che repressiva (il cui importo è determinato dal giudice sulla base dei seguenti criteri: gravità della violazione, reiterazione dell'illecito, arricchimento del soggetto responsabile, opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze dell'illecito, personalità dell'agente, condizioni economiche dell'agente).

danni puntivi e, più in generale, a una possibile evoluzione dell'inquadramento giurisprudenziale del sistema della responsabilità civile in Italia.

Questa ordinanza della Prima Sezione della Suprema Corte, in verità, è già prova concreta di una crescente e apprezzabile attenzione, prestata dalle corti italiane, alle tendenze evolutive della giurisprudenza in altre giurisdizioni e, ancor più, del loro crescente sforzo di assicurare effettiva protezione giudiziale ai diritti fondamentali dell'uomo, da qualsiasi giurisdizione essa provenga, riconoscendo l'esigenza – in un mondo sempre più interconnesso – di considerare gli ordinamenti giuridici come sempre più 'transnazionali', accorti rispetto al fenomeno della globalizzazione, sebbene pur sempre mantenendo un occhio attento ad evitare ogni eccesso.

CAPITOLO SECONDO

**STRUMENTI DI ESECUZIONE INDIRETTA,
L'ESPERIENZA STRANIERA E QUELLA NOSTRANA.**

Sommario: **1.** L'*astreinte* nell'esperienza francese; **1.1.** L'*astreinte* provvisoria e definitiva; **1.2.** L'ambito di applicazione. Obbligazioni di fare e di non fare; **1.2.1.** Obbligazioni di dare e pecuniarie; **1.2.3.** Esclusioni; **1.3.** I soggetti coinvolti. Beneficiari e legittimati passivi; **1.4.** Aspetti procedurali; **1.5.** La possibilità per l'arbitro di ordinare l'*astreinte*; **1.6.** Il regime processuale della misura coercitiva. La liquidazione dell'*astreinte* e la sua revoca; **1.7.** Natura della *astreinte* e rapporto con il risarcimento del danno; **2.** Le misure di esecuzione indiretta nel diritto tedesco (cenni); **3.** Le misure di esecuzione indiretta nei paesi di Common Law (cenni); **4.** Le misure coercitive in Italia. La penalità di mora nella legge marchi e brevetti; **4.1.** La pronuncia della penalità di mora nel diritto della proprietà intellettuale: natura e determinazione del suo ammontare; **5.** L'*astreinte* nella disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti. Il sistema bipolare; **5.1.** La misura coercitiva nel codice del consumo. La fase provvisoria.

1. L'introduzione nel nostro ordinamento dell'art. 614 *bis* c.p.c., avvenuta con la novella del 2009, trae ispirazione (quantomeno nell'intenzione primigenia del legislatore) dallo strumento dell'*astreinte* previsto e disciplinato dalla normativa d'oltralpe⁶³, circostanza che impone una trattazione privilegiata dell'istituto transalpino, nei limiti del presente lavoro.

La previsione di uno strumento di coercizione indiretta, connotato dalla possibilità per il giudice di comminare una pena pecuniaria che accede all'obbligazione oggetto della condanna all'adempimento, è una creazione pretoria delle corti francesi dell'inizio del XIX secolo⁶⁴, che inizialmente non ha trovato nell'ordinamento francese una disciplina comune ed uniforme, bensì una positivizzazione "a macchia di leopardo" (soprattutto a partire dalla metà del secolo successivo), fatta eccezione per la previsione di un generale potere del giudice di applicare una misura ingiuntiva⁶⁵.

⁶³ Sono numerosissimi i contributi italiani che si sono occupati e hanno analiticamente descritto l'istituto d'oltralpe. Cfr. CAPPONI, *Astreintes nel processo civile italiano?*, in *Studi sul processo di espropriazione forzata*, Torino, 1999, 157 ss.; TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, pp. 142 ss; SILVESTRI – TARUFFO, voce *Esecuzione Forzata*, III. *Esecuzione forzata e misure coercitive*, in *Enc. Giur. Treccani*, XIII, Roma, 1989; D'ALESSANDRO, *La circolazione della condanna ex art. 614 bis c.p.c. nello spazio europeo*, in *Giur. It.*, 2014, pp. 1023 ss; VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea*, *RDPr*, 2004, pp. 737 ss; FRIGNANI, *Il mondo dell'Astreinte: sviluppi recenti e prospettive*, *RassDC*, 1988, pp. 931 ss.

⁶⁴ Cfr. ESMEIN, *L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes*, *RTDC*, 1903, p. 5

⁶⁵ DONDI, *L'astreinte endoprocessuale*, *Rtdpc*, 1981, 528 ss., secondo cui la difficoltà di individuare l'esatto processo cronologico che ha condotto alla individuazione di tale rimedio per assistere l'effettività dell'esecuzione delle sentenze di condanna. Sul fondamento "creativo" del meccanismo, v. CAPPONI, *Astreintes nel processo civile italiano?*, cit., 140 ss., nonché i riferimenti ivi contenuti a BORRÈ, *L'esecuzione forzata degli obblighi di fare o di non fare*, Napoli, 1966. Per un approfondimento della disciplina dell'istituto francese cfr. PUCCIARIELLO P., *L'esperienza straniera dell'esecuzione forzata indiretta*, in AA. VV. *L'esecuzione processuale indiretta*, CAPPONI B. (a cura di), cit., pp. 43 ss. La

Solo con l'introduzione della legge del 5 luglio 1972 il legislatore francese ha gettato le basi per una normazione organica dell'istituto, affinché lo stesso potesse assurgere a strumento di applicazione generalizzata. Nell'insieme, queste disposizioni sono state riprese dalla nuova legge del 9 luglio 1991 nei suoi articoli 33-36 e, successivamente consacrate, con la riforma del 2011, nel *Code des procédures civiles d'exécution* negli artt. da L.131-1 a L.131.4⁶⁶.

Sin dall'Ottocento in Francia si era manifestata tra gli operatori del diritto (per un processo osmotico con il sentire sociale) una certa riluttanza (se non proprio un rigetto) a forme di coazione delle obbligazioni costituenti un *facere*⁶⁷, sulla scia del noto brocardo *nemo ad factum praecise cogi potest*.

L'art. 1142 del *Code Napoleon* - secondo cui l'unica conseguenza dell'inesecuzione dell'ordine del giudice all'adempimento di obbligazioni di fare o non fare era la prestazione dell'equivalente in denaro⁶⁸ - costituisce di tale principio una chiara espressione⁶⁹ e palesa come la principale preoccupazione dei redattori del *Code* fosse, giustappunto, quella di impedire ogni reviviscenza dell'Ancien Régime, del quale permanevano ancora manifestazioni di servitù personali riconducibili al periodo feudale⁷⁰.

Tuttavia, se da un lato è vero che “*nul ne peut etre contraint dans sa personne à faire ou à ne pas faire une chose*”, nella Francia

prima sistemazione teorica dello strumento, nella dottrina francese, è dovuta a ESMEIN, *L'origine et la logique de l'astreinte*, in *Rev. Trim. dr. Civ.*, 1903.

⁶⁶ Cfr., sul punto, M. DONNIER-J.B.DONNER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Litec, 2008, p. 123.

⁶⁷ Vedasi, in particolare, BAUDRY-LACANTINERIE-BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, Paris, 1900, pp. 424 ss.

⁶⁸ “*Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur*”.

⁶⁹ Cfr. POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, trad. it., Venezia, p. 1833.

⁷⁰ Cfr., CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980, p. 77.

post-rivoluzionaria erano state mantenute “*mesures de coercition physique sur la personne du debiteur in une serie de cas in cui la loro applicazione non evocava l’idea di un ritorno del debitore ad uno stato di soggezione servile nei confronti del creditore*”⁷¹. Si pensi, ad esempio, alla disciplina delle *contraintes par corps*, reintrodotte nel *Code*, ancorché con rilevanti limitazioni, o, ancora, all’obbligo di convivenza dei coniugi, previsto dall’articolo 214 del *Code civil*.

L’articolo 1142 rappresenta, dunque, una scelta basata sul crescente affermarsi, nel corso del XIX secolo, dei valori di dignità e libertà umana, che hanno avuto quale approdo una posizione volta a favorire un atteggiamento di radicalismo liberale: costringere un soggetto *ad factum* avrebbe significato comprimere la sua libertà. Assunto che, ovviamente, non poteva che trovare la sua più appropriata applicazione nell’ambito dell’esecuzione coattiva.

Tale è il motivo per cui, peraltro, nella giurisprudenza francese del XIX secolo, si registrò la progressiva scomparsa dei riferimenti alla funzione risarcitoria (o *latu sensu* compensativa) per lasciare spazio a funzioni più propriamente coercitive⁷².

⁷¹ Cfr., CHIARLONI, *ivi*, 78, nota 94.

⁷² In un caso del 1959, la *Cour de Cassation* (Civ. 1^{ère}, 20 octobre 1959) era stata adita dal ricorrente il quale lamentava che, nel corso della liquidazione di un’*astreinte* in precedenza pronunciata, si fosse tenuto conto esclusivamente dell’indebita resistenza del debitore nell’esecuzione, a discapito, dunque, di qualsivoglia modulazione sull’importanza del pregiudizio causato al creditore dal ritardo nell’esecuzione. La Suprema Corte si espresse affermando che la Corte di Appello, che aveva emesso la decisione oggetto di contestazione, aveva ben giustificato la propria decisione nello statuire che l’*astreinte* provvisoria fosse una misura coercitiva interamente distinta dal risarcimento del danno e che, dunque, in definitiva, non fosse altro che un mezzo per vincere la resistenza opposta all’esecuzione di una condanna. Essa non avrebbe per oggetto, dunque, di compensare il danno dovuto dal ritardo, ma sarebbe normalmente liquidata in funzione della gravità della colpa del debitore recalcitrante. Sul punto si richiama, per tutti, PERROT-THERY, *Procédures civiles d’exécution*, Paris, 2000, 80.

In generale, ad ogni modo, la dottrina degli anni ’60 del XX secolo, anche nostrana, aderiva alla ricostruzione dell’*astreinte* intesa come pena privata: v.

1.1. 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 liquidarla⁷³. Tale struttura ha trovato continuità nella menzionata legge del 1991, la quale, nel suo art. 34, comma 2, mantiene l'antica distinzione già disposta dall'articolo 6 della legge del 1972: "*L'astreinte est provisoire ou définitive*"⁷⁴.

Delle due forme di *astreinte* è, però, quella provvisoria ad essere considerata l'*astreinte* per definizione, anche perché la prima ad essere elaborata dalla giurisprudenza del XIX secolo ed il solo strumento di coercizione indiretta per molto tempo contemplato dall'ordinamento francese⁷⁵.

EISMEN, *Pein ou reparation*, in Mel. Roubier, Paris, 1961, II, pp. 37 ss.; nonché DENTI, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano, 1953, *passim*.

⁷³ V. in dottrina, BORÉ, *La collaboration du juge du législateur dans l'astreinte judiciaire*, in *Réc. M. Ancel*, Paris, 1975, pp. 273 ss.

⁷⁴ Prima dell'entrata in vigore della novella del 1972, veniva impiegata una diversa terminologia: si parlava infatti di *astreinte* comminatoria o non comminatoria. V. sul punto P.JULIEN - J. TAORMINA, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, LGDJ, 2000, 28. La questione terminologica non ha esaurito i termini della discussione al ristretto ambito lessicale, ponendosi, anzi, come veicolo per una dialettica sul contenuto sostanziale dello strumento. Già in una sentenza del 1976, la *Cour de Cassation* aveva rilevato che i giudici di merito, per intendere l'*astreinte* definitiva, utilizzavano "à tort" l'espressione *astreinte* non comminatoria, termine non più mantenuto dalla legge del 5 luglio 1972. Solo successivamente, chiamata ad esprimersi su tale abuso di linguaggio, la suprema Corte ritenne che, in considerazione dell'ambiguità dell'espressione utilizzata dalla corte territoriale, e in difetto di motivi che palesino con esattezza l'intenzione del giudice, un'*astreinte* qualificata come "non comminatoria" non potesse più comportare gli effetti di un'*astreinte* definitiva (Civ. 2^{ème}, 23 novembre 1994, Bull. n. 237).

⁷⁵ Cfr., LEBORGNE, *Droit de l'exécution*, Dalloz, 2014, p. 342.

Della *astreinte* provvisoria possono individuarsi tre requisiti peculiari: (i) è comminatoria, nella accezione elaborata dalla giurisprudenza⁷⁶; (ii) in quanto provvisoria, è sempre passibile di modifiche; (iii) è arbitraria, ossia il giudice la può comminare anche in assenza di una esplicita previsione normativa.

L'*astreinte* a struttura bifasica persegue, dunque, una finalità ben precisa che si articola nelle due fasi in cui è composta: di primo acchito, svolge funzione dissuasiva (o special-preventiva, mutuando la terminologia penalistica) rispetto all'inadempimento dell'ordine del giudice, tramite la minaccia di una sanzione; una volta conclamato l'inadempimento all'ordine giudiziale, il creditore può rivolgersi nuovamente al giudice per la liquidazione della *astreinte* facendo condannare il debitore recalcitrante al pagamento, conformemente al tasso inizialmente fissato, oppure riducendolo od aumentandolo in funzione dell'attitudine assunta dal debitore⁷⁷.

La precisione con cui il giudice liquida l'*astreinte* definendone i limiti operativi rileva, secondo la giurisprudenza formatasi sul punto, sull'efficacia stessa della misura e sulla sua attitudine ad acquisire autorità di giudicato.

La giurisprudenza formatasi anteriormente la riforma del 1972 considerava che, in mancanza di indicazioni precise da parte del giudice, l'*astreinte* comminata dovesse essere considerata provvisoria,

⁷⁶ V. nota 8.

⁷⁷ La legge 9 luglio 1991, all'art. 36, dispone che "*le montani dell'astreinte provisoire est liquidé en tenant compte du comportement de celui à qui l'injonction a été adressée, et des difficultés qu'il a rencontrées pour l'exécuter [...] l'astreinte provisoire ... est supprimée en tout ou partie s'il est établi que l'inexécution ou le retard dans l'exécution de l'injonction du juge provient, en tout ou partie, d'une cause étrangère*".

o meglio, comminatoria, secondo la terminologia adottata al tempo⁷⁸. Tale soluzione interpretativa fu adottata dall'art. 6 della legge del 1972 e poi ripresa nell'art. 34, comma 2, della legge del '91: "*L'astreinte doit être considérée comme provisoire, à moins que le juge n'ait précisé son caractère définitif*".

Il legislatore, accogliendo la diffusa diffidenza della dottrina e dei giudici verso l'*astreinte* definitiva, ne ritaglia un ambito puramente sussidiario, la cui reale efficacia è strettamente legata all'espressa volontà del giudicante. Nel silenzio di questi, l'*astreinte* è considerata provvisoria, con tutto ciò che ne deriva in ordine agli effetti sul giudicato dei quali si accennava.

La disciplina dello strumento, così delineata, lascia trasparire una certa sovranità del giudice nella determinazione del *quantum* in sede di liquidazione dell'*astreinte*, tanto che lo stesso, secondo la *Cour de Cassation*⁷⁹, non è tenuto a motivare circa la sussistenza o l'estensione del pregiudizio del creditore che veda (momentaneamente) insoddisfatta la propria pretesa nonostante il provvedimento di condanna assunto in accoglimento della sua domanda.

Al contrario, come detto, in caso di applicazione di *astreinte* definitiva, la sua quantificazione e le sue modalità di esecuzione non sono suscettibili di modifica da parte del giudice nel momento della sua liquidazione. La scelta tra la misura provvisoria e quella definitiva

⁷⁸ Civ. 3^{ème}, 10 avril 1973: "*Lorsque les juges prononcent une astreinte sans en affirmer le caractère définitif, cette astreinte ne peut être que comminatoire et révisable*".

⁷⁹ Civ. 2^{ème}, 18 février 1987, Bull. n. 48.

era una opzione nella piena disponibilità del giudice, con i soli limiti derivanti dalla natura della *astreinte* comminata⁸⁰.

Per porre rimedio al rischio di un eccessivo arbitrio del giudicante, il legislatore francese ha novellato la disciplina introducendo, con la legge del 1991, l'art. L34 il quale, al comma 3, prevede che “*une astreinte définitive ne peut être ordonnée qu’après le prononcé d’une astreinte provisoire et pour une durée que le juge détermine*” .

Ciò comporta, com'è evidente, che il primo intervento coercitivo (per quel che attiene il rispetto della sentenza) del giudice assume necessariamente le vesti dell'*astreinte* provvisoria e, successivamente, se il giudice lo ritiene, può mutarla in definitiva specificandone altresì la durata, di tal che essa non gravi oltremodo sul debitore inadempiente (potremmo dire doppiamente inadempiente: all'obbligazione oggetto dell'iniziativa di tutela giudiziale del creditore ed all'ordine del giudice che tale iniziativa ha accolto accertandone i presupposti).

L'effetto di tale intervento normativo appare quello di spostare l'asse dell'arbitrio dalla scelta del tipo di *astreinte* alla fase di liquidazione. Purtuttavia, nel caso in cui una *astreinte* fosse erroneamente ed illegittimamente qualificata *ab initio* come definitiva, il giudice potrebbe comunque essere investito del potere di liquidarne l'ammontare come se fosse stata qualificata provvisoria. Questo sembra essere il senso del comma 3 dell'art. L. 34 secondo il quale “*si*

⁸⁰ Per alcune fattispecie non vi era possibilità per il giudice di optare per l'una o per l'altra soluzione. In materia di occupazione abusiva di locali, infatti, la legge 21 luglio 1949 precisava che le *astreinte* passibili di comminatoria avevano sempre carattere provvisorio, e dovevano essere revisionate dal giudice dopo l'esecuzione dell'ordine giudiziale (cfr. Civ. 3^{ème}, 16 janvier 1974, Bull. n. 19).

*l'une des conditions n'a pas été respectée, l'astreinte est liquidée comme une astreinte provisoire*⁸¹.

Da ultimo, merita un breve cenno l'ipotesi in cui il debitore esegua spontaneamente ed anticipatamente l'ordine impartito dal giudice prima della comminazione di una *astreinte*. Se il pagamento effettuato dal debitore, infatti, copre per intero la condanna definitiva ed i suoi accessori, non solo la misura coercitiva si appalesa inopportuna ed inefficace, ma la stessa non può essere pronunciata.

Medesimo sarebbe l'approdo nel caso in cui l'esecuzione coattiva risultasse impossibile. Anche in tale caso, infatti, l'*astreinte* sarebbe *inutiliter data* (si pensi al caso di prestazione indebita non suscettibile di ripetizione). In entrambi i casi soccorre il debitore lo strumento del risarcimento per equivalente.

1.2. Come sopra accennato, sebbene numerose disposizioni prevedano l'applicabilità di una *astreinte*, questa è comunque adottabile dal giudice anche senza una espressa previsione a riguardo, in forza di un generale potere attribuito al giudice.

Astrattamente, tutti gli obblighi di dare, di fare e di non fare (*rectius*, le pronunce di condanna a tali obblighi) appaiono suscettibili di essere assistiti da un provvedimento coercitivo.

Non v'è dubbio, in tale prospettiva, che l'ambito di applicazione prediletto sia quello delle obbligazioni di fare e di non fare.

L'art. 1142 del *Code civil*, nel prevedere che "*toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur*", impedisce al creditore di esigere l'adempimento in natura della prestazione. Per tale ragione, la misura

⁸¹ JUUÈN-TAORMINA, *op. cit.*, 30.

dell'*astreinte* appare più opportunamente comminata in tale ambito, al fine di coartare il debitore ad un adempimento non altrimenti conseguibile.

In tema di obbligazioni di fare, la *Cour de Cassation* ha precisato che “*lorsqu’une astreinte assortit une decision de condamnation à une obligation de faire, il incombe au débiteur condamné de rapporter la preuve qu’il a exécuté son obligation*”⁸².

Di contro, nell’ambito delle obbligazioni di non fare, spetta al creditore “*demandeur à la liquidation de l’astreinte, de rapporter la preuve qu’il a exécuté son obligation*”⁸³.

Le previsioni normative che espressamente prevedono l’utilizzabilità della *astreinte* sono molteplici ed avrebbe uno scarso fine (se non quello di tediare il lettore) ripercorrerle tutte⁸⁴.

In tale ampio panorama è bene, però, segnalare come l'*astreinte* trovi applicazione anche in ambito squisitamente processuale. Gli articoli 134, 139 e 142 del *Code de procédure civile* prevedono espressamente la possibilità per il giudice di pronunciare la misura coercitiva al fine di ottenere la comunicazione dei documenti tra le parti, la produzione di un documento da una delle parti o da un terzo. È bene sottolineare, però, che l’esercizio di tale potere, a differenza di quanto avviene per *astreinte* che opera sul piano dell’adempimento dell’obbligazione, necessita una domanda di parte, collocandosi, dunque, nel novero dei poteri processuali ammissibili su iniziativa di parte (al pari di quanto accade nel nostro ordinamento, per intenderci,

⁸² Civ. 1^{ère}, 28 novembre 2007, Bull. n. 375.

⁸³ Soc., 13 novembre 1990, Bull. n. 547.

⁸⁴ È sufficiente menzionare, a tal proposito, le *astreinte* pronunciabili in materia di diritto di famiglia, proprietà, contratti, successioni, rapporti di lavoro, protezione dei consumatori, concorrenza sleale.

con la domanda di interrogatorio formale o con il deferimento di giuramento decisorio).

1.2.1 Come testé accennato, l'efficacia della *astreinte* si apprezza maggiormente in tutte quelle ipotesi in cui la condanna ad un *facere* o ad un *non facere* possa difficilmente essere oggetto di esecuzione forzata.

Per quanto attiene le obbligazioni di dare, invece, si riteneva che la misura dell'*astreinte* non fosse ammissibile sul piano pratico-giuridico in considerazione dell'effetto immediatamente traslativo della proprietà derivante dall'accordo delle parti. A tal proposito, è bene svolgere una piccola (ma non irrilevante) precisazione: se l'obbligazione di dare riguarda una cosa individuata, l'*astreinte* è impossibile (o, comunque, inutile) perché il trasferimento della proprietà si è già realizzato con il perfezionamento dell'accordo delle parti. Al contrario, se l'obbligo di dare ha ad oggetto una cosa fungibile o individuata solo nel genere, per aversi l'effetto è necessaria una ulteriore attività di individuazione del bene (al pari di quanto accade nel nostro ordinamento con la vendita di cosa futura). È in quest'ultimo caso che la misura ha senso, in quanto ha la funzione di costringere il debitore all'individuazione del bene compravenduto⁸⁵.

L'*astreinte* è spesso impiegata dai tribunali (con una scelta che l'ordinamento nostrano non ha inteso seguire) per assistere condanne al pagamento di una pena pecuniaria⁸⁶.

⁸⁵ PIEDELIÈVRE, *Droit dell'exécution*, Themis, 2009, 178-179.

⁸⁶ Secondo CAPPONI B., *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, cit., p. 30, questo dimostra che in Francia l'*astreinte* ha carattere orizzontale e, tutt'al più, il

Inizialmente, per la verità, i giudici si erano mostrati riluttanti all'utilizzo dello strumento di coazione per l'adempimento di tali obbligazioni. In primo luogo, perché l'obbligazione pecuniaria è per definizione fungibile (il che già di per sé renderebbe ultronea ogni forma di coercizione indiretta), secondo poi perché l'ordinamento francese prevede già forme di reazione all'inadempimento di obbligazioni a contenuto pecuniario tramite il riconoscimento al creditore, enucleato nell'art. 1153 del *Code civil*, degli interessi moratori e del risarcimento del danno.

1.2.2. L'ordinamento francese prevede anche ipotesi in cui l'adozione della *astreinte* non è permessa.

Tale è il caso, ad esempio, del rischio che la misura coercitiva indiretta possa arrecare nocumento a diritti extra patrimoniali espressamente tutelati.

Sul punto, è considerato di scuola il caso del rifiuto, da parte in un marito di confessione israelita, di consegnare alla moglie, dopo la pronuncia del divorzio, la lettera di ripudio (o “*guett*”) in mancanza della quale la stessa non avrebbe potuto risposarsi religiosamente. Egli è stato condannato al risarcimento dei danni sul fondamento dell'art. 1382 del *Code civil*, ma si esclude l'applicabilità al caso di specie di una *astreinte* atteso che la consegna del “*guett*” rappresentava per il soggetto una mera facoltà rilevante dalla sua libertà di coscienza e la cui violazione non poteva comportare che la previsione del risarcimento del danno⁸⁷.

legislatore individua i diritti che possono essere esclusi dal suo campo di applicazione.

⁸⁷ Civ. 2^{ème}, 21 avril 1982, Bull civ. n. 62.

La giurisprudenza non ha mancato, poi, di pronunciarsi sulla necessità che la prestazione, il cui adempimento sia oggetto di *astreinte*, non sia illecita. In un caso, la *Cour de Cassation* ha censurato una sentenza della Corte di Appello che aveva condannato, sotto *astreinte*, un medico a consegnare un referto poiché “*si le juge civil a le pouvoir d’ordonner à un tiers de communiquer à l’expert les documents nécessaires à l’accomplissement de sa mission, il ne peut, en l’absence de disposition législative spécifique, contraindre un médecin à lui transmettre des informations couvertes par le secret lorsque la personne concernée ou ses ayants droit s’y sont opposés*”⁸⁸.

Il medesimo principio (con conseguente inapplicabilità della misura coercitiva) è stato adottato in materia di segreto bancario⁸⁹.

1.3. La questione circa chi debba essere il beneficiario dell’obbligazione pecuniaria rappresentata dalla *astreinte* è certamente non di poco momento, soprattutto se si considera che da tale individuazione (così come è accaduto nel vivace dibattito dottrinario sviluppatosi in Italia) prende le mosse l’attività definitoria circa la natura stessa della misura coercitiva.

La misura dell’*astreinte* (e questo dovrebbe essere sufficientemente chiaro) svolge una funzione a cavallo tra la tutela dell’interesse superindividuale-pubblico (l’effettività delle pronunce giurisdizionali) e la tutela dell’interesse del singolo consociato (la coazione all’adempimento dell’obbligazione rimasta insoddisfatta).

Tale dicotomia, ben chiara al legislatore francese, ha fatto sì che il progetto di legge riguardante l’*astreinte* (poi confluito nella legge 9

⁸⁸ Civ. 1^{ère}, 15 juin 2004, Bull. n. 171.

⁸⁹ Com., 8 juillet 2003.

luglio 1991) prevedesse una forma di ripartizione del provento della misura tra lo Stato (*rectius*, il Fondo nazionale di azione sociale) ed il creditore.

Tale soluzione fu, poi, abbandonata, a seguito della ferma opposizione di alcuni parlamentari, e dunque l'*astreinte* civile è attualmente pronunciata, liquidata e corrisposta a diretto ed esclusivo vantaggio del creditore⁹⁰.

Per quanto attiene ai possibili destinatari della misura coercitiva, questi sono da intendersi tutte le persone fisiche o giuridiche, senza possibilità di eccezione alcuna. Nel novero dei soggetti assoggettabili ad *astreinte* vanno ricompresi anche gli organi di diritto pubblico, e ciò indipendentemente dalle *astreinte* che posso essere pronunciate dai giudici amministrativi. Anche il giudice civile, infatti, può essere investito di una causa che veda contrapposti il privato e le persone di diritto pubblico, come accade, ad esempio, in materia di contratti di locazione⁹¹.

1.4. Per quanto attiene alla competenza ad emettere il provvedimento di *astreinte*, l'articolo L. 131-1, comma 1, del *code des procédures civiles d'exécution* (già art. 33 comma 1 della legge del 1991) dispone che “*tout juge, peut, même d'office, ordonner une astreinte pour assurer l'exécution de sa décision*”. Dunque, la misura coercitiva può essere comminata non solo dalle giurisdizioni di diritto comune, ma anche le giurisdizioni speciali (*tribunaux d'instance*,

⁹⁰ Per riferimenti v., *Rep. Proc. civ. Dalloz*, 1998, *Astreintes*, § 65.

⁹¹ FOSSIER, *Les astreinte*, in *Droit et pratique des voies d'exécution*, sous la direction de GUINCHARD ET MOUSSA, DALLOZ, 2013/204, 443.

tribunaux de commerce, conseils de prud'hommés ecc.), sia in formazione collegiale che monocratica⁹².

L'inciso "*même d'office*" della norma sopra menzionata, già presente nella disciplina del 1972 poi confermata con la riforma del 1991, sta ad indicare che il giudice, anche in appello⁹³, può comminare una *astreinte* senza necessità che ciò risponda ad una domanda di parte⁹⁴.

Secondo la *Cour de Cassation*, i giudici hanno assoluta discrezionalità nell'applicazione della misura coercitiva e non sono tenuti a provocare su di essa il contraddittorio delle parti⁹⁵ né, tantomeno, a motivare la loro scelta⁹⁶.

Di contro, anche i provvedimenti di rigetto della domanda di *astreinte* (laddove questa venga proposta) potranno essere non motivati⁹⁷, ancorché privi di autorità di cosa giudicata⁹⁸.

1.5. Il legislatore del 2011 ha sancito la possibilità per gli arbitri di pronunciare una *astreinte*⁹⁹. Ed infatti, prima di tale previsione, la Corte di Appello di Parigi, in una serie di pronunzie degli anni '90 del secolo scorso aveva ribadito la posizione espressa dalla Corte di Cassazione già nel 1882¹⁰⁰, aveva affermato la piena compatibilità tra l'*astreinte* e l'arbitrato: la misura, che per avere efficacia esecutiva

⁹² Cfr., TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, cit., pp. 166 ss.

⁹³ DONNIER-DONNIER, op.cit., 124.

⁹⁴ DONNIER-DONNIER, op. cit., 125.

⁹⁵ Civ. 2ème, 21 mars 1979, Bull. II, n. 89.

⁹⁶ Civ. 2ème, 20 décembre 2001, Bull. Civ. II, n. 199.

⁹⁷ Civ. 3ème, 9 novembre 1983, Bull. Civ. III, n. 219.

⁹⁸ Civ. 2ème, 4 juin 2009, Bull. II, n. 139.

⁹⁹ Cfr. gli artt. 1467 e 1468 del *code de procédure civile (c.p.c.)* inseriti dalla riforma dell'arbitrato del 2011 (decreto 48/2011).

¹⁰⁰ Sul provvedimento pronunciato dalla Corte di Cassazione il 25 luglio 1882, cfr. ESMEIN, *op. cit.*, p.7.

deve ottenere l'exequatur dal giudice statale, fa parte della funzione giurisdizionale – è un «*prolongement inhérent et nécessaire à la fonction de juger pour assurer une meilleure efficacité au pouvoir juridictionnel*»¹⁰¹ - e rientra quindi tra le attribuzioni dell'arbitro.

L'orientamento giurisprudenziale – oramai accettato dalla dottrina¹⁰² – è stato dunque fatto proprio dal legislatore del 2011¹⁰³ che nel novellare la disciplina dell'arbitrato ha espressamente previsto la pronuncia dell'*astreinte* da parte dell'arbitro in due situazioni: quando ordina alla parte di produrre elementi di prova e quando pronuncia un provvedimento cautelare.

Nel caso della misura coercitiva pronunciata in sede di lodo arbitrale, in particolare, il giudice dell'esecuzione, incaricato dell'exequatur, proprio in forza della espressa previsione legislativa sul punto, non potrà eliminare l'*astreinte*.

1.6. Il *code des procédures civiles d'exécution* prevede che nessuna *astreinte* può dar luogo ad una misura di esecuzione forzata prima che la stessa sia stata liquidata dal giudice (proprio in virtù del fatto che difetta il requisito di liquidità della misura). L'*astreinte* non liquidata permette, comunque, al creditore di ottenere il sequestro

¹⁰¹ Così Corte di Appello di Parigi, 7 ottobre 2004, in *Revue de l'Arbitrage*, 2005, p. 737, con osservazioni di Jeuland, che riprende quanto già affermato dalla stessa Corte con le pronunce 24 maggio 1991 e 11 ottobre 1991 (sempre in *Revue de l'Arbitrage* 1992, p. 936, con nota di PELLERIN) e 8 giugno 1990 (*ivi*, 1990, p. 197, con note di MOITRY E VERGNE).

¹⁰² Nel 2005 JEULAND (in *Revue de l'Arbitrage*, 2005, p. 743) afferma infatti che non vi è dubbio che l'arbitro, come il giudice, abbia il potere di ordinare un'*astreinte*.

¹⁰³ Sulla portata della novella dell'arbitrato operata dal decreto 13 gennaio 2011, cfr., per tutti, Jarroson-Pellerin, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, in *Revue de l'Arbitrage*, 2011, p. 5 ss., i quali sottolineano che trent'anni dopo la "rivoluzione" del diritto francese dell'arbitrato, la riforma del 2011 codifica molte delle soluzioni nel frattempo elaborate dalla giurisprudenza.

conservativo di una somma che viene valutata in via provvisoria dal giudice competente per la sua liquidazione.

Un'*astreinte* provvisoria non acquisisce, però, autorità di cosa giudicata, così come non acquisisce tale autorità la decisione del giudice che rigetti una domanda volta a prevedere un'*astreinte* per la sentenza emessa da un altro giudice¹⁰⁴.

Il potere di modifica della misura coercitiva (nei suoi aspetti essenziali: decorrenza, durata, ammontare) spetta, com'è ragionevole attendersi, al giudice che l'ha pronunciata.

Allorquando l'inadempimento del debitore all'obbligazione oggetto del provvedimento di condanna (assistito dalla misura coercitiva) diventi conclamato, il creditore può chiedere la liquidazione dell'*astreinte*.

La minaccia costituita dalla misura, infatti, non può rimanere tale per un lasso di tempo indeterminato, finendo col perdere così la sua efficacia special-preventiva e comportando il cumulo di somme che diventerebbero talmente considerevoli che perderebbero di ogni significato¹⁰⁵.

Sebbene la comminatoria dell'*astreinte* possa essere assunta dal giudice d'ufficio (e, come abbiamo visto, senza particolari vincoli argomentativi), la sua liquidazione può avvenire solo su istanza della parte interessata.

La competenza per la fase di liquidazione è affidata, secondo il principio enucleato dalla legge del 1991, al giudice dell'esecuzione: "*L'astreinte, même définitive, est liquidée par le juge de l'exécution,*

¹⁰⁴ Civ. 2^{ème}, 4 juin 2009, Bull. n. 139.

¹⁰⁵ DONNIER-DONNIER, op. cit., 131.

*sauf si le juge qui l'a ordonnée reste saisi de l'affaire ou s'en est expressément réservé le pouvoir*¹⁰⁶.

La legge n. 91-650 del 9 luglio 1991 ha collocato, dunque, le *astreintes* tra le *vois d'exécution*¹⁰⁷.

Il legislatore francese ha previsto, però, due ipotesi nelle quali è non già il giudice dell'esecuzione a liquidare l'*astreinte*, bensì il medesimo giudice che l'ha pronunciata: (i) se quest'ultimo resta investito della questione; (ii) se se n'è espressamente riservato il potere. In ogni altro caso "*l'incompétence est relevée d'office par le juge saisi d'une demande en liquidation d'astreinte*"¹⁰⁸. Ciò può avvenire quando il giudice che ha pronunciato l'*astreinte* voglia evitare al giudice dell'esecuzione la piena cognizione dei fatti di causa oppure quando ritenga di poter conoscere meglio i fatti oggetto di controversia. La facoltà di riservare a sé il potere di liquidazione della misura coercitiva non è, comunque, esercitabile dagli arbitri¹⁰⁹.

L'ordinamento francese contempla, inoltre, tre diverse ipotesi in cui il giudice può revocare l'*astreinte*:

Quando l'obbligazione principale si è estinta. L'*astreinte*, infatti, in quanto misura accessoria ad una condanna principale (all'adempimento di una obbligazione) viene meno qualora non sussista più l'obbligazione e, dunque, la condanna principale non abbia più ragion d'essere.

Quando l'esecuzione ha avuto luogo in stretta conformità a quanto imposto dal giudice nel provvedimento di condanna.

¹⁰⁶ FOSSIER, *op. cit.*, 453.

¹⁰⁷ In questo senso, cfr. CAPPONI B., *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, cit., p. 33.

¹⁰⁸ R.131-2 c.pr,exéc. (antico art 52 del decreto del 1992).

¹⁰⁹ FOSSIER, *op. cit.*, 453.

Se l'adempimento dell'ordine giudiziale è divenuto impossibile per causa non imputabile al debitore¹¹⁰ (caso fortuito, forza maggiore, fatto del terzo).

1.7. Come sopra accennato, la riforma del 1991 ha voluto qualificare la *astreinte* tra le *voies d'exécution*. Il comma 2 dell'art. 33, prevede infatti che “*le juge dell'exécution peut assortir d'une astreinte une décision rendue par un autre juge si les circonstances en font apparaitre la nécessité*”.

Con tale previsione non si riscontra più una concordanza necessaria, come accadeva prima della riforma, tra il giudice che ha pronunciato la condanna e colui che pronunciava l'*astreinte*. Il giudice dell'esecuzione può, dunque, prescrivere una misura coercitiva per sanzionare una condanna pronunciata da altri giudici e dipende, a tal riguardo, di un potere sovrano: “*le juge de l'exécution dispose d'un pouvoir souverain pour apprécier si les circonstances font apparaitre la nécessité d'assortir d'une astreinte la décision rendue par autre juge*”¹¹¹.

Pertanto, deve condividersi l'opinione¹¹² secondo cui il legislatore del 1991 ha voluto riconoscere al giudice dell'esecuzione il potere di pronunciare le *astreintes* per assicurare l'esecuzione di qualsiasi tipo di sentenza, conclusione che impedisce al creditore di dover ritornare dinanzi al giudice che ha pronunciato la condanna.

Stante il quadro normativo in cui l'*astreinte* francese affonda le sue radici, non sembra potersi dubitare della sua natura di misura

¹¹⁰ FOSSIER, *op. cit.*, 457.

¹¹¹ Civ. 2^{ème}, 20 décembre 2001, Bull. II, n. 199.

¹¹² Sul punto sembra non nutrire alcun dubbio PERROT, *Astreinte. La compétence du juge de l'exécution pour assortir d'une astreinte la condamnation prononcée par un autre juge: est-elle exclusive?*, in *RTD civ.*, 1999, pp. 465 ss.

coercitiva a carattere esecutivo. Tuttavia, per dovere di completezza espositiva, occorre segnalare alcune voci fuori dal coro che ritengono di non poter inquadrare le *astreintes* tra le misure di esecuzione forzata atteso che esse non consentirebbero al creditore di aggredire i beni dell'obbligato per soddisfare il proprio diritto. In altri termini, una volta liquidata l'*astreinte* acquisterebbe la stessa efficacia di un titolo esecutivo, motivo per cui, dopo la liquidazione, il creditore dovrebbe affidarsi agli strumenti dell'esecuzione coattiva¹¹³. Tuttavia, come sopra ampiamente riportato, tale tesi risulta sostenibile solo ignorando la *voluntas legis*, che non sembra lasciare spazi ad altre conclusioni se non quella di dover individuare le *astreintes* tra le *voies d'exécution*.

Per quanto attiene, poi, al rapporto con il risarcimento del danno, il legislatore francese, già con la legge 5 luglio 1972 (soluzione poi ripresa dagli interventi normativi successivi) ha affermato a chiare lettere che *astreinte* e risarcimento del danno operano su piani diversi e non hanno tra loro punti di contatto o di sovrapposizione.

Anche i giudici si sono prontamente espressi in tal senso criticando la decisione di una corte d'appello che aveva diminuito l'importo di un'*astreinte* in considerazione del carattere "*peu important*" del pregiudizio subito dal creditore. Così facendo, infatti, la corte d'appello avrebbe agito secondo criteri estranei al dettato normativo, violando in particolare il ricordato art. 36 della legge 9 luglio 1991 secondo il quale "*le montant de l'astreinte provisoire est*

¹¹³ DONNIER-DONNIER, *op. cit.*, 139. A suffragio della tesi secondo cui l'*astreinte* non rappresenterebbe una misura di esecuzione forzata sarebbe sufficiente rammentare che il giudice dell'esecuzione non ha competenza esclusiva per la sua liquidazione, atteso che il giudice che l'ha pronunciata può rimanere investito di tale potere o, comunque, riservarlo per sé. Cfr., LEBORGNE, *Droit de l'exécution*, Dalloz, cit., 340.

*liquidé en tenant compte du comportement de celui à qui l'injonction a été adressée et des difficultés qu'il a rencontrées pour l'exécuter*¹¹⁴.

La struttura della *astreinte*, commisurata in senso crescente in considerazione dell'obbligazione inadempita, è funzionale non già al ristoro di un qualche pregiudizio che il creditore possa subire, ma risponde all'esigenza di accrescere la propria portata minatoria in considerazione del tempo infruttuosamente decorso dalla pronuncia cui la misura accede e del numero di infrazioni commesse.

2. Lo studio della penalità di mora prevista nel sistema tedesco, a causa della sua 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.

Questa è la ragione per cui si è inteso dedicare ampio spazio del presente studio all'*astreinte*, rispetto a quanto verrà fatto per gli istituti delle altre esperienze straniere.

Orbene, fatta questa doverosa premessa e volgendo lo sguardo all'ordinamento germanico, è dato rilevare che le misure coercitive tedesche, denominate *Zwangsstrafen*, sono previste dallo *Zivilprozessordnung* del 1877 nei par. 888ss. in riferimento ad obblighi di fare infungibili o di non fare e si caratterizzano per essere provvedimenti fortemente sanzionatori, per lo più a carattere

¹¹⁴ Civ., 2^{ème}, 28 octobre 1999, n. 98-14.432.

pecuniario (*Zwangsgeld*), che, se inadempiti, possono condurre alla sanzione detentiva (*Zwangshaft*)¹¹⁵.

Nel complesso della *Zivilprozessordnung*, l'esecuzione forzata è strutturata per tipologia di obbligazione: il § 888 riguarda, in particolare, l'esecuzione forzata degli *Nicht vertretbare Handlung* (atti infungibili¹¹⁶), mentre il § 890 riguarda l'*Erzwingung von Unterlassungen und Duldungen* (induzione coattiva a comportamenti di omissione e tolleranza).

La rigida distinzione teorica delle disposizioni testé riportate ha comportato non poche difficoltà per la loro applicazione pratica. Ad esempio, se, da un lato, il § 888 individua l'infungibilità dell'atto che si sta eseguendo nella circostanza che esso non possa “*esser compiuto da un terzo*”... nonché “*ove l'atto dipenda esclusivamente dalla volontà del debitore*”, dall'altro, nulla dice sul criterio di determinazione dell'infungibilità, e, quindi, ad esempio, se debba farsi ricorso a criteri di “infungibilità naturale”¹¹⁷.

A tale irrigidimento di sistema ha cercato di porre rimedio la giurisprudenza, la quale non ha perso occasione per tentare di estendere l'applicazione delle disposizioni in esame anche oltre i loro rigidi confini¹¹⁸. Né la normativa appare espressamente porsi il problema delle questioni che possono sorgere in presenza di obblighi

¹¹⁵ cfr. PUCCIARIELLO P., *L'esperienza straniera dell'esecuzione forzata indiretta*, in AA. VV. *L'esecuzione processuale indiretta*, CAPPONI B. (a cura di), cit., pp. 51 ss.

¹¹⁶ Per i testi tradotti della ZPO si è fatto ricorso al testo “*Codice di Procedura Civile Tedesco – Zivilprozessordnung*” testo e presentazione a cura di S. PATTI, Milano 2010.

¹¹⁷ Tale osservazione è di TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 157.

¹¹⁸ Cfr., DAWSON, *Specific performance in France and Germany*, in *57 Mich. L. Rev.*, 1959, 535 ss. Altresì, v. la casistica richiamata da Taruffo, op. loc.ult. cit., 160 e in A. VV., *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Neuwied-Darmstadt, 1987, 2111 ss.

complessi, ovverosia in parte fungibili e in parte infungibili¹¹⁹. È chiaro che i meccanismi della ZPO sono comunque ad applicazione molto circoscritta e non prescrivono particolari modalità di valutazione che possano orientare il giudice: è da escludersi un'applicazione generalizzata a tutti i tipi di giudizio nonché a tutti i tipi di provvedimento.

Ad ogni modo, sia il §888 che il § 890 prevedono la comminatoria preventiva, da parte del Giudice di primo grado, di una pena pecuniaria (*Zwangsgeld*), che, in caso di impossibilità di riscossione, si converte in sanzione detentiva (*Zwangshaft*), anche se, in alcuni casi, può anche essere comminata direttamente la pena detentiva.

La pena pecuniaria, per l'inadempimento di un obbligo infungibile (positivo) non può superare i 25.000 Euro, e non è applicabile in caso di «condanna a prestare servizi in base ad un contratto di servizio». Nel caso di obblighi di non fare, la sanzione, pecuniaria o detentiva fino a sei mesi, è comminata «per ogni contravvenzione su istanza del creditore», l'ammontare può raggiungere i 250.000 euro e i due anni di detenzione. Pertanto, l'inadempimento all'obbligo di fare si sostanzia *uno actu*, mentre quello all'obbligazione di non fare comporta l'accrescimento della pena.

