

RIVISTA DI DIRITTO CIVILE

FONDATA E RETTA DA

WALTER BIGIAVI E ALBERTO TRABUCCHI
(1955-1968) (1968-1998)

COMITATO DI DIREZIONE

C. MASSIMO BIANCA FRANCESCO D. BUSNELLI
GIORGIO CIAN ANGELO FALZEA ANTONIO GAMBARO
NATALINO IRTI GIUSEPPE B. PORTALE
ANDREA PROTO PISANI PIETRO RESCIGNO
RODOLFO SACCO VINCENZO SCALISI PIERO SCHLESINGER
PAOLO SPADA VINCENZO VARANO

E

GUIDO CALABRESI ERIK JAYME DENIS MAZEAUD
ÁNGEL ROJO FERNÁNDEZ-RIO

www.edicolaprofessionale.com/RDC

 Wolters Kluwer

CEDAM

ALESSANDRO CIATTI CÀIMI
Prof. straord. dell'Università di Torino

L'ESECUZIONE PROCESSUALE INDIRETTA (*ASTREINTE*) E L'INFUNGIBILITÀ CONVENZIONALE DELLA PRESTAZIONE

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Tutele penali e amministrative della sentenza di condanna. — 3. Nascita ed evoluzione dell'*astreinte* in Francia. — 4. Il modello ispiratore della disciplina italiana: la convenzione Benelux del 1973. — 5. L'infungibilità convenzionale e l'accesso all'esecuzione indiretta. — 6. Conclusioni: alcune questioni sostanziali e processuali aperte.

1. — La nostra prima legislazione unitaria si limitava a prevedere l'esecuzione in forma specifica delle obbligazioni di *facere* e di *non facere* (artt. 1220 e 1222 c.c. 1865) senza dettare tuttavia le regole opportune per realizzarla. Secondo la Commissione di coordinamento del codice di procedura civile, esse non sarebbero state necessarie, giacché il creditore che avesse inteso conseguire l'autorizzazione a far adempiere a spese dell'obbligato la prestazione di fare ineseguita — ovvero a distruggere l'*opus* realizzato in violazione dell'obbligo di non fare — avrebbe dovuto instaurare un giudizio ordinario, ove « il debitore [avrebbe potuto] domandare, e il Magistrato ordinare, anche d'ufficio, tutte le cautele opportune nei singoli casi », essendo del resto « impossibile determinare utilmente queste cautele in un Codice di procedura » ⁽¹⁾. Si prevedeva cioè una sorta di autotutela privata, preceduta da un'autorizzazione conferita attraverso un giudizio ordinario ⁽²⁾, e neppure si precisava, ad esempio, se fosse necessario notificare la sentenza in forma esecutiva al debitore; se gli si dovesse intimare il precetto prima di instaurare quel giudizio o se il debitore dovesse essere messo in condizione di assistere all'esecuzione dell'opera che non aveva realizzato o alla demolizione di quella che aveva realizzata oppure ancora se il giudice potesse condannare il debitore a versare una provvisoria quale anticipazione per le spese, salva la successiva liquidazione. Si era quindi costretti a invocare il ragiona-

(1) Verbale n. 10 della seduta del 2 maggio 1865, il cui testo trovasi riprodotto in *Codice di Procedura Civile del Regno d'Italia*, a cura di Gianzana ed altri, IV, Torino 1889, p. 62 s.

(2) ALLORIO, voce *Esecuzione forzata in genere*, in *Nuovo D. it.*, V, Torino 1938, p. 510; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*³, III, *Del processo di esecuzione forzata*, Napoli 1957, p. 322 e pure ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*⁵, III, *Del processo di esecuzione*, a cura di Vocino, Milano 1964, p. 264.

mento analogico per colmare simili gravi lacune con le conseguenti inevitabili incertezze che ne discendevano ⁽³⁾.

Quelle lacune vennero quindi colmate dal vigente codice di rito, sull'esempio di vari progetti che lo avevano preceduto, come quello di Mortara del 1923 (art. 8 ss.), quello di Carnelutti del 1926 (art. 657 ss.), quello della Sottocommissione C 1926 (art. 637 ss.) e quello Vaticano 1937 (art. 668 ss.).