Emerge con solare evidenza, dunque, la differenza del meccanismo tedesco, indubbiamente molto severo per il ricorso alla pena detentiva a fronte dell'inadempimento al comando di un giudice, da quello francese e quello italiano (sul quale v. *infra*). Appare chiaro, come l'elemento caratterizzante tali misure si manifesti nella notevole

¹¹⁹ In termini, *Kommentar, op. loc. ult. cit.*, pp. 2108 ss.

colorazione pubblicistica dell'istituto, volta a rafforzare il prestigio e l'autorità dei provvedimenti del giudice, tant'è che il beneficiario di tali misure non è mai il creditore, bensì lo Stato.

Non pare peregrino sostenere il carattere penale dell'istituto, preponderante tanto nella sanzione detentiva, quanto nella comminatoria della sanzione pecuniaria (fissata in un limite edittale molto alto)¹²⁰.

3. Quanto agli ordinamenti di matrice anglosassone, oltre ai *punitive damages* (su cui si è già avuto modo di diffondersi), se si volge lo sguardo ai Paesi di *Common law*, si osserva agevolmente la tendenza a garantire la massima possibile effettività della tutela, non solo attraverso la generale previsione di un'apposita sanzione per l'inadempimento dell'ordine del giudice (mediante il procedimento del *contempt of Court*¹²¹) ma attraverso altri istituti aventi la loro fonte nell'*equity* (c.d. *Equitable remedies*), e quindi nella creazione giurisprudenziale che ha plasmato istituti *ad hoc* sulle situazioni giuridiche soggettive tutelate, tendenti all'adempimento specifico piuttosto che al risarcimento del danno¹²², appartenenti alla categoria delle *injunctions*.

¹²⁰ Sul tema nella letteratura tedesca, si veda AA.VV., *Kommentar cit.*, in particolare pp. 2108 ss. Sui dubbi circa il carattere penale della misura del diritto tedesco, v. cfr. TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, cit., pp. 157 ss. nonché COLESANTI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, *RDPr*, 1980, pp. 94 ss., il quale, prendendo le mosse da una serrata critica alla tesi di Chiarloni circa il retaggio "semi-feudale" delle misure coercitive tedesche, sottolinea la diversità degli ordinamenti francese e tedesco in ordine alla diversa evoluzione avvenuta in ordine alle conseguenze della contumacia.

¹²¹ Sul quale, in generale, vedi VARANO, voce *Contempt of Court*, *Digesto/civ.*, IV, Torino, 1990. Pp. 107 ss.

¹²² Si tratta di istituti che hanno trovato dapprima riconoscimento in singoli atti legislativi (in materia di discriminazione dei lavoratori nel collocamento cfr. *Equal Employment Opportunity Act*, del 1972 che ha emendato il *Title VII of the*

L'*injunction*¹²³ può avere vari contenuti e costituisce il rimedio più importante per la prevenzione o l'inibizione di illeciti in materia extracontrattuale (*torts*), purché il giudice ritenga – discrezionalmente – che il rimedio risarcitorio in quel caso specifico sia inadeguato (c.d. *adequacy test*). Essa può essere di due tipi: (i) se è necessario intimare ad un soggetto di astenersi dal compiere un atto pregiudizievole per l'istante, imponendogli un obbligo di non *facere*, si avrà una *prohibitory injunction*; (ii) nel caso in cui sia necessario imporre l'osservanza di un obbligo di *facere* specifico, si avrà una *mandatory injunction*.¹²⁴

Se l'obbligato non ottempera all'ordine contenuto nell'*injunction*¹²⁵, il giudice potrà condannarlo per *Contempt of Court*¹²⁶, letteralmente “disprezzo della Corte”, consistente in una

Civil Rights Act del 1964, fonte *Legal Information Institute at Cornell Law School*, in www.law.cornell.edu) per poi trovare una sistemazione organica nelle *Federal Rules of Civil Procedure, Rules 53 e 70*. Per un'approfondita disamina degli istituti in parola, cfr. SILVESTRI, *Problemi e prospettive di evoluzione nell'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare*, RDPr, 1981, pp. 49 ss., nonché TARUFFO, *op. cit.*, 151 ss.

¹²³ Per un'interessante inquadramento storico dell'istituto, cfr. PUCCIARIELLO P., *L'esperienza straniera dell'esecuzione forzata indiretta*, in AA. VV. *L'esecuzione processuale indiretta*, CAPPONI B. (a cura di), cit., pp. 54-55.

¹²⁴ Sui due tipi di *injunctions* vedi, tra gli autori italiani, FRIGNANI, *L'injunction nella common law e nel diritto italiano*, Milano 1974, pp. 180-183, il quale sottolinea che, in origine, le *injunctions* potevano solo proibire la realizzazione di un dato atto e che, nel sistema statunitense, esiste una tendenza a riformulare, quando possibile, le *mandatory injunction* in *prohibitory*.

¹²⁵ Sui vari metodi di esecuzione dell'*injunction*, vedi HAZARD-TARUFFO, *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bologna, 1993, pp. 232-236.

¹²⁶ Sul *contempt of court*, vedi, STABILE, *Il contempt of court nell'ordinamento inglese*, in GUIDI (a cura di), *La società dell'informazione: libertà pluralismo, risorse. Atti del convegno dell'associazione di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, San Marino, 30 settembre 2005, Torino, 2006, pp. 153 ss; TARUFFO-SILVESTRI, *Esecuzione Forzata, III, Esecuzione indiretta e misure coercitive*, in *Enc. Giur. Treccani*, aggiornamento 2006; FLEISCHER, *In defence of Civil Contempt Sanctions*, in *Columbia Journal Law*, v. 36, 2002-2003, p. 35 ss; LOWE-SUFRIN, *The law of Concept*, Reed Elsevier, 1996; VARANO, *Contempt of Court*, in *Dig. It., dis. Pub.*, (sez. pen.) III, Torino, 1989, pp. 108 ss; MILLER, *Contempt of Court*, 3° ed., Londra 1989; TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei*

*efficacissima*¹²⁷ sanzione a carattere pecuniario o detentivo, il cui beneficiario è normalmente il creditore, irrogabile in conseguenza dell'inosservanza di una sentenza di condanna avente ad oggetto una prestazione infungibile ed altrimenti incoercibile.

Si distingue tra il *civil contempt* (*contempt in procedure*) ed il *criminal contempt*. Mentre il primo è volto a tutelare l'interesse del soggetto titolare di un diritto all'esecuzione di un provvedimento del giudice, il secondo mira a sanzionare colui che commetta il reato di oltraggio alla Corte (*common law offence*)¹²⁸.

Quindi, il creditore inizialmente si rivolge al giudice per richiedere il provvedimento di condanna all'esecuzione della prestazione specifica, tramite la *specific performance* (risarcimento) e l'*injunction* (inibitoria), rimedi, come anticipato, discrezionali che la corte accorda quando consideri il risarcimento per equivalente non sufficiente ai fini della garanzia dell'effettività della tutela. Laddove,

diritti, cit.; DONDI, *Una pagina di Pekelis rivisitata*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1982, p. 131 ss; DE ROSSI, *Il Contempt of Court e le specific Performance nel diritto inglese*, Roma, 1934; FOX, *The history of Contempt of Court*, Oxford, 1927.

¹²⁷ L'espressione è di TARUFFO, *Diritto processuale civile nei Paesi anglosassoni*, in *Dig. It., disc. priv. (sez. civ.)*, IV, Torino, 1990, p. 393. Sull'impiego del mezzo di coazione come tecnica di tutela di taluni diritti, si veda DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, in MAZZAMUTO (a cura di), vol. II, Napoli, 1989, pp. 32-33. Secondo PEKELIS, *Legal techniques and political Ideologies*, in *Michigan Law Review*, 41, 1943, p. 665, traduzione a cura di DONDI, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1982, p. 143, il *contempt* è lo strumento più importante dell'ordinamento inglese per assicurare l'esecuzione di una sentenza. Sulle considerazioni circa il rapporto tra l'istituto del *contempt* e la particolare concezione del diritto nei sistemi di *Common Law*, vedi tra gli altri, CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980, pp. 239 ss.

¹²⁸ cfr. PUCCIARIELLO P., *L'esperienza straniera dell'esecuzione forzata indiretta*, in AA. VV. *L'esecuzione processuale indiretta*, CAPPONI B. (a cura di), cit., pp. 58 ss; VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea*, in *Diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale*, Padova, 2009, nota 27; FRIGNANI, *Il "contempt of Court" quali quale sanzione per l'inesecuzione dell'"injunction"*, in *Riv. Trim. Proc. Civ.*, 1972, pp. 112 ss; ID., *L'injunction nella common law e nel diritto italiano*, Milano, 1974.

poi, il debitore non si conformi a tale provvedimento, il creditore adisce nuovamente il giudice, il quale, pur non potendo agire *ex officio*, gode di un'ampia discrezionalità nel comminare la sanzione del *contempt of court*, sia con riguardo all'*an* - in quanto, sulla base delle circostanze concrete, potrebbe decidere di non comminare tale sanzione-, sia con riguardo al suo esatto ammontare, tanto da aver sollevato seri dubbi di collisione con i principi fondamentali dell'ordinamento anglosassone¹²⁹.

4. L'esperienza straniera dell'esecuzione forzata indiretta sin qui descritta - seppur brevemente – serve a meglio comprendere le origini, le contaminazioni dell'*astreinte* italiana, e le sue criticità.

La legge n. 69 del 18 giugno 2009, recante “*Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*”, come ormai noto, ha introdotto, nel Titolo IV del Libro Terzo del nostro codice di rito, l'art. 614 *bis*, all'epoca rubricato “*Attuazione degli obblighi di fare infungibili o di non fare*”.

Tuttavia, con l'art. 13, comma 1, lett. cc-ter) del D.L. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla L. 6 agosto 2015, n. 132, è stata riformata sia la rubrica che l'ambito applicativo dell'art. 614 *bis* c.p.c., articolo inserito in un autonomo Titolo IV *bis*, modifiche di non poco conto, come meglio si dirà nel prosieguo del presente lavoro.

In particolare, la nuova disposizione, oggi rubricata “*Misure di coercizione indiretta*”, così recita: “[I]. *Con il provvedimento di condanna all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo,*

¹²⁹ Cfr. TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette*, Cedam, 2012, pp. 32 ss.

fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. [II]. Il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle controversie di lavoro subordinato pubblico o privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409. [III]. Il giudice determina l'ammontare della somma di cui al primo comma tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile.”

In effetti, non si può affermare di essere stati colti di sorpresa dall'intervento del legislatore, perché già all'indomani della novella del 2009 si discuteva della necessità di un'opera di *restyling* dell'art. 614 *bis* c.p.c.. Il contatto del legislatore al tema delle *astreintes* era stato piuttosto timido, tanto da dover essere considerato non più che un “*primo approccio al problema*”¹³⁰.

Tuttavia, 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, per cui, di seguito, pare opportuno soffermarsi almeno sulle ipotesi più significative ai fini del presente lavoro.

Orbene, le prime manifestazioni legislative di penalità di mora nel diritto italiano si rinvencono negli artt. 86, comma 1, Legge

¹³⁰L'espressione è di CAPPONI B., *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, Torino, 2015, p. 35. Dello stesso avviso è CONSOLO C. GODIO F., *Commento sub art. 614 bis c.p.c.*, in *Commentario del codice di procedura civile*, COMOGLIO L. P. CONSOLO C. SASSANI B. VACCARELLA R. (diretto da), 2013, Utet, pp. 138 e ss.

Invenzioni¹³¹ e 66, comma 2, Legge Marchi¹³² secondo i quali “*La sentenza che provvede sul risarcimento dei danni può farne, ad istanza di parte, la liquidazione in una somma globale stabilita in base agli atti della causa e alle presunzioni che ne derivano. Può fissare altresì una somma dovuta per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata e per ogni ritardo nella esecuzione dei provvedimenti contenuti nella sentenza stessa*”. Si tratta, quindi, di una misura di esecuzione indiretta irrogabile contestualmente alla pronuncia di merito, che il legislatore aveva previsto al fine di evitare che “*quello della legge non riesca vano comando*”¹³³.

Le apprezzabili intenzioni del legislatore si scontrarono con la giurisprudenza di quegli anni, che non accolse con particolare favore queste norme che rappresentavano assolute novità del sistema processuale italiano dell’epoca¹³⁴. Emblematica è, infatti, la sentenza c.d. Rabarbaro Zucca, dal nome della ditta convenuta in giudizio, del 13 dicembre 1946¹³⁵, con cui la Suprema Corte negò, seppure in termini di *obiter dictum*, l’esistenza di una legge che legittimasse il giudice a comminare una penale per ogni giorno di ritardo nell’esecuzione del provvedimento giudiziale da parte del debitore,

¹³¹ R.D. 29 giugno 1939, n. 1127. Testo delle disposizioni legislative in materia di brevetti per invenzioni industriali, poi definitivamente abrogato e sostituito dal Codice della Proprietà Industriale D.Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30.

¹³² R.D. 21 giugno 1942, n. 929. Testo delle disposizioni legislative in materia di marchi registrati. Integrato dal D.Lgs. 4 dicembre 1992, n. 480 e in seguito modificato dal D.Lgs. 8 ottobre 1999, n. 447, poi definitivamente abrogato e sostituito dal Codice della Proprietà Industriale D.Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30.

¹³³ Testualmente: Corte di Appello di Catania, 15 marzo 1915, in *Giur. Cat.*, 1915.

¹³⁴ Per un interessante *excursus* storico sulla legislazione sul tema cfr. FRIGNANI, *La penalt  di mora nel diritto comunitario, francese e italiano*, in *Riv. dir. ind.*, 1974, 261 ss.

¹³⁵ In *Giur. compl. Cass. Civ.*, 1946, XXII, I, 741, con nota di AULETTA, *Multe giudiziali e valutazione di danni futuri in materia di marchi*.

nonostante fosse già in vigore la succitata previsione in materia di marchi.

Tali norme sono oggi trasfuse nell'art. 124 del c.p.i., il quale è stato accolto con forte entusiasmo, anzitutto perché disciplina la c.d. inibitoria di merito (o “definitiva”), non espressamente prevista dalla disciplina previgente (per i marchi non registrati soccorreva, infatti, l'art. 2599 c.c.), anche se veniva ammessa pacificamente¹³⁶. Si riteneva, invero, che essa potesse discendere sia, implicitamente e per ragioni di ordine sistematico, dall'art. 1 Legge Invenzioni e dall'art. 1 Legge Marchi, che attribuivano al titolare della privativa lo *ius excludendi alios*, cioè il diritto di vietare l'uso ai terzi, sia dall'esplicita previsione dell'inibitoria in tema di concorrenza sleale¹³⁷.

Altresì, la disposizione da ultimo citata ha dettato una uniforme disciplina delle possibili sanzioni e misure accessorie della sentenza che accerti la violazione di ogni diritto di proprietà industriale, anche non titolato, e dunque non più solo con riferimento al marchio registrato e al brevetto per invenzione.

¹³⁶ V. CAPPONI, *Ma l'astreinte in materia brevettuale è titolo esecutivo?*, in *Riv. esec. forz.*, 4, 2004, 780; VANZETTI, *Contributo allo studio delle misure correttive e delle sanzioni civili nel diritto industriale: i profili processuali dell'art. 124 c.p.i.*, in *Riv. dir. ind.*, 2010, I, 27; FRIGNANI, *L'injunction nella Common Law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Milano, 1974, 309 e 331; SCUFFI-FRANZOSI-FRITTANTE, *Il codice della proprietà industriale*, Padova, 2005, 56; SPOLIDORO, *Le misure di prevenzione nel diritto industriale*, Milano, 1982, 111.

¹³⁷ In questo senso v. SCUFFI - FRANZOSI - FRITTANTE, *Il codice della proprietà industriale*, cit. 561; secondo altri, invece, l'ammissibilità di un'azione volta ad ottenere l'inibitoria “definitiva” di una contraffazione, pur in assenza di una esplicita previsione, doveva ricavarsi dalla normativa della corrispondente pronuncia cautelare ex artt. 63 Legge Marchi e 83 Legge Invenzioni, cfr. SPOLIDORO, *Misure di prevenzione nel diritto industriale*, Milano, 1982, 110; RICOLFI, *I segni distintivi. Diritto interno e comunitario*, Torino, 1999, 165; FRIGNANI, *L'injunction nella Common Law e l'inibitoria nel diritto italiano*, cit., 309.

L'art. 131 c.p.i., invece, contiene la disciplina dei previgenti artt. 83 Legge Invenzioni e 63 Legge Marchi. In particolare, accanto all'inibitoria cautelare è stata prevista una penalità di mora non diversa da quella prevista dall'art. 86 succitato. La disposizione di quest'articolo riprende l'art. 41, comma 1, dell'accordo TRIPs¹³⁸, adeguamento avvenuto con il D.Lgs. 19 marzo 1996, n. 198¹³⁹.

Più nel dettaglio, l'inibitoria *ex art. 131 c.p.i.* è l'ordine col quale il giudice vieta al contraffattore la prosecuzione o la ripresa dell'attività di fabbricazione, commercializzazione e/o uso di quanto costituisce violazione del diritto altrui. Tale misura può essere concessa sia prima dell'instaurazione del giudizio di merito, sia nel suo corso. Essa, inoltre, in forza del richiamo alle norme del codice di rito contenuto negli artt. 128-130 del c.p.i., è suscettibile di reclamo, prima dell'inizio del giudizio di merito, ai sensi dell'art. 669-*terdecies* c.p.c.; può essere modificata o revocata, *ex art. 669-decies* c.p.c., in caso di una modificazione delle circostanze, dal g.i. nel giudizio di merito.

Pertanto, gli artt. 124 e 131 c.p.i., che disciplinano l'azione di contraffazione per la protezione dei diritti di privativa, testualmente dispongono che la sentenza che accerta la violazione del diritto, oltre alla condanna del convenuto alla distruzione, rimozione, ecc. degli oggetti prodotti o delle parole, figure o segni con i quali la violazione è stata commessa *“può fissare altresì una somma dovuta per ogni violazione successivamente constatata e per ogni ritardo nella esecuzione dei provvedimenti contenuti nella sentenza stessa”*.

¹³⁸ Che costituisce l'acronimo di *Agreement on Trade Related Aspects of Industrial Property Rights*.

¹³⁹ Sull'argomento v. SANDRI, *La nuova disciplina della proprietà industriale dopo i Gatt-Trip's*, Padova, 1999; SORDELLI, *Provvedimenti cautelari nel diritto industriale, nel diritto d'autore e nella concorrenza*, Padova, 1998.

Più nel dettaglio, la sentenza che accerta la violazione di un diritto di proprietà industriale può essere accompagnata da una serie di *misure correttive o sanzioni civili*¹⁴⁰ a carico del convenuto. Affinché il giudice possa disporre tali misure e sanzioni, tuttavia, sembra preferibile ritenere che sia necessaria l'istanza della parte interessata, per evitare che si incorra in una violazione del principio della domanda, *ex art. 99 c.p.c.*, e di quello della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, *ex art. 112 c.p.c.*¹⁴¹. Tale conclusione risulta ancor più avvalorata dal fatto che le statuizioni contenute nell'art. 124 c.p.i. presuppongono un accertamento oggettivo della violazione del diritto del titolare, prescindendo completamente da qualsiasi indagine in relazione alla prova della colpa e del danno¹⁴².

Tra queste misure e sanzioni previste dall'art. 124 c.p.i., quella più efficace per il titolare del diritto leso è, senza dubbio, l'inibitoria c.d. finale¹⁴³ (art. 124, comma 1, c.p.i.), ovvero l'ordine del giudice rivolto al contraffattore di cessare e di non riprendere l'attività illecita¹⁴⁴. Non è questa la sede per trattare *ex professo* della natura, dei presupposti e della funzione di questa inibitoria; ad ogni modo, ciò

¹⁴⁰ Così come espressamente recita la rubrica dell'art. 124 c.p.i.

¹⁴¹ In questo senso, v. VANZETTI, *Contributo allo studio delle misure correttive e delle sanzioni civili nel diritto industriale: i profili processuali dell'art. 124 c.p.i.*, cit., 28.

¹⁴² Cfr. VANZETTI-DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, Milano, 2009, 548; SCUFFI, *Diritto processuale della proprietà industriale e intellettuale*, Milano, 2009, 489.

¹⁴³ Per distinguerla dall'inibitoria "cautelare" prevista al successivo art. 130 c.p.i., della quale, tuttavia, conserva le medesime caratteristiche.

¹⁴⁴ In questo senso, v. FRIGNANI, *L'injunction nella Common Law e l'inibitoria nel diritto italiano*, cit., 331, secondo il quale si tratterebbe di una "sanzione" contenuta in una sentenza di condanna (spec. pag. 573); secondo una diversa tesi, invece, l'inibitoria *de qua* consisterebbe nella ripetizione di un comando già espresso dalla legge e, pertanto, equivarrebbe ad un mero accertamento dell'illiceità della condotta in considerazione, cfr. SPOLIDORO, *Le sanzioni civili nella bozza del Codice della proprietà industriale*, in UMBERTAZZI, *Codice della proprietà industriale*, II, Milano, 2004, 41.

che desta maggiore interesse, ai fini del presente lavoro, è la previsione contenuta nel secondo comma dell'art. 124 c.p.i, secondo cui *“Pronunciando l'inibitoria, il giudice può fissare una somma dovuta per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata e per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento”*. Il legislatore, quindi, di fronte all'evidente difficoltà di assicurare coattivamente l'altrui astensione, ha previsto la possibilità che l'efficacia dell'inibitoria possa essere garantita da misure indirette, ovvero da penalità di mora che servano a rafforzare la sanzione cautelare.

Tale ultima funzione, in particolare, viene attuata attraverso il ricorso alla tecnica delle misure coercitive, che vengono disposte al fine di inibire gli atti e i comportamenti lesivi. In tal modo, il giudice potrà condannare il soggetto, contro cui è intentata l'azione di contraffazione, anche al pagamento di una somma di danaro in modo da determinare un adempimento spontaneo tramite la minaccia di sanzioni pecuniarie distinte dall'eventuale risarcimento dei danni.

La necessità di prevedere misure coercitive in materia di tutela di marchi e brevetti nasce dall'evidente impossibilità che il relativo provvedimento di condanna, almeno nella parte in cui si limita a ordinare la cessazione dell'illecito, possa essere coattivamente eseguito secondo le forme dell'espropriazione forzata o dell'esecuzione degli obblighi di fare e non fare di cui al terzo libro del codice di rito.

4.1. Come già accennato sopra, il contenuto dell'inibitoria, sia essa definitiva che cautelare, è un'obbligazione di non fare, posto che il giudice pronuncia il divieto di porre in essere il comportamento definito “illecito”. Vi è, quindi, un obbligo di astenersi dal reiterare il

suddetto comportamento, inquadrabile nelle obbligazioni infungibili che non possono essere realizzate attraverso il ricorso all'esecuzione forzata.

Conseguentemente, il legislatore ha previsto che ai sensi del secondo comma dell'art. 124 c.p.i., il giudice, pronunciando l'inibitoria, può disporre il pagamento di una somma pecuniaria (obbligazione, perciò, forzosamente eseguibile ai sensi del libro terzo del c.p.c.) dovuta per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata e per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. Trattasi di una misura di esecuzione indiretta attraverso la quale si vuole coartare la volontà dell'obbligato convincendolo ad assumere il comportamento per lui più economicamente conveniente¹⁴⁵.

Funzione della penalità di mora in commento è, pertanto, quella di rafforzare l'inibitoria di merito cui accede¹⁴⁶, in modo da scoraggiare la commissione o la continuazione o la ripetizione

¹⁴⁵ Cfr. FLORIDIA, *La tutela giurisdizionale dei diritti di proprietà industriale*, in AA. VV., *Diritto industriale*, III ed., Torino 2009, 517; SCUFFI, *Diritto processuale della proprietà industriale e intellettuale*, cit., 362; SPOLIDORO, *Le misure di prevenzione nel diritto industriale*, cit. 138.

¹⁴⁶ VANZETTI, *Contributo allo studio delle misure correttive e delle sanzioni civili nel diritto industriale: i profili processuali dell'art. 124 c.p.i.*, cit. 43; VANZETTI – DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit. 549; SCUFFI, *Diritto processuale della proprietà industriale e intellettuale*, cit. 489; CAPPONI, *Ma l'astreinte in materia brevettuale è titolo esecutivo?*, cit., 780, il quale, forse più correttamente, chiarisce che "scopo della "penalità di mora" è quello di garantire la sollecita e spontanea esecuzione del provvedimento (rispettivamente, cautelare e di merito), pena il pagamento di "sanzioni" pecuniarie che non si confondono con il risarcimento del danno"; RICOLFI, *Le misure compulsorie*, in NIVARRA (a cura di), *L'enforcement dei diritti di proprietà industriale. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2005, 100; UMBERTAZZI, *Codice della proprietà industriale*, Milano, 2009, 444. Ritiene che la penale *de qua* possa essere comminata anche a sostegno dell'ordine di ritiro dal commercio SPOLIDORO, *Profili processuali del codice della proprietà industriale*, in *Dir. ind.*, 2008, n. 2, 180. Inoltre, è plausibile ritenere che la penalità possa essere disposta dal giudice a presidio della sola inibitoria, e non della sentenza di merito nel suo complesso, come, invece, avveniva prima. Così PICCARRETA – TERRANO, *Il nuovo diritto industriale. Guida alla disciplina introdotta dal D. Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, Codice della proprietà industriale*, 2005, 310.

dell'illecito, al pari delle *astreintes* francesi. È pacificamente superata, come del resto per queste ultime, la tesi che attribuiva alla stessa la funzione di determinare un'anticipazione della liquidazione del danno per violazioni future¹⁴⁷, soprattutto in considerazione del fatto che anche l'inibitoria cautelare, provvisoria e non statuenta sulla liquidazione del danno, può essere rafforzata con una penalità di mora¹⁴⁸. La propensione verso la natura "risarcitoria" di tali misure compulsorie dipendeva dalla loro collocazione nella disposizione riguardante le modalità risarcitorie "alternative" comminate con la sentenza. Molto opportunamente l'art. 124 c.p.i. chiarisce definitivamente che la sanzione in commento è una forma di esecuzione indiretta dell'inibitoria, mentre il diritto al risarcimento del

¹⁴⁷ In questo senso, cfr. AULETTA, *Multe giudiziali e valutazione dei danni futuri in materia di marchi*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1946, 741; MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1985, 146; CORRADO, *Opere dell'ingegno. Privative industriali*, Milano, 1961. Cfr., anche, CHIAVEGATTI, *La penalità di mora ex art. 124 C.P.I. come misura di rafforzamento dell'inibitoria*, *cit.*, 18 il quale sembra concludere per una duplice funzione di questa misura coercitiva-, ad un tempo rafforzativa dell'inibitoria e risarcitoria per i danni futuri; in questo stesso senso, sembrerebbe anche FRANCESCHELLI, *Sui marchi d'impresa*, Milano, 1970, secondo il quale si sarebbe in presenza di una liquidazione del danno in via presuntiva. È interessante notare, infine, che FRIGNANI, *L'injunction nella Common Law e l'inibitoria nel diritto italiano*, *cit.*, 588, in uno sforzo argomentativo volto ad avvicinarsi alla posizione della dottrina maggioritaria dell'epoca, che abbracciava la tesi risarcitoria, ha chiarito che la penale per ogni violazione successiva potrebbe pur essere, in *limine litis*, una sorta di liquidazione di danni futuri, ma tale certamente non sarebbe quella per il ritardo nell'esecuzione di comandi del giudice, nel qual caso si sarebbe "in piena *astreinte*".

¹⁴⁸ Così si esprime la sentenza Cass. Civ., sez. I, 24/3/2006 n. 6685, con nota di CHIAVEGATTI, *La penalità di mora ex art. 124 C.P.I. come misura di rafforzamento dell'inibitoria*, in *Riv. dir. ind.*, 2007, I, 11-19, nella quale si precisa chiaramente che il giudice può stabilire l'adozione della penalità di mora a prescindere dalla liquidazione del danno. V. anche, SCUFFI – FRANZOSI- FITTANTE, *Il codice della proprietà industriale*, *cit.*, 563. In generale, sull'argomento, cfr. FURNO, *La sanzione in futuro di cui all'art. 66 legge marchi: misura risarcitoria o rafforzamento dell'inibitoria?*, in *Riv. Dir. ind.*, 2003. posizione opposta si rinviene nella sentenza Cass. civ., sez. I, 24/3/2006 n. 6685

danno ha ricevuto un'autonoma disciplina nell'art. 125 c.p.i., mettendo così definitivamente fine ad ogni possibile dubbio.

Infatti, la penalità di mora prescinde da qualsiasi indagine circa l'effettiva sussistenza di un danno in capo al soggetto passivo e, per questo, può essere disposta anche da una sentenza che non quantifichi il danno realizzatosi, così come il contraffattore non può sottrarsi al pagamento della penale sulla base della prova dell'assenza di un danno¹⁴⁹. Si tratta di due sanzioni pecuniarie (penalità di mora e risarcimento) nettamente distinte, integralmente autonome e soddisfacenti funzioni diverse. Il diritto al risarcimento nasce dalla violazione del diritto di proprietà industriale, mentre il diritto al pagamento della penalità di mora nasce dalla violazione del comando di astensione contenuto nella inibitoria. È questa una delle fondamentali distinzioni tra la misura speciale prevista dal secondo comma dell'art. 124 c.d.i. e la previsione generale del secondo comma del nuovo art. 614-*bis* c.p.c., secondo il quale la penalità ivi prevista deve essere commisurata anche al danno, quantificato o prevedibile.

La funzione deterrente potrà essere concretamente svolta allorché il giudice, nel fissare la penale, la quantifichi in modo da rendere sconveniente la violazione dell'inibitoria rispetto al profitto sperato dall'illecito¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Cfr. VANZETTI – DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit. 548-549; SPOLIDORO, *Le misure di prevenzione nel diritto industriale*, cit., 161; Scuffi, *Diritto processuale dei brevetti e dei marchi. Ordinamento amministrativo e tutela giurisdizionale della proprietà industriale*, Milano, 2001, 328; FRIGNANI, *L'injunction nella Common Law e l'inibitoria nel diritto italiano*, cit., 407; CHIAVEGATTI, *La penalità di mora ex art. 124 C.P.I. come misura di rafforzamento dell'inibitoria*, cit., 17; SCUFFI – FRANZOSI - FRITTAANTE, *Il codice della proprietà industriale*, cit. 562.

¹⁵⁰ SPOLIDORO, *Le misure di prevenzione nel diritto industriale*, cit., 141.

La comminatoria della penalità di mora è senz'altro discrezionale¹⁵¹, tuttavia, la determinazione del *quantum* non è svincolata da qualsiasi parametro. Infatti, da un lato, deve essere rispettato il principio espresso all'art. 124, comma 6, c.p.i., secondo cui “*nell'applicazione delle sanzioni l'autorità giudiziaria tiene conto della necessaria proporzione tra la gravità delle violazioni e le sanzioni, nonché dell'interesse dei terzi*”¹⁵². Dall'altro, data la genericità della formula utilizzata dalla norma, è necessario che il giudice, attraverso una precisa istanza della parte, chiarisca cosa debba intendersi per *ogni futura violazione*.

Allo stesso tempo, l'ampiezza della formula utilizzata dal secondo comma dell'art. 124 c.p.i. consente al giudice di adattare la penalità al caso concreto. Infatti, in alcuni casi sarà corretto conteggiare la penalità per ogni articolo contraffatto che sia messo in circolazione; il più delle volte, però, calcolare la penale in base agli articoli rinvenuti in commercio dopo l'inibitoria porterebbe alla violazione della suddetta regola della proporzionalità¹⁵³.

Volgendo lo sguardo, invece, alla individuazione della natura di tale misura compulsoria, occorre sottolineare che la dottrina, ancora adesso, appare divisa¹⁵⁴.

¹⁵¹ In quanto, a fronte dell'istanza del titolare del diritto di privativa, il giudice può, in ogni caso, decidere, valutate le caratteristiche e le condizioni del caso concreto, di non comminarla.

¹⁵² Vedi SPOLIDORO, *Profili processuali del codice della proprietà industriale*, cit., 184, secondo il quale questa violazione è denunciabile in Cassazione.

¹⁵³ Ancora, SPOLIDORO, *Profili processuali del codice della proprietà industriale*, cit. 185, il quale, correttamente, mette in rilievo che per evitare penali “mostruose” è necessario che avvocati e giudici “prendano sul serio” il settimo comma dell'art. 124 c.p.i. realizzando un controllo preventivo sia delle domande che dei dispositivi.

¹⁵⁴ Si rinvia a FRIGNANI, *L'injunction nella Common Law e l'inibitoria nel diritto italiano*, cit., 579 ss., per una esaustiva indagine sulle contrastanti posizioni,

Per alcuni ¹⁵⁵, la penalità di mora è definibile come una condanna *pro futuro* ¹⁵⁶ al pagamento di una somma, che il contraffattore dovrà versare al titolare del diritto nel caso di violazione dell'inibitoria. Tale definizione, invero, sembra data con un po' di superficialità se si considera che la configurabilità di questo tipo di sentenza di condanna nel nostro ordinamento, al di fuori delle ipotesi tassativamente previste dalla legge ¹⁵⁷, è oggi ancora dubbia ¹⁵⁸.

Sembrirebbe preferibile definire la sentenza contenente una penalità di mora come una *sentenza condizionale* ¹⁵⁹, ovvero una di quelle sentenze di condanna la cui efficacia è subordinata al verificarsi di un evento futuro ed incerto, alla scadenza di un termine oppure ad

ormai risalenti, della dottrina circa la natura della misura compulsoria analizzata, alternativamente, come clausola penale, pena privata, liquidazione dei danni futuri, la cui trattazione meriterebbe ben altra ampiezza di analisi di quella qui possibile.

¹⁵⁵ Cfr. VANZETTI, *Contributo allo studio delle misure correttive e delle sanzioni civili nel diritto industriale: i profili processuali dell'art. 124 c.p.i.*, cit., 43; VANZETTI – DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 549, in cui il secondo comma dell'art. 124 viene espressamente definito come una “condanna in futuro (...), cioè la liquidazione di una somma che il contraffattore dovrà versare al titolare per l'ipotesi di violazione dell'inibitoria”; RICOLFI, *Le misure compulsorie*, in NIVARRA (a cura di), *L'enforcement dei diritti di proprietà industriale. Profili sostanziali e processuali*, cit., 91; SCUFFI, *Diritto processuale della proprietà industriale*, cit., 489.

¹⁵⁶ Per un'ampia trattazione dell'istituto cfr. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2009, 80, il quale definisce l'azione di condanna in futuro come la azione rivolta “ad ottenere la condanna attuale ad una prestazione soggetta ad un termine e perciò eseguibile solo dopo il decorso del termine”.

¹⁵⁷ Come, ad es., la convalida dello sfratto per finita locazione prima della scadenza, ex art. 657, comma 1, c.p.c., in cui l'ordinamento consente, eccezionalmente, la pronuncia di condanna prima ed indipendentemente dalla violazione.

¹⁵⁸ V. per riferimenti MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit. 80. Più in generale sul tema, cfr. ROGNONI, *La condanna in futuro*, Milano, 1958; MONTESANO, *Critica della teoria della condanna in futuro*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, II, 41, il quale ha poi superato la posizione negativa in *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1994, 203 spec. nota 280; PAOLINI, *Note sulla condanna in futuro*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976, 507 ss.; PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978, 1179 ss.

¹⁵⁹ Sull'ammissibilità delle sentenze c.d. condizionate, cfr. VACCARELLA, *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, in *Giur. sist. dir. proc. civ.*, 2° ed., Torino, 1993, 144 ss.

una controprestazione, purché l'evento dedotto in condizione non richieda, per il suo accertamento, ulteriori indagini di merito¹⁶⁰.

L'elemento che distingue la sentenza di condanna condizionale da quella *pro futuro* sta nel fatto che per la prima l'obbligo della prestazione è attuale, mentre è la sua efficacia ad essere subordinata al verificarsi di un evento futuro ed incerto, che però non richiede un'apposita istruttoria, effettuabile anche in sede esecutiva¹⁶¹.

A parere di chi scrive, pare preferibile ritenere che la constatazione della violazione, inosservanza o ritardo nell'esecuzione dell'inibitoria operi come *condizione sospensiva* dell'efficacia della penalità di mora. Questo ragionamento convince soprattutto se si considera che l'inadempimento del contraffattore non si pone come fatto costitutivo dell'*astreinte*, ma come elemento estrinseco (condizione) di quest'ultima al cui verificarsi si produrrà l'ulteriore effetto condannatorio consistente nel pagamento di una somma di danaro. Fonte-atto della penalità di mora, d'altronde, è la sentenza di condanna, mentre l'interesse alla stessa è un interesse secondario e contrapposto a quello principale costituito dall'ottemperanza all'ordine del giudice. Di modo che sarebbe dimostrata la natura di elemento esterno dell'inadempimento rispetto alla fattispecie costitutiva dell'*astreinte*.

5. In materia di tutela collettiva dei consumatori e degli utenti, il legislatore del Codice del Consumo¹⁶² ha continuato a mantenere un

¹⁶⁰ Cfr. Cass. civ., sez. III, 1 ottobre 2004, n. 19657; Cass. civ., sez. III, 15 luglio 2003, n. 11061.

¹⁶¹ PUCCIARIELLO, *Astreinte brevettuale: occasioni perdute, presenti (e future) del legislatore processuale italiano*, in *Riv. esec. forz.*, 2007, 740.

¹⁶² D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, come modificato dal D.Lgs. 23 ottobre 2007, n. 221

sistema di tutela c.d. “*bipolare*”¹⁶³, prevedendo, da un lato, agli artt. 139 e 140, l’azione inibitoria cd. generalistica, posta a presidio della violazione degli interessi collettivi dei consumatori previsti nelle materie del codice del consumo, e dell’altro, l’art. 37, che detta la disciplina dell’azione inibitoria (cd. contrattuale) nel caso speciale in cui gli interessi collettivi dei consumatori siano stati violati a causa dell’inserimento di clausole vessatorie o abusive nelle condizioni generali di contratto da parte del professionista.

Con l’art. 37 cod. cons. (già art. 1469 *sexies* c.c.)¹⁶⁴, il giudice, su domanda delle associazioni di consumatori di cui all’art. 137, delle associazioni dei professionisti e delle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, inibisce al professionista l’uso di clausole vessatorie, ma la norma non prevede alcuna indicazione in ordine agli strumenti di attuazione di tale provvedimento inibitorio. Tale lacuna viene colmata in forza del richiamo, contenuto al 4° comma dell’art. 37 cod. cons., alle disposizioni dell’art. 140 cod. cons.

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*) attribuisce a sua volta alle associazioni dei consumatori e

¹⁶³ Si tratta di un atteggiamento opposto rispetto a quello del legislatore comunitario che ha dettato, con la dir. Ce 98/27 del 19 maggio 1998, una disciplina unitaria che si applica nel caso di qualsiasi violazione delle disposizioni delle direttive dei vari settori del diritto dei consumatori, senza alcuna distinzione. D’altronde, anche il Consiglio di Stato, nel parere 20-12-2004, n. 11602/04, in *Foro It.*, 2005, III, 348 ss, pronunciandosi in merito allo schema del codice del consumo, raccomandava di incorporare nella disciplina dell’art. 140 anche quella dell’art. 37, ma il legislatore nazionale ha disatteso tale suggerimento e, conseguentemente, si è trovato costretto ad inserire, utilizzando una tecnica legislativa non scevra da notevoli perplessità, delle disposizioni di coordinamento (art. 37, comma 4 e art. 140, comma 10) tra le due norme. Cfr. MINERVINI, *Contratti del consumatore e tutela collettiva nel codice del consumo*, in *Contr. e Impr.*, 2006, 636; CAPOBIANCO – PERLINGIERI, in *Codice del consumo*, Napoli, 2009, *sub* art. 140, 746.

¹⁶⁴ Sul quale vedi, diffusamente, MINERVINI, *Contratti del consumatore e tutela collettiva nel codice del consumo*, *cit.*, 637 ss.

degli utenti, rappresentative a livello nazionale ai sensi dell'art. 137, il potere di agire in giudizio al fine di chiedere al giudice:

a) di inibire gli atti e i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti, così ottenendo l'ordine di astensione da un determinato *facere*, consistente nell'imporre atti negoziali e fattuali che cagionino lesione degli interessi suddetti;

b) l'adozione di “*misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate*”, chiedendo, quindi, il ripristino dello *status quo ante*¹⁶⁵;

c) l'ordine di pubblicare, a spese del convenuto, il provvedimento così emesso su uno o più quotidiani, nei casi in cui tale pubblicazione sia utile ad eliminare i pregiudizi derivanti dalla condotta lesiva accertata¹⁶⁶.

Il settimo comma dell'art. 140 cod. cons. (prima, comma 5 *bis*, art. 3, legge 281/1998, introdotto dall'art. 11, legge 1° marzo 2002, n. 39) prevede che con il provvedimento che definisce il giudizio instaurato ai sensi del 1° comma, “*il giudice fissa un termine per l'adempimento degli obblighi stabiliti e, anche su domanda della parte che ha agito in giudizio, dispone, in caso di inadempimento, il pagamento di una somma di denaro da 516 euro a 1.032 euro, per ogni inadempimento ovvero ogni giorno di ritardo rapportati alla gravità del fatto*”. La stessa previsione potrà, inoltre, accompagnare

¹⁶⁵ Per un approfondimento del significato da attribuire alla lett. b dell'art. 140 cod. cons., vedi LEPRI, *Codice del consumo – Commento al D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206*, V. Italia (a cura di), Milano, 2006, 932; CHINÈ, *I diritti dei consumatori e degli utenti – Un commento alle leggi 30-7-1998, n. 281 e 24-11-2000, n. 340 e al decreto legislativo 23-4-2001, n. 224*, ALPA E LEVI (a cura di), Milano, 2001, 52.

¹⁶⁶ Relativamente al contenuto di cui alla lett. c dell'art. 140 cod. cons., cfr. BELLI, *Codice del consumo – Commentario del D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206*, TRIPODI E BELLI (a cura di), Rimini, 2006, 545.

l'inadempimento degli obblighi risultanti dal verbale di conciliazione di cui al 3° comma, nel caso in cui abbia avuto esito positivo una delle procedure conciliative pre-contenziose previste dal 2° comma dello stesso articolo¹⁶⁷. Infine, la norma prevede che tali somme siano versate allo Stato per essere assegnate ad un fondo destinato a finanziare iniziative a vantaggio dei consumatori¹⁶⁸.

Il legislatore dell'art. 140 citato ha disciplinato, quindi, un'azione inibitoria collettiva di carattere generale a tutela degli interessi e dei diritti dei consumatori e degli utenti inerenti il fenomeno della contrattazione standardizzata oppure in qualsiasi altro ambito (anche extracontrattuale), prevedendo una serie di rimedi rivolti al futuro, finalizzati ad evitare che il professionista perduri nel comportamento lesivo degli interessi dei consumatori¹⁶⁹.

Come già anticipato, l'art. 140 citato rappresenta, sostanzialmente, la trasposizione di quanto già disposto dall'art. 3 della legge n. 281/1998, riportandovi solo degli adattamenti resi necessari dalle leggi entrate in vigore successivamente al codice del consumo.

Infatti, l'opportunità di una misura coercitiva indiretta finalizzata a garantire l'effettività dei provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori era stata evidenziata già dall'art. 2, par.

¹⁶⁷ Sulla procedura di conciliazione, in particolare, sui rilievi critici mossi in relazione alla disposizione vigente, che, sostanzialmente, riprende quanto previsto dalla disciplina pregressa, vedi CAPOBIANCO – PERLINGIERI, in *Codice del consumo*, cit., 748 ss. e dottrina ivi citata.

¹⁶⁸ Cfr. sentenza Trib. Palermo, 20 febbraio 2008, *Foro It.* 08, 2475.

¹⁶⁹ Per una esauriente trattazione della tutela collettiva dei consumatori v., *amplius*, MINERVINI, *Contratti dei consumatori e tutela collettiva nel codice del consumo*, in *Contr. e impr.*, 2006, n. 3, 635 ss; con la sentenza Trib. Roma, 14 marzo 2003, in *I Contratti*, 3, 1031, si è precisato che le norme sulla tutela dei consumatori, dettate dall'art. 3 legge n. 281/1998, devono trovare applicazione anche nel caso in cui sia il consumatore ad essere inadempiente alle obbligazioni scaturenti dal contratto concluso con il professionista.

1°, lett. c), della direttiva 98/27/CE¹⁷⁰. Il legislatore nazionale recepì le prescrizioni comunitarie con l'art. 11 della legge 1° marzo 2002, n. 39, aggiungendo, all'art. 3 legge n. 281/1998, la previsione del comma 5 *bis*, poi trasfuso, con notevoli miglioramenti, nel 7° co. dell'art. 140 cod. cons.

Infine, il comma 10° di tale articolo, ribadisce, se non fosse stato sufficientemente chiaro¹⁷¹, quanto già previsto al comma 4° dell'art. 37, ovvero che: *“Per le associazioni di cui all'art. 139 l'azione inibitoria prevista dall'art. 37 in materia di clausole vessatorie nei contratti stipulati con i consumatori, si esercita ai sensi del presente articolo”*.

Alla luce di quanto sin qui detto, possiamo concludere nel senso che la grave lacuna dell'art. 37, che non prevede misure coercitive indirette a tutela degli interessi dei consumatori nel caso di utilizzo di clausole vessatorie, così lasciando il soddisfacimento della pretesa dell'associazione dei consumatori al non utilizzo delle stesse alla volontaria ottemperanza del professionista, il quale potrà, semmai, essere spinto ad adempiere in vista del solo discredito conseguente da

¹⁷⁰ In GUCE, L. 166 del 11 giugno 1998, 51 ss. L'art. 2, comma 1, lett. c) suggeriva (e non imponeva) agli Stati membri l'introduzione di disposizioni che prevedessero la condanna del professionista soccombente nel giudizio collettivo al pagamento di un importo determinato, a favore del Tesoro pubblico o altro designato, per ciascun giorno di ritardo nell'esecuzione delle decisioni. Sull'argomento v. CAPPONI, *Astreintes nel processo civile italiano?*, in *Giust. Civ.*, 1999, II, 173 nota 68. Per mera completezza si deve precisare che la Direttiva 98/27/CE ha dato seguito alle linee tracciate dal c.d. “Libro Verde” su “L'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico”, adottato dalla Commissione Europea il 16 novembre 1993. Su tale argomento cfr., per tutti, CAPPONI-GASPARINETTI-VERARDI, *La tutela collettiva del consumatore*, Napoli, 1995.

¹⁷¹ Correttamente tale disposizione è stata definita un doppione di quanto già previsto nell'art. 37 succitato. Cfr. MINERVINI, *Contratti dei consumatori e tutela collettiva nel codice del consumo*, cit., 637; CAPOBIANCO – PERLINGIERI, in *Codice del consumo*, cit. 746.

un provvedimento inibitorio, viene colmata dalla previsione dell'art. 140, comma 7, del codice stesso, che troverà applicazione estensiva¹⁷² anche alla diversa ipotesi disciplinata dall'art. 37 cod. cons.

5.1 La necessità di una misura coercitiva nell'ambito della tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti nasce dall'individuazione del contenuto e dalle caratteristiche della situazione soggettiva che fa capo al “*professionista*”. Su quest'ultimo grava, nel caso di pronuncia di inibitoria, o un obbligo di fare, consistente nel rimuovere gli effetti della propria condotta abusiva o nel cancellare le clausole accertate come abusive dalle condizioni generali del contratto, ovvero un obbligo di non fare, meglio un obbligo di astensione dall'utilizzo delle clausole vessatorie o degli altri comportamenti lesivi degli interessi consumeristici. Trattasi, in ogni caso, di una obbligazione infungibile, in quanto non può un terzo astenersi in vece dell'obbligato ovvero porre in essere il comportamento che spetta al soccombente¹⁷³.

¹⁷² In questo senso, vedi MINERVINI, *Contratti del consumatore e tutela collettiva nel codice del consumo*, cit., 652; CONTI, *Codice del consumo. Una pagina nuova nella tutela consumeristica. Prime riflessioni sulla tutela in materia di clausole abusive*, in *CoG*, 2005, 1758; QUARANTA, voce *Esecuzione indiretta delle forme di tutela collettiva*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Aggiornamento*, Torino, 2007, 560. In senso opposto, ovvero per una lettura restrittiva del rinvio, con il quale cioè si vorrebbe sottoporre l'inibitoria contrattuale solo ai requisiti procedurali previsti dall'art. 140 cod. cons., vedi NIVARRA, *La tutela collettiva del consumatore e l'anatocismo bancario*, in *CoG*, 2005, 1127.

¹⁷³ Vedi AMADEI, *Tutela esecutiva ed azione inibitoria delle associazioni dei consumatori*, in *Riv. esec. forz.*, 2003, n. 2-3, 319; ma già, in precedenza, PROTO PISANI, *La tutela di condanna*, in *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, 125-126; CONSOLO, in CONSOLO-DE CRISTOFARO, *Clausole abusive e processo*, in *Cor.G.*, 1997, 480; TOMMASEO, *sub art. 1469-sexies*, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, ALPA E PATTI (a cura di), Milano, 1997, I, 778-779. In senso contrario, nel senso, cioè, della fungibilità della prestazione, anche se isolato, MAIORCA, *Tutela dell'aderente e regole di mercato nella disciplina dei “contratti del consumatore”*, Torino, 1998, 216.

Il comma 7 dell'art. 140, introdotto dal legislatore del 2005, come modificato dalla legge n. 221/2007, ha risolto una serie di problemi sorti nella vigenza della previsione del vecchio comma 5 *bis*.

In primo luogo, la norma citata ha precisato il momento in cui l'autorità giudiziaria deve disporre la misura coercitiva ivi disciplinata, individuandolo nel "*provvedimento che definisce il giudizio di cui al comma 1*". Prima di tale importante precisazione, in giurisprudenza e dottrina non vi era unanimità di vedute: infatti, alcuni ritenevano che la sanzione *de qua* avrebbe dovuto essere inserita direttamente nel provvedimento che decideva nel merito la richiesta inibitoria¹⁷⁴, altri inserivano già nell'ambito della decisione la sanzione nel caso di inadempimento¹⁷⁵. Invero vi è chi ritiene che l'espressione "*provvedimento che definisce il giudizio di cui al comma 1*" vada intesa, ancora oggi, in senso "*atecnico*", in modo da ricomprendervi anche i provvedimenti provvisori cautelari emessi ai sensi del comma 8° dell'art. 140 cod. cons., poiché la suddetta espressione serve più per individuare "*il tipo di interesse protetto dalla fattispecie*", e cioè l'interesse collettivo dei consumatori, che per l'esatta individuazione dei provvedimenti *susceptibles d'astreinte*¹⁷⁶.

¹⁷⁴ In quanto il comma 5-*bis* dell'art. 3 legge n. 281/1998 non attribuiva al giudice il potere di emettere una pronuncia di condanna condizionata ad un evento futuro ed incerto, come l'inadempimento (Trib. Palermo 15 luglio 2003, in *Danno e resp.*, 4, 875). In dottrina, in questo senso sembra orientato DE MARZO, *Legge comunitaria 2001 e tutela del contraente debole*, in *CoG*, 2002, 683.

¹⁷⁵ Trib. Palermo, 24 febbraio 2006. In dottrina, cfr. GENTILE, *Provvedimenti inibitori: sanzionate le inadempienze*, in *Guida al Diritto il Sole 24 Ore*, n. 14 del 13 aprile 2002, 71; TOMMASEO, sub *art. 1469-sexies*, *cit.* 1198 ss.

¹⁷⁶ QUARANTA, voce *Esecuzione indiretta delle forme di tutela collettiva*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Aggiornamento, cit.*, 571. Questa conclusione è avvalorata dalla previsione dell'art. 2, lett. c), direttiva 98/27/CE che non distingue tra pronunce definitive e provvisorie cautelari. Così DE MARZO, *Legge comunitaria 2001 e tutela del contraente debole*, *cit.* 683. Sempre a sostegno di tale conclusione vedi MINERVINI, *Tutela collettiva dei consumatori e misure coercitive indirette*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 513, secondo il quale deve farsi richiamo anche alla genericità

Un ulteriore miglioramento apportato dalla riforma alla norma in esame può rilevarsi se si considera che il vecchio enunciato dell'art. 3, co. 5-bis, l. cit., non comprendeva una fase provvisoria, ovvero una fase nella quale il giudice minacciasse il pagamento di una sanzione pecuniaria al verificarsi dell'inottemperanza al comando giudiziale. La vecchia norma si riferiva solo al “*caso di inadempimento*” già realizzatosi; in altre parole, il giudice, d'ufficio o anche su domanda dall'attore, interveniva quando l'illecito si era già compiuto, e, accertandolo, condannava il convenuto al pagamento della somma *de qua*. Tale circostanza impediva di qualificare il rimedio come una vera misura coercitiva indiretta, definendola, piuttosto, come una misura *lato sensu* risarcitoria¹⁷⁷.

Invece, il nuovo testo del comma 7 dell'art. 140 ha accolto i suggerimenti della disciplina comunitaria¹⁷⁸ ed ha previsto che il giudice, qualora accolga la domanda proposta ai sensi del 1° comma, fissi “*un termine per l'adempimento degli obblighi stabiliti*”, in modo da raccordare la funzione della penalità all'eventualità dell'inadempimento.

Quindi, un'altra caratteristica che distingue la disciplina appena illustrata da quella previgente consiste nell'esplicita previsione che la pronuncia della misura coercitiva sia “contestuale” a quella con cui è fissato il termine per adempiere, precedendo l'inadempimento stesso.

dell'espressione usata dal legislatore, ovvero “provvedimento” inibitorio e non “sentenza” inibitoria.

¹⁷⁷ Cfr., in questo senso, QUARANTA, voce *Esecuzione indiretta delle forme di tutela collettiva*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Aggiornamento, cit.*, 573.

¹⁷⁸ Deve sottolinearsi che già nella direttiva 98/27/CE veniva contemplata la previsione di una fase provvisoria, in cui cioè il pagamento della somma veniva minacciato e collegato al caso di inottemperanza a quanto sancito nel *dictum* giudiziale, così attribuendogli una vera e propria forza deterrente.

In tal modo vi è una prima fase, provvisoria¹⁷⁹, in cui la sanzione pecuniaria pesa sulle spalle del professionista come una minaccia, così svolgendo funzione di vera e propria pressione sulla volontà di quest'ultimo, spingendolo verso un adempimento spontaneo. Solo nel caso di inadempimento, dalla previsione si procede, anche su domanda dell'associazione attrice, alla liquidazione della somma minacciata.

Da questa circostanza si ricavano, altresì, una serie di considerazioni. In primo luogo, è giocoforza ritenere che in capo al giudice dell'inibitoria vi sia una competenza funzionale in forza della quale egli stesso sarà competente anche per la liquidazione della misura coercitiva. Il giudice adito ai sensi dell'art. 140, ovvero art. 37 cod. cons., potrà prevedere la misura coercitiva di cui al comma 7 *ex officio*¹⁸⁰ ovvero su istanza della sola associazione che ha agito in

¹⁷⁹ Distinzione che evoca, sicuramente, la struttura dell'*astreinte* francese (sulla quale si rimanda al capitolo II del presente manuale). Cfr. AMADEI, *Un'astreinte a tutela dei consumatori (nota sul comma 5-bis dell'art.3, l. n.281/1998)*, in *Giust. Civ.*, 2002, II, 388; PONCIBÒ, *Le azioni di interesse collettivo per la tutela dei consumatori*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, 688. In senso diverso, vedi MINERVINI, *Tutela collettiva dei consumatori e misure coercitive indirette*, cit., 512, secondo il quale la misura coercitiva in parola ha finalità principalmente "punitiva" e, per questo, si avvicina più alla *Geldstrafe* tedesca che alla *astreinte* francese. Nello stesso senso, LUMINOSO, *Il contratto nell'Unione europea: inadempimento, risarcimento del danno e rimedi sinallagmatici*, in *Contratti*, 2002, 1043; RICCOBENE, *Violazione del diritto comunitario e tutela dei singoli*, in *Europa dir. priv.*, 2002, 406; TOMMASEO, *sub art. 1469-sexies*, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, cit., 1199 nota 133.

¹⁸⁰ Così anche CONTI, *Codice del consumo. Una pagina nuova nella tutela consumeristica. Prime riflessioni sulla tutela in materia di clausole abusive*, cit. 1759; MINERVINI, *Contratti dei consumatori e tutela collettiva nel codice del consumo*, cit., 653; BENUCCI, *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, in VETTORI (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002, p. II; TOMMASEO, *sub art. 1469-sexies*, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, cit. 1198; AMADEI, *Tutela esecutiva ed azione inibitoria delle associazioni dei consumatori*, cit., 391. Secondo FERRARA-MAZZAMUTO-VERDE, *Alcune proposte in materia di giustizia civile*, in *Foro it.*, 2000, V, 231, il potere officioso sembra compatibile anche col carattere più marcatamente pubblicistico dell'istituto in esame, che individua lo Stato come destinatario della somma. Nello

giudizio (diverso è il caso della richiesta di liquidazione definitiva della somma minacciata, caso in cui non si pone nessun problema di violazione del principio della domanda ai sensi dell'art. 24 Cost. e 99 c.p.c., sulla quale vedi *infra*).

Ancora, la norma detta precisi parametri di riferimento che il giudice deve considerare nel comminare tale misura compulsoria, sempre nella fase provvisoria, ovvero quando non vi è stato ancora l'inadempimento del comando, che anzi si vuole evitare.

Letteralmente la norma precisa che la cifra deve essere fissata “per ogni inadempimento”¹⁸¹, nel caso in cui si tratti di obblighi di non fare, ovvero per ogni “giorno di ritardo”, nel caso di obblighi di fare, rapportati “alla gravità del fatto”. Il fatto a cui ci si riferisce è l'illecito indicato nell'inibitoria, quindi il comportamento tenuto dal professionista, oltre alle conseguenze che possono derivare dall'inadempimento al *dictum* giudiziale¹⁸². In altre parole, quanto più sono gravi la condotta del convenuto e il pregiudizio derivante, tanto più dovrà essere alta la somma minacciata, per potere avere una

stesso senso cfr. QUARANTA, voce *Esecuzione indiretta delle forme di tutela collettiva*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Aggiornamento, cit.*, 574. *Contra*: GENTILE, *Provvedimenti inibitori: sanzionate le inadempienze, cit.* 71, secondo il quale non si può ammettere l'attivazione officiosa del potere sanzionatorio, ma solo una sollecitazione, da parte del giudice, di questo potere, “*stante la finalità latamente pubblicistica che l'irrogazione della sanzione persegue*”.

¹⁸¹ La norma non si riferisce più solo al “ritardo nell'adempimento”, ma anche all'inadempimento *tout court* dell'ordine del giudice, con una formula che meglio si adatta alla vasta gamma di provvedimenti che possono essere emessi in questo settore.

¹⁸² Invece, vedi QUARANTA, voce *Esecuzione indiretta delle forme di tutela collettiva*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Aggiornamento, cit.*, 574, secondo il quale la gravità del fatto va misurata considerando la sola condotta del professionista, indipendentemente dal pregiudizio subito dai consumatori. Seguendo l'opinione di AMADEI, *Tutela esecutiva ed azione inibitoria delle associazioni dei consumatori, cit.*, 333, si tratterebbe di “*un concetto indeterminato: si potrebbe far riferimento alla intenzionalità dell'inadempimento, o ad eventuali danni arrecati, o alla particolare posizione sul mercato del soggetto obbligato (ad. es. monopolista)*”.

effettiva forza deterrente sul professionista. Del resto, trattandosi di una misura provvisoria, tale somma potrà essere modificata in sede di liquidazione definitiva.

Un'ultima considerazione va fatta in relazione alla previsione di una misura coercitiva di tal genere relativamente agli obblighi contenuti nel verbale di conciliazione. Infatti, mentre il legislatore ha disciplinato un'apposita procedura liquidativa della misura *de qua*, nulla viene detto per la concessione della stessa. Per meglio dire, l'articolo in commento trascura del tutto l'indicazione dell'organo competente per la previsione di questa "minaccia".

Orbene, la soluzione che appare più sostenibile, dovendo escludere gli enti camerali che non sono provvisti di alcun potere decisorio, posto che le parti hanno previamente accettato e sottoscritto il contenuto del verbale¹⁸³, resta quella del giudice che dichiara esecutivo con decreto il verbale di conciliazione, anche se si è consapevoli che, in tal modo, si va ben oltre il potere di mero controllo formale proprio del giudice dell'*exequatur*¹⁸⁴.

¹⁸³ Oltre alla considerazione che la norma parla espressamente di giudice.

¹⁸⁴ Della stessa opinione sono MINERVINI, *Tutela collettiva dei consumatori e misure coercitive indirette*, cit., 515; BARTOLOMUCCI, *sub art. 140*, in *Codice del consumo. Commentario*, a cura di ALPA-CARLEO, Napoli, 2005, 832.

CAPITOLO TERZO

PROFILI RICOSTRUTTIVI DELL'ART. 614 *BIS* C.P.C.

SOMMARIO: **1.** L'introduzione dell'art. 614 *bis* c.p.c.: evoluzione storica e *ratio* della norma; **2.** Le novità della riforma del 2015: la rubrica e l'esclusione delle obbligazioni pecuniarie; **3.** Il contenuto e la portata dell'art. 614 *bis* c.p.c: la tesi del diritto soggettivo; **3.1** *L'astreinte* nostrana quale strumento di natura processuale; **3.2** La qualificazione della misura coercitiva fornita dalla Suprema Corte; **4.** L'istanza: assenza di "manifesta iniquità" e legittimazione; **5.** Il dibattito intorno all'art. 2932 c.c.; **6.** La valenza di titolo esecutivo; **7.** Criteri per una "giusta" determinazione del *quantum*?; **8.** Ipotesi di esclusione: i rapporti di lavoro, profili di incostituzionalità;

1. Come già accennato nel capitolo precedente, la legge n. 69 del 18 giugno 2009, recante “*Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*”, ha introdotto l’art. 614 *bis*, all’epoca rubricato “*Attuazione degli obblighi di fare infungibili o di non fare*”.

Tuttavia, con l’art. 13, comma 1, lett. cc-ter) del D.L. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla L. 6 agosto 2015, n. 132, è stata riformata sia la rubrica, che oggi recita “*Misure di coercizione indiretta*”, che l’ambito applicativo dell’art. 614 *bis* c.p.c., il quale risulta oggi inserito in un autonomo Titolo IV *bis* del nostro codice di rito.

In particolare, la nuova disposizione prevede: “[I]. *Con il provvedimento di condanna all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento.*

[II]. *Il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle controversie di lavoro subordinato pubblico o privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409.*

[III]. *Il giudice determina l'ammontare della somma di cui al primo comma tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile.*”

A ben vedere, le discussioni intorno alle possibilità di introdurre una norma del genere non sono di certo cominciate con la sua entrata

in vigore, bensì risalgono a quasi un secolo fa. L'ingresso nel nostro ordinamento di questa disposizione è il frutto di un lungo e travagliato percorso iniziato nel lontano 1926 con il progetto c.d. Carnelutti, dal nome del promotore della riforma complessiva del codice di procedura civile, le cui linee essenziali non furono, peraltro, accolte nel testo del c.p.c. del 1942¹⁸⁵.

In particolare, il progetto Carnelutti del 1926 prevedeva che per il caso di mancata esecuzione di un obbligo di fare o di non fare l'avente diritto alla prestazione potesse chiedere la condanna dell'obbligato al pagamento di una pena pecuniaria per ogni giorno di ritardo, a partire dal giorno stabilito dal giudice (artt. 667 e 668).

A questo seguì, nel 1975, il d.d.l. Reale (atto n. 2246/S/VI) che proponeva l'introduzione nel c.p.c. dell'art. 279 *bis* (art.23), secondo cui “ *la sentenza che accerta la violazione di obbligo di fare o di non fare, oltre a provvedere al risarcimento del danno, ordina la cessazione del comportamento illegittimo e dà gli opportuni provvedimenti affinché vengano eliminati gli effetti della violazione; a tale scopo può fissare una somma dovuta per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata o per ogni ritardo nell'esecuzione dei provvedimenti contenuti nella sentenza, specificando, se dal caso, i soggetti ovvero istituzioni pubblici o privati a cui favore tali somme sono attribuite*”.

Decaduto il d.d.l. Reale con lo scioglimento della VI Legislatura, seguì il d.d.l. delega del 1981 per la riforma generale del codice, il cui punto 24 prevedeva “*il potere del giudice, che accerti*

¹⁸⁵ Cfr. sul punto la più generale ed ampia ricostruzione storica offerta da STORTO A., *Esecuzione forzata e diritto di difesa nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. Esec. Forz.*, 2009, pp. 157 ss. Cfr., altresì, MAZZAMUTO S., *La comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, pp. 797 e ss..

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

In seguito, intervenne lo schema di d.d.l. delega predisposto dalla Commissione ministeriale Tarzia, il cui art. 25 prevedeva *"il potere del giudice, che accerta la violazione di un obbligo di fare o di non fare, eccettuati gli obblighi del lavoratore autonomo o subordinato, o di consegna o rilascio non derivante da contratto ad uso abitativo, di fissare una somma dovuta al creditore, oltre al risarcimento dei danni, per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione dell'obbligo inadempito, anche con decorrenza successiva alla sentenza e anche con provvedimento successivo"*; sino ai più recenti tentativi, quali il d.d.l. n. S/2430 del 23 luglio 2003, ovvero il d.d.l. Mastella n. S/1524 del 14 aprile 2007, anche questi mai concretizzatisi in diritto positivo ma che evidenziavano la convinzione di voler introdurre una previsione di tal genere nel nostro ordinamento¹⁸⁶.

2. Dal canto suo, la norma di cui all'art. 614 *bis* c.p.c., nel nostro codice di rito è collocata *sistematicamente* nell'ambito del processo di esecuzione, anche se, come più volte rilevato, con una funzione del tutto peculiare, in quanto non si tratta di disciplinare una forma di

¹⁸⁶ Cfr. CAPPONI B., *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, Giappichelli, 2016, pp. 29- 30; IUORIO, *Il nuovo art. 614 bis cod. proc. civ.: introduzione dell'esecuzione indiretta nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. Es. For.*, 2009, p. 411 ss.

esecuzione diretta o una modalità per recuperare, ad esempio, somme di denaro, bensì essa rientra nell'ambito della c.d. «*esecuzione indiretta*».

La rubrica dell'articolo, nella sua formulazione originale, si riferiva esclusivamente all'«*Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*». Essa, infatti, era stata concepita per intervenire laddove non fosse possibile un'esecuzione in forma specifica, alla luce della natura infungibile¹⁸⁷ della prestazione inadempita.

Tuttavia, il riferimento alle obbligazioni di fare infungibili e di non fare risultava soltanto nella rubrica dell'articolo¹⁸⁸ e non nel corpo della disposizione, il che, all'indomani della sua entrata in vigore, ha spinto la dottrina e giurisprudenza ad interrogarsi sulla esatta portata di tale richiamo¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Per un interessante approfondimento sul concetto di infungibilità, v., SICLARI, *Infungibilità: tra il dare e il fare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, II, 2015, pp. 583 ss.

¹⁸⁸ Cfr. anche BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della L. 18 giugno 2009, n. 69)*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, pp. 749 ss.; BOVE M., *Brevi riflessioni sui lavori in corso nel riaperto cantiere della giustizia civile*, in www.judicium.it; CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, Padova, 2012, p. 160 ss.; MERLIN E., *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella l. 69/09*, in *Riv. dir. Proc.*, 2009, pp. 1548 e ss.; SILVESTRI, *Riforma e processo esecutivo*, in AA. VV., *Il processo civile riformato*, TARUFFO M. (diretto da), Zanichelli, 2010.

¹⁸⁹ Cfr. sul punto Trib. Terni, ord. 6-8-2009, cit., nonché in dottrina MAZZAMUTO S., *La comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c.*, cit., pp. 797 e ss.. L'autore in particolare sottolinea come a dispetto della fungibilità dell'obbligazione di demolizione di un immobile, il Tribunale di Terni abbia qualificato come infungibile la relativa obbligazione rendendo applicabile in tal modo la norma dell'art. 614bis. In dottrina ARIETA, *I provvedimenti di urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Padova, 1985, p. 148; DINI, MAMMONE, *I provvedimenti d'urgenza nel diritto processuale civile e nel diritto del lavoro*, Milano, 1997, pp. 397 e ss.; TREGLIA, *L'attuazione dei provvedimenti*, ne *Il processo cautelare*, TARZIA SALETTI (a cura di), Padova, 2008, pp. 576 ss. In giurisprudenza v. Pret. Monza, 1.8.1992, in *Corr. giur.*, 1992, p. 1367; Trib. Roma, 17.1.1996, in *Foro it.*, 1996, I, p. 2251; Trib.

Vi era chi riteneva si potesse andare oltre la rubrica della norma e quindi applicare la misura a qualsiasi tipo di obbligazione, a prescindere dalla sua natura¹⁹⁰, chi riteneva non si potesse andare oltre la lettera della disposizione, riconoscendo valore esegetico vincolante alla rubrica normativa, la quale tracciava <<essa soltanto, la cornice entro cui è stato disegnato il nuovo istituto>>¹⁹¹, ma sperava in un ripensamento del legislatore¹⁹². Vi era, infine, chi riteneva che l'infungibilità fosse richiesta solo con riferimento agli obblighi di fare, non anche a proposito di quelli di non fare¹⁹³, e chi, di contro,

Milano, 2.10.1997, in *Foro it.*, 1998, I, p. 241; Trib. Milano, 7.8.1998, in *Giur. it.*, 1999, 524.

¹⁹⁰ In questo senso, cfr. AMADEI, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2010, pp. 243 ss; BALENA, *La nuova pseudo riforma della giustizia civile*, cit., pp. 749 ss; MANDRIOLI – CARATTA, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009, p. 95; VENTURA, *L'esecuzione in forma specifica*, in *L'Esecuzione Forzata Riformata*, a cura di NICCOLIS e PERAGO, Torino, 2009, p. 471; G. F. RICCI, *La Riforma del Processo Civile*, Torino, 2009, p. 89; BOVE, *La misura coercitiva di cui all'art. 614 bis c.p.c.*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2010, p. 783; GAMBINERI, *Attuazione degli obblighi di fare infungibili e di non fare*, in *Foro it.* 2009, V, pp. 320 ss; MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella l. 69/2009*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2009, pp. 1548 ss.; ASPRELLA, *L'esecuzione processuale indiretta nel processo civile*, in *Riv. Esec. Forz.*, 2012, p. 37; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Le novità della riforma in materia di esecuzione forzata*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2010, pp. 200 ss; METAFORA, *L'esecuzione degli obblighi di fare (fungibili) e di non fare*, in www.judicium.it (9 novembre 2012), 11. In giurispr., Trib. Varese, 16 febbraio 2011, in *Giust. Civ.* 2011, 2696 ss, con nota di CELARDI; in *Resp. Civ. e prev.*, 2011, p. 2346, con nota di ROMITO, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2011, p. 882, con nota di NOTARPASQUALE; in *Corr. Giur.*, 2011, 1121, con nota di GODIO; Trib. Terni, 7 agosto 2009, in *Giur. It.*, 2010, 637 ss, con nota di MAZZAMUTO e in *Foro it.*, 2011, I, c. p. 287.

¹⁹¹ L'espressione è di CAPPONI B., *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, cit., p. 36.

¹⁹² BALENA, *La nuova pseudo riforma della giustizia civile*, cit., 749 ss; MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, II, 5° ed., Padova, 2009, pp. 251 ss.; VENTURA, *L'esecuzione in forma specifica*, cit., pp. 470 ss; SOLDI - BUCCI, *Le nuove riforme del processo civile. Commento alla legge 18 giugno 2009, n. 69*, Padova, 2009, pp. 219 ss.

¹⁹³ BARRECA L., *L'attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare (art. 614 bis c.p.c.)*, in *Riv. Esec. Forz.*, 2009, p. 506; CHIARLONI S., *Le principali novità introdotte nel c.p.c. con la l. n. 69/09*, in AA. VV. *Le recenti riforme del processo civile. Aggiornamento alla l. 18.6.2009, n. 69*, CHIARLONI S. (diretto da),

sosteneva che l'infungibilità fosse riferita solo agli obblighi di non fare¹⁹⁴.

Il legislatore del 2015, eliminando il riferimento al tipo di obbligazione, ha spazzato via qualunque discussione (almeno) intorno alla rubrica, che attualmente recita “*Misure di coercizione indiretta*” e permette, pertanto, un'applicazione generalizzata dell'istituto¹⁹⁵, eccezion fatta per le obbligazioni pecuniarie. Le ragioni di tale fondamentale limitazione possono essere individuate nell'esigenza di non appesantire il debitore, già tenuto a corrispondere gli interessi di mora¹⁹⁶, ovvero nella considerazione che per gli obblighi di pagamento di somme di denaro esistono anche altri rimedi, oltre agli interessi moratori, quali la clausola penale, mediante la quale le parti possono stabilire a monte il risarcimento dovuto e la sanzione per l'inadempimento ed il ritardo.

Bologna, 2009, p. 20; MAZZAMUTO S., *La comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c.*, cit., pp. 797 e ss; LOMBARDI A., *Il nuovo art. 614 bis c.p.c.: un mezzo di coercizione indiretta degli obblighi di fare infungibile o non fare*, in AA. VV. *Il processo civile competitivo*, DIDONE (a cura di), Torino, 2010, p. 967 ss.; CONSOLO C. GODIO F., *Commento sub art. 614bis*, cit., pp. 159 e ss.; SALETTI, *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, (a cura di) SALETTI E SASSANI, Torino, 2009, p. 193.

¹⁹⁴ V. per tutti, CHIZZINI A., *Commento sub art. 614 bis*, in AA. VV. *La riforma della giustizia civile*, *Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/09*, pp. 138 ss;

¹⁹⁵ Cfr. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Misure coercitive fra condanna e tutela esecutiva*, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2014, 1, pp. 389 ss secondo la quale si può compiutamente sostenere che da oggi si potranno munire di *astreinte*, ad esempio, i provvedimenti di condanna dell'imprenditore di apprestare tutela per la salute fisica dei lavoratori; l'obbligo di manutenzione del locatore per i servizi comuni; la somministrazione continuativa di farmaci; la violazione del diritto alla protezione dei dati personali; la riparazione dell'attività discriminatoria; ovvero si può pensare di poter corredare il provvedimento di condanna alla consegna di uno specifico documento con apposita misura coercitiva.

¹⁹⁶ CAPPONI, *A prima lettura sulla delega legislativa al Governo "per l'efficienza della giustizia civile"*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2014, pp. 361 ss., il quale ha condivisibilmente notato che così si finisce per favorire il debitore che non vuole pagare e preferisce la via dell'espropriazione forzata, le cui recenti e future riforme finiscono per attenuare gli spazi di tutela del credito.

Tuttavia, non si può fare a meno di notare che nessuna di tali ragioni convince appieno, risultando più plausibile ritenere che tale restrizione sia il risultato di un retaggio storico e riguardi, principalmente, la generalizzata e ormai nota diffidenza rispetto ad un intervento troppo incisivo dello Stato nei rapporti tra privati¹⁹⁷.

Se da un lato, la riforma del 2015 è stata accolta sicuramente di buon grado¹⁹⁸, dall'altro, lascia comunque diversi interrogativi aperti, sui quali occorrerà, dunque, soffermarsi nei prossimi paragrafi.

3. L'articolo può essere idealmente suddiviso in tre parti: una prima parte¹⁹⁹ che fissa i limiti e l'ambito applicativo della norma, la seconda riguarda le eccezioni, o meglio, le esclusioni²⁰⁰ e la terza che individua i criteri per una giusta determinazione del *quantum*²⁰¹.

In generale, il giudice, su iniziativa della parte, può comminare la misura coercitiva con la pronuncia del provvedimento di condanna. Il giudice andrà a disciplinare una situazione futura e solo eventuale,

¹⁹⁷ CONSOLO C. GODIO F., *Commento sub art. 614bis*, cit., pp. 143 e ss.; MAZZAMUTO S., *L'esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, cit., pp. 97 e ss.; RICCI E.F., *Recensione a Chiarloni, Misure coercitive e tutela dei diritti*, 1980, in *Riv. dir. Proc.*, 1980, pp. 724 ss.

¹⁹⁸ Cfr. VENCHIARUTTI, *Le astreintes sono compatibili con l'ordine pubblico interno. E i punitive damages?*, in *Resp. Civ. e prev.*, fasc. 6, 2015, pp. 1899 ss; TEODOLDI, *Le novità in materia di esecuzione forzata nel D.L. 83/2015... in attesa della prossima puntata...*, in *Corr. Giur.*, 2, 2016, p. 180;

¹⁹⁹ "Con il provvedimento di condanna all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. Il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza."

²⁰⁰ "Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle controversie di lavoro subordinato pubblico o privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409."

²⁰¹ Il giudice determina l'ammontare della somma di cui al primo comma tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile.

consegnando, allo stesso tempo, al creditore uno strumento di pronta attuazione, per cui in caso di violazione o inadempimento, egli disporrà già di un titolo esecutivo valido per ottenere il pagamento delle somme già stabilite, dovendosi limitare a conteggiare in relazione al tempo trascorso l'entità delle relative somme.

L'inadempimento riguarderà il fatto di non aver rispettato il provvedimento del giudice, mentre la violazione potrebbe consistere in qualsiasi altro atto o attività che di fatto disattende la condanna²⁰².

Alla luce di questi brevi cenni e prima di esaminare nel dettaglio il contenuto della disposizione in esame, sembra possa confermarsi quanto già anticipato nei capitoli introduttivi, ovverosia che la norma di cui all'art. 614 *bis* c.p.c., così come di recente riformata, si inserisce nel più ampio dibattito relativo al rapporto tra sentenza di condanna ed esecuzione forzata, e cerca di offrire la possibilità di ottenere una pronuncia che sia concretamente utile e utilizzabile anche nei casi in cui non fosse possibile, come per le obbligazioni infungibili, ottenere un'esecuzione forzata²⁰³.

²⁰² Sul punto v. anche MAZZAMUTO S., *La comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c.*, cit., pp. 797 e ss., che fa l'esempio della condanna all'abbattimento di un edificio cui segua la ricostruzione in violazione delle norme edilizie ed anche del provvedimento di abbattimento che attiverà l'art. 614bis.

²⁰³ In dottrina: Contrari: ATTARDI A., *L'interesse ad agire*, Padova, 1958, p. 103; CALAMANDREI P., *Opere giuridiche*, Napoli, V, 1972, p. 483; DENTI V., *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano, 1953, p. 40; LIEBMAN E., *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1973, p. 144; MANDRIOLI C., *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976, p. 144; MONTELEONE G., *Recenti sviluppi nella dottrina dell'esecuzione forzata*, in *Riv. dir. Proc.*, 1982, p. 292; MONTESANO L., *Condanna, Diritto processuale civile*, in *Enc. Giur.*, VII; Roma, 1988, p. 1; a favore: PROTO PISANI A., *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003, p. 86; COLESANTI V., *Misure coercitive e tutela dei diritti*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 601. In giurisprudenza: Cass., 26.11.2008, n. 28274; Cass., 17.6.2004, n. 11364; Cass., 1.12.2000, n. 15349; Cass., 13.10.1997, n. 9957 favorevoli alla pronuncia di un provvedimento di condanna ad adempiere un obbligo infungibile.

Orbene, la misura coercitiva in esame è stata qualificata in diversi modi.

È rimasta quasi isolata la tesi di chi ha voluto individuare nell'art. 614 *bis* c.p.c. la creazione di vero e proprio diritto soggettivo ad una prestazione aggiuntiva²⁰⁴.

In particolare, la ragione del suddetto inquadramento sarebbe da rinvenire nel fatto che *“le parti possono stipulare clausole penali, e più in generale, se la sentenza di condanna può ex art. 614 bis c.p.c. disporre la misura coercitiva, le parti hanno senz'altro la facoltà di prevederla sul piano sostanziale, poiché altrimenti, nonostante la disponibilità delle situazioni soggettive coinvolte, il processo darebbe di più di quanto consente appunto il diritto sostanziale cui invece deve essere strumentale”*²⁰⁵.

In altre parole, poiché (i) i privati possono prevedere in un contratto il pagamento di una somma di danaro per ogni violazione o inadempimento dell'obbligo principale (*i.e.* la clausola penale ex art. 1382 ss c.c.²⁰⁶) e siccome (ii) il processo deve essere strumentale al diritto sostanziale -non potendo accordare più di quello che quest'ultimo riconosce-, ne deriverebbe la possibilità di qualificare l'*astreinte* come diritto soggettivo.

La labilità delle suesposte argomentazioni fa sì che esse possano essere facilmente smentite, in quanto è evidente che la misura testé richiamata non possa qualificarsi alla stregua di un diritto soggettivo, in quanto: non è in grado di passare in giudicato sostanziale; per essa non valgono le ordinarie preclusioni tant'è che può essere chiesta per

²⁰⁴ PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero*, in *FI*, 2009, V, 221 ss.; AMADEI, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, in *Riv. Trim. proc. Civ.*, 2010, 351.

²⁰⁵ AMADEI, *op. cit.*, 351.

²⁰⁶ Sulla quale vedi, più diffusamente il cap. 3°, Sez. II.

la prima volta in appello; il provvedimento contenente l'*astreinte* può sindacarsi non solo in sede di impugnazione e non solo limitatamente alle censure di merito; la pronuncia *de qua* non può essere richiesta *principaliter* in un autonomo giudizio. Tutte argomentazioni, queste, che ci portano ad escludere una siffatta qualificazione giuridica dell'istituto.

Non è mancato chi ha tentato di qualificare tale misura coercitiva pur sempre come *obbligazione*, anche se *a formazione giudiziale*²⁰⁷.

Questa tesi parte dal presupposto che è escluso che la suddetta penalità possa qualificarsi come obbligazione a carattere risarcitorio²⁰⁸. Il danno, come si cercherà di dimostrare più in avanti, non è il referente esclusivo della misura, ma è soltanto uno dei criteri della sua definizione, peraltro, in funzione di esclusione dell'iniquità della misura²⁰⁹. A ben vedere, l'*astreinte* italiana è sprovvista di qualsivoglia finalità risarcitoria ed, anzi, concettualmente contrapposta al risarcimento, poiché essa è pronunciata "*affinché il comando venga obbedito*" e non perché "*il comando venne disobbedito*"²¹⁰. Essa opera per il futuro e non copre invece anche il passato, come accade per il risarcimento.

²⁰⁷ CHIZZINI, sub *Art. 614 bis c.p.c.*, in BALENA-CAPONI-CHIZZINI-MENCHINI, (a cura di), *La riforma della giustizia civile, Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, 2009, 149. In questo senso, cfr. BESSO, *L'art. 614-bis c.p.c. e l'arbitrato*, in CAPPONI, SASSANI, STORTO, TISCINI (a cura di), *Il processo esecutivo*, p. 893.

²⁰⁸ CONSOLO, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze dopo la legge n. 69 del 2009*, 2009, 455; MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, in *Eur. e Dir. Priv.*, IV, 2009, 973; BESSO, *L'art. 614-bis c.p.c. e l'arbitrato*, cit., 893.

²⁰⁹ MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, cit., 956.

²¹⁰ Cfr., CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, I, 1936, p. 181.

Se si tratta di obbligazione e non ha carattere risarcitorio, occorre allora scomodare la categoria delle “pene private”.

L'accostamento all'istituto della clausola penale²¹¹ di cui agli artt. 1382 c.c. e ss., che, come è noto, ne costituisce il prototipo²¹² – alla luce del principio cardine del nostro ordinamento della tipicità delle pene – rappresenta uno dei passaggi necessari nel percorso dell'inquadramento dogmatico della misura in esame. Questo perché, come è noto, l'art. 1382 c.c. conferisce alle parti la possibilità di disporre una penale per l'inadempimento o per il ritardo nell'adempimento.

Tuttavia, di là da questa facile identificazione sulla sola ed incerta base dell'idoneità ad esercitare una pressione psicologica sul destinatario, i due istituti – la misura coercitiva *ex art. 614 bis c.p.c.* e la clausola penale – sono eterogenei, e si distinguono sia per funzione che per collocazione sistematica²¹³.

Sul primo versante, in quanto la clausola penale ha come effetto indiretto, e dunque non come funzione principale, quello di indurre la parte ad adempiere, di rendere l'adempimento più conveniente, al pari

²¹¹ In tema di clausola penale, tra gli altri, vedi DE NOVA, voce *Clausola penale*, in *Dig. Disc. priv. Sez. civ.*, II, Torino, 1988, 377 ss; GABRIELLI, *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1984, pp. 901 ss; MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, p. 186 ss; MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984; MAZZARESE, *Clausola penale*, Milano, 1999; RUSSO, *Il patto penale tra funzione novativa e principio di equità*, Napoli, 2010; TATARANO, *L'adeguamento della penale tra clausola e rapporto*, Napoli, 2002; TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954, p. 153; ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991.

²¹² Cfr. MOSCATI, *Fonti legali e fonti private delle obbligazioni*, 1999, p. 357 ss.

²¹³ MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, cit., 970.

di altri istituti, quali la risoluzione per inadempimento e l'iscrizione di ipoteca giudiziale *ex art. 2818 c.c.*²¹⁴.

Sul piano della collocazione sistematica, poiché la clausola penale, a differenza della misura coercitiva, concorre a determinare l'assetto di interessi che viene cristallizzato nel contratto. Infatti, con la previsione di una siffatta clausola viene predeterminato l'ammontare che sarà dovuto in caso di inadempimento o ritardo, penale non cumulabile con la prestazione principale. È tangibile, pertanto, l'aspetto sanzionatorio della predetta misura, che è, viceversa, del tutto assente nella misura coercitiva di cui all'art. 614 *bis c.p.c.*

Posto quanto sopra, a parere di chi scrive, la tesi che vede nella misura coercitiva *de qua* un diritto soggettivo, sia esso puro ovvero di matrice processuale, non risulta condivisibile.

Anche attraverso un rilevante sforzo ermeneutico, infatti, non è dato rinvenirsi il presupposto logico, prima che giuridico, dell'inquadramento della misura disciplinata dall'art. 614 *bis c.p.c.* quale diritto soggettivo.

Come è noto, infatti, per diritto soggettivo deve intendersi quella fondamentale posizione di vantaggio riconosciuta ad un consociato in ordine ad un bene della vita, consistente nell'attribuzione al medesimo soggetto di una forza che si esplica attraverso vari strumenti (facoltà, pretese, poteri) atti a realizzare in modo pieno l'interesse al bene²¹⁵. Nel caso della misura coercitiva *de qua*, essa non attribuisce/riconosce alcuna posizione di vantaggio.

²¹⁴ Sul punto, *ex multis*, cfr., TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., p. 1 s.; MARINI, *La clausola penale*, 1984; MAZZARESE, *Le obbligazioni penali*, 1990; ID., *Clausola penale*, in *Comm. Schlesinger*, artt. 1382- 1384, 1999; ZOPPINI, *La pena contrattuale*, 1991, p. 164 ss; CHIARLONI, *Misure coercitive*, cit., p. 161.

²¹⁵ Cfr. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 2007, 57.

Del resto, che si tratti di diritto soggettivo deve escludersi in radice in forza della considerazione che la concessione della stessa è soggetta alla valutazione del giudice, il quale valuta se ricorrano tutti i presupposti – tra cui le ragioni di equità - per la sua comminatoria. L'*astreinte*, dunque, è una *situazione* non immediatamente protetta.

La regola di condotta contenuta nella misura coercitiva non ha niente di sostanziale, perché, a ben vedere, non è una regola di condotta²¹⁶. Essa non è l'*oggetto* della tutela, ma ne è la *forma*.

3.1. La misura compulsoria di cui all'art. 614 *bis* c.p.c., non si deve collocare nella fase sostanziale, bensì costituisce uno strumento di esecuzione indiretta che, in quanto tale, si pone a stretto ridosso del provvedimento giudiziario la cui efficacia deve rafforzare, a prescindere dal contenuto delle sottostanti posizioni sostanziali.

Anche in coloro che vedono nella misura coercitiva in esame un accessorio giudiziale non v'è unanimità di vedute.

Un accenno merita la tesi di chi individua nell'art. 614 *bis* c.p.c. una mera misura esecutiva²¹⁷. Tale conclusione sarebbe avallata dalla collocazione (pre-riforma) della norma a chiusura del Titolo IV del codice di rito, circostanza che avrebbe dimostrato l'intento del legislatore di voler completare la tutela esecutiva impartita dal Libro Terzo con il tassello mancante dell'attuazione degli obblighi infungibili. Sicché, non vi sarebbe ragione di duplicare le forme di

²¹⁶ Del resto, la tesi del diritto soggettivo sembra essere stata abbandonata anche dai suoi stessi iniziali sostenitori, seppure sulla base di diversa argomentazione. In particolare, è stato sostenuto che l'estensione ad opera del legislatore del 2015 della fattispecie alle obbligazioni fungibili, diverse dal pagamento di una somma di danaro, farebbe propendere per la natura processuale della misura. Cfr., ZUCCONI GALLI FONSECA, *Misure coercitive e arbitrato*, cit., 1023.

²¹⁷ LUISSO, *Diritto processuale civile*, III, 2013, p. 237.

tutela esecutiva laddove fosse utilizzabile la fattispecie dell'esecuzione diretta. Per cui, *ancorché* impartita dal giudice dichiarativo, la misura coercitiva in esame, in quanto esecutiva, sarebbe contenuta un provvedimento di rito, in quanto conserverebbe la sua natura di misura processuale.

Anche tali tesi risulta facilmente confutabile.

In primis, come si è cercato di spiegare all'inizio del presente studio, la tecnica delle *astreintes* è nata proprio per superare il limite naturale che incontra l'esecuzione forzata: l'infungibilità della obbligazione.

Si ha esecuzione forzata tutte le volte in cui “*l'inerzia dell'obbligato è sostituita dall'attività dell'ufficio esecutivo, il quale si attiva in luogo dell'inadempiente, compie ciò che quest'ultimo avrebbe dovuto fare*”²¹⁸. Talché, la predetta sostituzione non si potrà avere laddove la prestazione, per la sua natura, deve essere adempiuta necessariamente dal soggetto obbligato. Con le misure coercitive si cerca di indurre l'obbligato, coartando la sua volontà, ad adempiere, minacciandolo di conseguenze per lui più onerose dell'adempimento. Vien da sé, dunque, che se si discorre di misure coercitive siamo al di fuori dell'esecuzione forzata, come sopra intesa.