Com'è noto — attraverso gli artt. 612 c.p.c. e 2931 e 2933 c.c. — si è così introdotto un meccanismo che consente al creditore munito di titolo esecutivo di surrogare l'ufficio esecutivo al debitore nell'attuazione dell'obbligazione inadempita. Ne discendono tuttavia numerosi problemi.

Anzitutto, quando si tratti di obbligazioni di *non facere*, si dovrà richiedere al giudice che pronunzi la condanna di descrivere la prestazione alla quale il soccombente sia tenuto per attuare la rimessione in pristino ⁽⁴⁾; inoltre occorrerà pur sempre che l'inadempimento si sia attuato nella realizzazione di un *opus* e infine che questo possa essere distrutto senza arrecare pregiudizio all'economia nazionale ⁽⁵⁾. L'attuazione da parte dell'ufficio esecutivo della prestazione di *facere* dovuta dall'obbligato non è del resto possibile ove questa non possa che essere eseguita personalmente dal debitore (sia cioè infungibile) oppure quando si tratti di ottenere l'esecuzione forzata degli obblighi di consegnare cose di genere o determinate soltanto nel genere, per le quali non sia intervenuta l'individuazione, o a masse di cose non numerate, pesate o misurate ⁽⁶⁾, giacché non è possibile — almeno alla stregua del vigente diritto positivo ⁽⁷⁾ —

⁽³⁾ MORTARA, *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, vol. V, *Dell'esecuzione forzata sui beni — Dei procedimenti speciali*, Milano 1923, p. 6; conf. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*², Roma 1915, I (unico), p. 567.

⁽⁴⁾ ANDRIOLI, *Commento*, cit., III, p. 324; Cass. 23 marzo 2011, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, p. 450.

⁽⁵⁾ Alcuni avevano criticato giustamente questa indicazione, perché tale da attribuire al giudice una valutazione eccessivamente discrezionale (MICHELI, *Dell'esecuzione forzata*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1957, p. 540) e tale da risultare quindi pericolosa in un regime democratico, ove manca un indirizzo politico imposto o comunque unitario; conf. ANDRIOLI, *Commento*, cit., III, p. 325.

⁽⁶⁾ A una soluzione differente si dovrebbe invece pervenire — ma attraverso l'applicazione dell'art. 2930 — per quanto concerne le obbligazioni di consegnare una determinata massa di cose: BUSNELLI, (BIGLIAZZI GERI e FERRUCCI), *Della tutela dei diritti*, in *Comm. c.c. Utet*, Torino, 1964, p. 340.

⁽⁷⁾ Come ricorda infatti Busnelli (*Della tutela dei diritti*, cit., p. 339), l'art. 506 del progetto Carnelutti, come l'art. 548 del progetto Solmi — con il consenso di dottrina autorevole (v. *Osservazioni e proposte sul progetto di cod. proc. civ.*, III, Roma 1938, p. 515 ss.) — prevedevano testualmente un'estensione del procedimento di esecuzione per consegna o rilascio alle cose di genere.

Lo stesso dicasi per il diritto tedesco vigente, ove in tal senso dispongono testualmente i §§ 884 e 887 ZPO (su cui v. di recente LAG Hamburg, 11.3.2014 — 5 Ta 5/14, con riferimento a una quantità di azioni); in argomento, v. ora OOSTERHUIS, *Specific Performance in German, French and Dutch Law in the Nineteenth century — Remedies in an Age of Fundamental Rights and Industrialisation*, Leiden 2011, p. 281 ss.

sostituire l'ufficio esecutivo al debitore nel compimento di un simile atto ⁽⁸⁾.

2. — Quando sia preclusa la surrogazione dell'ufficio esecutivo nelle situazioni appena descritte, interpreti e legislatori si sono trovati costretti a rafforzare la portata del vincolo obbligatorio con un corredo di afflizioni minacciate al patrimonio o addirittura alla persona del debitore inadempiente.