Vero è che in altri ordinamenti (*i.e.* in quello francese), il legislatore ha definito la predetta misura come “*voix de l'exécution*”²¹⁹.

Tuttavia, nel nostro ordinamento, la scelta del legislatore è stata diversa. Essa è una misura pronunciata dal giudice della cognizione, per cui in nessun caso potrà parlarsi di misura esecutiva. Ed infatti,

²¹⁸ Cfr., LUISO, *Diritto processuale civile*, III, 6° ed., p. 9.

²¹⁹ Sul quale vedi, più diffusamente, cap. II, paragrafo 1.

l'art. 614 *bis* c.p.c. definisce la misura *de qua* quale titolo esecutivo, per cui da quando si verificherà l'inadempimento o il ritardo nell'adempimento, la pronuncia comminatoria della misura in esame costituirà titolo per cominciare l'esecuzione forzata.

Infine, anche le ragioni, per così dire, "topografiche" della predetta tesi sono venute meno.

Con la riforma del 2015, il nuovo testo dell'art. 614 *bis* c.p.c. è stato collocato fuori dal Titolo IV, dedicato all'esecuzione forzata di obblighi di fare e di non fare, ed è stato inserito in un autonomo titolo IV-*bis* "*Delle misure di coercizione indiretta*". Per cui, non potrà più sostenersi che la collocazione della norma (in precedenza a chiusura del Titolo IV) suggerisca ed, anzi, dimostri l'intenzione del legislatore di voler completare con l'art. 614 *bis* c.p.c. il libro terzo dedicato alla tutela esecutiva.

Pertanto, si ritiene di poter sostenere, senza tema di smentita, che si tratti di una misura con carattere spiccatamente processuale, ma in nessun caso di misura esecutiva.

3.2 A sgombrare il campo da qualsiasi fraintendimento ci ha pensato, come spesso accade, la Suprema Corte di Cassazione che in un recente arresto ha fornito tutti gli elementi per poter correttamente qualificare la misura in esame.

A tal proposito, occorre richiamare l'importante decisione della Corte di Cassazione dell'aprile 2015²²⁰ (sulla quale ci si è già

²²⁰ Cass., 15 aprile 2015, n. 7613, in *Diritto & Giustizia*, 17, 2015, pag. 32, con nota di BASSO, *Efficace in Italia l'ordinanza 'astreinte' del giudice di altro Stato comunitario*, sulla quale, v. *amplius*, Cap. I. Nel caso in esame le controparti invocavano l'art. 34 Regol. 44/2001/CE, richiamato dall'art. 45, secondo cui le decisioni non sono riconosciute "1) se il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto". Ma la Corte ha respinto tale

soffermati nel capitolo primo del presente lavoro), nella quale, giudicando su un caso di delibazione ai sensi del Reg. Ce 44/2001 di una *astreinte* belga, si fa chiarezza su numerosi profili. La Corte, infatti, da un lato, differenzia molto nettamente la funzione della misura coercitiva da quella del risarcimento del danno, precisando come la prima non tenda in alcun modo alla reintegrazione, ma sia direttamente funzionale all'adempimento spontaneo dell'obbligato; dall'altro lato, la Cassazione ribadisce con forza la contrarietà all'ordine pubblico interno alle misure punitive²²¹, che – come precisa la sentenza – esasperano il profilo sanzionatorio; mentre secondo la Corte le misure coercitive si fondano su una diversa logica: minacciano un danno per l'inadempiente, utilizzando una tecnica volta all'induzione all' adempimento.

È evidente, pertanto, che l'istanza di applicazione dell'*astreinte*²²² non è tesa a conseguire una tutela qualitativamente maggiore o diversa da quella richiesta con la domanda di condanna, ma una tutela ausiliaria del consequenziale diritto della parte vittoriosa ad ottenere l'adempimento della prestazione riconosciuta come dovuta dal provvedimento di condanna. Essa, come rilevato, è irrogabile solo su istanza di parte: trattandosi di una forma particolare di tutela giurisdizionale, evidentemente il legislatore ha ritenuto che

difesa. Sull'interpretazione necessariamente restrittiva dell'art. 34 si veda Corte di giustizia, 6 settembre 2012, C- 619/10, Trade Agency Ltd. Su questi profili si rinvia a Mondini, *L'attuazione degli obblighi infungibili*, Milano 2014, 53 ss. e 97 ss.

²²¹ Contrarietà già affermata in Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183; e Cass. 8 febbraio 2012, n. 1781.

²²² C. CONSOLO, F. GODIO, art. 614-bis, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile commentato*, cit. pp. 164,165.

ad essa non possa provvedere il giudice *ex officio*, a differenza di quanto accade per le *astreintes* francesi²²³.

Va chiarito che si tratta di una condanna al pagamento di una somma pecuniaria che non ha natura risarcitoria. È chiara la finalità compulsoria affidata a siffatto istituto²²⁴, tant'è che la sua quantificazione avviene prima dell'eventuale verificarsi dell'inadempimento e che si prescinde da qualsiasi prova o anche solo rappresentazione di un danno (futuro)²²⁵. Questa è anche la ragione che ha portato alcuni – come sopra evidenziato - a ritenere che la predetta misura sia ascrivibile nel *genus* delle pene private²²⁶. Pare più opportuno escludere qualsivoglia finalità afflittiva, residuando solo una funzione di rafforzamento, per cui non pare corretto qualificare la misura ex art. 614 *bis* c.p.c. come sanzione²²⁷, non essendo, all'uopo, fissato né un minimo né massimo edittale, come invece accade, ad es., nell'art. 709-*ter*, co. 2 n. 4, c.p.c.²²⁸.

²²³ Sulle quali si rimanda al capitolo precedente. Sul punto, per tutti, S. GUINCHARD – T. MOUSSA, *Droit et pratique des voies d'exécution*, Paris, 2000, §3102, p. 256; J. BORE' – L. BORE', *Astreintes*, in *Repertoire de Droit Civile*, Paris, 1996; F. CHABAS-S. DEIS, *Astreintes*, in *Repertoire de procédure civile*, Paris, 1998; cfr. anche VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea*, in *Riv. dir. Proc.*, 2004, p. 727 ss.; MARAZIA, *Astreintes e altre misure coercitive per l'effettività della tutela civile di condanna*, in *Riv. Esec. Forz.*, 2004, pp. 333 ss.

²²⁴ S. MAZZAMUTO, *Luigi Mengoni e la tutela dei diritti*, in *Europa e dir. priv.*, fasc.1, 2012, p. 141.

²²⁵ A. FRIGNANI, *Le penalità di mora e le astreintes nei diritti che si ispirano al modello francese*, cit., p. 506 s.

²²⁶ Cfr. BUCCI-SOLDI, *Le nuove riforme del processo civile*, 2009, 223; SASSANI, A.D. 2009: ennesima riforma al salvataggio del rito civile. Quadro sommario delle novità riguardanti il processo di cognizione, su www.judicium.it, secondo il quale si è in presenza di una sanzione, o più esattamente si tratterebbe di misura coercitiva civile. Sulla nozione di pena privata, nonché sull'ammissibilità dell'istituto nell'ordinamento italiano, v. per tutti, MOSCATI, voce *pena* (dir. Priv.), *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982.

²²⁷ S. MAZZAMUTO, *Luigi Mengoni e la tutela dei diritti*, cit., p. 141.

²²⁸ Sulla quale v., *infra*.

L'unica finalità perseguita dalle misure di coercizione indiretta del tipo dell'*astreinte* e dalla comminatoria di cui all'art. 614-*bis* c.p.c. va ravvisata nel perseguimento del principio di effettività dei provvedimenti di condanna, mirando al soddisfacimento dell'interesse specifico del creditore. Ne discende 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.

Il legislatore ha, quindi, codificato il principio, condiviso in dottrina, secondo cui la penalità di mora ha un senso soltanto se essa sia in condizioni di esercitare una effettiva pressione sull'intimato: essa deve sempre avere efficacia esecutiva immediata, perché un'efficacia differita, sospesa o condizionata sarebbe in contrasto con la stessa *ratio* del provvedimento²²⁹.

4. L'unico limite intrinseco è rappresentato dall'equità delle conseguenze. Tale misura non potrà essere inflitta laddove ciò appaia al giudice “*manifestamente iniquo*”.

Il legislatore ha introdotto una *clausola di salvezza*, attribuendo al giudice un rilevante potere discrezionale, che dovrebbe consentirgli di operare una valutazione caso per caso. È stato, infatti, affermato che tale indeterminatezza risponderebbe ad «*apprezzabili esigenze di*

²²⁹ V., T. Bologna, (ord.) 13-7-2007, in *Riv. Esec. Forz.*, 2007, 729, con nota di PUCCIARIELLO, *Astreinte brevettuale: occasioni perdute, presenti (e future) del legislatore processuale italiano*. V. anche A. Milano, 10-2-2004, in *Riv. Esec. Forz.*, 2004, 773, con nota di CAPPONI, *Ma l'astreinte in materia brevettuale è titolo esecutivo?*

giustizia del caso concreto ed a quel criterio di proporzionalità rispetto alla violazione che deve sempre caratterizzare la pena»²³⁰.

A ben vedere, si tratta di un rilevante potere discrezionale, così ampio da far sorgere qualche dubbio di incostituzionalità, in quanto, come è noto, la disposizione di cui all'art. 111, comma 2, Cost. impone che il giusto processo sia regolato dalla legge e non determinato discrezionalmente dal giudice. Nel caso in esame, invece, trovando tale potere il suo unico limite nell'obbligo di motivazione, ben può prospettarsi la possibilità di un'applicazione parziale e arbitraria di tale misura²³¹. In verità, già nel 1920, in un noto saggio sul "*significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*", Calamandrei sottolineava come il ricorso al giudizio di equità costituisse sempre l'*"extrema ratio dei periodi critici, nei quali il legislatore non ha tempo di preparare a ragion veduta le sue riforme e di scegliere meditatamente la via"* e dunque risponde alla necessità del legislatore di "*sottrarre, in momenti di più celere ritmo della vita sociale, la formulazione del diritto alle lentezze della trafila parlamentare*"²³². Sicuramente nel nostro caso sarebbe meglio credere che, più che una *extrema ratio*, il riferimento alla valutazione della *manifesta iniquità* sia espressione delle volontà del legislatore di realizzare una "giustizia del caso singolo", nel senso che il legislatore,

²³⁰ GAMBINERI, *Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*, cit., c. 323; TEDIOLI, *Osservazioni critiche all'art. 614 bis cod. proc. civ.*, cit., p. 75.

²³¹ PETTI, *Riforma del processo civile e misure coercitive indirette*, cit., p. 135 s. In senso opposto, cfr. LOMBARDI, in GIORDANO – LOMBARDI, *Il nuovo processo civile*, Roma, 2009, p. 472. Secondo quest'autore si tratterebbe, invece di una "*clausola di salvezza*", che permetterà al giudice di rifiutare la richiesta di applicazione della misura ogniqualvolta "*sia prevedibile che il destinatario dell'ordine giudiziale infungibile di fare o non fare non sarà in condizioni di ottemperarvi per causa non imputabile*".

²³² CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, in *Studi sul processo civile*, II, Padova 1930, p. 225.

non rinunciando affatto a fissare la disciplina dei rapporti, ha consentito al giudice di “*adattare le norme alle caratteristiche della specie singola*”²³³, tanto è vero che il legislatore della riforma del 2015 ha lasciato intatta tale previsione. Tuttavia, l’applicazione pratica di siffatta previsione porterà ad una “giustizia del caso singolo”, ovvero è più facile che si verificherà un illegittimo “disordine” ed una conseguente “eterogeneità”²³⁴ nelle decisioni giurisprudenziali?

A parere di chi scrive, sembra più corretto ritenere che tale valutazione richiesta al giudice fuoriesca dagli stretti confini del diritto positivo, sembrando foriera di un contenzioso che, dal lato passivo, potrebbe scaricarsi in sede di opposizione all’esecuzione e, da quello attivo, in prevedibili istanze di riesame del provvedimento²³⁵.

Al di là delle considerazioni sulla legittimazione della predetta limitazione, la dottrina si è interrogata sul contenuto esatto da attribuirle.

Secondo un primo orientamento, l’accezione di iniquità si configurerebbe come una «*clausola generale di chiusura*» volta ad impedire l’applicazione della misura coercitiva ogniquale volta l’ordinamento disciplini forme speciali di coazione indiretta nei confronti di determinate obbligazioni oppure qualora esistano altri rimedi previsti dall’ordinamento che consentano di raggiungere il medesimo risultato²³⁶.

²³³ Come ha osservato, in relazione al più generale argomento del giudizio secondo equità, ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, 252.

²³⁴ CALAMANDREI, *o.l.u.c.*

²³⁵ Cfr. CAPPONI B., *Manuale di diritto dell’esecuzione civile*, cit., p. 33.

²³⁶ Il classico esempio è quello della mancata ottemperanza all’obbligo di stipula del contratto definitivo a seguito del preliminare. Secondo un’autorevole opinione (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*, cit., p.

Secondo un'altra impostazione, la misura presenterebbe il carattere dell'iniquità ogniqualvolta l'esatto adempimento possa incidere su interessi di natura non patrimoniale del debitore relativi a *“qualificate sfere giuridiche di libertà di chi subisce il provvedimento di condanna (ad es., rapporti aventi ad oggetto l'esercizio del diritto di autore o prestazioni di lavoro subordinato, rapporti che coinvolgono diritti di libertà o della personalità dell'obbligato)”*²³⁷. Tuttavia, tale tesi è soggetta a critica in quanto finisce per ridurre notevolmente l'ambito applicativo dell'art. 614 bis c.p.c., dal momento che, da un lato, la maggior parte delle obbligazioni a carattere infungibile coinvolge sfere di libertà o di interesse dell'obbligato, dall'altro, è contrario allo spirito riformatore del legislatore del 2015. Sembra, allora, preferibile la definizione di iniquità cui ha acceduto la giurisprudenza di merito, secondo cui *“è iniquo ciò che è contrario all'equità e, dunque, sotto tale versante, si richiede al giudice di verificare tutte le circostanze del caso affinché l'astreinte non diventi strumento che possa svilire la persona dell'obbligato. L'iniquità manifesta della misura può risultare dalla valutazione ex ante di*

741) la misura coercitiva di cui si discute potrebbe corredare la statuizione giudiziale resa ai sensi dell'art. 2932 c.c. al fine di aggirare l'ostacolo posto dalla necessità di attendere il passaggio in giudicato della sentenza per la produzione degli effetti costitutivi che ne discendono. Tale ricostruzione è stata respinta dalla dottrina maggioritaria in quanto la formulazione dell'art. 614 bis c.p.c. richiede espressamente, ai fini dell'applicazione della comminatoria, la pronuncia di un provvedimento di condanna, mentre la tutela accordata dall'ordinamento in tali ipotesi è di tipo meramente costitutivo. In questo senso BALENA, *La nuova pseudo riforma del processo civile (un primo commento alla legge del 18 giugno 2009, n. 69)*, cit.; GAMBINERI, *Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*, cit., c. p. 320; IUORIO, *Il nuovo art. 614 bis cod. proc. civ.: introduzione dell'esecuzione indiretta nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., p. 421; PETTI, *Riforma del processo civile e misure coercitive indirette*, cit., p. 143; SALETTI, *sub art. 614 bis c.p.c.*, cit., p. 203.

²³⁷ BALENA, *La nuova pseudo-riforma del processo civile (un primo commento alla legge del 18 giugno 2009, n. 69)*, cit.; CARRATTA, *Le modifiche al terzo libro del codice*, cit., p. 98.

“inidoneità della condanna al pagamento di qualsiasi somma di denaro a compulsare il debitore, in guisa della natura della prestazione oggetto della condanna principale ovvero delle condizioni patrimoniali in cui versa l’obbligato”. In altre parole, può parlarsi di manifesta iniquità qualora vi sia *“uno stridente contrasto con i principi dell’ordinamento, che renda l’applicazione della misura incompatibile coi fini istituzionali dell’azione o perfino con la tutela del diritto del creditore”*²³⁸.

Per cercare, pertanto, di dare un senso a tale sbarramento voluto dal legislatore, si può ritenere che il richiamo all'equità sia fatto in una duplice direzione: in chiave contenutistica, l'ammontare della somma deve risultare congruo rispetto allo scopo della coercizione indiretta²³⁹; mentre in chiave teleologica, la misura coercitiva mira all'equità delle conseguenze nel senso del perseguimento della giustizia materiale o mediante l'irrobustimento dell'effettività della tutela o, qualora l'effetto deterrente non si attui, mediante il conferimento al titolare della situazione tutelata della somma accumulatasi a titolo di misura di coercizione a mo' di mero correttivo dell'ineffettività della tutela, quasi un ristoro.

In conclusione, 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

²³⁸ CROCI, *Esecuzione forzata per obblighi di fare e non fare*, in *La nuova esecuzione forzata dopo la l. 18 giugno 2009*, n. 69, p. 1207.

²³⁹ Rientrerebbero in questa definizione, ad esempio, l’ipotesi in cui la sanzione si risolve <<*in una sproporzione evidente tra il sacrificio con essa imposto al debitore e l’interesse del creditore a vedere eseguita la prestazione*>> o il caso in cui dall’inadempimento derivi per il creditore un danno molto tenue o addirittura un vantaggio, o ancora qualora la prestazione risulti troppo onerosa per il debitore (secondo la definizione di cui all'art. 2058 c.c.) senza apportare un particolare vantaggio al creditore, oppure leda diritti di terzi o interessi pubblici.

quando, anche in presenza di una pretesa assolutamente legittima dell'istante, la condanna al pagamento sia palesemente sproporzionata rispetto al vantaggio che il creditore ne ricaverebbe²⁴⁰. 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”*. Non vi è, invece, manifesta iniquità nel caso in cui il destinatario versi semplicemente in condizioni di difficoltà o di indigenza, che 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.

Quanto alla legittimazione, qualsiasi parte abbia formulato nel procedimento pendente domanda di condanna, eccezion fatta per la richiesta di una somma di danaro, potrà insistere per l'applicazione

²⁴⁰ Trib. Terni ord. 7-8-2009 cit.: *«L'entità della misura deve determinarsi in relazione al valore della controversia, alla natura della prestazione (obbligo di demolire), al danno prevedibili se non si ottempera alla prescrizione, e ad ogni altro elemento utile. Tenuto conto che il valore della controversia può determinarsi nell'intero valore dell'immobile dell'istante, che in tesi potrebbe essere coinvolto in un crollo totale - circa 150.000,00 euro, con stima sommaria e prudente -, valutata la natura della prescrizione di demolizione di un vecchio fabbricato già parzialmente demolito, che appare di agevole adempimento in un breve tempo e con mezzi modesti, considerate anche le disagiate condizioni abitative del nucleo familiare dell'istante per la denunciata e comprovata umidità [...], stimasi equo determinare la somma in € 100,00 al giorno a decorrere dal ventunesimo giorno dalla notifica del provvedimento (in sostanza si concedono ragionevolmente venti giorni per adempiere, e la misura scatta solo dal 21° giorno dopo la notifica del provvedimento). Questa modalità non è espressamente prevista dalla norma, ma appare più che opportuna per il tipo di prescrizione (condanna alla demolizione di un manufatto) che non si può effettuare con un solo atto, ma con una operazione che ragionevolmente comporta più giorni. Anche la fissazione della somma per i giorni di ritardo (tipica delle corti europee) risulta opportuna e trova dei presupposti nella lettera dell'art. 614 bis c.p.c., laddove prevede che la somma di denaro dovuta dall'obbligato sia per ogni violazione ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento».*

della misura coercitiva indiretta. Per l'ipotesi di procedimento di cognizione (ordinario o sommario, *ex artt. 702 bis ss. c.p.c.*), dunque, la richiesta potrà provenire tanto dall'attore quanto dal convenuto che abbia svolto in via riconvenzionale una tale domanda di condanna, così come dal terzo interveniente o chiamato al quale tale attività non sia preclusa.²⁴¹

Per ciò che attiene, invece, al termine per la proposizione dell'istanza, nel silenzio dell'art. 614 *bis*, la soluzione va ricercata in ragione della natura della richiesta di parte, la quale non è diretta a conseguire una ulteriore tutela di merito (non incide infatti sull'oggetto del giudizio, e non amplia o muta i termini – *causa petendi e petitum* – delle domande svolte), ma attiene alle concrete possibilità di soddisfazione del diritto azionato, di cui si chiede il riconoscimento con il provvedimento di condanna.

Infine, per ciò che concerne la forma dell'istanza, l'assenza di qualsiasi indicazione nel dato positivo porta a concludere per la possibilità che questa venga inserita negli atti del procedimento pendente, o anche formulata oralmente in udienza (senza necessità di redazione di un apposito atto). Il richiedente, inoltre, dovrà dimostrare la sussistenza dei presupposti di operatività della misura, e fornire al giudice tutti gli elementi necessari o utili per la determinazione del suo ammontare.

5. Autorevole dottrina²⁴², all'indomani dell'approvazione della legge n. 69 del 2009, nel cercare di individuare spazio di applicazione

²⁴¹ S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, cit., p. 119 ss.

²⁴² 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

residuo dell'istituto al di là delle rilevanti eccezioni previste, riteneva che esso avrebbe avuto “*un grandissimo impatto sul modo di funzionare, fra le varie altre, di quelle così frequenti e così importanti liti che attengono all'inadempimento di un contratto preliminare di compravendita*”.

L'autore aveva previsto che si sarebbero potuti avere “*due capi di condanna cumulati (ed in via non alternativa) nei confronti del promittente venditore: uno costitutivo ex art. 2932 c.c., e l'altro di condanna all'obbligo infungibile di concludere il contratto di vendita*”, in modo da evitare di attendere il passaggio in giudicato della sentenza, proprio della tutela costitutiva ex art.2932 c.c.

Tuttavia, tale acuta conclusione già all'epoca non aveva convinto, poiché la sua applicazione avrebbe comportato una serie di problemi, alcuni meramente pratici, altri propriamente esegetici, di difficile soluzione.

Può, ad esempio, prospettarsi la concreta la possibilità che il promittente venditore, che si fosse determinato alla conclusione del contratto solo per sottrarsi alla penalità di mora, possa impugnare la sentenza per rimuovere il contratto concluso *sub poena*, facendo ricadere il motivo di annullamento nell'ambito dei vizi del consenso, in particolare, quello della violenza morale.

Dall'altro lato - come correttamente ha rilevato un'attenta dottrina²⁴³ -, non convince l'idea che la misura coercitiva possa conservare una propria “utilità processuale” solamente con riguardo ai

Corriere giuridico, n.6, 2009, 741. Da ultimo, ID., *Spiegazioni di dir. Proc. Civ.*, in *Le tutele*, I, Torino, 2012, pp. 127 ss. E 137 ss.

²⁴³ E' l'opinione espressa da MAZZAMUTO S., *La comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, cit. 947 ss., e condivisa da ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Misure coercitive fra condanna e tutela esecutiva*, cit., pp. 390 ss.

lunghi tempi di attesa del giudicato, anziché nel contenuto sostanziale della tutela richiesta.

Infine, vi è stato addirittura chi non ha condiviso l'idea di base, ovverosia della natura infungibile dell'obbligo di concludere il contratto definitivo²⁴⁴. È evidente, tuttavia, che tale tesi risultava semmai sostenibile sotto la vigenza del vecchio codice, che riscontrava l'impossibilità dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre, essendo il contrarre un *facere* infungibile, in quanto implicante la "volontà negoziale" dell'obbligato, ma oggi deve essere definitivamente abbandonata con la previsione di cui all'art. 2932 c.c.

Come è noto, con tale norma il legislatore ha permesso di far fronte all'inadempimento dell'obbligo di stipulare il contratto definitivo con il rimedio specifico della sentenza costitutiva. Se, infatti, in astratto l'atto di volontà dell'obbligato è incoercibile, coercibile è l'effetto giuridico *in obligatione*, che coincide con il risultato giuridico perseguito dalle parti, di modo che, dandosi la possibilità che anche le sentenze possono produrre effetti costitutivi *ex art. 2908 c.c.*, sarà tale sentenza il mezzo di esecuzione specifica²⁴⁵. Tant'è che l'art. 2932 c.c. è collocato nella sezione del codice dedicata alla "*esecuzione in forma specifica*".

Secondo altri²⁴⁶, invece, l'obbligo sarebbe stato fungibile, quindi in astratto ricadente nell'alveo di operatività dell'art. 614 *bis* c.p.c, tuttavia la ragione della sua esclusione avrebbe risieduto nel fatto che il legislatore ha previsto un apposito rimedio per queste obbligazioni,

²⁴⁴ SOLDI A. M., *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., p. 1185; MAZZAMUTO S., op. loc. cit.

²⁴⁵ Cfr., DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 309.

²⁴⁶ V., BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, cit., pp. 749 ss.

ovvero quello sancito nell'art. 2932 c.c. Di talché, la natura sussidiaria della misura non avrebbe consentito la sua applicazione anche alle ipotesi di inadempimento di un contratto preliminare.

Orbene, se, da un lato, è evidente che l'argomento sulla natura fungibile o meno dell'obbligo di cui all'art. 2932 c.c. ha ormai perso il suo *appeal*, posto che la riforma del 2015 ha definitivamente spazzato via la correlazione tra misura coercitiva e infungibilità, v'è da riconoscere un aspetto di indiscutibile interesse della tesi del Prof. Consolo. Tale impostazione ha dimostrato la concreta utilità dell'*astreinte* associata anche a provvedimenti con effetti costitutivi, non suscettibili di esecuzione forzata né eseguibili prima del passaggio in giudicato²⁴⁷. Infatti, la suddetta tesi dimostra che, in astratto, nulla impedisce che la misura coercitiva sia associabile a provvedimenti con effetti costitutivi.

A tal riguardo, con un noto *revirement*²⁴⁸, la Suprema Corte di Cassazione ha escluso che le statuizioni condannatorie accessorie e in rapporto di sinallagmaticità con la pronuncia costitutiva possano trovare esecuzione anticipata rispetto a quest'ultima. Tale orientamento si pone in contrasto con il precedente²⁴⁹ - sicuramente più in linea con la previsione dell'art. 282 c.p.c., per la quale tutte le

²⁴⁷ Questa è l'opinione di CAPPONI B., *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, cit., p. 42.

²⁴⁸ Cass., Sez. Un., 22 febbraio 2010, n. 4059, in *Foro It.*, 2010, I, c. 2082; in *Guida dir.*, 2010, 11, p. 50, con nota di PISELLI; in *Riv. Dir. Proc.*, 2011, p. 171 ss., con nota di MARELLI.

²⁴⁹ V. Cass., Sez. III, sent. n. 18512 del 3 settembre 2007, la quale precisa che “in relazione alla sentenza pronunciata ai sensi dell'art. 2932 c.c., la legge non prevede alcunché che possa giustificare l'esclusione dell'immediata esecutività delle statuizioni condannatorie consequenziali alla statuizione di accertamento del modo di essere dell'ordinamento in relazione alla vicenda dedotta nel senso della sussistenza delle condizioni che avrebbero dovuto giustificare la conclusione del contratto in adempimento del contratto preliminare con la prestazione dei relativi consensi, e, quindi, all'ulteriore statuizione, in via consequenziale, degli effetti costitutivi del vincolo contrattuale, che di tale consenso tengono luogo”.

sentenze di condanna sono immediatamente esecutive, salvo che vi siano fondati motivi in contrario o la legge disponga diversamente²⁵⁰ - in cui la Cassazione aveva ritenuto immediatamente esecutiva la statuizione di condanna accessoria alla pronuncia costitutiva²⁵¹.

Pertanto, a parere di chi scrive, il vero e forse unico ostacolo all'applicabilità dell'art. 614 *bis* c.p.c. anche l'ipotesi di inadempimento di un contratto preliminare non sta nella natura fungibile o meno della obbligazione sottesa, ma proprio nella natura costitutiva della tutela azionata. È evidente, di contro, che tale possibilità richiede un intervento del legislatore che non limiti più lo strumento coercitivo alla sola tutela di condanna²⁵².

6. Di là dai dubbi sopra prospettati, risulta invece di particolare rilievo la previsione²⁵³ secondo cui la statuizione del giudice che dispone il pagamento di una somma di danaro come nel caso di inosservanza dell'obbligo condannatorio è titolo esecutivo.

A fronte di una tale disposizione, parte della dottrina²⁵⁴ ha rilevato come la previsione dell'idoneità del provvedimento di condanna a costituire titolo esecutivo in relazione ad inosservanze ancora solo eventuali e future, se, da un lato, «*appare ultronea*

²⁵⁰ Cfr. FERRI, *La sentenza ex art. 2932 c.c.*, in *Dir. priv.*, 1995, 59, 78. In generale, sul problema dell'esecutività delle sentenze costitutive cfr. CARPI, *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, Milano, 1979, p. 59 ss.

²⁵¹ V. Cass. 26 gennaio 2005, n. 1619, in *Corriere giuridico*, 2005, 1229. Cfr. anche, CONTE, *Sentenze costitutive e provvisoria esecuzione dei capi condannatori: un condivisibile passo in vani della suprema Corte (con una digressione su alcuni problemi aperti)*, in *Giur. It.* 2008, 949.

²⁵² Cfr. in questo senso, CAPPONI B., op. loc. cit.; TEODOLDI, *Le novità in materia di esecuzione forzata nel D.L. 83/2015... in attesa della prossima puntata...*, cit., p. 181.

²⁵³ Non presente nell'originario testo del disegno di legge, ma inserita solo nel corso dei lavori parlamentari.

²⁵⁴ Così, MANDRIOLI, CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, cit., p. 99 e MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, cit., p. 117.

laddove la misura coercitiva venga associata alla pronuncia di una sentenza o di un provvedimento diverso dalla sentenza, ma comunque dotato di efficacia esecutiva», dall'altro, assume particolare rilevanza laddove viene riconosciuta a favore di un provvedimento d'urgenza o cautelare, *«o comunque di un provvedimento di condanna non autonomamente dotato di efficacia esecutiva»*.

Altri interpreti²⁵⁵, invece, hanno posto in rilievo alcune criticità sottese al regime esecutivo del rimedio, sottolineando convincentemente che *«fino a quando non si sia compiuta la violazione dell'ordine assistito da penale, a stretto rigore non sorge nemmeno il credito avente ad oggetto la percezione della penale stessa; ed allora buon senso vorrebbe che si evitasse ogni riferimento al titolo esecutivo. Chi ha diritto di percepire una somma a titolo di penale può agire per ottenere la consequenziale condanna; ed è quest'ultima condanna (preceduta dalla verifica dei presupposti) a costituire titolo esecutivo»*.

Per altri, ancora, si tratterebbe di un provvedimento di condanna c.d. *condizionale*, caratterizzato da una specifica accessorietà rispetto all'accertamento della esistenza della situazione sostanziale. Più precisamente, la sua esecutività dipenderebbe dal verificarsi dei presupposti di operatività, ovvero, dalla mancata conformazione al comando giudiziale che determina l'operare dell'*astreinte*²⁵⁶: in altri

²⁵⁵ Così, RICCI E.F., *Ancora novità (non tutte importanti, non tutte pregevoli) sul processo civile*, in *Riv. dir. processuale*, 2008, p. 1363; in tal senso si v. anche PUNZI, *Novità legislative e ulteriori proposte di riforma in materia di processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, p. 1204. Del resto, in tal senso, depone anche il regime previsto in Francia, dove l'*astreinte* non potrà essere portata ad esecuzione se non previa liquidazione giudiziale delle somme dovute, sicché sarà il provvedimento di liquidazione a costituire titolo esecutivo.

²⁵⁶ In tal senso, anche CHIZZINI, *op. cit.*, p. 162; RICCI E.F., *Ancora novità*, cit., p. 1363. Parlano, invece, di condanna in futuro, seppur *sui generis*, CHIARLONI,

termini, la condanna dell'obbligato al compimento della prestazione dovuta è condizionata al verificarsi di un dato evento, futuro ed incerto²⁵⁷. In questo, si differenzerebbe nettamente dalla condanna in futuro, che acquista efficacia esecutiva alla scadenza del termine fissato, in ragione del fatto che il diritto sotteso è sottoposto ad un termine iniziale²⁵⁸.

In verità, pare più semplicemente doversi ritenere che il creditore non deve rivolgersi all'autorità giudiziaria per chiedere l'accertamento della violazione, ma potrà direttamente intimare precetto, in quanto "il provvedimento" che ha accertato l'esistenza della obbligazione, condannando il debitore all'adempimento anche della misura accessoria, costituirà titolo esecutivo anche per la riscossione dell'*astreinte*, dovuta per ogni violazione successiva alla pronuncia.

Tale meccanismo non menoma in alcun modo la difesa del debitore al quale venga notificato il precetto per il pagamento della somma di denaro. A quest'ultimo, infatti, rimane il rimedio dell'opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 615 c.p.c. per far accertare di non essere inadempiente, o che il mancato adempimento

Le principale novità introdotte nel c.p.c. con la legge n. 69/09, cit., p. 21; MANDRIOLI, CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, cit., p. 100 e CROCI, *op. cit.*, p. 1204.

²⁵⁷ La misura coercitiva, del resto, deve avere portata comminatoria e non operare quale risarcimento danno, quindi non può correlarsi ad un danno già realizzatosi, ma deve mirare a costringere il debitore all'adempimento della obbligazione principale, il cui realizzarsi si pone allora come elemento condizionate – in quanto futuro ed incerto – l'operatività in concreto della misura medesima.

²⁵⁸ In questi termini: SASSANI, *A.D.*, 2009: *ennesima riforma al salvataggio del rito civile. Quadro sommario delle novità riguardanti il processo di cognizione*, in *www.judicium.it.* e CARRATTA IN MANDRIOLI-CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, cit., p. 99.

di quanto statuito nella sentenza di condanna è dipeso da causa a lui non imputabile²⁵⁹.

Il legislatore del 2009 ha, quindi, codificato il principio, condiviso in dottrina²⁶⁰, secondo cui la penalità di mora – al pari della misura cautelare – ha un senso soltanto se essa sia in condizioni di esercitare una effettiva pressione sull'intimato: deve, cioè, sempre avere efficacia esecutiva immediata, poiché un'efficacia differita, sospesa o condizionata sarebbe in contrasto con la stessa *ratio* del provvedimento²⁶¹, ossia di pressione volta a convincere il debitore recalcitrante ad adempiere alla propria obbligazione. È evidente che quanti²⁶² hanno guardato con sfavore alla riforma dell'art. 282 c.p.c. (*provvisoria esecutorietà della sentenza di primo grado*) saranno ancor più riottosi ad accettare che la sentenza di primo grado possa essere presidiata da una misura coercitiva indiretta costituente titolo esecutivo.

Il provvedimento che commina la penalità di mora, quindi, in difetto di contestazioni, viene eseguito senza un preventivo esame determinativo del giudice, senza cioè quella scissione, che è tipica dell'*astreinte* francese, tra misura “provvisoria” e misura “definitiva”²⁶³.

²⁵⁹ Cfr., MANDRIOLI-CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, cit., p.100.

²⁶⁰ V., Trib. Bologna, ord. 13 luglio 2007, in *Riv. es. forz.*, 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, in *Riv. esec. forz.*, 2004, p.773, con nota di B. CAPPONI, *Ma l'astreinte in materia brevettuale è titolo esecutivo?*.

²⁶¹ CAPPONI, *Ma l'astreinte in materia brevettuale è titolo esecutivo?*, cit., p.781.

²⁶² V., per riferimenti, CONSOLO (LUISO E SASSANI), *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, pag. 255 ss.

²⁶³ Sulla quale vedi Cap. II.

Del resto, è una scelta discrezionale del legislatore, come ben dimostra l'esperienza europea, quella di concepire una misura coercitiva che possa essere, in concreto, liquidata dal creditore sulla base degli elementi obiettivi risultanti dalla comminatoria stessa. Verrà ad essere scaricata in sede di opposizione all'esecuzione ogni possibile contestazione del debitore, che potrà ottenere, prima dell'inizio in senso tecnico dell'esecuzione forzata, un provvedimento di sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo ex art. 615, comma 1 c.p.c. dal giudice dell'opposizione al precetto.

La previsione in commento non è esente da criticità strutturali, soprattutto dovute alla circostanza per la quale il legislatore della novella non si premura di individuare un organo giudicante competente a valutare l'esistenza, nel caso concreto, dei presupposti per il sorgere del credito da *astreinte* e, in caso di vaglio positivo, a procedere alla liquidazione delle somme dovute dall'obbligato inadempiente²⁶⁴. Sembrerebbe, infatti, che tale valutazione sia rimessa al creditore vittorioso, che – all'atto pratico – procederà ad esecuzione forzata per le somme che ritenga gli siano dovute in ragione della misura coercitiva indiretta, semplicemente adducendo l'inadempimento o la inosservanza del provvedimento di condanna e compiendo un'autoliquidazione dell'importo calcolato sulla base dei criteri di quantificazione individuati dal giudice²⁶⁵.

Con tale previsione, dunque, il legislatore non ha voluto altro che confermare la natura definitiva della misura, rendendo operativo a tutti gli effetti il provvedimento condannatorio, senza che sia richiesta

²⁶⁴ Critici al riguardo CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., p. 162, e RICCI E.F., *Ancora novità*, cit., p. 1363.

²⁶⁵ L'esistenza in concreto dei presupposti di effettiva operatività dell'*astreinte* e la sua concreta monetizzazione sono rimesse al creditore vittorioso (Trib. Milano, Sez. Proprietà Industriale e Intellettuale, 9.6.2011, *cit.*).

una fase successiva di tipo cognitivo per la sua determinazione, operando su un altro ed autonomo piano le eventuali contestazioni in sede di opposizione alla esecuzione.

7. Venendo alla fase applicativa della norma, il giudice, su richiesta della parte, dovrà innanzitutto valutare se vi siano i presupposti per l'applicazione della norma, se si è o meno in presenza di un obbligo diverso dal pagamento di somme di denaro, successivamente dovrà valutare se esso non sia manifestamente iniquo e solo a questo punto condannare al pagamento di una somma che il giudice stesso dovrà determinare sulla base di parametri oggettivi indicati dalla norma stessa. Deve indubbiamente trattarsi di una misura coercitiva tale da invogliare il debitore ad adempiere²⁶⁶.

Il secondo comma prevede i criteri che il giudice dovrà considerare per la determinazione del *quantum* della misura²⁶⁷. Il legislatore ha imposto al giudice di tenere conto “*del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile*”.

Il primo criterio, il valore della controversia, sembra servire allo scopo di fissare una somma proporzionata alle prestazioni e dunque agli interessi economici in gioco.

La natura della prestazione dovuta potrà incidere, ad esempio, in funzione di attenuazione della quantificazione in ragione del carattere maggiormente personale della stessa per il debitore rispetto al creditore o, al contrario, di incremento in ragione del carattere

²⁶⁶ CONSOLO C. - GODIO F., *Commento sub art. 614 bis. cit.*, p. 178.

²⁶⁷ Così anche TEDIOLI F., *Osservazioni critiche all'art. 614 bis cod. proc. civ.*, cit., pp. 67 e ss..

maggiormente personale per il creditore rispetto al debitore²⁶⁸. In tutti i casi sarà possibile una quantificazione progressiva, intesa quest'ultima non solo in relazione ad unità di tempo ben precise, ma anche in misura maggiore o minore a mano a mano che il tempo prosegua o che le violazioni si reiterino.

Se è chiaro il riferimento al valore della controversia e alla natura della prestazione, di cui si dovrà tenere conto per evitare una *iniusta locupletatio* del creditore, non altrettanto chiaro è il riferimento al “*danno quantificato o prevedibile*” e ad “*ogni altra circostanza utile*”. Tali indici sembrano conferire una funzione risarcitoria piuttosto che sanzionatoria al provvedimento, riecheggiando un'impostazione risalente²⁶⁹ che sembrava definitivamente superata.

Se la misura coercitiva deve servire come strumento di coartazione della volontà del debitore, deve, cioè, servire per spingerlo ad un adempimento “spontaneo”, perché il giudice, nel determinare l'ammontare della sanzione *de qua*, deve considerare il danno quantificato o prevedibile? Inoltre, in che modo tale danno potrà essere quantificato o giudicato prevedibile? E ancora, quali sono le circostanze utili a cui si farà riferimento?

Prima di concludersi *ex abrupto* con un secco rifiuto nei riguardi di queste fuorvianti previsioni, si può sperare che tali indici siano utilizzati da parte degli operatori pratici del diritto al solo fine di

²⁶⁸ TEDIOLI F., *Osservazioni critiche all'art. 614 bis*, cit., p. 85.

²⁶⁹ V. il DDL C/4578 presentato il 19 dicembre 2003 ed elaborato dalla commissione Vaccarella, in cui si prevedeva che “*Le somme raccolte sono destinate a risarcire l'avente diritto del danno prodotto dall'inadempimento, con incameramento del residuo da parte dello Stato*”, quindi l'introduzione dell'*astreinte* secondo un modello misto tra quello francese e quello belga.

delimitare il *quantum* della misura per evitare di ingenerare un ingiusto arricchimento del creditore²⁷⁰.

Va, inoltre, precisato che nel primo testo approvato dalla Camera dei deputati il 2 ottobre 2008, tra gli elementi da considerare per la determinazione dell'ammontare della misura coercitiva figuravano anche le “*condizioni personali e patrimoniali delle parti*”. Nel corso dei successivi lavori parlamentari, questo riferimento è stato soppresso, ma nulla esclude che il giudice potrà considerare anche tali elementi, soprattutto facendoli rientrare nelle non ben precisate “*altre circostanze utili*”²⁷¹, si pensi ad un'impresa che già versa in stato di crisi, per ricondurre la penalità a valori ragionevoli, essendo cura del giudice valutare la situazione e soffocare sul nascere gli abusi. Il criterio analizzato naturalmente essendo norma di chiusura non opera necessariamente e soltanto a favore del debitore permette una valutazione più oggettiva e completa della situazione al fine di determinare la somma dovuta.

L'individuazione di criteri fissi ha anche la funzione di obbligare il creditore a fornire seri elementi probatori e dall'altro fa un obbligo più forte per il giudice di motivare il provvedimento e così permettere una più efficace difesa ove si volesse impugnare il provvedimento del giudice²⁷².

8. L'ultima parte del primo comma dell'art. 614 *bis* esclude l'applicazione della norma relativamente alle controversie di lavoro subordinato e di collaborazione continuativa di cui all'art. 409 c.p.c.

²⁷⁰ VENTURA N., *L'esecuzione in forma specifica*, cit., pp. 471 e ss..

²⁷¹ CONSOLO C. GODIO F., *Commento sub art. 614bis*, cit., p. 179; MANDRIOLI - CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, cit., p. 105 e VENTURA, *L'esecuzione in forma specifica* cit., pp. 473 e ss..

²⁷² TEDIOLI F., *Osservazioni critiche all'art. 614 bis* cit., p. 85.

Quest'ultima norma contempla, al suo interno, anche le controversie di diritto agrario ma sul punto si tende ad escludere che queste siano comprese nell'esclusione di cui all'art. 614*bis* c.p.c., in quanto, è vero che l'art. 409 c.p.c. è espressamente richiamato, tuttavia la disposizione di cui all'art. 614 *bis* c.p.c. fa espresso riferimento solamente alle controversie di diritto del lavoro²⁷³.

Oltre al riferimento alla manifesta iniquità del provvedimento e alla nuova esclusione dei provvedimenti di condanna al pagamento di somme di denaro, il giudice rigetta l'istanza proposta ai sensi dell'art. 614 *bis* c.p.c. quando si tratti di “*controversie di lavoro subordinato pubblico o privato*” e di “*rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409.*” Il giudice non potrà, cioè, determinare la sanzione pecuniaria per le violazioni del datore di lavoro nel caso in cui quest'ultimo venga condannato alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro o nelle mansioni esercitate.

A ben vedere, si tratta di una esclusione presente già nello schema di d.d.l. del 1996, predisposto dalla Commissione ministeriale presieduta dal prof. Giuseppe Tarzia²⁷⁴, e che ha continuato ad essere inserita in tutti i successivi tentativi di introduzione di una figura generale di penalità di mora nel nostro ordinamento.

Non è facile comprendere la *ratio* di tale esclusione²⁷⁵ – se non per motivi eminentemente storici e politici – soprattutto perché è

²⁷³ Sul punto, relativamente alla problematica cfr anche: SALETTI A., *L'esecuzione processuale indiretta nella riforma del Codice di procedura civile italiano dal 2009*, in *Rivista de Derecho*, 2010, p. 505 ss..

²⁷⁴ Tale progetto, in realtà, non è mai stato trasfuso in un d.d.l. d'iniziativa ministeriale, e, quindi, di esso non può parlarsi di una vera e propria proposta governativa.

²⁷⁵ Secondo MANDRIOLI-CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, cit., p. 101, la giustificazione di tale esclusione potrebbe essere individuata solo nella

pacifico, come è stato confermato anche dalla giurisprudenza di legittimità²⁷⁶, che si tratta di prestazioni di carattere infungibile, non solo, ma anche dell'ambito in cui tale previsione avrebbe trovato la massima e più efficace applicazione.

L'esclusione dell'applicabilità dell'art. 614 *bis* c.p.c a questo tipo di rapporti, secondo autorevole dottrina²⁷⁷, sarebbe da individuare nella circostanza che per le controversie di cui all'art. 409 c.p.c. esiste un rimedio *ad hoc*, nonostante la incoercibilità in astratto dell'obbligo²⁷⁸.

Nonostante sia stata un denominatore comune di tutti i tentativi volti all'introduzione dell'esecuzione indiretta nel nostro codice di rito, tale esclusione non sembra trovare giustificazione, tanto da dubitarsi, anche con riferimento a questa previsione, della sua costituzionalità, stridendo sia con l'art. 3 Cost., sia con l'art. 24, 1° comma, Cost.²⁷⁹, a meno che non si voglia interpretare l'articolo nel senso di limitare l'esclusione a particolari ipotesi di rapporti di lavoro, quando cioè si dovesse trattare di condannare e costringere il

“scelta del legislatore di favorire alcune tipologie di debitori per particolari obblighi di fare infungibile o di non fare, come sono –appunto- i datori di lavoro nell'ambito dei rapporti di lavoro subordinato (pubblico e privato) e di collaborazione coordinata e continuativa”.

²⁷⁶ V. Cass. 11 gennaio 1988, n. 112; Cass. 11 gennaio 1990, n. 9125.

²⁷⁷ CAPPONI B., *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, cit., p. 35.

²⁷⁸ Sul punto Cfr: RICCI G.F., *La riforma del processo civile*, Torino, 2009, p. 91.

²⁷⁹ MANDRIOLI C., CARRATTA A., *Come cambia il processo civile*, cit., pp. 101 e ss.; SALETTI A., *commento sub art. 614 bis*, cit., pp. 196 e ss.; CHIARLONI S., *Le principali novità introdotte nel c.p.c. con la l. n. 69/09*, cit., p. 20; LUISO F. P., *Diritto processuale civile*, III, *Il processo esecutivo*, Milano, 2011, p. 238; PUNZI C., *Novità legislative e ulteriori proposte di riforma in materia di processo civile*, cit., p.210; SOLDI A. M., *Le nuove norme del processo civile*, cit., p. 225; PROTO PISANI A., *Appunti sulla tutela (trentacinque anni dopo)*, in *Foro it.*, 2010, p. 258; MANDRIOLI C. CARRATTA A., *Corso di diritto processuale civile*, cit., p. 121; SOLDI A. M., *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., p. 1185.

lavoratore allo svolgimento delle sue mansioni ed all'adempimento del contratto di lavoro²⁸⁰.

La limitazione e, dunque, la non applicazione dell'art. 614 *bis* c.p.c. ultima parte co. 1, riguarderebbe solo i rapporti personalissimi di lavoro, la prestazione del lavoratore, e non tutte le controversie in tema di diritto del lavoro. Ma tale conclusione, è inevitabilmente troppo lontana da una corretta interpretazione della lettera della norma.

La scelta del legislatore, tuttavia, va letta nel quadro normativo di riferimento in un momento in cui l'ordinamento ancora non conosceva una norma più generale di penalità di mora o *astreinte*, contesto nel quale appariva legittima una scelta discrezionale del legislatore circa l'applicazione di una norma in un ambito piuttosto che in un altro²⁸¹, scelta voluta, evidentemente, per non aggravare con ulteriori sanzioni il sistema produttivo²⁸². Ed è proprio per questa ragione che ci si aspettava un intervento da parte del legislatore del 2015.

Indipendentemente dalla questione circa la legittimità della norma al momento della sua emanazione, oggi, a seguito dell'introduzione dell'*astreinte* di diritto amministrativo disciplinata dall'art. 114 del codice del processo amministrativo – sulla quale ci si soffermerà *infra* -, si è in presenza di una effettiva disuguaglianza. Difatti il lavoratore potrà vedere condannare il datore di lavoro al pagamento della penalità di mora solo qualora il suo caso sia discusso davanti al giudice amministrativo, nei casi in cui per il particolare rapporto di lavoro resta la competenza di tale giudice, mentre la

²⁸⁰ SALETTI A., *commento sub art. 614 bis*, cit., p. 196.

²⁸¹ Cfr. anche CHIZZINI A., *sub art. 614bis*, cit., p. 175.

²⁸² SASSANI B., TISCINI R., *Prime osservazioni sulla l. 18.6.2009, n. 69*, cit.

medesima tutela gli verrà negata qualora, trattandosi di rapporti di lavoro con un privato o negli altri casi in cui è nel rapporto di pubblico impiego è esclusa la competenza del giudice amministrativo, sarà competente il giudice ordinario. Tale considerazione non fa che avvalorare la tesi per cui la scelta del legislatore di escludere tali tipi di controversie dal novero dell'art. 614 bis c.p.c. è esclusivamente una scelta discrezionale, un retaggio storico, come si accennava prima.

Accanto a queste argomentazioni, si deve registrare anche una tesi contraria²⁸³ che, partendo dal principio della libera scelta del legislatore e dal dato di fatto che già esiste una tutela analoga nel campo del diritto del lavoro, ritiene che nel caso specifico per aversi una effettiva pronuncia di incostituzionalità sarebbe necessaria un'effettiva disparità di trattamento, mentre se si considera la norma al momento della sua emanazione ed alla sua intrinseca settorialità, tali circostanze dovrebbero risultare sufficienti a ritenere inapplicabile qualsiasi censura costituzionale.

Invero, non può farsi a meno di notare che anche l'unica ragione spendibile per impedire alla norma la ghigliottina dell'incostituzionalità - ovvero il carattere "residuale" dell'art. 614 bis c.p.c., il quale restava applicabile solo in mancanza di altra tutela specifica, come dimostrava il fatto che non si è proceduto ad un "coordinamento" normativo volto ad abolire gli istituti analoghi di altre materie - è oggi venuto meno alla luce della riforma del 2015.

²⁸³ CHIZZINI A. , *sub art. 614bis*, cit., pp. 175ss.

CAPITOLO TERZO

SEZIONE II

**I PROVVEDIMENTI IDONEI A CONTENERE LA
COMMINATORIA DELL'*ASTREINTE*.**

SOMMARIO: 1. I provvedimenti che possono determinare la pronuncia dell'*astreinte*: i provvedimenti cautelari; 1.1 Il verbale di conciliazione; 1.2 L'art. 709 *ter* c.p.c.; 2. La penalità di mora nel Codice del processo amministrativo.

1. Dalla genericità dell'enunciato che apre l'art. 614 bis ("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.

Ne consegue che se, da un lato, come già evidenziato, il giudice competente ad infliggere tale misura non potrà che essere quello della cognizione, dall'altro, per giudice della cognizione deve intendersi ogni autorità giudiziaria, quindi anche il giudice di pace, il tribunale in composizione monocratica e collegiale.

Il riferimento specifico del legislatore alla condanna aveva portato taluno ad escludere che tra i provvedimenti rafforzati dalla misura coercitiva potessero individuarsi anche quelli cautelari²⁸⁴.

Non può nascondersi, infatti, che le peculiarità della tutela cautelare²⁸⁵ (tra le altre, strumentalità, provvisorietà, temporaneità), cui la comminatoria si pone in rapporto di accessorietà, stimolano questioni e soluzioni diverse rispetto all'ordinaria relazione fra un provvedimento decisorio (pieno o sommario) e la misura coercitiva.

Le ragioni di questa esclusione erano diverse. *In primis*, la collocazione sistematica dell'art. 614 bis c.p.c., collocato prima del Cap. III del titolo I del Quarto Libro del codice di rito, che si occupa

²⁸⁴ In dottrina si v. CHIZZINI, *Commento sub art. 614 bis*, in AA. VV. *La riforma della giustizia civile, Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/09*, 146, il quale esclude dall'ambito di operatività dell'art. 614 bis i provvedimenti cautelari poiché questi «non possono essere ricondotti al tipo della condanna». Per un'interessante analisi sulle concorrenti ragioni che hanno spinto taluno ad escludere l'applicazione delle misure coercitive ex art. 614 bis c.p.c. ai provvedimenti cautelari, cfr. D'AMICO, *Sull'applicabilità dell'art. 614 bis c.p.c. ai provvedimenti cautelari*, in *Riv. Dir. proc.*, 2014, 3, 713.

²⁸⁵ Sulla tutela cautelare, cfr. l'importante contributo di BASILICO, G., *La tutela civile preventiva*, Milano, 2013

della disciplina del cautelare uniforme. Altresì, veniva evidenziata la difficoltà nel riconoscere nel provvedimento cautelare una esplicazione della tutela di condanna *tout court*, provvedimento, dunque, che non rappresenterebbe un titolo esecutivo *strictu sensu*. Infine, ulteriore ostacolo veniva individuato nell'art. 669 *duodecies* c.p.c. che, occupandosi della disciplina dell'attuazione delle misure cautelari, è priva di un richiamo alla misura coercitiva.

Per vero, il solo fatto che nella norma si parli di provvedimenti, e non di sentenze di condanna, non sarebbe *ex se* sufficiente a ritenere estensibile lo strumento esecutivo indiretto anche ai provvedimenti cautelari²⁸⁶. Tuttavia, tale soluzione più restrittiva non è stata accolta dalla dottrina²⁸⁷ e dalla giurisprudenza²⁸⁸ maggioritarie, che, invece,

²⁸⁶ Cfr. RECCHIONI, *L'attuazione forzata indiretta dei comandi cautelari ex art. 614 bis c.p.c.*, in *Riv. Trim. dir. Proc. civ.*, fasc. 4, 2014, pagg. 1477 ss.

²⁸⁷ LOMBARDI, *Il nuovo art. 614 bis c.p.c.: l'astreinte quale misura accessoria ai provvedimenti cautelari ex art. 700 c.p.c.*, in *Giur. Merito*, II, 2010, 470. Cfr., anche, BOVE, *La misura coercitiva di cui all'art. 614 bis c.p.c.*, in *www. Judicium.it*, 4; SILVESTRI, *Riforma e processo esecutivo*, in *Il processo civile riformato*, diretto da TARUFFO, Bologna, 2010, il quale afferma che “*chi sostiene la tesi opposta, lo fa basandosi essenzialmente su un argomento dogmatico, ossia l'estraneità delle cautele alla tipologia delle azioni di condanna: un argomento che, per quanto apprezzabile, non sembra possa essere utilizzato per farne derivare l'ingiustificata limitazione che l'effettività della tutela cautelare subirebbe se le misure cautelari rimanessero al di fuori del campo di applicazione dell'art. 614 bis c.p.c.*”. Cfr., altresì, RECCHIONI, *L'attuazione forzata indiretta dei comandi cautelari ex art. 614 bis c.p.c.*, *cit.*, pagg. 1477 ss; MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella l. 69/2009*, *Riv. Dir. Pr.*, 1009, p. 1548; MICCOLIS, *La riforma del c.p.c. – Art. 614-bis, NLCC*, 2010, p. 1053; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Le novità della riforma in materia di esecuzione forzata*, *RTPC*, 2010, p. 202; GAMBINERI, *Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*, *FI*, 2009, V, p. 323; MANDRIOLI- CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, Torino 2009, p. 97; DELLE DONNE, *L'attuazione delle misure cautelari*, Roma 2012, pp. 155 ss.

²⁸⁸ Per la giurisprudenza si v. T. Cagliari, ord., 19.10.2009 in *Contr.*, 2010, 682 ss., con nota di PETTI, che per primo riconosce che «*la misura assicura anche in sede cautelare l'esigenza di garantire un serio ristoro di fronte al perdurare dell'inadempimento*». In tal senso tutta la successiva giurisprudenza di merito: T. Verona, 9.3.2010, in *Giur. di Merito*, 2010, 1857; T. Belluno, 27.3.2010; T. Sant'Angelo dei Lombardi, 14.6.2011; T. Milano, 18.1.2012; T. Palermo, 2.4.2012.

hanno sin dall'inizio riconosciuto nel termine "condanna", utilizzato dall'art. 614 *bis* c.p.c., la locuzione più ampia, con ciò manifestando la volontà di aprire la strada della sua applicabilità a provvedimenti quali le ordinanze cautelari di condanna, i provvedimenti di urgenza *ex art.* 700 c.p.c., i decreti emessi *inaudita altera parte* ai sensi dell'art. 669 *sexies*, comma 2, c.p.c., nonché ai provvedimenti presidenziali o dell'istruttore nei giudizi di separazione o divorzio.

Ed infatti, come specificato in apertura, la locuzione volontariamente generica utilizzata dall'art. 614 *bis*, 1° co., sembra consentire l'applicazione della misura coercitiva indiretta a qualsiasi provvedimento di condanna proveniente dall'autorità giudiziaria. Del resto, l'ammissibilità di un provvedimento d'urgenza avente ad oggetto l'attuazione di un obbligo di fare infungibile o di un non fare era da tempo riconosciuta da dottrina e giurisprudenza - pur in assenza della previsione di una misura che potesse incentivarne l'esecuzione -

Il Tribunale di Terni, con una sentenza del 6 agosto 2009, in *Gur. It.*, p. 638 ss, è stato uno dei primi ad aver affrontato la questione, pronunciando l'*astreinte* in relazione ad una denuncia di danno temuto, ritenendo che tale misura possa essere utilizzata non solo con riferimento alle sentenze di condanna a seguito di cognizione piena ma anche per i provvedimenti anticipatori. L'argomento che supporta tale scelta risiede nella valutazione di convenienza della misura *de qua* proprio per rendere effettivi i provvedimenti anticipatori della condanna, ancor più da quando è venuta meno l'obbligatorietà di procedere alla successiva fase di merito. Un'altra interessante pronuncia al riguardo è quella resa dal Tribunale di Cagliari, ord. 19 ottobre 2009, in relazione ad un malfunzionamento e poi totale sospensione delle utenze telefoniche di una società dedita alla commercializzazione di vini, la quale, nonostante le varie segnalazioni non era riuscita ad ottenere prontamente la riattivazione delle linee. La società, allora, adducendo gravi danni allo svolgimento della propria attività scaturenti dall'impossibilità di contattare fornitori, banche e clienti, ricorreva *ex art.* 700 c.p.c.. Nell'accogliere la domanda, il giudice, su istanza del ricorrente, comminava altresì l'*astrenite* *ex art.* 614 *bis* c.p.c. In particolare, tale pronuncia è interessante perché ravvisa l'infungibilità della prestazione in esame nell'"*impossibilità, non solo naturale ma anche giuridica, di un'intromissione di maggiore ampiezza temporale per quanto riguarda gli interventi sulla rete, rimessi al soggetto chiamato a gestirla nell'interesse generale, e le attività di mantenimento del servizio*". Sulla stessa linea si mantiene il Tribunale di Verona, 9 marzo 2010, in *Giur. Merito*, pp. 1857 ss, nel ritenere ammissibile il ricorso d'urgenza proposto per far valere l'illegittimità del recesso del resistente da un'associazione notarile.

e l'art. 614 *bis* c.p.c. avrebbe solo ulteriormente avallato quella posizione accrescendo l'effettività del comando contenuto nel medesimo provvedimento²⁸⁹.

È, però, ormai certo che fra gli effetti che la misura cautelare può assicurare o anticipare vi siano anche quelli condannatori delle sentenze di merito (oltre a quelli meramente dichiarativi o costitutivi), con l'unica eccezione di quelli che sono vincolati alla formazione del giudicato formale e sostanziale, specialmente quelli di portata esecutiva. Anche la Corte Costituzionale²⁹⁰ ha riconosciuto

²⁸⁹ In senso favorevole, tra i primi interpreti, si v. invece AMADEI D., *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, cit., p. 343; CAPPONI B., *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, cit., pp. 32 ss.; GAMBINERI, *Attuazione degli obblighi di fare infungibile e di non fare*, cit., pp. 320 ss., spec. 323; DELLE DONNE, *L'esecuzione processuale indiretta*, p. 144 ss.; *contra*, però, BARRECA L., *L'attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare (art. 614-bis c.p.c.)*, cit., § 4; CARBONE, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2008*, in *Giust. civ.*, 2009, p. 181 ss.; recentemente, COSTANTINO, *Tutele di condanna e misure coercitive*, in *Giur. it.*, 2014, p. 741, secondo il quale vuoi la previsione del potere al giudice cautelare di dare le disposizioni opportune in fase di attuazione della cautela, vuoi la previsione della misura coercitiva penale del comma 2° dell'art. 388 c.p. renderebbero superfluo il ricorso all'art. 614-*bis* c.p.c., dunque non applicabile ai provvedimenti cautelari; ma vedi già VULLO E., *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, Torino, 2001, p. 222 ss., spec. p. 245 ss.; CECHELLA, *Il processo cautelare. Commentario*, Torino, 1997, p. 178; BALBI, voce *Provvedimenti d'urgenza*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XVI, Torino, 1997, pp. 73, 121, 122; ma v. anche MAZZAMUTO S., *La comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 947 ss. La tesi non può convincere: se nessuno nega che il giudice cautelare possa risolvere le contestazioni in fase di attuazione del comando cautelare, creando specifiche modalità di esecuzione del comando medesimo, ben diversa è la possibilità per il medesimo giudice di risolvere le contestazioni creando, dal nulla, quel diritto di credito processuale, diverso dal diritto cautelato ed oggetto della misura coercitiva, dunque creando dal nulla, e senza che una norma lo preveda, un titolo esecutivo endocautelare esterno al catalogo dell'art. 474 c.p.c. Ciò, quindi, può ritenersi possibile oggi, ma solo proprio perché esiste la previsione generale dell'art. 614-*bis* c.p.c.: letteralmente, DELLE DONNE, *op. cit.*, p. 145.

²⁹⁰ Corte cost. 12 luglio 2002, n. 336, in *Riv. esec. forzata* 2003, 141 ss., con note di E. NORELLI, *Il verbale di conciliazione giudiziale può costituire titolo esecutivo per l'esecuzione di obblighi di fare e di non fare?* e di D. AMADEI, *Buone notizie dalla Corte Costituzionale: il verbale di conciliazione è titolo esecutivo per gli obblighi di fare*, entrambe in *Riv. Esecuz. Forz.*, 2003, 141 ss., che ha affermato – in via interpretativa – come l'art. 612 c.p.c. vada letto nel senso di ammettere il

l'ammissibilità di un provvedimento diverso dalla sentenza di condanna quale titolo esecutivo idoneo a reggere l'esecuzione in forma specifica. Ed infatti, il Giudice delle Leggi ha affermato come la norma di cui l'art. 612 c.p.c., che disciplina l'esecuzione in forma specifica, deve essere intesa come idonea a disciplinare l'esecuzione non soltanto delle sentenze, ma anche di altri provvedimenti che di queste non hanno forma e contenuto, quali, ad esempio, le ordinanze emesse in sede di procedimenti per denuncia di nuova opera o di danno temuto, nonché, secondo un indirizzo giurisprudenziale²⁹¹, dei provvedimenti concernenti l'affidamento dei minori, riconoscendo implicitamente come ogni provvedimento giurisdizionale – pur reso in forma diversa dalla sentenza – contenente la condanna ad un obbligo di fare potrà essere portato ad esecuzione nelle forme di cui agli artt. 612 e ss. c.p.c..

Non solo, e *a fortiori*, l'estensione delle misure in discorso alla tutela cautelare si impone, tenendo a mente quella sua essenziale funzione di primario rilievo costituzionale e di presidio ineliminabile per l'effettività della giurisdizione stessa.

Giova ricordare che, essendo i provvedimenti cautelari strutturalmente funzionali alla rimozione dei pregiudizi che il titolare della situazione giuridica che si assume lesa potrebbe subire durante il tempo necessario per il compimento dell'iter processuale ordinario, e,

verbale di conciliazione giudiziale fra i titoli legittimanti l'esecuzione in parola. La "sollecitazione" proveniente dall'*arrêt* della Consulta è alla base della modifica del n. 1 del capoverso dell'*art. 474 c.p.c.* che ha inserito "gli altri atti" nel corpo della norma in seguito alla riforma avvenuta con la *l. 80 del 2005*.

²⁹¹ La stessa giurisprudenza della Suprema Corte cfr. Cass. 13 gennaio 1997, n. 258, in *Giust. civ. Mass.* 1997, 24 ha ritenuto che per sentenza di condanna deve intendersi ogni provvedimento giudiziale condannatorio, in considerazione dell'esigenza di un preventivo accertamento circa la fungibilità e, quindi, la coercibilità dell'obbligo di fare o non fare.

consistendo la cautela in una tipologia di tutela «*in proiezione*»²⁹² - ossia non subordinata al già avvenuto accertamento cognitivo del diritto con efficacia di giudicato - la spedita e certa attuazione dei profili decisori del provvedimento costituisce il momento centrale dell'intera sequenza procedimentale. Ed infatti, la applicazione della misura coercitiva ai procedimenti a cognizione non piena può assolvere una rilevante funzione deflattiva, inducendo il trasgressore del comando giuridico, destinatario della misura compulsoria, a non accedere a forme di tutela ulteriori e più gravose, sotto il profilo umano ed economico, per il complessivo sistema giustizia.

Non potrebbe, quindi, negarsi — neanche sotto questo aspetto — la possibilità di far accompagnare un comando, provvisorio e mai destinato alla stabilità del giudicato, qual è il cautelare da una misura coercitiva²⁹³.

Come sopra accennato, infine, va rilevato che la dura obiezione alla applicazione della misura coercitiva al provvedimento cautelare che viene mossa dalla dottrina contraria in ragione della mancanza di coordinamento con l'art. 669 *duodecies* c.p.c., necessita di alcune riflessioni. Non può certo trascurarsi come alcun intervento di raccordo vi sia stato in ordine alle norme citate, nel senso che il legislatore della riforma non ha avvertito la necessità di incidere sulla norma che disciplina l'attuazione delle misure cautelari²⁹⁴. Si tratta di

²⁹² In questi termini ROMITO, *Artt. 614 bis e 96 c.p.c.: vecchi e nuovi problemi applicativi*, in *Resp. Civ. e previdenza*, 2011, p. 2356.

²⁹³ Cfr., in questo senso, NARDO, *Riflessioni sulla azione inibitoria*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, fasc. 4, 2016.

²⁹⁴ Invero, deve ricordarsi come taluno (C. CECHELLA, *op. cit.*, p. 198) ha affermato sussistere la possibilità per il giudice dell'attuazione della misura cautelare di disporre misure coercitive in seguito alla riforma del 1990. Si tratta di una tesi che non ha riscontrato consensi, come ricordato da E. VULLO, *op. cit.*, pp. 245 ss., ove ampi riferimenti alla dottrina maggioritaria.

una «dimenticanza» particolarmente infelice: l'innesto di un rinvio nel tessuto normativo dell'art. 669 *duodecies* c.p.c., in ragione della *vis expansiva* del procedimento cautelare uniforme, avrebbe potuto certamente influenzare ed agevolare un'interpretazione – nel senso di una generale applicazione della misura coercitiva a tutti i provvedimenti speciali – di natura estensiva²⁹⁵.

Va notato, comunque, che la condanna principale potrebbe essere modificata o revocata ai sensi dell'art. 669 *decies* c.p.c., comportando in tal modo anche la caducazione della misura coercitiva, ovvero, in caso di inottemperanza, il credito maturato può a sua volta essere posto alla base di un pignoramento. Ne consegue che il debitore avrà a disposizione il rimedio del ricorso al giudice che abbia emanato il provvedimento per chiedere una rideterminazione della somma, ma dovrà proporre un'opposizione

²⁹⁵ Di questo avviso, SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Padova, 2009, p. 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, *op. cit.*, 504; CARRATTA in MANDRIOLI-CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, Giappichelli, 2009, p. 97; PETTI, *Riforma del processo civile e misure coercitive indirette*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 135; ROMITO, *op. cit.*, p. 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. it.*, 2010, 642). Secondo l'Autore 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.

all'esecuzione qualora intenda contestare l'inottemperanza o l'autoliquidazione creditoria della somma dovuta²⁹⁶.

La scelta di qualificare l'*astreinte* quale titolo esecutivo genera, poi, delle ingerenze tra disciplina cautelare ed esecutiva, soprattutto in riferimento alla sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo. Ci si è chiesti se la competenza fosse del giudice del reclamo o del giudice dell'opposizione a precetto. I criteri sono dettati dalla disciplina ricavabile dagli artt. 623, 615 e 669 *terdecies*, comma 6, c.p.c., e, in generale, si può affermare che se le sopravvenienze sono successive all'esaurimento della fase del reclamo, esse rientrano nel campo dell'art. 615 c.p.c. e devono dunque rispondere ai criteri da esso previsti²⁹⁷.

Queste conclusioni sembrano essere state confermate da una recente pronuncia del Tribunale di Genova²⁹⁸, il quale ha chiarito, in maniera parrebbe abbastanza definitiva, che *“il provvedimento cautelare che preveda al suo interno una disposizione ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c. è un provvedimento unitario per la cui qualificazione ai fini esecutivi prevale l'ordine dato dal giudice per tutelare le esigenze cautelari poste alla base del ricorso introduttivo. Tanto è vero che il provvedimento ex art. 614 bis c.p.c. appare ampiamente discrezionale e non incide sulla quantificazione del valore della causa. Rendere autonomo il provvedimento di condanna*

²⁹⁶ GIUSSANI, *Decreto ingiuntivo non opposto di liquidazione di misura coercitiva accessoria a provvedimento cautelare e sospensione della sua esecuzione ex art. 23, reg. CE 805/2004, in Il processo esecutivo. Liber amicorum Romano Vaccarella*, 2014, p. 947.

²⁹⁷ DELLE DONNE, *op. cit.*, 146. In questo senso, anche se con qualche dubbio, altresì, GIUSSANI, *Decreto ingiuntivo non opposto di liquidazione di misura coercitiva accessoria a provvedimento cautelare e sospensione della sua esecuzione ex art. 23, reg. CE 805/2004, cit.*, 948.

²⁹⁸ Tribunale di Genova, 28 ottobre 2015, su www.ilcaso.it.

ex art. 614 bis c.p.c. appare arbitrario oltre che controproducente, essendo sicuramente il giudice della cautela il più adatto a valutare se sussista o meno un inadempimento, soprattutto in una situazione in cui vi è la condanna ma deve essere ancora fatto l'accertamento dei suoi presupposti in concreto. Si deve pertanto concludere che in caso di provvedimento ex art. 614 bis c.p.c. emesso nell'ambito di un provvedimento cautelare: - poiché in caso di esecuzione forzata del provvedimento di condanna al pagamento si deve procedere ad un pignoramento il creditore deve notificare un regolare precetto e poi procedere al pignoramento; -è proponibile l'opposizione a precetto per vizi del precetto stesso o se, ad esempio, si portano in compensazione dei crediti; -ogni controversia che riguardi l'attuazione del provvedimento inclusa la sussistenza dei presupposti per il pagamento della somma ex art. 614 bis c.p.c. deve essere invece proposta davanti al giudice della cautela il quale, anche prima di prendere la sua decisione definitiva, potrà sospendere l'efficacia del suo provvedimento di condanna; - se nonostante il provvedimento del giudice cautelare di sospensione dell'efficacia o di accertamento di non debenza della somma ex art. 614 c.p.c. l'asserito creditore procede nell'esecuzione, sarà proponibile l'opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c. per fare valere quanto stabilito dal giudice della cautela".

Ne consegue che l'eventuale invalidità del provvedimento di fissazione della misura coercitiva (quale ad esempio la non riconducibilità del diritto cautelato a quelli proteggibili ex art. 614-bis c.p.c., la mancanza dell'istanza di parte richiesta da tale norma, la manifesta iniquità della misura) che accompagna una misura cautelare deve essere contestata dinanzi al giudice che ha disposto la misura

cautelare stessa, mentre i vizi che riguardino, ad esempio, l'atto di precetto, verranno fatti valere tramite opposizione a precetto ai sensi dell'art. 615 c.p.c.

1.1. Per quanto riguarda la possibilità che i verbali di conciliazione giudiziale o stragiudiziale possano essere accompagnati da un'*astreinte*, la questione merita oggi un'attenzione che fino a qualche anno fa non aveva affatto.

Ed infatti, è stato sempre sostenuto²⁹⁹ che l'*astreinte* non potrebbe assistere un accordo conciliativo giudiziale, in considerazione del fatto che non si tratterebbe di un provvedimento di condanna e che, dunque, l'esecutività del verbale non basterebbe al fine di una piena equipollenza. A maggior ragione, la misura coercitiva non potrebbe assistere un verbale di conciliazione stragiudiziale, in quanto consentire al giudice di comminare la predetta misura, in tal caso, significherebbe intervenire nuovamente sull'assetto degli interessi già raggiunto dalle parti³⁰⁰.

La soluzione qui prospettata deve essere oggi oggetto di una riflessione più approfondita, questo in quanto l'art 11, comma 3, d.lgs.

²⁹⁹ CHIZZINI, *op. cit.*, 146-147. Così anche MANDRIOLI-CARRATTA, *op. cit.*, 97; PAGNI, *op. cit.*, 1316-1317.

³⁰⁰ TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova, 1983, 276. Contra: SILVESTRI, *op. cit.*, 505, secondo il quale se si ammette che il verbale di conciliazione giudiziale (o anche stragiudiziale), previa omologazione del giudice, costituisca titolo esecutivo idoneo a fondare anche l'esecuzione forzata per obblighi di fare e di non fare, - secondo l'interpretazione dell'art. 474 c.p.c. offerta da parte della dottrina- si può teorizzare, allora, che l'accordo conciliativo, ora non solo più nel caso in cui disponga l'esecuzione di un obbligo di fare infungibile o di non fare, possa prevedere una clausola penale, suscettibile di disporre effetti equipollenti a quelli dell'*astreinte*.

4 marzo 2010, n. 28³⁰¹, sulla mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, come modificato da d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito in l. 9 agosto 2013, n. 98³⁰², statuisce che, nell'accordo raggiunto in sede di mediazione possa essere previsto “*il pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza degli obblighi stabiliti o per il ritardo nel loro adempimento*”.

Nel caso in cui ciò avvenga, l'efficacia di titolo esecutivo, attraverso l'omologazione del verbale di accordo, si estende anche alla suddetta penalità, così da permettere alla parte rimasta insoddisfatta di procedere per ottenere la somma prestabilita.

In ogni caso, non si può non notare come la previsione stabilita dal comma 3 dell'art. 11, non circoscrivendo l'ambito di operatività ad un tipo determinato di obbligazioni, ben potrebbe assistere anche un'obbligazione pecuniaria.

³⁰¹ Sulle A.D.R. in generale, vedi tra gli altri, BARTOLOMUCCI, *Conciliazione extragiudiziale*, in *Digesto Disc. Priv.*, Agg., 3, I, Torino, 2007, pp. 211 ss. Sulla direttiva 2008/52/CE vedi GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della Direttiva 2008/52/CE)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, pp. 357 ss; MINERVINI, *La direttiva europea sulla conciliazione in materia civile e commerciale*, in *Contr. impr. Europa*, 2009, pp. 41 ss. Sulla legge delega n. 69 del 2009 v., BOVE, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto delegato*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, pp. 343 ss; CAPONI, *Delega in materia di conciliazione delle controversie*, in *Foro it.*, 2009, V, pp. 354 ss; LUISO, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, pp. 1257 ss; PUNZI, *Mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, pp. 845 ss.

³⁰² L'art. 84 del d.l. 21 giugno 2013, n. 69 ha modificato una serie di disposizioni del d. lgd. N. 28 del 2010, reintroducendo l'obbligatorietà del procedimento per alcune materie, che sono le stesse già previste dalla formulazione originaria, con l'unica eccezione delle domande relative al risarcimento del danno derivante dalla circolazione dei veicoli e natanti, per le quali il procedimento non è più obbligatorio. Con questa modifica l'esperimento del procedimento è nuovamente obbligatorio dal 20 settembre 2013. Sulla recente modifica v. BOVE, *L'accordo conciliativo rivisitato dal c.d. "decreto del fare"*, in *Soc.* 2013, pp. 1230 ss.; CARNEVALI, *Nuova mediazione civile e commerciale e "Decreto Fare"*, in *Contratti*, 2013 pp. 977 ss.

Autorevole dottrina ha, infatti, sostenuto che “*espianata dal terreno elettivo del dictum giudiziale ed impiantata su quello negoziale, l’astreinte cambia radicalmente la sua natura così come la sua funzione: al punto che può riuscire fuorviante lo stesso riferimento all’esecuzione forzata indiretta*”³⁰³.

Di conseguenza, essa potrebbe essere più facilmente intesa quale clausola penale³⁰⁴, e dunque mera previsione contrattuale, di modo che, per poter beneficiare della tutela esecutiva, sarebbe necessario un previo giudizio di accertamento, volto appunto alla pronuncia di una condanna³⁰⁵.

Tuttavia, ci sono diverse argomentazioni che inducono a differenziare la predetta misura anche dalla clausola penale.

In primo luogo, non vi sono motivi che giustificano una disposizione che permette alle parti di inserire una clausola dal contenuto del tutto identico alla penale disciplinata dal codice

³⁰³ CAPPONI, *Un nuovo titolo esecutivo nella disciplina della mediazione / conciliazione*, in *REF*, I, 2011, 1 ss.

³⁰⁴ In tema di clausola penale, tra gli altri, vedi DE NOVA, voce *Clausola penale*, in *Dig. Disc. priv. Sez. civ.*, II, Torino, 1988, 377 ss; GABRIELLI, *Clausola penale e sanzioni private nell’autonomia contrattuale*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1984, pp. 901 ss; MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, p. 186 ss; MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984; MAZZARESE, *Clausola penale*, Milano, 1999; RUSSO, *Il patto penale tra funzione novativa e principio di equità*, Napoli, 2010; TATARANO, *L’adeguamento della penale tra clausola e rapporto*, Napoli, 2002; TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954; ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991.

³⁰⁵ Pone espressamente l’alternativa tra clausola penale e norma sostitutiva dell’art. 614 bis c.p.c., PAGNI, *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti dei diritti*, in *Soc.*, 2010, p. 625. Cfr. anche FABIANI, *Profili critici del rapporto fra mediazione e processo*, in *Soc.*, 2010, pp. 1144-1145, il quale sembra preferire la prima soluzione, muovendo dal dubbio “che i privati possano stabilire per regolare i loro rapporti sanzioni private mentre è noto che possano predeterminare il danno da inadempimento o ritardo nell’inadempimento”.

civile³⁰⁶. Inoltre, la disposizione in esame afferma che le parti possano prevedere il pagamento di una somma di danaro, mentre l'art. 1384 c.c. utilizza il termine "prestazione" e si ritiene che l'oggetto di quest'ultima non debba essere necessariamente una somma di danaro³⁰⁷.

La discussione sulla natura da riconoscere alla predetta misura potrebbe essere oggetto di ripensamento, soprattutto se si considera che, con la riforma dell'art. 614 bis c.p.c., il legislatore ha manifestato l'intenzione di ampliare il novero delle statuizioni che possono essere accompagnate da una misura coercitiva, aprendo le porte alle obbligazioni fungibili.

Talché, oggi è venuto meno uno dei fondamentali ostacoli visti dalla dottrina maggioritaria al riconoscimento della natura di *astreinte* alla misura in commento, ovverosia il contrasto tra la vecchia rubrica dell'art. 614 *bis* c.p.c. – che sanciva il limite della natura infungibile della prestazione – e la circostanza che la suddetta clausola può essere pattuita con riferimento a tutti i tipi di obbligazioni, comprese le obbligazioni di fare fungibile.

Invero, sussistono anche ulteriori argomentazioni che inducono a considerare che la misura *de qua* sia analoga a quella dell'*astreinte* di cui all'art. 614 *bis* c.p.c.

In primo luogo – ed è questo l'argomento della c.d. intenzione del legislatore in senso soggettivo³⁰⁸ – ciò emerge dalla relazione illustrativa, la quale conferma che "*si tratta dell'avallo di forme di*

³⁰⁶ Cfr. CORVINO, *L'accordo di conciliazione e la coercizione indiretta all'adempimento*, in *Contratti*, 2014, III, p. 279.

³⁰⁷ Cfr. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, Milano, 1954, p. 247, nota 14.

³⁰⁸ TARELLO, G., *L'interpretazione della legge*, 1980, 364, parla di argomento psicologico (o ricorso alla volontà del legislatore concreto).

astreintes convenzionali, che le parti, nella loro autonomia, possono inserire per rendere più efficace l'accordo”.

In secondo luogo – parliamo dell'argomento della c.d. intenzione del legislatore in senso oggettivo³⁰⁹ – la *ratio legis* sembra essere quella di incentivare l'esecuzione dell'accordo di conciliazione, così da favorire, a monte, il raggiungimento dello stesso.

Inoltre, è opportuno considerare che mentre la penale, determinando in via preventiva l'ammontare della prestazione dovuta in caso di inadempimento, introduce una regola di governo del rapporto sostanziale e concorre a determinare l'assetto di interessi voluto dalle parti, quella inserita in un accordo di conciliazione, così come una misura coercitiva indiretta, interviene quando il piano di interessi è stato alterato o è rimasto irrealizzato³¹⁰.

Se ciò è vero, non può negarsi che la disposizione in esame avrebbe funzione analoga a quella delle misure coercitive indirette, cioè quella di forzare indirettamente il debitore ad adempiere³¹¹.

1.2. In caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento, l'art. 709 *ter* c.p.c. riconosce al giudice il potere di pronunciare provvedimenti, alternativamente o anche congiuntamente, diretti a: 1) ammonire il genitore inadempiente; 2) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti del minore; 3) disporre il risarcimento dei danni, a carico di

³⁰⁹ Sempre TARELLO, G., *op. cit.*, 360, parla di elemento teleologico (o ipotesi del legislatore provvisto di fini).

³¹⁰ Cfr. MAZZAMUTO, *op. cit.*, nota a Trib. Terni 6 agosto 2009,, in *Giur. It.*, 2010, 637 ss., 883-984.

³¹¹ Cfr. in questo stesso senso, CORVINO, A., *L'accordo di conciliazione e la corruzione indiretta all'adempimento*, *cit.*, p. 278 ss.

uno dei genitori, nei confronti dell'altro 4) condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, da un minimo di Euro 75,00 ad un massimo di Euro 5000,00 a favore della Cassa delle Ammende.

Tale norma è il risultato delle novità introdotte dalla l. 54 del 2006, voluta dal legislatore per porre rimedio all'assenza di uno strumento efficace che consentisse l'esecuzione dei provvedimenti in materia familiare.

In particolare, parte della dottrina ha considerato l'art. 709 *ter* c.p.c. come il portale d'ingresso dei *punitive damages* nella disciplina familiare³¹².

Tuttavia, come ampiamente rilevato nel Capitolo I del presente lavoro, va sottolineato che i danni punitivi sono sempre stati considerati un istituto "non importabile" nel nostro ordinamento³¹³, e la disciplina di cui all'art. 709 *ter* c.p.c. lo confermerebbe, in considerazione del fatto che (i) il procedimento non è rimesso necessariamente all'istanza del privato, (ii) il beneficiario di tale misure è lo Stato e (iii) la sanzione amministrativa è determinata all'interno di un minimo e massimo edittale, a differenza di quanto invece accade per i danni punitivi, nei quali è la giuria a decidere l'ammontare, che può essere largamente superiore al danno effettivamente subito dal privato³¹⁴.

³¹² Sui quali sia consentito rimandare al Cap. I del presente lavoro. Sulla disposizione di cui all'art. 709 *ter* c.p.c., cfr., CASSANO, *In tema di danni endofamiliari: la portata dell'art. 709-ter, comma 2, c.p.c. ed i danni prettamente "patrimoniali" fra congiunti*, in *Dir. Fam. Pers.*, 2008, 498 ss.

³¹³ Cfr., IUORIO M. A., FANELLI G., *La penalià di mora nel diritto italiano*, in AA. VV. *L'esecuzione processuale indiretta*, CAPPONI B. (a cura di), Torino, 2011, 115, i quali citano a tal proposito, Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183.

³¹⁴ V., SPOTO, *Dalla responsabilità civile alle misure coercitive indirette per adempiere gli obblighi familiari*, in *Dir. fam. Pers.*, 2010, II, 916-917.

Ne risulta che l'art. 709 *ter* c.p.c. non concretizzerebbe l'istituto dei danni punitivi ma sarebbe, piuttosto, una misura coercitiva volta alla realizzazione di prestazioni di fare nel diritto familiare.

Sembra opportuno chiedersi, a questo punto, se sia possibile il cumulo tra i provvedimenti di condanna stabiliti all'art. 709 *ter* c.p.c. e la misura coercitiva generale di cui all'art. 614 *bis* c.p.c.

Sul punto si è espresso il Tribunale di Salerno³¹⁵, il quale, pur non avendo accolto la richiesta di comminatoria della misura coercitiva di cui all'art. 614 *bis* c.p.c., in quanto nel caso di specie ritenuta “*manifestamente iniqua*”, ammette, cionondimeno, il cumulo nell'ipotesi in cui ne ricorrano i presupposti³¹⁶.

Tale conclusione non viene, però, condivisa da quella parte della dottrina che ritiene l'art. 614 *bis* c.p.c. applicabile solo nei casi in cui manchi una forma di esecuzione indiretta specifica, secondo il noto principio per cui *lex posterior generalis non derogat priori specialis*³¹⁷. E poiché l'art. 709 *ter* c.p.c. prevede espressamente 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*”, l'art. 614 *bis* c.p.c. non potrebbe essere adottata³¹⁸.

Il problema sorge in quanto il legislatore non ha provveduto ad esplicitare la possibile connessione tra le due misure, lasciando agli

³¹⁵ Trib. di Salerno, sez. I, 22 dicembre 2009, in *Famiglia e Diritto*, 92435.

³¹⁶ L'apertura così manifestata è stata poi confermata dal Trib. di Firenze, DR, 2012, 781.

³¹⁷ V., TOMMASEO, *L'adempimento dei doveri parentali e le misure a fitte/a dell'affidamento: l'art. 709 ter c.p.c.*, in *Famiglia e Diritto*, 2010, XI, 105.

³¹⁸ Cfr., VULLO, *Affidamento dei figli. competenza per le sanzioni ex art. 709-ter e concorso con le misure attuative del fare infungibile ex art. 614 bis c.p.c.*, in *Famiglia e Diritto*, 2010, X, 927.

interpreti il solito compito di risolvere il dilemma³¹⁹. Non può non rilevarsi che, comunque, le due misure presentano proprietà diverse, segnatamente in riferimento alla legittimazione a chiedere la misura, la discrezionalità del giudice nel determinare l'ammontare della penalità e il beneficiario.

Di conseguenza, se anche si dovesse ammettere una possibile funzione integrativa della misura di cui all'art. 614 *bis* c.p.c. rispetto alle misure coercitive speciali, è presumibile che, pur in presenza di liquidazione di somme dovute a diverso titolo, scatti la clausola di iniquità, che sbarrerebbe la via alla possibilità della misura coercitiva generale nel caso concreto³²⁰.

2. Si è già avuto modo di rilevare come nel nuovo Codice del processo amministrativo, l'art. 114, comma 4, lett. e) abbia introdotto una penalità di mora che, seppure chiaramente ispirata alla disposizione contenuta nel codice di rito, presenta alcune caratteristiche peculiari giustificate dalla scelta del Legislatore di rimettere la condanna al giudice dell'ottemperanza che abbia accolto il ricorso del cittadino³²¹.

³¹⁹ In questo senso, cfr., SPOTO, *op. cit.*, 925-926.

³²⁰ Sul punto, cfr. IUORIO M. A., FANELLI G., *op. cit.*, 118-119.

³²¹ Per una disamina approfondita dell'istituto, cfr. DELLE DONNE, *L'introduzione dell'esecuzione indiretta nell'ordinamento giuridico italiano: gli artt. 614 bis c.p.c. e 114, comma 4, lett. e) Codice del processo amministrativo*, in *L'esecuzione processuale indiretta, cit.*, 123 ss; FOÀ – UBALDI, *L'emancipazione dell'astreinte amministrativa: un modello sui generis?*, in *Resp. civ. E prev.*, fasc. 1, 2015, 0008B; SANDULLI, *L'introduzione delle astreintes nel processo amministrativo: tra effettività e incertezza*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 897; CHITI, *I nuovi poteri del giudice amministrativo: i casi problematici delle sanzioni alternative e delle astreintes*, in GRECO (a cura di), *La giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Milano, 2012; VIOLA L., *L'astreinte nel nuovo processo amministrativo*, in *Urb. app.*, 2011, 153 ss.; VIOLA L., *Le astreintes nel processo amministrativo e la pretesa incompatibilità con le obbligazioni pecuniarie della p.a.*, in *Foro amm. TAR*, 2012, 815 ss.; VIOLA L., *Nuovi poteri sanzionatori del*

L'art. 114, comma 4, lett. e), in particolare, prevede che “*Il giudice, in caso di accoglimento del ricorso [di ottemperanza], salvo che ciò sia manifestamente iniquo, e se non sussistono altre ragioni ostative, fissa su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato; tale statuizione costituisce titolo esecutivo*”.

Il limite della manifesta iniquità riproduce, con tutta evidenza, il dettato dell'art. 614 *bis* c.p.c. il quale, di contro, non contempla l'inciso relativo alle ulteriori ragioni ostative. Tale previsione rappresenta una novità non di poco momento per il giudice amministrativo che, di regola, è abituato a ragionare in termini di legittimità/illegittimità del contegno della Pubblica Amministrazione. L'equità può, quindi, rappresentare uno strumento per l'attuazione del principio di legalità sostanziale previsto dall'art. 3, comma 2, Cost., ancorandosi alle nozioni di adeguatezza, ragionevolezza e proporzionalità che costituiscono principi generali del diritto amministrativo.

Pertanto, in applicazione dei suddetti principi, la penalità di mora di cui al citato art. 114 del Codice del processo amministrativo potrà ritenersi manifestamente iniqua qualora *ab origine* sia concretamente inidonea a svolgere la funzione coercitiva che la

giudice amministrativo, astreintes e giudizio d'ottemperanza, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 579 ss.; BUSICCHIO, *Le astreintes nel processo amministrativo*, in *Giur. merito*, 2012, 2446 ss.; GUCCIONE, *L'“astreinte” amministrativa. Problematiche applicative dell'art. 114, co. 4, lett. e), c.p.a. e prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Rass. avv. Stato*, 2012, 328 ss.; TOMASSETTI, *L'astreinte nel processo amministrativo: natura, ambito oggettivo, portata e limiti alla luce della più recente giurisprudenza*, in *Gazz.*, 2012, I, 1 ss.; TALLARIDA, *Il “nuovo” giudizio di ottemperanza*, 2013, I, 233 ss.; SAVO AMODIO, *Le “astreintes”*, in *Libro dell'anno del diritto*, Roma, 2013.

caratterizza, ovverosia quando l'ente pubblico sia strutturalmente incapace di adempiere spontaneamente (poiché ad esempio soggetto ai vincoli del patto di stabilità interna)³²².

L'assenza, invece, in tale disposizione di ogni riferimento esplicito al tipo di obbligazione per la quale il giudice può condannare al pagamento della penalità di mora - ferma la condizione dell'istanza di parte - prima del recente intervento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza 25 giugno 2014, n. 25, aveva dato origine ad un intenso dibattito tra posizioni diametralmente opposte circa l'applicabilità della misura alle obbligazioni pecuniarie; dibattito che, a ben vedere, non appare ad oggi del tutto sopito.

Tre le posizioni che si sono alternate in tale processo dialettico possono individuarsi: (i) un orientamento maggioritario, favorevole al riconoscimento di portata generale della disposizione in commento; (ii) uno minoritario, che negava al giudice dell'ottemperanza il potere di condannare la P.A. al pagamento della penalità di mora in caso di inadempimento di un obbligo pecuniario; (iii) uno, per così dire, intermedio.

Secondo il primo orientamento - maggioritario in giurisprudenza³²³ - al giudice dell'ottemperanza non sarebbe precluso

³²² Cfr. COMMANDATORE, *Osservazione su presupposti e limiti per l'applicazione della penalità di mora prevista dall'art. 114, comma 4, lett. e), c.p.a.*, in *Giur. It.*, 2013, 11. Altresì, GASTALDO, *Le differenze tra penalità di mora e risarcimento del danno nel giudizio di ottemperanza*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2016, 1, 87.

³²³ Cfr., *ex pluribus*, Cons. Stato, Sez. IV, 29 gennaio 2014, n. 462, Cons. Stato, Sez. V, 15 luglio 2013, n. 3781; Cons. Stato, Sez. V, 19 giugno 2013, nn. 3339, 3340, 3341 e 3342; Cons. Stato, Sez. III, 30 maggio 2013, n. 2933; Cons. Stato, Sez. IV, 31 maggio 2012, n. 3272; Cons. Stato, Sez. V, 14 maggio 2012, n. 2744; Cons. Stato, Sez. V, 20 dicembre 2011, n. 6688 Cons. Stato, Sez. IV, 21 agosto 2013, n. 4216; Cons. Stato, Sez. VI, 6 agosto 2012, n. 4523; Cons. Stato, Sez. VI, 4 settembre 2012, n. 4685; CGA Reg. Sicilia, 30 aprile 2013, n. 424; CGA Reg. Sicilia, 22 gennaio 2013, n. 26, tutte in www.giustizia-amministrativa. Tra i

l'utilizzo della penalità di mora per indurre l'Amministrazione ad adempiere un'obbligazione pecuniaria.

Gli argomenti a sostegno di tale posizione sono molteplici. In primo luogo si valorizza il dato testuale, rappresentato in particolare dall'assenza di uno specifico riferimento alle obbligazioni di fare infungibili e di non fare e di una esplicita esclusione delle obbligazioni pecuniarie, come oggi risulta dal riformato art. 614 *bis* c.p.c.

Del resto, il giudizio di ottemperanza è caratterizzato dal potere del giudice di surrogarsi in tutti gli atti necessari per l'attuazione del giudicato, per cui appariva logico slegare l'*astreinte* amministrativa dal tipo di obbligazione sottesa³²⁴.

precedenti di merito, cfr., TAR Calabria, Catanzaro, Sez. II, 25 gennaio 2013, n. 214, in *Foro amm. TAR*, 2013, 682; TAR Basilicata, Sez. I, 6 giugno 2013, n. 335, in *Foro amm. TAR*, 2110; TAR Puglia, Bari, Sez. I, 27 giugno 2012, n. 1299; TAR Puglia, Bari, Sez. III, 26 gennaio 2012, n. 254, tutte in www.lexitalia.it.

³²⁴ Così, C. DELLE DONNE, *Astreinte e condanna pecuniaria della P.A. tra Codice di procedura civile e Codice del processo amministrativo*, in *Riv. Es. Forz.*, 2011, 325, secondo la quale «la disposizione processuale amministrativa, al contrario di quella civilistica, si muove [...] nella (diversissima) logica di un processo esecutivo (l'ottemperanza) ove per definizione tutte le prestazioni imposte alla P.A. dal *decisum* divengono allo stesso modo surrogabili, e proprio attraverso la figura del commissario ad acta, nessuna differenza potendo perciò istituirsi, da questo punto di vista, tra condanne pecuniarie e condanne ad altre prestazioni e, a monte, tra le stesse pronunce di condanna e quelle, ad esempio, di annullamento». Nei medesimi termini, CARBONE, *Riflessi sul valore sanzionatorio dell'astreinte e sulla sua applicazione del processo amministrativo*, in *Foro amm.*, CdS, 2014, 1306, secondo cui «il riferimento ad un *facere* infungibile non verrebbe in rilievo nel diritto amministrativo, ove gli strumenti propri del giudice dell'ottemperanza permettono la sostituzione della Pubblica Amministrazione nell'attività in cui si è resa inadempiente. Sotto questo profilo, dunque, nessuna differenza può riscontrarsi tra una condanna pecuniaria e una condanna ad un *fare*, giacché comunque anche la prestazione oggetto di quest'ultima si presenta come surrogabile». Negli stessi termini si esprime VIOLA, L., *L'Astreinte nel nuovo processo amministrativo*, in *Urb. App.*, 2011, 153 ss., secondo cui «a differenza del corrispondente istituto di diritto civile, le *astreintes* di diritto amministrativo appaiono pertanto applicabili a tutte le sentenze oggetto di ottemperanza e non solo a quelle relative ad obbligazioni di *fare* infungibile o di *non fare*, non essendo certo facile e ammissibile prospettare una simile distinzione nel sistema dell'ottemperanza».

Il secondo argomento si appuntava, invece, sulla natura giuridica della penalità in esame: l'*astreinte* amministrativa si connoterebbe per la sua essenza sanzionatoria, e non già risarcitoria, al pari dell'*astreinte* processual-civilistica.

Infine, vi era un'argomentazione che sottolineava la portata strategica della misura nel sistema di giustizia amministrativa: la negazione della condanna alla penalità finisce «*per ridurre ingiustificatamente gli spazi di tutela in un territorio (quello dei ritardi dell'amministrazione nel pagamento delle obbligazioni pecuniarie)...*» connotato «*...dal carattere strategico nel nostro sistema economico; carattere strategico che forse giustificherebbe più l'opzione per forme di sovracompensazione del titolare dell'obbligazione ineseguita che per interpretazioni restrittive della sistematica normativa*»³²⁵.

Sul fronte opposto, la tesi che negava al giudice dell'ottemperanza il potere di condannare la P.A. al pagamento della penalità di mora faceva leva sull'esigenza di salvaguardare l'equità della decisione, evitando indebite locupletazioni in favore di una parte in danno dell'altra³²⁶.

Anzitutto si poneva l'accento sull'esigenza di non diversificare la tutela fruibile a seconda del giudice adito: si sarebbe finito in tal

³²⁵ VIOLA, L., *Ancora sulla pretesa incompatibilità tra astreintes ed esecuzione delle sentenze*, in *Foro amministrativo TAR*, 2013, n. 2, 640.

³²⁶ Tra i precedenti di legittimità, cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 13 giugno 2013, n. 3293; Cons. Stato, Sez. III, 6 dicembre 2013, n. 5819 in www.giustizia-amministrativa.it. Quanto alla pronunce di merito, cfr. TAR Campania, Sez. IV, 9 novembre 2012, n. 4553; TAR Lazio, Roma, Sez. I, 29 dicembre 2011, n. 10305; TAR Lazio, Roma, Sez. II-quater, 31 gennaio 2012, n. 1080; TAR Lazio, Roma, Sez. II-bis, 2 gennaio 2013, n. 640, tutte in www.giustizia-amministrativa.it. Cfr., altresì, TAR Sicilia, Catania, Sez. II, 1° febbraio 2013, n. 371, in *Foro amm. TAR*, 2013, 710; TAR Puglia, Lecce, Sez. I, 15 maggio 2013, n. 1055, in *Foro amm. TAR*, 1741.

modo per consentire al creditore dell'Amministrazione diverse e maggiori utilità rispetto a quelle conseguibili nell'ambito del giudizio di esecuzione civile ³²⁷.

Una disparità di trattamento, quella di cui si discute, che si ha modo di apprezzare soprattutto con riferimento alle sentenze di condanna al pagamento di una somma di denaro in danno dell'Amministrazione, emesse dal giudice ordinario ³²⁸, poiché per quest'ultimo - come abbiamo già avuto modo di sottolineare - tale limitazione sussiste ancora oggi alla luce della riforma del 2015.

A tale argomento, tuttavia, si poteva replicare che il giudizio di ottemperanza è da sempre sede di tutela maggiore rispetto a quella dispensabile dal giudice ordinario. L'ottemperanza, in sé, nasce col preciso intento di dare esecuzione alle sentenze del giudice ordinario, e autorizza ingerenze del giudice amministrativo ben più incisive dell'*astreinte*, basti pensare al commissario *ad acta* e alla tesi del «giudicato a formazione progressiva» ³²⁹.

³²⁷ Per un maggiore approfondimento, cfr. in giurisprudenza, *ex pluribus*, TAR Lazio, Roma, Sez. II-bis, 21 gennaio 2013, n. 640, in cui si sottolinea l'importanza dell'art. 39 c.p.a. e la relativa funzione di livellare il sistema di giustizia amministrativa a quello di giustizia civile, anche per impedire che si abbia a cadere in un «*paradossale stravolgimento per eccesso del c.d. principio chiovendiano*».

³²⁸ Così, TAR Lazio, Roma, Sez. II, 18 luglio 2013, n. 7221, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui «*qualora il giudizio di ottemperanza innanzi al G.A. sia prescelto dalla parte per l'esecuzione di sentenza di condanna pecuniaria del Giudice Ordinario la tesi favorevole alla ammissibilità della applicazione della astreinte finirebbe per consentire una tutela diversificata dello stesso credito a seconda del giudice dinanzi al quale si agisca. In altri termini, il creditore pecuniario dell'Amministrazione Pubblica nel giudizio di ottemperanza potrebbe ottenere maggiori e diverse utilità rispetto a quelle conseguibili nel giudizio di esecuzione civile (ove in base alla pressoché unanime interpretazione, l'istituto dell'art. 614-bis è applicabile alle sole condanne ad un *facere infungibile*), e tanto semplicemente in base ad una opzione puramente potestativa*».

³²⁹ VIOLA L., *op. cit.*, 531.

Sotto altro profilo, la tesi negativa sottolineava che l'esigenza di compensare l'attesa patita dal creditore — anche quello della P.A. — è già assolta dalla previsione degli interessi legali; di talché, in questi casi, la penalità di mora avrebbe comportato una sommatoria ingiustificata di misure atte a contenere il comportamento inadempitivo del debitore, in aperta violazione del limite della manifesta iniquità della misura³³⁰. Tale argomentare, tuttavia, veniva agevolmente superato sottolineando la natura sanzionatoria - e non risarcitoria - dell'*astreinte*³³¹.

L'indirizzo intermedio, con intento di ricondurre il sistema ad unità, partiva dalla ridefinizione della nozione stessa di «prestazione infungibile» intendendo, per questa, una «prestazione particolarmente complessa»³³². Più precisamente, secondo i sostenitori di questo

³³⁰ L'assunto, portato alle estreme conseguenze, si risolve nell'utilizzo dell'*astreinte* per risarcire il danno da ritardo, tramite lo scomputo delle somme dovute a titolo di penalità di mora da quanto dovuto a titolo riparatorio. Cfr., sul punto, TAR Lazio, Sez. I, 7 febbraio 2014, n. 1509; TAR Lazio, Sez. I, 10 giugno 2013, n. 5789; TAR Lazio, Sez. I, 4 febbraio 2013, n. 1179; TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 1° febbraio 2013, n. 313, tutte in www.giustizia-amministrativa.it. In dottrina, nel senso della natura riparatoria o, quantomeno, indennitaria dell'art. 614-bis, cfr. LOMBARDI, *op. cit.*, 402 ss.; GAMBINERI, *op. cit.*, 323; IUORIO, *Il nuovo art. 614 bis cod. proc. civ.: introduzione dell'esecuzione indiretta nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. esec. forz.*, 2009, 417 ss., spec. 423 ss.; SILVESTRI, *op. cit.*, 499.

³³¹ In tal senso, cfr. in particolare, ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, *Le novità della riforma in materia di esecuzione forzata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, I, 203 ss.; MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella l. 69/2009*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2009, 1553 ss.; MONTESANO, voce *Esecuzione specifica*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 533, ss.; MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, in *Tratt. Rescigno*, XX, Tutela dei diritti, II, Torino, 2008, 329 ss., nonché MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 947 ss.

³³² In dettaglio, secondo CARBONE, *op. cit.*, 1310, detta impostazione presta il fianco a due ordini di critiche. La prima, attiene alla forzatura del dato positivo: quanto propone la ricostruzione in esame si defila tanto “dalla lettera dell'art. 614 bis c.p.c. (*astreintes limitate alle sole obbligazioni infungibili, per le quali non sarebbe possibile un'esecuzione diretta*)” quanto “dall'art. 114, lett. e), c.p.a. (*astreinte come misura alternativa/cumulativa all'esecuzione di tipo surrogatorio*),

indirizzo di pensiero, ogni *astreinte* avrebbe dovuto essere attivata — a prescindere dal tipo di obbligazione sottesa — quando la particolare complessità dell’esecuzione rendeva preferibile un adempimento spontaneo del debitore in luogo della surroga ad opera del giudice.

Il prezzo da pagare, tuttavia, era assai caro: anche a voler ignorare l’evidente strappo al dato letterale, la tesi in esame sortiva l’effetto di snaturare l’*astreinte*, circoscrivendone significativamente l’ambito di applicazione³³³.

Sulla questione è recentemente intervenuta l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza 25 giugno 2014, n. 25³³⁴, dissipando ogni dubbio con la ferma adesione all’orientamento maggioritario e la formulazione di un lapidario principio di diritto: «*nell’ambito del giudizio di ottemperanza la comminatoria delle penalità di mora di cui all’art. 114, comma 4, lett. e), c.p.a., è ammissibile per tutte le decisioni di condanna di cui al precedente art. 113, ivi comprese quelle aventi ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria*».

volta a garantire una maggiore efficienza dell’esecuzione delle pronunce nei confronti della P.A.)”. La seconda critica è di tipo sostanziale: segnatamente, si riflette su cosa — nell’ambito dell’attività amministrativa — possa effettivamente assumersi “*prestazione particolarmente complessa*”, come tale idonea ad attivare l’*astreinte*. Sul punto, si osserva come anche il pagamento di una somma di denaro (per il quale la tesi intermedia esclude il rincarato della penalità) possa, per certi versi, risultare un’attività amministrativa particolarmente complessa, considerata la necessità di rispettare articolate regole di contabilità pubblica e vincoli imposti dalle dotazioni stanziati a ciascuna P.A. Non a caso, nella stragrande maggioranza dei casi, per eseguire una condanna pecuniaria è necessario ricorrere al commissario ad acta.

³³³ Sulla specialità del debitore pubblico, GNES, *I privilegi dello Stato debitore*, Milano, 2012 e, con specifico riferimento alle “*obbligazioni da sentenza*”, 149 ss.

³³⁴ Per un interessante approfondimento cfr., PUCCIARIELLO, *Art. 614-bis c.p.c. e art. 114, 4°, co., lett. e): il caso dell’applicazione dell’astreinte alla condanna della P.A. al pagamento di somme di danaro, ne Il processo esecutivo*, CAPPONI-SASSANI-STORTO-TISCINI (a cura di), 2014.

Nell'ordine di trattazione, la Plenaria muove dal diritto comparato: osserva come il modello italiano sia stato concepito con a mente quello francese, ove l'*astreinte* assume una «*marcata matrice sanzionatoria*» e «*si atteggia a tecnica compulsoria che si affianca, in termini di completamento e cumulo, alla tutela surrogatoria che permea il giudizio di ottemperanza*», senza distinzioni basate sulla natura della condotta ordinata (*facere, non facere, dare pecuniario o no*).

Da qui, l'ancoraggio al secondo argomento, letterale: sotto questo profilo, si rileva come l'art. 114, comma 4, lett. e), c.p.a. — senza fare alcun richiamo, nemmeno implicito, al modello processual-civilistico — preveda, per certi versi qualcosa in meno rispetto all'art. 614 *bis* c.p.c. (il riferimento alla natura dell'obbligazione da adempiere), per altri qualcosa in più (il limite delle «*altre ragioni ostative*»); il che lascerebbe trasparire un chiaro progetto del legislatore, quello cioè di tenere distinte le due *astreintes*, valorizzando le peculiarità di ognuna, scaturenti *in primis* dalla fase processuale nella quale riposano (cognizione o esecuzione) le due sanzioni.

Secondo la Plenaria, dunque, la possibile lesione del principio di parità di trattamento si rivolge in un «*falso problema*».

Deve osservarsi come siffatto rincaro di tutela, secondo la Plenaria, si spieghi «*tenendo conto dei soggetti di diritto e non delle tecniche di tutela dagli stessi praticabili*».

Dall'altro lato, il fatto che la P.A. si trovi nella posizione di poter subire una duplice — ancorché alternativa — forma di esecuzione (la prima, disposta dal giudice ordinario, priva di comminatoria; l'altra, ordinata dal giudice amministrativo, col rincaro

della penalità) rappresenta, ancora una volta, il precipitato della sua soggettività. L'essere soggetto pubblico connota di «*maggior gravità*» ogni inosservanza o violazione del precetto giudiziale ordinato; tale gravità — in un perfetto sillogismo — giustifica il rincaro sul versante degli strumenti di esecuzione che, per l'effetto, divengono più penetranti e incisivi.

Da ultimo la Plenaria smentisce l'argomento equitativo — caro alla tesi negativa — riferito al pericolo di indebite locupletazioni scaturenti dalla sommatoria tra interessi legali risarcitori e comminatoria al pagamento della penalità di mora.

Sul punto, si chiude il cerchio motivazionale facendo ritorno ai primi argomenti, in particolare la funzione prettamente «coercitivo-sanzionatoria» dell'*astreinte* amministrativa e la sua totale estraneità al modello riparatorio a cui i fautori della tesi opposta, invece, vorrebbero quantomeno accostarla.

Le conclusioni della Plenaria confermano, tuttavia, che la P.A. rimane un debitore speciale, alla luce delle scelte del legislatore nazionale, orientato a evitare locupletazioni eccessive o sanzioni troppo afflittive. Proprio per tali ragioni nell'art. 114 c.p.a. sono inseriti due diversi limiti all'applicazione dell'*astreinte*, e cioè «la manifesta iniquità» (prevista anche all'art. 614-*bis* c.p.c.) e la «sussistenza di altre ragioni ostative» (ipotesi autonoma)³³⁵.

In considerazione della specialità del debitore pubblico, il legislatore avrebbe quindi attribuito al giudice dell'ottemperanza, nell'esercizio del suo potere latamente discrezionale, il potere-dovere

³³⁵ Per un interessante approfondimento sulle novità introdotte dalla legge di stabilità 2016 in tema di penalità di mora nel diritto amministrativo, cfr. D'ARIENZO, *Penalità di mora (o astreintes) nel giudizio di ottemperanza: criticità e prospettive della disciplina alla luce delle novità introdotte dalla legge di stabilità 2016*, su <http://www.federalismi.it/document/18102016132113.pdf>.

di verificare di volta in volta la sussistenza delle circostanze che possano ammettere o precludere l'applicazione dell'*astreinte*.³³⁶

³³⁶ Per dovere di completezza, non può essere sottaciuto che tale pronuncia non sia stata accolta da un coro di consensi unanime. Ad es., PUCCIARIELLO, *op.cit.*, ha fortemente criticato la suesposta pronuncia ritenendo che la comminatoria di una penalità di mora da parte del giudice dell'ottemperanza nel caso di condanna della p.a. al pagamento di una somma di danaro può trasformarsi "*nell'ennesimo grimaldello che, sotto le mentite spoglie dell'effettività della tutela, finisce per rappresentare un esemplare strumento di abuso, ove non temperato dall'attenta valutazione del giudice attuatore*". Cosicché, a detta dell'Autore, "*i riflessi sulla finanza pubblica, anche alla luce della Costituzione economica che discende dal novellato art. 81 Cost. non possono non venire in considerazione quali ragioni ostative della concessione dell'astreinte ogni qualvolta l'effetto utile può essere garantito al ricorrente mediante l'adozione del provvedimento che dispone il pagamento, maggiorato degli interessi moratori*".

CAPITOLO QUARTO

LA MISURA COERCITIVA IN ARBITRATO.

SOMMARIO: 11. L'evoluzione dei rapporti tra arbitro e giudice e all'annoso dibattito sulla natura giurisdizionale e contrattuale dell'arbitrato; 2. Le limitazioni dei poteri di imperio degli arbitri: il divieto del potere esecutivo e cautelare; 3. La contesa dottrina circa la praticabilità dell'art. 614 bis c.p.c. in arbitrato. La tesi del diritto soggettivo; 4. L'*astreinte* nostrana quale strumento di natura processuale: la misura coercitiva non è una voce d'esecuzione; 4.1 La questione dell'ostacolo (apparente) del limite della tutela cautelare in capo agli arbitri ai fini della sua praticabilità in arbitrato; 5. La misura di cui all'art. 614 *bis* c.p.c. come un *tertium genus* di tutela di condanna: l'inesistenza di ragioni per una sua esclusione in arbitrato; 6. Conclusioni.

1. Giunti sin qui nell'approfondimento della disposizione di cui all'art. 614 *bis* c.p.c., è possibile sviluppare l'ultimo nodo ermeneutico sollevato dal nuovo istituto: se esso sia o meno applicabile nel giudizio arbitrale³³⁷.

In mancanza di un intervento del braccio secolare, al fine di poter dare una risposta al predetto interrogativo, occorre approfondire, *in primis*, i profili sistematici dell'amletico dubbio. Come si vedrà, infatti, 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.

Orbene, come è noto, in origine la giustizia era affidata a persone che nella comunità primitiva godevano di fiducia e di prestigio, gli arbitri appunto³³⁸. Questi ultimi cominciarono a porsi quale alternativa al giudice³³⁹ man mano che la collettività si organizzò e impose la propria giustizia³⁴⁰. Prima di tale momento,

³³⁷ Teniamo fuori dal nostro approfondimento l'arbitrato irrituale, essendo il lodo, in tal caso, una determinazione contrattuale e non un "provvedimento di condanna", così come esige la disposizione codicistica richiamata. Non possiamo, quindi, che delimitare il campo d'indagine all'arbitrato rituale.

³³⁸ Cfr. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2006, pp. 1 ss. Forme di risoluzione delle liti fondate sull'affidamento al giudizio di un terzo trovano fonti di documentazione antichissime. Cfr. il libro della Genesi, cap. XXI, vs. 37, in cui Giacobbe dice a Labano: «Mettilo qui davanti ai miei e ai tuoi parenti e siano essi giudici tra noi due». Per un'interessante panoramica relativa al mondo greco e latino, cfr. PANZARINI, *I profili di modernità degli arbitri greci e romani nei principi e nelle regole tecniche da essi trapassati, con sorprendenti coincidenze, negli odierni arbitrati*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, Milano, 2002, 342 ss.

³³⁹ Rileva BOVE, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. Arb.*, 2007, 357 che se si volessero prendere in considerazione tutte le ipotesi in cui arbitro e giudice abbiano «un qualche contatto, si dovrebbe ripercorrere quasi tutta la disciplina dell'arbitrato stesso».

³⁴⁰ CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, cit., p. 292, secondo il quale "Sovranità e giurisdizione risiedono esclusivamente nello Stato". A tal proposito è interessante richiamare l'art. 1 della legge del Regno di Napoli2 agosto

dunque, l'arbitrato non venne considerato una alternativa alla giurisdizione³⁴¹.

D'altra parte, i segni della contaminazione tra esercizio della giurisdizione e potere di decisione si rinvencono già nel diritto romano dove il *iudex* era un privato cittadino. Prima con il progressivo accertarsi del potere giurisdizionale nella figura del *princeps*, poi con la teorizzazione della sovranità quale essenza dello Stato moderno³⁴², l'esercizio della giurisdizione diventa prerogativa

1806, n.130 abolitiva della feudalità, in *Bollettino ufficiale delle leggi e decreti del Regno di Napoli*, Napoli, 1806, II, che recitava «La feudalità con tutte le sue attribuzioni resta abolita. Tutte le giurisdizioni sinora baronali, ed i proventi qualunque, che vi siano stati annessi, sono reintegrati alla sovranità, della quale saranno inseparabili».

³⁴¹ «La storia dell'arbitrato è segnata da un moto pendolare costante, da una perenne oscillazione tra un massimo avvicinamento alla giurisdizione (e addirittura una sostanziale identificazione con la medesima) e un massimo distacco (e quasi un rifiuto ad ammetterne la rilevanza)», VERDE, *L'arbitrato e la giurisdizione ordinaria*, in *Diritto dell'arbitrato*, a cura di VERDE, Torino, 2006, 1.

³⁴² Sul concetto moderno di sovranità non può non richiamarsi il pensiero di BODIN, (*Les six livres de la Republique*, Paris, 1576, che annovera tra le otto "potestà" che ne costituiscono l'essenza quella "giurisdizionale suprema". Il pensiero va poi a MACHIAVELLI, GROZIO, fino ad HOBBS e alla concezione dello Stato persona. Sarà poi la teorizzazione di MONTESQUIEU della separazione dei poteri a far assumere alla giurisdizione il significato di garanzia per il cittadino sulla quale si fonda il moderno Stato di diritto: «il n' y a point de liberté si la puissance de junger n'est pas séparée de la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire: car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutive, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur" (*L'esprit des lois*, Paris, 1750, libro XI, cap VI). Sulla formazione dello Stato moderno, sulla sua storicità e relatività, cfr. l'autorevole contributo di PICARDI, *La giurisdizione dell'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, pp. 180 ss.; ID., *Giurisdizione e sovranità*, in AA.VV., *Il diritto processuale civile nell'avvicinamento giudiziario internazionale. Omaggio ad Aldo Attardi*, Padova, 2009, pp. 3 ss. Altresi, BIAVATI, *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, Milano, 1997, 115. Per ulteriori riferimenti bibliografici cfr., CORTESE, voce *Sovranità (Storia)*, in *Enc. Giur.*, XLIII, Milano, 1990, p. 205; GIANNINI, voce *Sovranità (Diritto vigente)*, in *Enc. Giur.*, XLIII, Milano 1990, 224; RAGGI, *La teoria della sovranità. Contributo storico e ricostruttivo della dogmatica del diritto pubblico*, Genova, 1908; CROSA, *Il principio della sovranità dello Stato nel diritto italiano*, in *Arch. Giur.*, 1933; ZANGARA, *Saggio sulla sovranità*, Roma 1942; GALIZIA, *La teoria della sovranità dal Medioevo alla rivoluzione francese*, Milano 1951; BALLADORE PALLIERI, *Il problema della sovranità dello Stato (Stato e diritto)*, in *Dottrina dello Stato*,

della sovranità in senso proprio e, dunque, soltanto in questo momento il rapporto tra arbitro e giudice assume presupposti differenti³⁴³. Mentre quella degli arbitri era, dunque, fondata sull'*auctoritas*, quella dei giudici trovava base sull'*imperium*.

Circa un secolo fa, Ludovico Mortara scriveva: «la guarentigia essenziale del diritto mediante l'esercizio della funzione giurisdizionale» è «attribuzione esclusiva e imprescindibile della sovranità», aggiungendo che «come il diritto obiettivo non può avere legittima scaturigine che dai pubblici poteri investiti dalla funzione politica sovrana, così normalmente non può derivare da altra sorgente pura e legittima la tutela giurisdizionale del diritto»³⁴⁴.

Queste affermazioni portarono, successivamente, un altro autorevole studioso, Salvatore Satta, a scrivere che con Mortara si aveva la negazione della giurisdizionalità dell'arbitrato, per l'usurpazione che esso implicava della giurisdizione, concepita come prerogativa dello Stato³⁴⁵. Secondo questo Autore, dunque, «l'arbitrato vale in quanto non è giurisdizione»³⁴⁶.

In concreto, non è mai facile stabilire, in un regime democratico, se lo Stato riconosca l'arbitrato come mera espressione dell'autonomia privata ovvero dia ad esso rilevanza giurisdizionale³⁴⁷.

Padova 1964; CHIARELLI, voce *Sovranità*, in *Nov.imo Dig. It.*, 1970, 1043; CAPURSO, *I limiti della sovranità negli ordinamenti democratici*, Milano, 1967.

³⁴³ VERDE, *Sul monopolio dello Stato in tema di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 371 ss.

³⁴⁴ L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, 3^a ed., Milano, s.d., p. 39.

³⁴⁵ Ci riferiamo a SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, Milano, 1971, 167.

³⁴⁶ Cfr. SATTA, *op. cit.*, 161.

³⁴⁷ Questione affrontata da MARANI, *Aspetti negoziali e aspetti processuali dell'arbitrato. Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Torino, 1966. Altresi, PIERGIOVANNI, *Profili storici dal diritto romano al diritto medievale e moderno*, in *Arbitrato. Profili di diritto sostanziale*, a cura di ALPA, Torino, 1999, p. 1. Per una

La c.d. doppia anima dell'istituto arbitrale, ovvero sia trarre origine da una convenzione delle parti e concludersi con un provvedimento *somigliante* ad una sentenza munita di esecutorietà, è la causa dell'annoso dibattito circa la natura giurisdizionale o contrattuale dell'arbitrato.

Sin dall'origine, alla teoria c.d. privatistica³⁴⁸, che relegava il procedimento arbitrale nella sfera contrattuale, si è contrapposta la teoria c.d. processualistica³⁴⁹, per la quale se la convenzione arbitrale è un negozio di diritto privato, che produce effetti processuali, il potere degli arbitri trae origine, prima ancora che dalla volontà delle parti, dalla volontà della legge che consente alle parti di dare ad esso corso.

Le difficoltà incontrate dalla dottrina e dalla giurisprudenza nell'inquadrare in modo puntuale e concettualmente univoco il fenomeno arbitrale dipendono anche dalle trasformazioni in atto negli ordinamenti contemporanei a seguito della crisi della sovranità statale. Il ruolo giocato oggi dall'arbitrato risente, d'altronde, della radicale

esaustiva rassegna sui modelli e le forme in cui si è manifestato il rapporto giudizio pubblico-giudizio privato fino alle sostanziali innovazioni introdotte nel 2006, cfr. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, Torino, 2013, pp. 24 ss e bibliografia ivi citata.

³⁴⁸ Di cui il principale esponente è stato CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1935, I, pp. 70 ss. Sostanzialmente nella stessa direzione si ponevano: CALAMANDREI, *La sentenza soggettivamente complessa*, in *Riv. dir. proc.*, 1924, I, p. 247; BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, p. 37; LIPARI, *Considerazioni sul tema degli arbitrati e degli arbitraggi*, in *Annali Università di Messina*, 1931-32, 6, p. 13; ROCCO, *Trattato di diritto processuale civile*, Torino, 1966, I, p. 45.

³⁴⁹ Il principale sostenitore deve rinvenirsi in MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura*, Milano, 1923, III, n. 34. Nella stessa direzione, AMAR, *Dei giudizi arbitrali*, Torino, 1879, p. 36; CODOVILLA, *Del compromesso e del giudizio arbitrale*, Torino, 1915, p. 13; FEDOZZI, *L'arbitrato nel diritto processuale civile internazionale*, Palermo, 1908, p. 19. Secondo GHIRARDINI, *Sull'arbitrato nel diritto processuale civile internazionale*, in *Riv. dir. civ.*, 1910, p. 84, invero, il lodo doveva considerarsi un "atto giurisdizionale in potenza".

trasformazione, già da tempo in atto, dei rapporti tra autonomia privata e pubblici poteri: una ridefinizione resasi urgente dai recenti assetti dei mercati e dei territori³⁵⁰.

Ad oggi, tale dibattito³⁵¹, così sintetizzato, potrebbe essere giunto al suo epilogo, in considerazione dell'evoluzione normativa che lo ha caratterizzato e del pensiero della nuova giurisprudenza.

Come è noto, infatti, la riforma del 2006, modificando l'art. 824 *bis* c.p.c.³⁵², ha attribuito una funzione pienamente giurisdizionale al lodo³⁵³, che è, oggi, dotato di contenuto analogo alla sentenza del giudice togato e aspira alla medesima irretrattabilità.

³⁵⁰ Per un'autorevole e approfondita analisi sul fenomeno della crisi delle coordinate sovranità-territorio-giurisdizione, nelle quali si fondava appunto il dogma della statualità della giurisdizione, vedi l'autorevole contributo di CAPPONI, *Arbitrato e giurisdizione*, in *Giust. Proc.*, 2007, II, pp. 43 ss. Più di recente, cfr., PUNZI, *Dalla crisi del monopolio statale della giurisdizione al superamento dell'alternativa contrattualità-giurisdizionalità dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, n.1, pp. 1 ss; ID., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, 2^a ed., I, Padova, 2010, pp. 124 ss. Altresi, cfr. VERDE, *Diritto processuale civile*, IV, Bologna, 2010, p. 127; ID., *Sul monopolio dello Stato in tema di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, pp. 371 ss.

³⁵¹ Sul quale vedi, più diffusamente, IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., pp. 65 ss e bibliografia ivi citata. Altresi, PUNZI, *Dalla crisi del monopolio statale della giurisdizione al superamento dell'alternativa contrattualità-giurisdizionalità dell'arbitrato*, cit., p. 24 e 25, secondo il quale con lo sgretolamento del monopolio statale della giurisdizione si è ormai determinato il superamento della tradizionale alternativa e contrapposizione «contrattualità-giurisdizionalità» dell'arbitrato, e dunque, senza che ciò possa determinare un'attrazione della natura dell'arbitrato nell'orbita della giurisdizione statale.

³⁵² Tale articolo oggi così dispone: “*Salvo quanto disposto dall'art. 825, il lodo ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria*”. Per un approfondito esame sull'evoluzione di questa disposizione, cfr. SALVANESCHI, sub *art. 824 bis*, in *Arbitrato*, Bologna, 2014, pp. 790 ss e bibliografia ivi richiamata; PUNZI, «*Efficacia di sentenza*» del lodo, in *Riv. arb.*, 2005, p. 819 ss.

³⁵³ Il legislatore del D. lgs. 40 del 2006 ha inteso reagire alla svolta *privatistica* della Cassazione, riaffermando, o tentando di riaffermare, la natura giurisdizionale, se non dell'arbitrato in sé, quantomeno del suo atto conclusivo. Il riferimento è, ovviamente, alla sentenza delle SS. UU. 3 agosto 2000, n. 527, in *Foro It.*, 2001, I, 839, in *Riv. Arb.*, 2000, 699 ss., con nota di FAZZALARI, *Una svolta attesa in ordine alla “natura” dell'arbitrato*; in *Riv. dir. proc.*, 2001, 254 ss., con nota di E.F. Ricci, *La “natura” dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le*

Sulla stessa linea si è mossa la giurisprudenza più recente, offrendo scelte sistematiche di enorme rilievo, quale è la conquista della *translatio iudicii* tra giudice e arbitro.

Ed infatti, con la nota decisione del 19 luglio 2013, n. 233³⁵⁴, la Corte Costituzionale, dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 819 *ter* c.p.c. nella parte in cui non prevedeva la *translatio iudicii* tra arbitro e giudice, ha riconosciuto pari dignità del giudizio arbitrale rispetto a quello statale.

Con tale pronuncia, infatti, la Consulta ha ricordato che l'arbitrato è disciplinato dal nostro codice di rito quale giudizio potenzialmente fungibile con quello degli organi della giurisdizione, in quanto finalizzato all'applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto, ai fini della risoluzione di una controversia, con le garanzie di contraddittorio e di imparzialità tipiche della giurisdizione civile ordinaria.

La strada della piena equiparazione, secondo i giudici della Corte, è stata pienamente conclusa con la riforma del 2006, attraverso

Sezioni Unite; in *Corr. Giur.*, 2001, 51 ss., con note di CONSOLO, RUFFINI e MARINELLI; in *Giust. Civ.*, 2001, I, 761, con nota di MONTELEONE, *Le sezioni unite della Cassazione affermano la natura negoziale e non giurisdizionale del cosiddetto "arbitrato rituale"*, e riproposto, poi, da Cass., 27 novembre 2001, n. 15023, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 1238 ss., con nota di E.F. RICCI, *La Cassazione insiste sulla natura "negoziale" del lodo arbitrale. Nuovi spunti critici*, ed in *Riv. arb.*, 2002, 287 ss., con nota di MENCHINI, *La natura e la disciplina dell'eccezione con la quale è fatta valere l'efficacia di un (precedente) lodo non impugnabile*.

³⁵⁴ Corte Cost. 19 luglio 2013, n. 223, in *Riv. Arb.*, 2014, 1, 81 ss, con note di BOVE, BRIGUGLIO, MENCHINI, SASSANI; altresì in *Foro it.*, 2013, I, 2690, con note di ACONE, D'ALESSANDRO e FRASCA. Sul tema, altresì: BOCCAGNA, *"Translatio iudicii" tra giudici e arbitri: la decisione della corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 2, 374 ss.; SALVANESCHI, *Il rapporto tra arbitro e giudice dopo la decisione della Consulta*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 2, 384 ss.; LOMBARDINI, *La parola alla Corte Costituzionale (C. Cost. 19 luglio 2013, n. 223): nei rapporti tra arbitri ed autorità giudiziaria opera la piena "translatio iudicii"*, in *Studium iuris*, 2014, 5, 519 ss.; MENCHINI, *In tema di "translatio iudicii" tra giudice e arbitro*, in *Riv. Arb.*, 2014, 3, 99 ss. Tale indirizzo è stato successivamente ribadito dal giudice di legittimità, v. Cass., Sez. Un., 25.10.2013, n. 24153; Cass. 15.11.2013, n. 25735.

una serie di norme³⁵⁵ che “*confermano l’attribuzione alla giustizia arbitrale di una funzione sostitutiva della giustizia pubblica. Anche se l’arbitrato rituale resta un fenomeno che comporta una rinuncia alla giurisdizione pubblica, esso mutua da quest’ultima alcuni meccanismi al fine di pervenire a un risultato di efficacia sostanzialmente analoga a quella del dictum statale*”.

Dopo pochi mesi anche le Sezioni Unite della Cassazione³⁵⁶ hanno ribadito e ulteriormente arricchito le motivazioni che fanno del lodo arbitrale un atto a efficacia pienamente giurisdizionale, dichiarando espressamente il mutamento e il ripensamento del proprio indirizzo negoziale che, com’è noto, datava ormai dall’inizio del nuovo millennio³⁵⁷.

2. Ciononostante, l’intenso avvicinamento dell’arbitrato alla funzione propria dei giudici dello Stato, ottenuto via via attraverso le diverse riforme che hanno interessato la materia e compiuto oggi attraverso l’introduzione dell’art. 824 *bis* c.p.c., non si è spinto fino a qualificare gli arbitri come pubblici ufficiali o incaricati di un pubblico servizio: il 2° comma dell’art. 813 c.p.c. chiarisce infatti che

³⁵⁵ Campeggiano su questa strada: l’art. 816 *quinquies* c.p.c., sull’ammissibilità dell’intervento volontario dei terzi nel giudizio arbitrale e sull’applicabilità allo stesso dell’art. 111 c.p.c.; l’art. 819 *bis* c.p.c., laddove consente agli arbitri di sollevare questione di legittimità costituzionale e l’art. 824 *bis* c.p.c. che ricollega al lodo, fin dalla sua sottoscrizione, gli effetti della sentenza pronunciata dal giudice togato.

³⁵⁶ V., ord. 25 ottobre 2013, n. 24153, in *Foro it.*, 2013I, 3407.

³⁵⁷ Cfr., in proposito la recente ricostruzione di BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*, p. 5 ss, cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti. Sul tema, V., altresì, SALVANESCHI, in *Arbitrato*, sub art. 824 *bis* c.p.c., *cit.*, p. 796 ss.

gli arbitri sono e rimangono soggetti privati, con tutto ciò che tale impostazione può comportare³⁵⁸.

Il fatto che gli arbitri siano dotati di soli poteri privati ha il suo contraltare nella limitazione dei poteri di imperio proprio degli organi arbitrali. Si tratta, dunque, ancora oggi di un organo decisorio privo di poteri coercitivi e di imperio, che, pertanto, non può porre in essere atti esecutivi e dotati di pubblica fede³⁵⁹.

Gli arbitri sono, infatti, privi del potere *coercitivo*, e tale divieto troverebbe conferma nel divieto di pronunciare provvedimenti cautelari, come previsto dall'art. 818 c.p.c.³⁶⁰.

Come è noto, l'art. 818 c.p.c. vieta agli arbitri di concedere misure cautelari, salvo diversa disposizione di legge. È un “*dato di fatto duro a morire*”³⁶¹, è stato autorevolmente constatato.

Sì, perché la permanenza di tale divieto, così come di quello relativo al potere esecutivo, appare sempre più difficile da digerire

³⁵⁸ SALVANESCHI, sub *art. 813*, in *Arbitrato*, Bologna, 2014, pp. 268 ss. V., tuttavia, CAPPONI, *Arbitrato e giurisdizione*, cit., secondo il quale «non può avere grande rilevanza ai nostri fini l'espressa recente previsione che ha escluso, per gli arbitri, la qualità di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio (art. 813, comma 2, c.p.c.) perché, se da un lato essa porta a negare che sugli arbitri gravino i doveri di cui all'art. 331 c.p.p., dall'altro lato nulla dice sulla natura del “potere” esercitato e sulla configurazione dell'istituto nel quadro complessivo della giurisdizione sui diritti». Nello stesso senso, LUISO E SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, p. 273.

³⁵⁹ Cfr. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2006, p. 160; ID., *Diritto dell'arbitrato*, cit., p. 143 ss. Nello stesso senso, VITALE, sub *art. 825*, in *Arbitrato*, a cura di BRIGUGLIO E CAPPONI, pp. 983 ss; SALVANESCHI, sub *art. 825*, in *Arbitrato*, Bologna, 2014, p. 816; RUFFINI, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di CONSOLO E LUISO, Milano 2007, p. 5803.

³⁶⁰ Cfr., CHIARLONI, voce *Misure coercitive*, in *Diritto on line*, www.treccani.it; ID., *L'esecuzione indiretta ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c.: confini e problemi*, in CAPPONI, SASSANI, STORTO, TISCINI (a cura di), *Il processo esecutivo*, 2014, p. 909.

³⁶¹ L'espressione è di G.F. RICCI, sub *art. 818*, in *Arbitrato*, a cura di CARPI, 2007, pp. 481.

nell'ottica di un sistema che vuole fare vivere l'arbitrato come alternativa fungibile dell'attività dei giudici togati³⁶².

Tale limite è sempre stato giustificato nell'ottica della mancanza di poteri di imperio in capo agli arbitri³⁶³. Viceversa, la giustificazione tradizionale che riconduce l'impossibilità per l'arbitro di emanare provvedimenti cautelari alla mancanza di *potestas* autoritativa, è sempre stata considerata come elemento assai *debole*, dato che l'arbitro può emanare lodi che possono consentire l'inizio di un procedimento esecutivo e quindi provvedimenti autoritativi di pregnanza ancora maggiore³⁶⁴.

Pertanto, non può non concludersi nel senso che la ragione del divieto sia da ricondurre, principalmente, a ragioni di politica legislativa: non sussiste nessuna incompatibilità ontologica³⁶⁵. Anzi, “*se l'arbitro ha il potere di vincolare definitivamente le parti (con il lodo), a maggior ragione potrebbe avere il potere di vincolare provvisoriamente (con il provvedimento cautelare).*”³⁶⁶

³⁶² Sul punto sia consentito rimandare a quanto più diffusamente si dirà *infra*.

³⁶³ Sul tema, senza pretesa di completezza, si rimanda a MARENGO, in BRIGUGLIO, FAZZALARI, MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, 1994, p. 136; ARIETA, *Note in tema di rapporti tra arbitrato rituale ed irrituale e tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1993, pp. 744 ss.; CARPI, *L'arbitrato rituale fra autonomia e aiuto giudiziario*, in *Contr. e impr.*, 1990, p. 929 ss.

³⁶⁴ Cfr., CARPI, *L'arbitrato rituale fra autonomia e aiuto giudiziario*, cit., pp. 929 ss.; ID., *I procedimenti cautelari e l'esecuzione nel disegno di legge per la riforma urgente del c.p.c.: la competenza e il procedimento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1990, p. 1259 ss.; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, 2000, pp. 623-624.

LUISO, *Arbitrato e tutela cautelare nella riforma del processo civile*, in *Riv. Arb.*, 1991, p. 253 ss.; CONSOLO, CONSOLO, LUIO, SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, 1996, sub art. 669-quinquies c.p.c., p. 607 ss.

³⁶⁵ Cfr. SALVANESCHI, in *Arbitrato*, sub art. 818 c.p.c., 2014, p. 625; RUFFINI, BOCCAGNA, sub art. 818 c.p.c., in *Codice di procedura civile commentato*, diretto da CONSOLO, IV ed., pp. 1910 ss.; GHIRGA, sub art. 818 c.p.c., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di MENCHINI, p. 311; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II ed., p. 208; BRIGUGLIO, sub art. 818 c.p.c., in *Dell'arbitrato*, a cura di VACCARELLA E VERDE, p. 94 ss.

³⁶⁶ Cfr. LUIO, *Istituzioni*, III ed., p. 309 ss.

L'attuale art. 818 c.p.c. reca comunque una novità rispetto all'equivalente norma del sistema previgente, data dalla previsione che l'inibizione alla cautela permane "*salva diversa disposizione di legge*".

Ed, infatti, una eccezione legislativa a siffatto divieto esiste ed è prevista nell'art. 35, d. lg. n. 5 del 2003, che consente agli arbitri di disporre la sospensione cautelare delle delibere assembleari impugnate, quando ne ricorrano i presupposti³⁶⁷.

Tuttavia, è stato sottolineato che in tale ultima ipotesi l'inibitoria sarebbe *self-executive*, ovvero si tratterebbe di esecutività che opererebbe solo sul piano giuridico, e che, pertanto, non richiederebbe alcun adattamento della realtà materiale.

Da tale considerazione, se ne dovrebbe dedurre che non sia, di per sé, la funzione cautelare ad essere incompatibile con l'arbitrato - così come, per le medesime ragioni, non sono incompatibili i poteri esecutivi-, bensì sarebbero vietati quegli ordini che implicino un adattamento coattivo della realtà materiale a quella giuridica³⁶⁸.

Non si può condividere neppure l'idea l'art. 818 c.p.c. sia espressione di un principio generale che vieta agli arbitri di condannare senza un previo accertamento. Si condivide, al contrario, l'opinione, a dir il vero maggioritaria, che vede in tale esclusione una mera scelta di politica legislativa, per cui l'aggiunta del "*salva diversa disposizione di legge*" sembra più espressione del fatto che il

³⁶⁷ E.F. RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 517- 539; F.P. LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 705-726; L. SALVANESCHI, *Dall'equazione "impugnazione di bilancio mai compromettibile" all'equazione "Impugnazione di bilancio sempre compromettibile"*, in *Corr. Giur.*, 2011, 1139- 1143; S. CHIARLONI, *Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario e sulla natura del lodo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 123-135.

³⁶⁸ Cfr., ZUCCONI GALLI FONSECA, *Misure coercitive e arbitrato*, cit., 1021.

legislatore abbia avuto presente il carattere alquanto illogico del divieto, così da tenersi aperta la porta a future evoluzioni³⁶⁹, che del resto sono state già anticipate dall'art. 35 predetto.

La predetta conclusione, a ben vedere, si traduce in una ingiustificata preclusione per gli arbitri di emettere pronunce di condanna, conclusione che, come già evidenziato, non corrisponde al vero, in quanto gli arbitri possono emettere decisioni di condanna, salvo poi riservare al giudice il suggello dell'esecutività del lodo³⁷⁰.

È stato, pertanto, ritenuto che dalla disciplina contenuta nell'art. 818 c.p.c. si debba ricavare un principio generale, ovvero sia una ostilità del legislatore, salvo tassative eccezioni (come accade nel caso dell'art. 35 cit.), “*verso forme private di tutela incentrata non sull'accertamento, bensì sul suo risultato pratico con riferimento all'attuazione sulla realtà materiale*”³⁷¹. In altre parole, nel predetto divieto non dovrebbe vedersi tanto una impossibilità di pronunciare ordini che implicino una modifica della realtà materiale, quanto, al più, una preclusione nel pronunciare decisioni senza un previo accertamento. Ed infatti, la tutela cautelare e quella esecutiva risponderebbero a quelle esigenze dove la priorità è proprio quella di intervenire sulla realtà concreta.

3. Partendo dall'assunto per cui, ancora oggi, gli arbitri sono privi di poteri esecutivi e cautelari, è evidente, dunque, che la

³⁶⁹ in questo senso, BOVE, CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, 2006, p. 78; G.F. RICCI, *Arbitrato*, cit., 482.

³⁷⁰ Cfr., CARPI, *L'arbitrato rituale tra autonomia e aiuto giudiziale*, *CeI*, 1990, pp. 929 ss; LUISO, *Arbitrato e tutela cautelare nella riforma del processo civile*, in *Riv. Arb.*, 1991, pp. 253 ss.;

³⁷¹ Cfr., ZUCCONI GALLI FONSECA, *Misure coercitive e arbitrato*, cit., 1022. In questo senso, V., G.F. RICCI, *Arbitrato*, CARPI (a cura di), 2007, p. 482; TISCINI, *I provvedimenti decisori senza accertamento*, 2009, pp. 59 ss.

risposta all'interrogativo iniziale - ovvero sia la praticabilità dello strumento disciplinato al nuovo art. 614 bis c.p.c. anche nel giudizio arbitrale – dipende, dunque, dalla qualificazione data alla misura coercitiva in parola.

Orbene, come più nel dettaglio esaminato nei capitoli che precedono, alcuni studiosi hanno voluto individuare nell'art. 614 bis c.p.c. la creazione di vero e proprio diritto soggettivo ad una prestazione aggiuntiva³⁷². Le ragioni di questa scelta sono state esaminate in precedenza e risiedono, essenzialmente, nell'esigenza di accordare ai privati il potere di disciplinare in via negoziale *almeno* quanto viene riconosciuto all'interno di un processo. Da ciò deriverebbe la possibilità di qualificare l'*astreinte* come diritto soggettivo.

È stato, altresì, sostenuto che la misura coercitiva si configuri come una *obbligazione a formazione giudiziale*³⁷³. Da questa prospettiva si pone chiaramente il problema della più ampia questione della possibilità per i privati di disporre e irrogare sanzioni civili e, in particolare, dell'assimilabilità alla clausola penale³⁷⁴.

³⁷² PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero*, in *FI*, 2009, V, 221 ss.; AMADEI, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, in *Riv. Trim. proc. Civ.*, 2010, 351.

³⁷³ CHIZZINI, sub *Art. 614 bis c.p.c.*, cit., 149. In questo senso, cfr. BESSO, *L'art. 614-bis c.p.c. e l'arbitrato*, cit., p. 893.

³⁷⁴ Questa tesi parte dal presupposto che è escluso che la suddetta penalità possa qualificarsi come obbligazione a carattere risarcitorio³⁷⁴, in quanto il danno, come si è cercato di dimostrare in precedenza, non è il referente esclusivo della misura, ma è soltanto uno dei criteri della sua definizione, peraltro, in funzione di esclusione dell'iniquità della misura. Cfr. sul punto, MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, cit., 956. A ben vedere, l'*astreinte* italiana è sprovvista di qualsivoglia finalità risarcitoria ed, anzi, concettualmente contrapposta al risarcimento. Per tali ragioni, coloro che hanno voluto vedere nella misura coercitiva nostrana una obbligazione, anche se di matrice processuale, priva di qualsiasi carattere risarcitorio, hanno dunque fatto rientrare la stessa nella categoria delle "pene private", accostandola, dunque, all'istituto della clausola penale di cui agli artt. 1382 c.c. e ss.. Questo perché, come è noto, l'art.

Si è visto che, di là da questa facile identificazione sulla sola ed incerta base dell'idoneità ad esercitare una pressione psicologica sul destinatario, i due istituti – la misura coercitiva *ex art. 614 bis c.p.c.* e la clausola penale – sono eterogenei, e si distinguono sia per funzione (in quanto la clausola penale non svolge una funzione compulsoria³⁷⁵) che per collocazione sistematica³⁷⁶ (poiché la clausola penale, a differenza della misura coercitiva, concorre a determinare l'assetto di interessi che viene cristallizzato nel contratto, con una evidente funzione sanzionatoria).

Come si è tentato di chiarire in precedenza, la *astreinte* nostrana non è una sanzione, e tale conclusione si trae dal contesto della disposizione che induce ad escludere qualsivoglia finalità afflittiva - in particolare dal richiamo all'equità -, conclusione confermata altresì dalla circostanza, di per sé non risolutiva, che non è determinato un minimo ed un massimo edittale³⁷⁷.

Orbene, alla luce di questi brevi richiami, è evidente che qualora nella figura in esame avessimo potuto individuare un diritto

1382 c.c. conferisce alle parti la possibilità di disporre una penale per l'inadempimento o per il ritardo nell'adempimento. In tema di clausola penale, tra gli altri, vedi DE NOVA, voce *Clausola penale*, in *Dig. Disc. priv. Sez. civ.*, II, Torino, 1988, 377 ss; GABRIELLI, *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1984, pp. 901 ss; MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, p. 186 ss; MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984; MAZZARESE, *Clausola penale*, Milano, 1999; RUSSO, *Il patto penale tra funzione novativa e principio di equità*, Napoli, 2010; TATARANO, *L'adeguamento della penale tra clausola e rapporto*, Napoli, 2002; TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954, p. 153; ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991.

³⁷⁵ Sul punto, *ex multis*, cfr., TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., p. 1 s.; MARINI, *La clausola penale*, 1984; MAZZARESE, *Le obbligazioni penali*, 1990; ID., *Clausola penale*, in *Comm. Schlesinger*, artt. 1382- 1384, 1999; ZOPPINI, *La pena contrattuale*, 1991, p. 164 ss; CHIARLONI, *Misure coercitive*, cit., p. 161.

³⁷⁶ MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, cit., 970.

³⁷⁷ *Ex multis*, MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, cit., 967.

soggettivo, puro o di matrice processuale, non si sarebbe riscontrato alcuno ostacolo teorico alla ammissibilità della misura *ex art. 614 bis c.p.c.* in arbitrato, data la fungibilità di quest'ultimo rispetto all'attività giurisdizionale statale³⁷⁸.

Diversa invece sarebbe stata la conclusione laddove si fosse praticata la tesi della sanzione privata diversa dalla clausola penale.

In tale caso, “*se si ritenga che il potere dispositivo dei privati sia incompatibile con forme di sanzioni civili diverse dalla clausola penale, la previsione normativa del diritto all’astreinte ben potrebbe essere suscettibile di interpretazione restrittiva, come attribuzione al solo giudice statale del relativo potere; mentre all’arbitrato sarebbe riservato unicamente ciò che appartiene alla sfera di autonomia negoziale, riconducibile alla disciplina dell’art. 1382 c.c.*”³⁷⁹.

In altre parole, se (i) qualificiamo la misura *ex art. 614 bis c.p.c.* quale obbligazione, seppure di matrice processuale e (ii) riconosciamo la diversità di quest'ultima dalla clausola penale, il divieto di creare pene private atipiche ci conduce ad escludere che gli arbitri possano comminare misure coercitive del tipo dell’*astreinte*. A meno che tale potere non sia espressamente loro attribuito attraverso una specifica previsione nella convenzione arbitrale, nel qual caso non si tratterebbe più propriamente di una misura coercitiva.

Tuttavia, è stato affermato che tale ricostruzione riecheggerebbe la ormai superata concezione di diritto *compromettibile* come diritto *disponibile*³⁸⁰. E siccome può ben accadere che un diritto sia

³⁷⁸ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Misure coercitive e arbitrato*, in CAPPONI, SASSANI, STORTO, TISCINI (a cura di), *Il processo esecutivo*, 2014, 1019. Per un approfondimento della questione della fungibilità del processo ordinario con l’arbitrato vedi *infra*.

³⁷⁹ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Misure coercitive e arbitrato*, *cit.*, 1020.

³⁸⁰ Cfr., ZUCCONI GALLI FONSECA, *Misure coercitive e arbitrato*, *cit.*, 1020.

arbitrabile, benché su di esso non possa esercitarsi il potere, ad esempio, di transazione o di rinuncia dei privati, dovrebbe concludersi, una volta riconosciuta la natura di obbligazione dell'*astreinte*, per la possibilità degli arbitri di comminare la predetta misura, a prescindere della espressa attribuzione, nella clausola arbitrale o nel compromesso, ad opera delle parti di un siffatto potere.

4. Posto quanto sopra, a parere di chi scrive, non è questa la strada da percorrere per interrogarsi sulla praticabilità della misura coercitiva in arbitrato, in quanto, come già evidenziato nel corso del presente elaborato, la penalità di mora non può definirsi in termini negoziali.

Le ragioni per cui tale qualificazione debba essere esclusa sono ormai note, in quanto la disposizione di cui all'art. 614 *bis* c.p.c. non attribuisce/riconosce una posizione di vantaggio, ed, anzi, la sua comminatoria è soggetta alla valutazione del giudice, il quale valuta se ne ricorrano tutti i presupposti.

Infatti, all'altro polo del dibattito dottrinario si trovano coloro che nella misura coercitiva in esame vedono un accessorio giudiziale.

Nei precedenti paragrafi deputati all'inquadramento della misura in esame si è dato atto della tesi, per vero isolata ed elaborata prima della riforma del 2015, di chi ha individuato nell'art. 614 *bis* c.p.c. una mera misura esecutiva³⁸¹. Tale conclusione sarebbe avallata dalla collocazione (pre-riforma) della norma a chiusura del Titolo IV del codice di rito, circostanza che avrebbe dimostrato l'intento del legislatore di voler completare la tutela esecutiva impartita dal Libro

³⁸¹ LUISO, *Diritto processuale civile*, III, 2013, p. 237.

Terzo con il tassello mancante dell'attuazione degli obblighi infungibili.

Se si guarda, dunque, da questo angolo prospettico, è agevole concludere che l'arbitro non potrà concedere tale misura *esecutiva*, in quanto privo del relativo potere in materia³⁸². Come evidenziato in precedenza, infatti, trattandosi di un potere che, per sua natura (una forma di tutela che prevede il possibile uso della forza), è sottratto alla disponibilità dei privati (*i.e.* gli arbitri)³⁸³. E, di conseguenza, nemmeno si potrà ipotizzare che siano le parti consensualmente ad attribuire tale potere agli arbitri.

Tuttavia, nonostante in altri ordinamenti (*i.e.* in quello francese), il legislatore abbia definito la predetta misura come “*voix de l'exécution*”³⁸⁴, nel nostro ordinamento la disposizione di cui all'art. 614 *bis* c.p.c. non introduce una misura esecutiva.

Nel nostro ordinamento, la scelta del legislatore è stata diversa. Essa è una misura pronunciata dal giudice della cognizione, per cui in nessun caso potrà parlarsi di misura esecutiva. Ed infatti, l'art. 614 *bis* c.p.c. definisce la misura *de qua* quale titolo esecutivo, per cui da quando si verificherà l'inadempimento o il ritardo nell'adempimento, la pronuncia comminatoria della misura in esame costituirà titolo per cominciare l'esecuzione forzata.

4.1 Se si accede, invece, all'idea che la misura consista in un provvedimento esclusivamente endoprocessuale, a corredo della condanna e, dunque, privo di un proprio accertamento, non destinato

³⁸² Gli arbitri– come tutti i privati – non possono per definizione accedere a quella tutela che prevede il possibile uso della forza per consentire al titolare del diritto leso di ottenere quanto dovuto.

³⁸³ Cfr. SALVANESCHI, in *Arbitrato*, sub *art. 818 c.p.c.*, 2014, p. 625.

³⁸⁴ Sul quale vedi, più diffusamente, cap. III, paragrafo 1.

ad acquisire efficacia di giudicato sostanziale, si può intravedere un nuovo (apparente) ostacolo al riconoscimento in capo agli arbitri di siffatto potere *coercitivo*, e tale divieto, come sopra evidenziato, troverebbe conferma nel divieto di pronunciare provvedimenti cautelari, come previsto dall'art. 818 c.p.c.³⁸⁵.

Non che la misura coercitiva abbia natura cautelare. Tuttavia, è stato rilevato che la medesima ragione che ha spinto il legislatore a ritenere la funzione cautelare incompatibile con l'arbitrato si dovrebbe rinvenire, altresì, nella tutela coercitiva³⁸⁶.

Alla luce di quanto appena riportato, ne dovrebbe conseguire, nel silenzio della legge, l'esclusione dell'applicazione dell'art. 614 *bis* c.p.c. all'arbitrato, posto che (i) si tratta di misura a carattere processuale e deve, quindi, escludersi qualsiasi forma di accertamento di diritto, e che (ii) la sua efficacia deterrente è ontologicamente connessa alla sua forza esecutiva (*i.e.* all'attuazione sulla realtà materiale).

Per questo verso, a niente servirebbe neppure una previsione espressa dei privati che attribuiscono siffatto potere agli arbitri nella convenzione arbitrale, per la stessa ragione per cui tale potere è escluso quando la misura è definita come esecutiva: non si possono attribuire pattiziamente agli arbitri poteri che i privati stessi non hanno.

Tuttavia, tale conclusione, ovvero la inammissibilità di una pronuncia da parte degli arbitri, è apparsa difficile da accettare anche a coloro che hanno voluto vedere un ostacolo nel divieto della tutela

³⁸⁵ Cfr., CHIARLONI, voce *Misure coercitive*, in Diritto on line, www.treccani.it; ID., *L'esecuzione indiretta ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c.: confini e problemi*, in CAPPONI, SASSANI, STORTO, TISCINI (a cura di), *Il processo esecutivo*, 2014, p. 909.

³⁸⁶ Cfr., CHIARLONI, voce *Misure coercitive*, *cit.*.

cautelare arbitrale, tanto da spingerli a ricercare soluzioni alternative³⁸⁷. Come quella di richiedere, sulla base del lodo arbitrale, la misura coercitiva al giudice che sarebbe competente per il merito - al pari di quello che accade per le misure cautelari ex art. 669 *quinquies* c.p.c. -, a discapito di ogni forma di immediatezza della condanna arbitrale.

Invero, oltre a non condividersi l'assunto per cui il divieto del potere cautelare in capo agli arbitri sia espressione del più generale divieto di poteri coercitivi, allo stesso modo non può condividersi l'assunto secondo cui condanna di cui all'art. 614 *bis* c.p.c. sia una condanna *priva di accertamento*. Tale tesi rischia di spostare indebitamente l'accento sulla obbligazione principale inadempita. Infatti, il giudice della cognizione (ovvero, altresì, l'arbitro), per poter comminare la misura *de qua*, svolge eccome un accertamento. Tale accertamento ha ad oggetto la sussistenza dei presupposti richiesti dalla legge per la sua comminatoria, come individuati nell'art. 614 *bis* c.p.c.

5. L'*astreinte* nostrana interviene in sede di tutela di condanna, quando, dunque, l'assetto degli interessi stabiliti dall'autonomia privata è stato alterato ed occorre incrementare, anche se in via indiretta, l'efficacia del provvedimento di condanna.

La misura coercitiva trova la propria *ratio* in termini di tecniche di tutela, il cui orizzonte è tutto interno alla tutela giurisdizionale.

A tal proposito, è di solare chiarezza la definizione – sulla quale ci siamo profusamente soffermati in precedenza - offerta dalla

³⁸⁷ Cfr., ZUCCONI GALLI FONSECA, *Misure coercitive e arbitrato*, cit., 1024.

Suprema Corte di Cassazione³⁸⁸, che ha parlato della misura di cui all'art. 614 bis c.p.c. come un *tertium genus* di tutela di condanna, di tipo *lato sensu* indennitario. La Corte di Cassazione, in questa pronuncia, ha avuto modo di chiarire: a) che la funzione compulsoria propria delle comminatorie non ha nulla a che vedere con il risarcimento del danno giacché non assolve ad alcuna finalità riparatoria; b) che le comminatorie costituiscono una tecnica di induzione all'adempimento tramite la minaccia di un danno patrimoniale per l'inadempiente e non rivestono alcun carattere sanzionatorio³⁸⁹.

La natura di questa misura è, dunque, quella di mezzo di esecuzione indiretta attuata mediante uno strumento di pressione psicologica nei confronti del soggetto condannato. L'esecuzione indiretta mira, infatti, a “vincere la resistenza del soggetto condannato all'attuazione di un obbligo influenzando sulla sua determinazione mediante l'imposizione di misure per l'appunto compulsorie così da forzare la riottosità all'adempimento specifico del debitore recalcitrante o caparcioso”³⁹⁰.

Si può aggiungere, oggi, alla luce della riforma del 2015 (che come più volte ricordato, ha esteso l'ambito di applicazione della

³⁸⁸ Sul punto, cfr. DI MAJO, *I confini mobili della responsabilità civile* (nota a Cass., Sez. I, 15 aprile 2015, n. 7613), cit. 572 ss.; MENDOLA, *Astreinte e danni punitivi* (nota a Cass., Sez. I, 15 aprile 2015, n. 7613), in *Giur. It.*, 2016, n.1, pp. 566 ss; 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)*, cit., pp. 47 ss; GIUGLIANO, *Compatibilità delle astreintes con l'ordine pubblico italiano* (nota a Cass., Sez. I, 15 aprile 2015, n. 7613), in *Riv. Dir. Pr.*, n.1, 2016, pp. 246 ss; PILLONI, *Misure coercitive straniere e loro eseguibilità in Italia: la Cassazione riconosce la compatibilità dell'astreinte con l'ordine pubblico interno*, in *Int'l Lis*, 2016, pp. 16 ss.

³⁸⁹ Cfr., MAZZAMUTO, *L'astreinte italiana si rinnova: la riforma della comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, in *Eur. e dir. Priv.*, 2016, 1, p.11 ss.

³⁹⁰ MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, cit., 957.

misura in esame, ricomprendendovi tutti i tipi di obbligazioni, eccezion fatta per le obbligazioni pecuniarie), la pressione psicologica potrà servire anche a vincere la resistenza all'attuazione all'obbligo fungibile, laddove il protrarsi dei tempi dell'esecuzione diretta pregiudichi oltre misura le esigenze del creditore.

L'unica finalità perseguita, dunque, da tale tipo di misure coercitive va ravvisato nel perseguimento del tasso più alto di *effettività* dei provvedimenti di condanna, i quali ultimi mirano al soddisfacimento dell'interesse specifico del creditore.

Ne discende che parrebbe non potersi prospettare alcun dubbio circa la natura di *mezzo di tutela* della predetta misura compulsoria, ossia, come è stato autorevolmente definito, “*congegno tecnico preordinato al rafforzamento dell'attitudine del provvedimento di condanna ad imporsi al suo destinatario*”. Pertanto, “*è nel contesto del e al fine del processo che tale misura acquista il proprio significato giuridico e va dunque approvato il monito a rispettare la specificità strutturale e funzionale delle misure di coercizione rispetto all'esecuzione diretta al risarcimento del danno*”³⁹¹.

Il dire che la misura *ex art. 614 bis c.p.c.* è strumento di effettività del provvedimento di condanna ci consente di concludere che essa può trovare applicazione all'interno del giudizio arbitrale³⁹²?

A parere di chi scrive non può che darsi risposta affermativa a tale interrogativo, in quanto non si rinviene ragione alcuna per non riconoscere anche in capo agli arbitri un siffatto potere.

³⁹¹ MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, cit., 957.

³⁹² È l'interrogativo che si pone BESSO, *L'art. 614-bis c.p.c. e l'arbitrato*, cit. p. 893.

6. Sin dalle prime battute del presente lavoro, ogni questione trattata, ogni scelta interpretativa è stata guidata da una convinzione di fondo: che l'arbitrato e il giudizio ordinario siano *strumenti* tra loro equivalenti.

Tale è, a parere di chi scrive, la “*lente attraverso cui guardare l'intero sistema dell'arbitrato*”³⁹³. La circostanza che il legislatore abbia affidato a due organi concorrenti, a scelta delle parti, il potere di decidere sui loro diritti disponibili, non può risolversi in una minore effettività, o in una privazione della tutela giurisdizionale. Ciò in quanto la previsione dell'arbitrato e la sua equiparazione al giudizio di merito, con facoltà di scelta per le parti dell'uno o dell'altro organo decisorio per giungere al medesimo risultato, non può all'evidenza sacrificare il diritto delle parti a ottenere una risposta, affermativa o negativa, in ordine al bene della vita oggetto di contesa.

Importanza centrale nel predetto percorso ha avuto l'affermazione dell'efficacia giurisdizionale del lodo, come sancita all'art. 824 *bis* c.p.c., come accennata all'inizio di questo capitolo. Tale disposizione, come è noto, introdotta dall'art. 23 d. lgs. Del 2 febbraio 2006, n. 40, ha disposto che il lodo, dalla data della sua ultima sottoscrizione, ha “*gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria*”. Tale provvedimento ha, dunque, indiscutibilmente una funzione giurisdizionale, in quanto dotato di contenuto analogo a quello della sentenza del giudice togato³⁹⁴.

³⁹³ L'espressione è di SALVANESCHI, in *Arbitrato*, sub art. 824 *bis* c.p.c., cit., p. 791.

³⁹⁴ Cfr. E.F. RICCI, *Profili liberali della nuova disciplina dell'arbitrato*, in AA. VV., *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, p. 24 ss; LUISSO, *Diritto processuale civile*, V, 6° ed., p. 425; VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit. p. 164 ss; LA CHINA, *L'arbitrato*, 3° ed., p. 213; BOCCAGNA, sub art. 824 *bis* c.p.c., in *Commentario breve*, a cura di BENEDETTELLI, CONSOLO, RADICATI DI BROZOLO, p. 5986 ss; BOCCAGNA, *Appunti sulla nuova disciplina dei*

In questo modo, ha recentemente affermato la Consulta³⁹⁵, anticipando di poco la Corte di Cassazione³⁹⁶, l'arbitrato è diventato

rapporto tra arbitrato e giurisdizione, in AA. VV., *Studi in onore di Carmine Punzi*, p. 324; GALGANO, *Il lodo arbitrale, dunque, vale come sentenza*, in *Contr. E Impr.*, 2006, p. 297; CONSOLO, *Le impugnazioni*, 2° ed., p. 369 ss.; DANOVÌ, *Arbitrato rituale e irrituale, la qualificazione è finalmente più chiara (nella perdurante indeterminazione dei confini)*, in *Sull'arbitrato*, a cura di AULETTA, CALIFANO, DELLA PIETRA, RASCIO, p. 330; D'ALESSANDRO, *Il lodo arbitrale*, coordinato da CECHELLA, p. 133 ss; PICARDI, *Manuale di diritto processuale civile*, 2° ed., p. 676 ss.; RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, 5° ed., p. 49 ss.; ID., *Teoria privatistica, processualistica, e giurisdizionalistica dell'arbitrato rituale*, in *Arbitrato*, diretto da RUBINO SAMMARTANO, p. 83 ss; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, 22° ed., a cura di CARATTA, p. 458 ss; CAPONI, *"Natura" dell'arbitrato e controversie arbitrabili*, in *Sull'arbitrato*, a cura di AULETTA, CALIFANO, DELLA PIETRA, RASCIO, p. 128; MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, p. 233.

³⁹⁵ Corte Costituzionale, sent. 17 luglio 2013, n. 223, con nota di CONSOLO, *Il rapporto arbitri giudici, ricondotto, e giustamente, a questione di competenza con piena translatio fra giurisdizione pubblica e privata e viceversa*, in *Corr. Giur.*, 2013, p. 1107. In particolare, la Corte Costituzionale con la sentenza n. 223 del 19 luglio 2013 ha dichiarato la incostituzionalità *"dell'art. 819-ter, secondo comma, del codice di procedura civile, nella parte in cui esclude l'applicabilità, ai rapporti tra arbitrato e processo, di regole corrispondenti all'art. 50 del codice di procedura civile"*. I Giudici, nel proiettarsi nella declaratoria di illegittimità parziale interpretativa in esame, hanno affrontato senza mezze misure un indirizzo nomofilattico della Corte di Cassazione, espresso nella decisione n. 22002 del 2012, teso a leggere nel secondo comma dell'art. 819-ter c.p.c. un portato normativo unilateralmente applicabile solo ai casi in cui siano gli arbitri ad escludere la loro competenza e non pure quando sia il giudice ordinario a dichiarare la competenza a favore di quella degli arbitri. Sul punto scrive la Corte Costituzionale che *"una simile interpretazione della norma censurata – che non costituisce diritto vivente – si basa, però, su argomentazioni fragili, fondandosi esclusivamente sulla constatazione che il secondo comma dell'art.819ter menziona i rapporti fra arbitrato e processo e non quelli tra processo e arbitrato. E' evidente la debolezza dell'argomento: l'espressione utilizzata dalla norma è tale da comprendere, in generale, qualsiasi rapporto che può intercorrere, rispetto ad una stessa causa, tra arbitri e giudici. Del resto, i giudici di legittimità non hanno chiarito quale sarebbe la ratio della diversità di trattamento [...]"*, per poi chiosare che l'art. 819-ter, comma secondo, c.p.c. inibisce l'applicazione dell'art.50 c.p.c. in ambedue le ipotesi, cioè tanto quando sia l'arbitro a dichiararsi incompetente a favore del giudice statale, che viceversa.

³⁹⁶ Ci riferiamo all'ordinanza n. 24153, in data 25 ottobre 2013, delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, Presidente Rovelli, che ha risolto in senso positivo la *vexata quaestio* dell'ammissibilità del regolamento preventivo di giurisdizione per giudicare sul difetto di giurisdizione del giudice italiano quando venga eccepita l'esistenza *inter partes* di un patto compromissorio, recuperando un vecchio indirizzo (v. per tutte Cass., sez. un., 17 maggio 1995, n. 5397, in *Giust.*

strumento pienamente alternativo al giudizio davanti al giudice e, in quanto tale, in grado di sostituirlo con piena equivalenza³⁹⁷.

È su questo fondamentale assunto che si deve sviluppare e innestare lo sforzo ermeneutico richiesto all'interprete, il quale, di fronte alla inevitabile mancanza di una compiuta regolamentazione, e quindi in assenza di una espressa presa di posizione del legislatore in relazione alle singole disposizioni che regolano il processo dinanzi al giudice togato, è chiamato a tradurre in termini particolari in cosa

Civ., 1996, I, 479 ss., con nota di GIOVANNETTI), che era stato superato dal diverso orientamento della giurisprudenza (contrario all'ammissibilità *in subiecta materia* del regolamento di giurisdizione) formatosi dopo la nota pronuncia di Cass., sez. un., 3 agosto 2000, n. 257, in *Riv. arb.*, 2000, 704 ss., con nota di FAZZALARI, e in *Riv. dir. proc.*, 2001, 254, con nota di E. F. RICCI, nonché in *Corr. Giur.*, 2000, p. 51 ss., con note di CONSOLO, RUFFINI e MARINELLI. La soluzione cui sono giunte oggi le Sezioni Unite era stata peraltro prospettata in dottrina, con ampiezza di argomenti da CONSOLO, *L'arbitrato con sede estera, la natura della relativa eccezione e l'essenziale compito che rimane affidato al regolamento della giurisdizione italiana*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino, 2008, vol. II, 407 ss., perc. 408 ss., 444 ss., il quale notava che a fronte della scelta parziale del legislatore del 2006 esclusivamente del regolamento di competenza, proprio lo strumento del regolamento di giurisdizione esperibile per ragioni internazionalistiche può svolgere un ruolo particolarmente importante.

³⁹⁷ Sul punto, cfr. E. F. RICCI, *Profili liberali della nuova disciplina dell'arbitrato*, AA. VV., *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, p. 24 ss; LUISO, *Diritto processuale civile*, V, 6° ed., pp. 425 ss., VERDE, *Lineamenti*, pp. 164 ss.; LA CHINA, *L'arbitrato*, 3° ed., p. 213, BOCCAGNA, sub art. 824 bis, in *Commentario breve*, a cura di BENEDETTELLI, CONSOLO, RADICATI DI BROZOLO, pp. 5986 ss; BOCCAGNA, sub art. 824 bis, in *Codice di procedura civile commentato*, diretto da CONSOLO, 5° ed., pp. 1967 ss; BOCCAGNA, *Appunti sulla nuova disciplina dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione*, in AA.VV., *Studi in onore di Carmine Punzi*, p. 324; GALGANO, *Il lodo arbitrale vale, dunque, come sentenza*, in *Contr. e Impr.*, 2006, 297; CONSOLO, *Le impugnazioni*, 2° ed., p. 369; DANOVÌ, *Arbitrato rituale e irrituale, la qualificazione è finalmente più chiara (nella perdurante indeterminatezza dei confini)*, in *Sull'arbitrato*, a cura di AULETTA, CALIFANO, DELLA PIETRA, RASCIO, p. 330; D'ALESSANDRO, *Il lodo arbitrale, in il nuovo processo arbitrale*, coordinato da CECHELLA, pp. 133 ss; PICARDI, *Manuale*, 2° ed., p. 676 ss; RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, 5° ed., pp. 49 ss; ID., *Teorie privatistica, processualistica, e giurisdizionalistica dell'arbitrato rituale*, in *Arbitrato*, diretto da RUBINO SAMMARTANO, pp. 83 ss.; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, 22° ed. a cura di CARATTA, pp. 458 ss.; CAPONI, «*Natura*» dell'arbitrato e controversie arbitrabili, in *Sull'arbitrato*, a cura di di AULETTA, CALIFANO, DELLA PIETRA, RASCIO, p. 128; MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, p. 233.

consista l'equiparazione tra arbitro e giudice, voluta dal legislatore e dalla giurisprudenza.

Orbene, posto quanto sopra, occorre ribadire come l'art. 614 bis c.p.c. sia espressione, manifestazione della tutela condannatoria. La Suprema Corte di Cassazione, con la sopracitata decisione n. 7613 del 15 aprile 2015 (rel. Nazzicone)³⁹⁸ ha individuato con chiarezza le caratteristiche principali della misura coercitiva *de qua*.

È evidente – e tali conclusioni possono ormai ritenersi dimostrate al termine di questo studio-, che l'istanza di applicazione dell'*astreinte* non è tesa a conseguire una tutela qualitativamente maggiore o diversa da quella richiesta con la domanda di condanna, ma una tutela *ausiliaria* del consequenziale diritto della parte vittoriosa ad ottenere l'adempimento della prestazione riconosciuta come dovuta dal provvedimento di condanna. Essa, come rilevato, è irrogabile solo su istanza di parte: trattandosi di una forma particolare di tutela giurisdizionale, evidentemente il legislatore ha ritenuto che ad essa non possa provvedere il giudice *ex officio*, a differenza di quanto accade per le *astreintes* francesi.

L'unica finalità perseguita dalle misure di coercizione indiretta del tipo dell'*astreinte* e dalla comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c. va ravvisata nel perseguimento del principio di effettività dei provvedimenti di condanna, mirando al soddisfacimento dell'interesse specifico del creditore. Ne discende 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

³⁹⁸ Cass., 15 aprile 2015, n. 7613, in *Diritto & Giustizia*, 2015, 32, con nota di BASSO, *Efficacia in Italia l'ordinanza "astreinte" del giudice si altro Stato Comunitario*, ma v. già Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183, e Cass., 8 febbraio 2012, n. 178.

provvedimento di condanna ad imporsi al suo destinatario (su cui v. più diffusamente *supra*).

Una volta dimostrata e riconosciuta la appartenenza della misura all'alveo della tutela di condanna e una volta condivisa 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 ricordo³⁹⁹.

Di là da chi⁴⁰⁰ 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.

Ma, nel silenzio delle parti, gli arbitri, su istanza di parte, potranno pronunciare la condanna di cui all'art. 614 *bis* c.p.c.⁴⁰¹.

Se si parte dall'assunto che tale potere rientri tra le prerogative dell'arbitro, quale manifestazione della tutela di condanna, allora non si capisce neppure per quale ragione vi debba essere una attribuzione espressa dei privati nella convenzione arbitrale⁴⁰².

Così come si ritiene che un ulteriore falso problema alla praticabilità di questo strumento in arbitrato sia la mancanza del mezzo di impugnazione da riconoscere all'istante per contestare

³⁹⁹ V., CARRATTA, *L'esecuzione forzata indiretta delle obbligazioni di fare infungibile o di non fare: i limiti delle misure coercitive dell'art. 614 bis c.p.c.*, su www.treccani.it.

⁴⁰⁰ Così CHIZZINI, sub *Art. 614 bis c.p.c.*, cit., p. 149.

⁴⁰¹ Nello stesso senso, cfr., BESSO, *L'art. 614-bis c.p.c. e l'arbitrato*, cit., p. 895.

⁴⁰² Nello stesso senso, cfr. BOVE, *La misura coercitiva di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, su www.judicium.it.

specificamente il capo relativo alla decisione della misura, posto che non sembrerebbe possibile ricavarlo dal catalogo dei motivi di cui all'art. 829 c.p.c.. Secondo alcuni⁴⁰³ si tratterebbe di una lacuna propria della giustizia privata, di cui le parti sarebbero consapevoli a monte, e che comporterebbe una rinuncia alla possibilità di riesaminare la misura. Secondo altri⁴⁰⁴, si dovrebbe propendere per l'impugnabilità del capo relativo alla misura *ex art. 829, comma 1, c.p.c.*, anche se le parti non hanno previsto l'impugnabilità per *errores in iudicando*.

Tuttavia, a parere di chi scrive, anche tale interrogativo si risolve partendo dall'assunto della natura processuale riconosciuta alla decisione sull'istanza, e il fatto che è assunta in applicazione di una norma processuale, la rende idonea ad invalidare il lodo e ad essere impugnabile proprio ai sensi dell'art. 829, comma 1, c.p.c.⁴⁰⁵.

Affermare l'inapplicabilità dell'art. 614 *bis* c.p.c. da parte degli arbitri, infatti, non può che essere interpretato come una definitiva individuazione della giustizia arbitrale come una giustizia di secondo ordine, rispetto a quella ordinaria. In altre parole, non si farebbe che conclamare la minore efficacia ed efficienza di un lodo rispetto ad una sentenza, con evidente effetto disincentivante nei confronti del ricorso alla giustizia arbitrale rispetto a quella ordinaria, a dispetto delle solari

⁴⁰³ cfr. BOVE, *La misura coercitiva di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁰⁴ cfr., LUISO, *Diritto processuale civile*, *cit.*, p. 240.

⁴⁰⁵ Cfr. DELLE DONNE, *L'introduzione dell'esecuzione indiretta nell'ordinamento giuridico italiano: gli artt. 614 bis c.p.c. e 114, comma 4, lett. E) Codice del processo amministrativo*, in *L'esecuzione processuale indiretta*, a cura di CAPPONI, 2011, p. 147 ss.

intenzioni della giurisprudenza più recente, che come sopra evidenziato, vanno decisamente nella direzione opposta⁴⁰⁶.

Da ultimo, risulta impietosa anche l'analisi dal punto di vista comparatistico, ove si consideri che nell'ordinamento francese, espresse norme di legge prevedono l'utilizzabilità per l'arbitro dell'istituto dell'*astreinte*. Il legislatore francese del 2011⁴⁰⁷, nel novellare la disciplina dell'arbitrato ha espressamente previsto la pronuncia dell'*astreinte* da parte dell'arbitro in due situazioni: quando ordina alla parte di produrre elementi di prova⁴⁰⁸ e quando pronuncia un provvedimento cautelare⁴⁰⁹.

Chi scrive è consapevole che la futura fortuna dell'arbitrato è ancora oggi legata alla sua capacità di fornire uno strumento alternativo di risoluzione delle controversie che funzioni e non lasci l'interprete con la sensazione di trovarsi di fronte ad un labirinto

⁴⁰⁶ Per tale ragione non si condivide la seppure affascinante soluzione fornita da BESSO, *L'art. 614-bis c.p.c. e l'arbitrato*, cit., p. 894, la quale, riproponendo la impostazione classica per cui gli arbitri sarebbero privi di poteri di comando, conclude nel senso della possibilità per questi ultimi di comminare tale misura, sull'assunto per cui che essa rientrerebbe nelle misure ancillari la condanna.

⁴⁰⁷ Sulla portata della novella dell'arbitrato operata dal decreto 13 gennaio 2011, cfr., per tutti, JARROSSON-PELLERIN, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, in *Revue de l'Arbitrage*, 2011, p.5 ss.. Nella lettera italiana, si vedano BONATO, *L'ultima riforma francese dell'arbitrato*, *Riv. dell'Arb.*, 2012, fasc. III, p. 491 ss; DE SANTIS-WINKLER, *La riforma francese del diritto dell'arbitrato*, I, *La convenzione d'arbitrato e il procedimento arbitrale*, *DCInt*, 2011, p. 964 ss.

⁴⁰⁸ Art. 1467 c.p.c.: “*si une partie détient un élément de preuve, le tribunal arbitral peut lui enjoindre de le produire selon les modalités qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte*”.

⁴⁰⁹ Art. 1468 c.p.c.: “*le tribunal arbitral peut ordonner aux parties, dans les conditions qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune*”. Il potere cautelare dell'arbitro – prima del 2011 riconosciuto dalla giurisprudenza – viene però dallo stesso articolo escluso per quanto concerne i sequestri.

normativo e la parte a rischio di perdere ogni tutela a causa di preclusioni occulte⁴¹⁰.

Per cui, non resta che rimanere ad osservare come si comporteranno studiosi della materia e operatori del diritto in tema di misure coercitive in arbitrato, con l'auspicio che una conclusiva affermazione dell'applicabilità dell'art. 614 *bis* c.p.c. all'arbitrato rituale coincida con una definitiva consacrazione della giustizia arbitrale come metodo di risoluzione delle controversie effettivo, paritetico ed alternativo, rispetto alla giustizia statale.

⁴¹⁰ Così, CAPPONI, sub *art. 819 ter c.p.c.*, in *Arbitrato*, a cura di BRIGUGLIO e CAPPONI, p. 881.

BIBLIOGRAFIA

- A. VV., *Kommentar zur Zivilprozessordnung, Neuwied-Darmstadt*, 1987;
- ACONE, D'ALESSANDRO e FRASCA, note a sentenza della Corte Cost. 19 luglio 2013, n. 223, in *Foro it.*, 2013;
- AMADEI, *Tutela esecutiva ed azione inibitoria delle associazioni dei consumatori*, in *Riv. esec. forz.*, 2003, n. 2-3;
- AMADEI, *Un'astreinte a tutela dei consumatori (nota sul comma 5-bis dell'art.3, l. n.281/1998)*, in *Giust. Civ.*, 2002, II;
- AMADEI, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2010;
- AMAR, *Dei giudizi arbitrali*, Torino, 1879;
- ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979;
- ARE, *L'obbligazione e la sua esecuzione coattiva*, Roma, 1928;
- ARIETA, *I provvedimenti di urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Padova, 1985;
- ARIETA, *Note in tema di rapporti tra arbitrato rituale ed irrituale e tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1993;
- ASPRELLA, *L'esecuzione processuale indiretta nel processo civile*, in *Riv. Esec. Forz.*, 2012;
- ATTARDI A., *L'interesse ad agire*, Padova, 1958;
- AULETTA, *Multe giudiziali e valutazione dei danni futuri in materia di marchi*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1946;
- BALBI, *Provvedimenti d'urgenza*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., XVI*, Torino, 1997;
- BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della L. 18 giugno 2009, n. 69)*, in *Giusto proc. civ.*, 2009;

BALLADORE PALLIERI, *Il problema della sovranità dello Stato (Stato e diritto)*, in *Dottrina dello Stato*, Padova 1964;

BARRECA L., *L'attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare (art. 614 bis c.p.c.)*, in *Riv. Esec. For.*, 2009;

BARTOLOMUCCI, *Conciliazione extragiudiziale*, in *Digesto Disc. Priv.*, Agg., 3, I, Torino, 2007;

BARTOLOMUCCI, *sub art. 140*, in *Codice del consumo. Commentario*, a cura di ALPA-CARLEO, Napoli, 2005;

BASILICO, G., *La tutela civile preventiva*, Milano, 2013

BASSO, *Efficace in Italia l'ordinanza 'astreinte' del giudice di altro Stato comunitario*, nota a Cass., 15 aprile 2015, n. 7613, in *Diritto & Giustizia*, 17, 2015;

BAUDRY-LACANTINERIE-BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, Paris, 1900;

BELLI, *Codice del consumo – Commentario del D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206*, TRIPODI E BELLI (a cura di), Rimini, 2006;

BENUCCI, *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, in VETTORI (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002;

BESSO, *L'art. 614-bis c.p.c. e l'arbitrato*, in CAPPONI, SASSANI, STORTO, TISCINI (a cura di), *Il processo esecutivo*;

BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936;

BIANCA v, in *Riv. giur. lavoro e previdenza sociale*, 1992, IV, II, 996, nota a Cass., 17 luglio 1992, n. 8721;

BIANCA, *Diritto civile*, vol. V, Milano, 1994;

BIAVATI, *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, Milano, 1997;

BOCCAGNA, *“Translatio iudicii” tra giudici e arbitri: la decisione della corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 2014;

BOCCAGNA, *Appunti sulla nuova disciplina dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione*, in AA. VV., *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino, 2008;

BOCCAGNA, sub art. 824 bis c.p.c., in *Commentario breve*, a cura di BENEDETTELLI, CONSOLO, RADICATI DI BROZOLO, Padova, 2010;

BODIN, *(Les) six livres de la Republique*, Paris, 1576;

BONATO, *L'ultima riforma francese dell'arbitrato*, *Riv. dell'Arb.*, 2012, fasc. III;

BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*, Napoli, 2012;

BONSIGNORI, *Esecuzione forzata in genere*, Digesto di Scienze privatistiche, Sez. civ. Torino 1991;

BORÉ, *La collaboration du juge du législateur dans l'astreinte judiciaire*, in *Réc. M. Ancel*, Paris, 1975;

BORE' – L. BORE', *Astreintes*, in *Repertoire de Droit Civile*, Paris, 1996;

BORRÈ, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, Napoli, 1965;

BOVE M., *Brevi riflessioni sui lavori in corsi nel riaperto cantiere della giustizia civile*, in www.judicium.it;

BOVE, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. Arb.*, 2007;

BOVE, BRIGUGLIO, MENCHINI, SASSANI, note a sentenza della Corte Cost. 19 luglio 2013, n. 223, in *Riv. Arb.*, 2014;

BOVE, CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, in *Il Sole 24 ore*, 2006;

BOVE, *L'accordo conciliativo rivisitato dal c.d. "decreto del fare"*, in *Soc.*, 2013;

BOVE, *La misura coercitiva di cui all'art. 614 bis c.p.c.*, in www.Judicium.it;

BOVE, *La misura coercitiva di cui all'art. 614 bis c.p.c.*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2010;

BOVE, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto delegato*, in *Riv. dir. proc.*, 2010;

BRIGUGLIO, sub *art. 818 c.p.c.*, in *Dell'arbitrato*, a cura di VACCARELLA E VERDE, Torino, 1997.

BROGGINI, *Compatibilità di sentenze statunitensi di condanna al risarcimento dei "punitive damages" con il diritto europeo della responsabilità civile*, in *Europa e Dir. priv.*, 1999;

BUCCI-SOLDI, *Le nuove riforme del processo civile*, Padova, 2009;

BUSINELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Europa e Dir. Civ.*, 2009, 4;

CALAMANDREI P., *La condanna*, in *Opere giuridiche*, Napoli, V, 1972;

CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, in *Studi sul processo civile*, II, Padova 1930;

CALAMANDREI, *La sentenza soggettivamente complessa*, in *Riv. dir. proc.*, 1924;

CAPOBIANCO – PERLINGIERI, in *Codice del consumo*, Napoli, 2009, sub art. 140;

CAPONI, «*Natura*» *dell'arbitrato e controversie arbitrabili*, in *Sull'arbitrato*, a cura di di AULETTA, CALIFANO, DELLA PIETRA, RASCIO, Jovene Editore, 2010;

CAPONI, *Delega in materia di conciliazione delle controversie*, in *Foro it.*, 2009;

CAPPONI (a cura di), *L'Esecuzione processuale indiretta*, Milano, 2011;

CAPPONI B., *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, Torino, 2016;

CAPPONI-GASPARINETTI-VERARDI, *La tutela collettiva del consumatore*, Napoli, 1995;

CAPPONI, *A prima lettura sulla delega legislativa al Governo “per l’efficienza della giustizia civile”*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2014;

CAPPONI, *Arbitrato e giurisdizione*, in *Giust. Proc.*, 2007;

CAPPONI, *Astreintes nel processo civile italiano?*, in *Giust. Civ.*, 1999, II;

CAPPONI, *Astreintes nel processo civile italiano?*, in *Studi sul processo di espropriazione forzata*, Torino, 1999;

CAPPONI, *L’esecuzione processuale indiretta*, Torino, 2011;

CAPPONI, *Ma l’astreinte in materia brevettuale è titolo esecutivo?*, nota a A. Milano, 10-2-2004, in *Riv. Esec. Forz.*, 2004;

CAPPONI, sub art. 819 ter c.p.c., in *Arbitrato*, a cura di BRIGUGLIO e CAPPONI, Padova, 2009;

CAPPONI, *Un nuovo titolo esecutivo nella disciplina della mediazione/ conciliazione*, in *Riv. Es. Forz.*, I, 2011;

CAPURSO, *I limiti della sovranità negli ordinamenti democratici*, Milano, 1967;

CARBONE, *Relazione sull’amministrazione della giustizia nell’anno 2008*, in *Giust. civ.*, 2009;

CARBONE, *Riflessi sul valore sanzionatorio dell’astreinte e sulla sua applicazione del processo amministrativo*, in *Foro amm.*, CdS, 2014;

CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936;

CARNEVALI, *Nuova mediazione civile e commerciale e “Decreto Fare”*, in *Contratti*, 2013;

CARPI *I procedimenti cautelari e l’esecuzione nel disegno di legge per la riforma urgente del c.p.c.: la competenza e il procedimento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1990;

CARPI, *L'arbitrato rituale fra autonomia e aiuto giudiziario*, in *Contr. e impr.*, 1990;

CARPI, *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, Milano, 1979;

CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, in MANDRIOLI-CARRATTA, Giappichelli, 2009;

CARRATTA, *L'esecuzione forzata indiretta delle obbligazioni di fare infungibile o di non fare: i limiti delle misure coercitive dell'art. 614 bis c.p.c.*, su www.treccani.it;

CASSANO, *In tema di danni endofamiliari: la portata dell'art. 709-ter, comma 2, c.p.c. ed i danni prettamente "patrimoniali" fra congiunti*, in *Dir. Fam. Pers*, 2008;

CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale, ibidem*, 2008;

CASTRONOVO, *Il risarcimento punitivo che risarcimento non è*, in CERAMI-SERIO (a cura di), *Scritti di Comparazione e Storia giuridica*, Torino, 2011;

CECHELLA, *Il processo cautelare. Commentario*, Torino, 1997;

CENDON (a cura di), *La prova ed il quantum nel risarcimento del danno*, Torino, 2014;

CHABAS-S. DEIS, *Astreintes*, in *Repertoire de procédure civile*, Paris, 1998;

CHIARELLI, voce *Sovranità*, in *Nov.imo Dig. It.*, 1970;

CHIARLONI S., *Le principali novità introdotte nel c.p.c. con la l. n. 69/09*, in AA. VV. *Le recenti riforme del processo civile. Aggiornamento alla l. 18.6.2009, n. 69*, CHIARLONI S. (diretto da), Bologna, 2009;

CHIARLONI, *Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato*

societario e sulla natura del lodo, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004;

CHIARLONI, *Giurisdizione e amministrazione nell'espropriazione forzata*, in AA.VV., *L'effettività della tutela del creditore nell'espropriazione forzata*, Milano, 1992;

CHIARLONI, ID., *L'esecuzione indiretta ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c.: confini e problemi*, in CAPPONI, SASSANI, STORTO, TISCINI (a cura di), *Il processo esecutivo*, 2014;

CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano 1980;

CHIARLONI, voce *Misure coercitive*, in *Diritto on line*, www.treccani.it;

CHIAVEGATTI, *La penalità di mora ex art. 124 C.P.I. come misura di rafforzamento dell'inibitoria*, in *Riv. dir. ind.*, 2007, I;

CHINÈ, *I diritti dei consumatori e degli utenti – Un commento alle leggi 30-7-1998, n. 281 e 24-11-2000, n. 340 e al decreto legislativo 23-4-2001, n. 224*, ALPA E LEVI (a cura di), Milano, 2001;

CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1935;

CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923;

CHITI, *I nuovi poteri del giudice amministrativo: i casi problematici delle sanzioni alternative e delle astreintes*, in *La giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa* a cura di GRECO, Milano, 2012;

CHIZZINI A., *Prolegomena a ogni futura metafisica del “giusto processo” che voglia presentarsi come rispettosa della tutela costituzionale dei diritti*, I, Napoli, 2008;

CHIZZINI, sub *Art. 614 bis c.p.c.*, in BALENA-CAPONI-CHIZZINI-MENCHINI, (a cura di), *La riforma della giustizia civile, Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, 2009;

CODOVILLA, *Del compromesso e del giudizio arbitrale*, Torino, 1915;

COLESANTI V., *Misure coercitive e tutela dei diritti*, in *Riv. dir. proc.*, 1980;

COMMANDATORE, *Osservazione su presupposti e limiti per l'applicazione della penalità di mora prevista dall'art. 114, comma 4, lett. e), c.p.a.*, in *Giur. It.*, 2013;

COMOGLIO, *Commenti all'art. 24 Cost.*, in *Commento alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, vol. *Rapporti Civili*, Bologna-Roma, 1981;

COMOGLIO, *Diritti fondamentali e garanzie processuali comuni nella prospettiva dell'Unione Europea*, in *Foro It.*, 1994, V;

COMOGLIO, *L'effettività della tutela giurisdizionale nella carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, *La nuova giur. Civ. comm.*, 2001;

COMOGLIO, *Principi costituzionali e processo di esecuzione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1994;

CONSOLO (LUISO E SASSANI), *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996;

CONSOLO C. GODIO F., *Commento sub art. 614 bis c.p.c.*, in *Commentario del codice di procedura civile*, COMOGLIO L. P. CONSOLO C. SASSANI B. VACCARELLA R. (diretto da), 2013;

CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile, I, Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, Padova, 2012;

CONSOLO, CONSOLO, LUISO, SASSANI, *sub art. 669-quinquies c.p.c.*, *Commentario alla riforma del processo civile*, 1996;

CONSOLO, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze dopo la legge n. 69 del 2009*, 2009;

CONSOLO, *Il rapporto arbitri giudici, ricondotto, e giustamente, a questione di competenza con piena translatio fra giurisdizione*

pubblica e privata e viceversa, in *Corr. Giur.*, 2013;

CONSOLO, IN CONSOLO-DE CRISTOFARO, *Clausole abusive e processo*, in *Cor.G.*, 1997;

CONSOLO, *L'arbitrato con sede estera, la natura della relativa eccezione e l'essenziale compito che rimane affidato al regolamento della giurisdizione italiana*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino, 2008;

CONSOLO, RUFFINI e MARINELLI, note a sentenza Cass., sez. un., 3 agosto 2000, n. 257, in *Corr. Giur.*, 2000;

CONSOLO, *Spiegazioni di dir. Proc. Civ.*, in *Le tutele*, I, Torino, 2012;

CONSOLO, *Una buona "novella" al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis ee 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corriere giuridico*, n.6, 2009;

CONTE, *Sentenze costitutive e provvisoria esecuzione dei capi condannatori: un condivisibile passo in vani della suprema Corte (con una digressione su alcuni problemi aperti)*, in *Giur. It.* 2008;

CONTI, *Codice del consumo. Una pagina nuova nella tutela consumeristica. Prime riflessioni sulla tutela in materia di clausole abusive*, in *CoG*, 2005;

CORRADO, *Opere dell'ingegno. Privative industriali*, Milano, 1961;

CORTESE, voce *Sovranità (Storia)*, in *Enc. Giur.*, XLIII, Milano, 1990;

CORVINO, *L'accordo di conciliazione e la coercizione indiretta all'adempimento*, in *Contratti*, 2014;

COSTANTINO, *Tutele di condanna e misure coercitive*, in *Giur. it.*, 2014;

CRIVELLI, *La natura e le fonti dell'esecuzione forzata*, in AA.VV., *Esecuzione forzata e processo esecutivo*, Torino, 2006;

CRIVELLI, *Principi, azione, soggetti, oggetto*, in AA.VV., *Esecuzione forzata e processo esecutivo*, Utet, 2012;

CROCI, *Esecuzione forzata per obblighi di fare e non fare*, in *La nuova esecuzione forzata dopo la l. 18 giugno 2009, n. 69*, a cura di DEMARCHI, Bologna, 2009;

CROSA, *Il principio della sovranità dello Stato nel diritto italiano*, in *Arch. Giur.*, 1933;

D’ALESSANDRO, *Il lodo arbitrale*, in *Il nuovo processo arbitrale*, coordinato da CECHELLA, Torino, 2005;

D’ALESSANDRO, *La circolazione della condanna ex art. 614 bis c.p.c. nello spazio europeo*, in *Giur. It.*, 2014;

D’AMICO, *Sull’applicabilità dell’art. 614 bis c.p.c. ai provvedimenti cautelari*, in *Riv. Dir. proc.*, 2014;

D’ARIENZO, *Penalità di mora (o astreintes) nel giudizio di ottemperanza: criticità e prospettive della disciplina alla luce delle novità introdotte dalla legge di stabilità 2016*, su <http://www.federalismi.it/document/18102016132113.pdf>;

DANOVI, *Arbitrato rituale e irrituale, la qualificazione è finalmente più chiara (nella perdurante indeterminatezza dei confini)*, in *Sull’arbitrato*, a cura di AULETTA, CALIFANO, DELLA PIETRA, RASCIO, Torino, 2010;

DAWSON, *Specific performance in France and Germany*, in *57 Mich. L. Rev.*, 1959;

DE MARZO, *Legge comunitaria 2001 e tutela del contraente debole*, in *CoG*, 2002;

DE NOVA, voce *Clausola penale*, in *Dig. Disc. priv. Sez. civ.*, II, Torino, 1988;

DE ROSSI, *Il Contempt of Court e le specific Performance nel diritto inglese*, Roma, 1934;

DE SANTIS-WINKLER, *La riforma francese del diritto dell'arbitrato*, I, *La convenzione d'arbitrato e il procedimento arbitrale*, DCInt, 2011;

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.*, Riv. es. for., 2009;

DELLE DONNE, *Astreinte e condanna pecuniaria della P.A. tra Codice di procedura civile e Codice del processo amministrativo*, in Riv. Es. Forz., 2011;

DELLE DONNE, *L'attuazione delle misure cautelari*, Roma 2012;

DELLE DONNE, *L'introduzione dell'esecuzione indiretta nell'ordinamento giuridico italiano: gli artt. 614 bis c.p.c. e 114, comma 4, lett. E) Codice del processo amministrativo*, in *L'esecuzione processuale indiretta*, a cura di CAPPONI, 2011;

DENTI, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano 1953;

DENTI, *Valori costituzionali e cultura processuale*, in Riv. Dir. proc., 1984;

DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, in MAZZAMUTO (a cura di), vol. II, Napoli, 1989;

DI MAJO, *I confini mobili della responsabilità civile* (nota a Cass., Sez. I, 15 aprile 2015, n. 7613), in *Giur. It.*, 2016, n.1;

DI MAJO, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *Europa e Dir. Civ.*, 2008, 2;

DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, III, IV ed., in *Problemi e metodo del diritto civile*, Milano, 2003;

DI MAJO, *La tutela dei diritti*, Giuffrè, 1993;

DINI, MAMMONE, *I provvedimenti d'urgenza nel diritto processuale civile e nel diritto del lavoro*, Milano, 1997;

DONDI, *L'astreinte endoprocessuale*, *Rtdpc*, 1981;

DONDI, *Una pagina di Pekelis rivisitata*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Milano, 1982 e già in *Studi in onore di Antonio Cicu*, Milano 1951;

DONNIER-J.B.DONNER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Litec, 2008;

EISMEN, *Pein ou reparation*, in Mel. Roubier, Paris, 1961, II;

ESMEIN, *L'origine et la logique de l'astreinte*, in *Rev. Trim. dr. Civ.*, 1903;

FABIANI, *Profili critici del rapporto fra mediazione e processo*, in *Soc.*, 2010;

FAVA, *Funzione sanzionatoria dell'illecito civile? Sul Una decisione costituzionalmente orientata sul principio compensativo conferma il contrasto tra i danni punitivi e ordine pubblico*, in *Corr. Giur.*, 2009, 4, (Nota ad App. Trento Bolzano, 16 agosto 2008);

FAZZALARI, nota a sentenza Cass., sez. un., 3 agosto 2000, n. 257, in *Riv. arb.*, 2000;

FAZZALARI, *Una svolta attesa in ordine alla "natura" dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2001;

FEDOZZI, *L'arbitrato nel diritto processuale civile internazionale*, Palermo, 1908;

FERRARA-MAZZAMUTO-VERDE, *Alcune proposte in materia di giustizia civile*, in *Foro it.*, 2000;

FERRI, *La sentenza ex art. 2932 c.c.*, in *Dir. priv.*, 1995;

FINOCCHIARO, in *Commentario del codice civile diretto da E. Gabrielli, Della tutela dei diritti a cura di G. Bonilini e A. Chizzini*, Milano 2016;

FLEISCHER, *In defence of Civil Contempt Sanctions*, in *Columbia Journal Law*, v. 36, 2002-2003;

FLORIDIA, *La tutela giurisdizionale dei diritti di proprietà industriale*, in AA. VV., *Diritto industriale*, III ed., Torino 2009;

FOÀ – UBALDI, *L'emancipazione dell'astreinte amministrativa: un modello sui generis?*, in *Resp. civ. E prev.*, fasc. 1, 2015;

FOSSIER, *Les astreinte*, in *Droit et pratique des voies d'exécution*, sous la direction de GUINCHARD ET MOUSSA, DALLOZ, 2013/204;

FOX, *The history of Contempt of Court*, Oxford, 1927;

FRAGALI, *Ipoteca*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972;

FRANCESCHELLI, *Sui marchi d'impresa*, Milano, 1970;

FRIGNANI, *Il "contempt of Court" quali quale sanzione per l'inesecuzione dell'"injunction"*, in *Riv. Trim. Proc. Civ.*, 1972;

FRIGNANI, *Il mondo dell'Astreinte: sviluppi recenti e prospettive*, *RassDC*, 1988;

FRIGNANI, *L'injunction nella Common Law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Milano, 1974;

FRIGNANI, *La penalità di mora nel diritto comunitario, francese e italiano*, in *Riv. dir. ind.*, 1974;

FURNO, *La sanzione in futuro di cui all'art. 66 legge marchi: misura risarcitoria o rafforzamento dell'inibitoria?*, in *Riv. Dir. ind.*, 2003;

GABRIELLI, *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1984;

GALGANO, *Il lodo arbitrale vale, dunque, come sentenza*, in *Contr. e Impr.*, 2006;

GALIZIA, *La teoria della sovranità dal Medioevo alla rivoluzione francese*, Milano 1951;

GAMBINERI, *Attuazione degli obblighi di fare infungibili e di non fare*, in *Foro it.* 2009, V;

GARBAGNATI, *Azione e interesse*, in *Jus*, 1955;

GASTALDO, *Le differenze tra penalità di mora e risarcimento del danno nel giudizio di ottemperanza*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2016;

GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 2015, 57;

GENTILE, *Provvedimenti inibitori: sanzionate le inadempienze*, in *Guida al Diritto il Sole 24 Ore*, n. 14 del 13 aprile 2002;

GHIRARDINI, *Sull'arbitrato nel diritto processuale civile internazionale*, in *Riv. dir. civ.*, 1910;

GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della Direttiva 2008/52/CE)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009;

GHIRGA, sub art. 818 c.p.c., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di MENCHINI, 2010, Padova;

GIANNINI, voce *Sovranità (Diritto vigente)*, in *Enc. Giur.*, XLIII, Milano 1990;

GIUGLIANO, *Compatibilità delle astreintes con l'ordine pubblico italiano* (nota a Cass., Sez. I, 15 aprile 2015, n. 7613), in *Riv. Dir. Pr.*, n.1, 2016;

GIUSSANI, *Decreto ingiuntivo non opposto di liquidazione di misura coercitiva accessoria a provvedimento cautelare e sospensione della sua esecuzione ex art. 23, reg. CE 805/2004*, in *Il processo esecutivo. Liber amicorum Romano Vaccarella*, 2014;

GNES, *I privilegi dello Stato debitore*, Milano, 2012;

GORLA, *Del pegno. Delle ipoteche*, in SCIALOJA, BRANCA, *Commentario del codice civile, sub artt. 2784-2899*, Bologna-Roma, 1968;

GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, Milano, 1954;

GRECO, *La giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Milano, 2012;

GUCCIONE, *L'“astreinte” amministrativa. Problematiche applicative dell'art. 114, co. 4, lett. e), c.p.a. e prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Rass. avv. Stato*, 2012;

GUINCHARD – T. MOUSSA, *Droit et pratique des voies d'exécution*, Paris, 2000, §3102;

HAZARD-TARUFFO, *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bologna, 1993;

IULIEN - J . TAORMINA, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, LGDJ, 2000;

IUORIO M. A., FANELLI G., *La penalità di mora nel diritto italiano*, in AA. VV, *L'esecuzione processuale indiretta*, CAPPONI B. (a cura di), Torino, 2011;

IUORIO, *Il nuovo art. 614 bis cod. proc. civ.: introduzione dell'esecuzione indiretta nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. Es. For.*, 2009;

IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, Torino, 2013;

JARROSON-PELLERIN, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, in *Revue de l'Arbitrage*, 2011;

JEULAND, nota a Corte di Appello di Parigi, 7 ottobre 2004, in *Revue de l'Arbitrage*, 2005;

LA CHINA, *Esecuzione forzata (profili generali)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XIII, Roma 1989;

LA CHINA, *L'arbitrato*, 4° ed. Giuffrè, 2011;

LEBORGNE, *Droit de l'exécution*, Dalloz, 2014;

LEPRI, *Codice del consumo – Commento al D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206*, V. Italia (a cura di), Milano, 2006;

LIEBMAN E., *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1973;

LIPARI, *Considerazioni sul tema degli arbitrati e degli arbitraggi*, in *Annali Università di Messina*, 1931-32;

LOMBARDI A., *Il nuovo art. 614 bis c.p.c.: un mezzo di coercizione indiretta degli obblighi di fare infungibile o non fare*, in AA. VV. *Il processo civile competitivo*, DIDONE (a cura di), Torino, 2010;

LOMBARDI, in GIORDANO – LOMBARDI, *Il nuovo processo civile*, Roma, 2009;

LOMBARDINI, *La parola alla Corte Costituzionale (C. Cost. 19 luglio 2013, n. 223): nei rapporti tra arbitri ed autorità giudiziaria opera la piena "translatio iudicii"*, in *Studium iuris*, 2014;

LOWE-SUFRIN, *The law of Concept*, Reed Elsevier, 1996;

LUISO E SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 2006;

LUISO F. P., *Diritto processuale civile*, Milano, 2015;

LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003;

LUISO, *Arbitrato e tutela cautelare nella riforma del processo civile*, in *Riv. Arb.*, 1991, pp. 253 ss.;

LUISO, *Efficacia del titolo esecutivo verso i terzi*, Perugia 1979;

LUISO, *L'esecuzione "ultra partes"*, Milano 1984;

LUISO, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009;

LUISO, voce *Esecuzione forzata (esecuzione in forma specifica)*, in *Enc. giur. Treccani*, XIII, Roma, 1989;

LUMINOSO, *Il contratto nell'Unione europea: inadempimento, risarcimento del danno e rimedi sinallagmatici*, in *Contratti*, 2002;

MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960;

MAIORCA, *Tutela dell'aderente e regole di mercato nella disciplina dei "contratti del consumatore"*, Torino, 1998;

MANDRIOLI – CARATTA, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009;

MANDRIOLI C., *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976;

MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, I, Torino, 1975;

MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2016;

MARANI, *Aspetti negoziali e aspetti processuali dell'arbitrato. Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Torino, 1966;

MARAZIA, *Astreintes e altre misure coercitive per l'effettività della tutela civile di condanna*, in *Riv. Esec. For.*, 2004, fasc. 2;

MARELLI., nota a Cass., Sez. Un., 22 febbraio 2010, n. 4059, in *Riv. Dir. Proc.*, 2011;

MARENCO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in BRIGUGLIO, FAZZALARI, MARENCO 1994;

MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984;

MAZZAMUTO S., *La comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, in *Europa e dir. priv.*, 2009;

MAZZAMUTO-PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012;

MAZZAMUTO, *L'astreinte italiana si rinnova: la riforma della comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, in *Eur. e dir. Priv.*, 2016;

MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978;

MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, in *Tratt. Rescigno*, XX, Tutela dei diritti, II, Torino, 2008;

MAZZAMUTO, *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614 bis cod. proc. civ. nella giurisprudenza di merito*, in *Giur. it.*, 2010;

MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, in *Europa e dir. priv.*, 2009;

MAZZAMUTO, *Luigi Mengoni e la tutela dei diritti*, in *Europa e dir. priv.*, fasc.1, 2012;

MAZZARESE, *Clausola penale*, in *Comm. Schlesinger*, artt. 1382-1384, Milano, 1999;

MAZZARESE, *Le obbligazioni penali*, Palermo, 1990;

MENCHINI, *In tema di "translatio iudicii" tra giudice e arbitro*, in *Riv. Arb.*, 2014;

MENCHINI, *La natura e la disciplina dell'eccezione con la quale è fatta valere l'efficacia di un (precedente) lodo non impugnabile*, in *Riv. Arb.*, 2002;

MENDOLA, *Astreinte e danni punitivi* (nota a Cass., Sez. I, 15 aprile 2015, n. 7613), in *Giur. It.*, 2016, n.1;

MENGONI, *Intervento*, in MAZZAMUTO S. (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, I, Napoli, 1989;

MERLIN E., *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella l. 69/09*, in *Riv. dir. Proc.*, 2009;

METAFORA, *L'esecuzione degli obblighi di fare (fungibili) e di non fare*, in *Riv. es. forz.* 2012;

METAFORA, *L'esecuzione degli obblighi di fare (fungibili) e di non fare*, in www.judicium.it (9 novembre 2012);

MICCOLIS, *La riforma del c.p.c. – Art. 614-bis, NLCC*, 2010;

MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, Milano, I, 1959;

MILLER, *Contempt of Court*, 3° ed., Londra 1989;

MINERVINI, *Contratti dei consumatori e tutela collettiva nel codice del consumo*, in *Contr. e impr.*, 2006, n. 3;

MINERVINI, *La direttiva europea sulla conciliazione in materia civile e commerciale*, in *Contr. impr. Europa*, 2009;

MINERVINI, *Tutela collettiva dei consumatori e misure coercitive indirette*, in *Riv. dir. proc.*, 2003;

MONDINI, *L'attuazione degli obblighi infungibili*, Milano 2014;

MONTELEONE G., *Recenti sviluppi nella dottrina dell'esecuzione forzata*, in *Riv. dir. Proc.*, 1982;

MONTELEONE, *Brevi note sulla natura giuridica del fallimento*, in *Studi in onore di Crisanto Mandrioli*, Milano, 1995;

MONTELEONE, *Condanna civile e titoli esecutivi*, RDPr, 1990;

MONTELEONE, *Il litisconsorte pretermesso e l'opposizione all'esecuzione specifica contro di lui intrapresa*, *Riv. Es. forz.*, 2015;

MONTELEONE, *Le sezioni unite della Cassazione affermano la natura negoziale e non giurisdizionale del cosiddetto "arbitrato rituale"*, , in *Riv. dir. proc.*, 2002;

MONTELEONE, *Manuale di Diritto processuale civile*, 7° ed, II, Padova 2015;

MONTELEONE, *Per un chiarimento sul concetto di responsabilità o garanzia patrimoniale del debitore*, in *Riv. dir. comm.*, 1993;

MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria. Contributo allo studio della responsabilità patrimoniale dal punto di vista dell'azione*, Milano 1975;

MONTELEONE, *Recenti sviluppi nella dottrina dell'esecuzione forzata*, *RDPr*, 1982;

MONTELEONE, *Riflessioni sulla tutela esecutiva dei diritti di credito*, *Studi sul processo civile*, III, Roma 2013;

MONTELEONE, *Spunti critici in tema di obbligazioni*, *GM*, 1970;

MONTESANO L., *Condanna*, *Diritto processuale civile*, in *Enc. Giur.*, VII; Roma, 1988;

MONTESANO-ARIETA, *Trattato di Diritto processuale civile*, I, Padova, 2001;

MONTESANO, *Condanna civile e tutela esecutiva*, Napoli, 1965;

MONTESANO, *Critica della teoria della condanna in futuro*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, II;

MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Trattato di Diritto civile italiano fondato da F. Vassalli*, 2° ed. Torino, XIV, 4, Torino 1994;

MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1985;

MONTESANO, voce *Esecuzione specifica*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966;

MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Paris, 1750, libro XI;

MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, 3^a ed., Milano;

MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura*, Milano, 1923;

MOSCATI, *Fonti legali e fonti private delle obbligazioni*, 1999;

MOSCATI, voce *pena* (dir. Priv.), *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982;

MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, Torino, 2008;

NARDO, *Riflessioni sulla azione inibitoria*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, fasc. 4, 2016;

NIVARRA, *La tutela collettiva del consumatore e l'anatocismo bancario*, in *CoG*, 2005;

OLIARI, *I danni punitivi bussano alla porta: la Cassazione non apre*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2007, 4;

ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale (lezione magistrale)*, Napoli, 2008;

PAGNI, *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti dei diritti*, in *Soc.*, 2010;

PAGNI, *Tutela in forma specifica e tutela per equivalente*, Milano 2004;

PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano 2004;

PANZARINI, *I profili di modernità degli arbitri greci e romani nei principi e nelle regole tecniche da essi trapassati, con sorprendenti coincidenze, negli odierni arbitrati*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, Milano, 2002;

PAOLINI, *Note sulla condanna in futuro*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976;

PATTI, *Codice di Procedura Civile Tedesco – Zivilprozessordnung*, Milano, 2010;

PATTI, voce *Pena privata*, *Dig. IV civ.*, Torino, 2013;

PEKELIS, *Legal techniques and political Ideologies*, in *Michigan Law Review*, 41, 1943;

PELLERIN, in *Revue de l'Arbitrage* 1992;

PERROT-THERY, *Procèdures civiles d'exécution*, Paris, 2000;

PERROT, *Astreinte. La compétence du juge de l'exécution pour assortit d'une astreinte la condamnation prononcée par un autre juge: est-elle exclusive?*, in *RTD civ.*, 1999;

PETTI, nota a T. Cagliari, ord., 19.10.2009 in *Contr.*, 2010;

PETTI, *Riforma del processo civile e misure coercitive indirette*, in *Riv. dir. priv.*, 2010;

PICARDI, *Giurisdizione e sovranità*, in AA.VV., *Il diritto processuale civile nell'avvicinamento giudiziario internazionale. Omaggio ad Aldo Attardi*, Padova, 2009;

PICARDI, *La giurisdizione dell'alba del terzo millennio*, Milano, 2007;

PICARDI, *Manuale di diritto processuale civile*, Giuffrè, 2013;

PICCARRETA – TERRANO, *Il nuovo diritto industriale. Guida alla disciplina introdotta dal D. Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, Codice della proprietà industriale*, 2005;

PIEDELÈVRE, *Droit dell'exécution*, Themis, 2009;

PIERGIOVANNI, *Profili storici dal diritto romano al diritto medievale e moderno*, in *Arbitrato. Profili di diritto sostanziale*, a cura di ALPA, Torino, 1999;

PILLONI, *Misure coercitive straniere e loro eseguibilità in Italia: la Cassazione riconosce la compatibilità dell'astreinte con l'ordine pubblico interno*, in *Int'I Lis*, 2016;

PISELLI, nota a Cass., Sez. Un., 22 febbraio 2010, n. 4059, in *Guida dir.*, 2010;

PONCIBÒ, *Le azioni di interesse collettivo per la tutela dei consumatori*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002;

PONZANELLI, *I danni punitivi*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2008, II;

POTHIER, *Trattato delle obbligazioni secondo le regole tanto del foro della coscienza quanto del foro civile*, trad. It., Napoli, 1842;

PROTO PISANI A., *Appunti sulla tutela (trentacinque anni dopo)*, in *Foro it.*, 2010;

PROTO PISANI A., *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003;

PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, in *Riv. Trim. dir. Proc. civ.*, 1978;

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

PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero*, in *FI*, 2009, V;

PROTO PISANI, *La tutela di condanna*, in *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982;

PROTO PISANI, *La tutela di condanna*, in *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Studi, Napoli, 2003;

PUCCIARIELLO P., *L'esperienza straniera dell'esecuzione forzata indiretta*, in AA. VV. *L'esecuzione processuale indiretta*, CAPPONI B. (a cura di), Torino, 2011;

PUCCIARIELLO, *Art. 614-bis c.p.c. e art. 114, 4° co., lett. e): il caso dell'applicazione dell'astreinte alla condanna della P.A. al pagamento di somme di danaro, ne Il processo esecutivo*, CAPPONI-SASSANI – STORTO – TISCINI (a cura di), 2014;

PUCCIARIELLO, *Astreinte brevettuale: occasioni perdute, presenti (e future) del legislatore processuale italiano*, nota a T. Bologna, (ord.) 13-7-2007, in *Riv. Esec. Forz.*, 2007;

PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, 2^a ed., I, Padova, 2012;

PUNZI, «Efficacia di sentenza» del lodo, in *Riv. arb.*, 2005;

PUNZI, *Dalla crisi del monopolio statale della giurisdizione al superamento dell'alternativa contrattualità-giurisdizionalità dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2014;

PUNZI, *Il processo civile*, Torino, 2015;

PUNZI, *Mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009;

PUNZI, *Novità legislative e ulteriori proposte di riforma in materia di processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008;

QUARANTA, voce *Esecuzione indiretta delle forme di tutela collettiva*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Aggiornamento*, Torino, 2007;

RAGGI, *La teoria della sovranità. Contributo storico e ricostruttivo della dogmatica del diritto pubblico*, Genova, 1908;

RAVAZZANI, *Le ipoteche*, in *Tratt. Rescigno*, XX, Torino, 1985;

RECCHIONI, *L'attuazione forzata indiretta dei comandi cautelari ex art. 614 bis c.p.c.*, in *Riv. Trim. dir. Proc. civ.*, fasc. 4, 2014;

REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1957, II;

RICCI E.F., *Ancora novità (non tutte importanti, non tutte pregevoli) sul processo civile*, in *Riv. dir. processuale*, 2008;

RICCI E.F., *Recensione a Chiarloni, Misure coercitive e tutela dei diritti*, 1980, in *Riv. dir. Proc.*, 1980;

RICCI G. F., *La Riforma del Processo Civile*, Torino, 2016;

RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003;

RICCI, *La "natura" dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*, in *Corr. Giur.*, 2001;

RICCI, *La Cassazione insiste sulla natura "negoziale" del lodo arbitrale. Nuovi spunti critici*, in *Riv. arb.*, 2002;

RICCI, nota a sentenza Cass., sez. un., 3 agosto 2000, n. 257, in *Riv. dir. proc.*, 2001;

RICCI, *Profili liberali della nuova disciplina dell'arbitrato*, AA. VV., *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, Milano 2006;

RICCI, sub art. 818, in *Arbitrato*, a cura di CARPI, 2007;

RICCOBENE, *Violazione del diritto comunitario e tutela dei singoli*, in *Europa dir. priv.*, 2002;

RICOLFI, *I segni distintivi. Diritto interno e comunitario*, Torino, 1999;

RICOLFI, *Le misure compulsorie*, in NIVARRA (a cura di), *L'enforcement dei diritti di proprietà industriale. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2005;

RISOLO, *L'effettività della tutela esecutiva ed il problema delle misure coercitive*, in AA. VV. *L'esecuzione processuale indiretta*, CAPPONI B. (a cura di), Torino, 2011;

ROCCO, *Trattato di diritto processuale civile*, Torino, 1966;

ROGNONI, *La condanna in futuro*, Milano, 1958;

ROMITO, *Artt. 614 bis e 96 c.p.c.: vecchi e nuovi problemi applicativi*, in *Resp. Civ. e previdenza*, 2011;

RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, Milano, 1956;

RUFFINI, sub art. 818 c.p.c., in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di CONSOLO E LUISO, Milano 2013;

RUSSO, *Il patto penale tra funzione novativa e principio di equità*, Napoli, 2010;

SALETTI A., *L'esecuzione processuale indiretta nella riforma del Codice di procedura civile italiano dal 2009*, in *Rivista de Derecho*, 2010;

SALETTI, sub art. 614 bis c.p.c., *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, (a cura di) SALETTI E SASSANI, Torino, 2013;

SALVANESCHI, *Arbitrato*, Bologna, 2014;

SALVANESCHI, *Dall'equazione "impugnazione di bilancio mai compromettibile" all'equazione "Impugnazione di bilancio sempre compromettibile"*, in *Corr. Giur.*, 2011;

SALVANESCHI, *Il rapporto tra arbitro e giudice dopo la decisione della Consulta*, in *Riv. dir. proc.*, 2014;

SAMMARTANO, *Teoria privatistica, processualistica, e giurisdizionalistica dell'arbitrato rituale*, in *Arbitrato*, diretto da RUBINO SAMMARTANO, Padova, 2006.

SANDRI, *La nuova disciplina della proprietà industriale dopo i Gatt-Trip's*, Padova, 1999;

SANDULLI, *L'introduzione delle astreintes nel processo amministrativo: tra effettività e incertezza*, in *Dir. proc. amm.*, 2013;

SASSANI, *A.D. 2009: ennesima riforma al salvataggio del rito civile. Quadro sommario delle novità riguardanti il processo di cognizione*, su www.judicium.it;

SASSANI, *A.D., 2009: ennesima riforma al salvataggio del rito civile. Quadro sommario delle novità riguardanti il processo di cognizione*, in www.judicium.it;

SATTA, *L'esecuzione forzata*, Milano, 1937;

SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, III, Milano, 1966;

SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, Milano, 1971;

SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova, 1973;

SATTA, *Esecuzione forzata*, facente parte del Trattato di Diritto civile italiano diretto da F. VASSALLI, 1950;

SATTA, *La rivendita forzata*, Milano, 1933;

SATTA, *Manuale di Diritto Processuale civile*, 7°ed., Padova, 1967;

SATTA, *Premesse generali alla dottrina dell'esecuzione forzata*, Riv. dir. proc. 1932, I,;

SATTA, *Svolgimenti critici di una dottrina sull'esecuzione forzata*, in *Colloqui e soliloqui di un giurista*, Padova 1968;

SAVO AMODIO, *Le "astreintes"*, in *Libro dell'anno del diritto*, Roma, 2013.

SCUFFI-FRANZOSI-FRITTANTE, *Il codice della proprietà industriale*, Padova, 2005;

SCUFFI, *Diritto processuale dei brevetti e dei marchi. Ordinamento amministrativo e tutela giurisdizionale della proprietà industriale*, Milano, 2001;

SCUFFI, *Diritto processuale della proprietà industriale e intellettuale*, Milano, 2009;

SICLARI, *Infungibilità: tra il dare e il fare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, II, 2015;

SILVESTRI – TARUFFO, voce *Esecuzione Forzata*, III. *Esecuzione forzata e misure coercitive*, in *Enc. Giur. Treccani*, XIII, Roma, 1989;

SILVESTRI, *Problemi e prospettive di evoluzione nell'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare*, *RDP*, 1981;

SILVESTRI, *Riforma e processo esecutivo*, in AA. VV., *Il processo civile riformato*, TARUFFO M. (diretto da), Bologna, 2010;

SOLDI - BUCCI, *Le nuove riforme del processo civile. Commento alla legge 18 giugno 2009, n. 69*, Padova, 2009;

SOLDI A. M. , *Le nuove riforme del processo civile*, Padova, 2006;

SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Padova, 2015;

SORDELLI, *Provvedimenti cautelari nel diritto industriale, nel diritto d'autore e nella concorrenza*, Padova, 1998;

SPOLIDORO, *Le misure di prevenzione nel diritto industriale*, Milano, 1982;

SPOLIDORO, *Le sanzioni civili nella bozza del Codice della proprietà industriale*, in UMBERTAZZI, *Codice della proprietà industriale*, II, Milano, 2004;

SPOLIDORO, *Profili processuali del codice della proprietà industriale*, in *Dir. ind.*, 2008, n. 2;

SPOTO, *Dalla responsabilità civile alle misure coercitive indirette per adempiere gli obblighi familiari*, in *Dir. fam. Pers.*, 2010;

STABILE, *Il contempt of court nell'ordinamento inglese*, in GUIDI (a cura di), *La società dell'informazione: libertà pluralismo, risorse. Atti del convegno dell'associazione di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, San Marino, 30 settembre 2005, Torino, 2006;

STORTO, *Esecuzione forzata e diritto di difesa nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. esec. forz.*, 2009;

TALLARIDA, *Il "nuovo" giudizio di ottemperanza*, 2013;

TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980;

TARUFFO-SILVESTRI, *Esecuzione Forzata, III, Esecuzione indiretta e misure coercitive*, in *Enc. Giur. Treccani*, aggiornamento 2006;

TARUFFO, *Diritto processuale civile nei Paesi anglosassoni*, in *Dig. It., disc. priv. (sez. civ.)*, IV, Torino, 1990;

TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988;

TARUFFO, *Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione*, in *Riv. critica dir. privato*, 1986;

TARZIA G., *Il giusto processo di esecuzione*, in *Riv. dir. proc.*, 2002;

TATARANO, *L'adeguamento della penale tra clausola e rapporto*, Napoli, 2002;

TEDIOLI F., *Osservazioni critiche all'art. 614 bis cod. proc. civ.*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013;

TEODOLDI, *Le novità in materia di esecuzione forzata nel D.L. 83/2015... in attesa della prossima puntata...*, in *Corr. Giur.*, 2, 2016, p. 180;

TISCINI, *I provvedimenti decisori senza accertamento*, Torino, 2009;

TOMASSETTI, *L'astreinte nel processo amministrativo: natura, ambito oggettivo, portata e limiti alla luce della più recente giurisprudenza*, in *Gazz.*, 2012;

TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova, 1983;

TOMMASEO, *L'adempimento dei doveri parentali e le misure a fitte/a dell'affidamento: l'art. 709 ter c.p.c.*, in *Famiglia e Diritto*, 2010;

TOMMASEO, *L'esecuzione forzata*, Padova, 2009;

TOMMASEO, *L'esecuzione indiretta e l'art. 614 bis c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2014;

TOMMASEO, *sub art. 1469-sexies*, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, ALPA E PATTI (a cura di), Milano, 1997, I;

TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette*, Cedam, 2012;

TREGLIA, *L'attuazione dei provvedimenti*, ne *Il processo cautelare*, TARZIA SALETTI (a cura di), Padova, 2008;

TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954;

TROCKER, *Processo civile e costituzione*, Milano, 1974;

UMBERTAZZI, *Codice della proprietà industriale*, Milano, 2009;

VACCARELLA R., *Esecuzione forzata*, in *Riv. Esec. For.*, 2007;

VACCARELLA, *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, in *Giur. sist. dir. proc. civ.*, 2° ed., Torino, 1993;

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 *Riv. es. for.*, I, 2016;

VANZETTI-DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, Milano, 2009;

VANZETTI, *Contributo allo studio delle misure correttive e delle sanzioni civili nel diritto industriale: i profili processuali dell'art. 124 c.p.i.*, in *Riv. dir. ind.*, 2010, I;

VARANO, *Contempt of Court*, in *Dig. It., dis. Pub.*, (sez. pen.) III, Torino, 1989;

VARANO, voce *Contempt of Court*, *Digesto/civ.*, IV, Torino, 1990;

VENCHIARUTTI, *Le astreintes sono compatibili con l'ordine pubblico interno. E i punitive damages?*, in *Resp. Civ. e prev.*, fasc. 6, 2015;

VENTURA, *L'esecuzione in forma specifica*, in *L'Esecuzione Forzata Riformata*, a cura di NICCOLIS e PERAGO, Torino, 2009;

VERDE, *Diritto dell'arbitrato*, cit., Torino, 2006;

VERDE, *Diritto processuale civile*, IV, Bologna, 2010;

VERDE, *L'arbitrato e la giurisdizione ordinaria*, in *Diritto dell'arbitrato*, a cura di VERDE, Torino, 2006;

VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2015;

VERDE, *Sul monopolio dello Stato in tema di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2003;

VIOLA, *Ancora sulla pretesa incompatibilità tra astreintes ed esecuzione delle sentenze*, in *Foro amministrativo TAR*, 2013;

VIOLA, *L'astreinte nel nuovo processo amministrativo*, in *Urb. app.*, 2011;

VIOLA, *Le astreintes nel processo amministrativo e la pretesa incompatibilità con le obbligazioni pecuniarie della p.a.*, in *Foro amm. TAR*, 2012, 815 ss.;

VIOLA, *Nuovi poteri sanzionatori del giudice amministrativo, astreintes e giudizio d'ottemperanza*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012;

BUSICCHIO, *Le astreintes nel processo amministrativo*, in *Giur. merito*, 2012;

VITALE, sub art. 825, in *Arbitrato*, a cura di BRIGUGLIO E CAPPONI, Padova, 2009;

VULLO, *Affidamento dei figli. competenza per le sanzioni ex art. 709-ter e concorso con le misure attuative del fare infungibile ex art. 614 bis c.p.c.,* in *Famiglia e Diritto*, 2010;

VULLO, *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, Torino, 2001;

VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea*, in *Riv. dir. Proc.*, 2004;

VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea*, in *Diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale*, Padova, 2009;

ZANGARA, *Saggio sulla sovranità*, Roma 1942;

ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1964;

ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991;

ZUCCONI GALLI FONSECA, *Le novità della riforma in materia di esecuzione forzata*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2010;

ZUCCONI GALLI FONSECA, *Misure coercitive e arbitrato*, in CAPPONI, SASSANI, STORTO, TISCINI (a cura di), *Il processo esecutivo*, 2014;

ZUCCONI GALLI FONSECA, *Misure coercitive fra condanna e tutela esecutiva*, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2014.