Si tratta di un dibattito molto noto. Qualcuno ha provato ad annoverare tra quei « provvedimenti legalmente dati dall'Autorità per ragione di giustizia » — indicati all'art. 650 c.p. — le sentenze del giudice civile ⁽⁹⁾. In mancanza di un'indicazione espressa del legislatore — come l'art. 28, comma 4°, dello Statuto dei lavoratori — simile indicazione non è tuttavia percorribile. Anche a voler prescindere da ogni considerazione quanto alla reale portata dell'effetto deterrente della sanzione paventata, si è concordi nel ritenere che l'enunciato riguardi provvedimenti adottati « nell'interesse della collettività e non di privati individui, mirando la norma a tutelare interessi di carattere generale » ⁽¹⁰⁾. D'intonazione non dissimile sono le ricostruzioni che vorrebbero basarsi invece sull'art. 388 c.p., sulla scia di uno studio assai noto di Giuliano Vassalli ⁽¹¹⁾, ove si ipotizzava che oggetto della tutela penale della previsione fosse « l'autorità » o « la forza obbligatoria » della sentenza civile, piuttosto che l'esito a cui può condurre il processo di esecuzione. Si voleva sostenere in tal modo che la condotta punibile sarebbe consistita già nell'inottemperanza

⁽⁸⁾ ARE, *L'obbligazione e le sue esecuzioni coattive*, Roma 1928, p. 78; MICHELI, *Del' esecuzione forzata*, cit., p. 514 s.; DENTI, *L'esecuzione in forma specifica*, Milano 1953, p. 90 ss.; ANDRIOLI, *Commento*, cit., III, p. 308 e pure S. SATTA, p. 14 e 247, muovendo tuttavia da un'impostazione, difficilmente accettabile, che vorrebbe riconoscere solamente al titolare di un diritto reale di accedere al procedimento descritto all'art. 2930 (per tutti in senso giustamente critico, v. BUSNELLI, *Della tutela dei diritti*, cit., p. 334 ss.); contra MANDRIOLI, *L'esecuzione forzata in forma specifica. Premesse e nozioni generali*, Milano 1953, p. 60 ss.

⁽⁹⁾ L'esposizione più compiuta ed autorevole di questa tesi si trova in PROTO PISANI, *Apunti sulla tutela di condanna*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 1978, II, p. 1175 ss. (in senso analogo v. già NEGRI, voce *Le contravvenzioni nel codice penale italiano*, in *Enc. d. pen. it.*, vol. X, Milano 1908, p. 702 e Cass. pen. 16 maggio 1891, in *F. it.*, 1891, II, c. 323, nonché Id., 4 marzo 1892, in *Mon. trib.*, 1892, p. 559).

⁽¹⁰⁾ V. testualmente, da ult., Cass. pen. 21 ottobre 2004, n. 49910, la quale recepisce un orientamento più che consolidato, già sotto la vigenza dell'omologo art. 434 c.p. Zanardelli: v., ad esempio, CIVOLI, *Trattato di diritto penale. Appendice*, Milano 1918, p. 24 ss.; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. IX, Torino 1919, p. 5 ss. e, nella giurisprudenza forense, Cass. pen. 4 giugno 1894, in *F. it.*, 1895, II, c. 9 ss. In senso critico Gius. CARBONI, *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità. Lineamenti dogmatici e storico-costituzionali dell'art. 650 del Codice penale*, Milano 1970, p. 72 ss. e soprattutto CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano 1980, p. 192 ss. e COLESANTI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, in *R. d. proc.*, 1980, p. 602 ss.

⁽¹¹⁾ *La mancata esecuzione di provvedimento del giudice*, Torino 1938; lo stesso Vassalli tornerà sulla sua ricostruzione per superarla in *La potestà punitiva*, Torino 1942, spec. p. 46 ss.

al comando contenuto nella sentenza, a prescindere quindi dal fatto ch'essa potesse o non essere eseguita dal condannato, e quindi senza considerare se egli fosse o non incapiente o se il comando fosse o non suscettibile di esecuzione forzata (come accade per la condanna a eseguire un *facere* infungibile o ad astenersi dal fare qualcosa) ⁽¹²⁾. Non è stato difficile far osservare come, a ben vedere, il bene protetto qui consista, piuttosto che nell'autorità della decisione del giudice civile, nell'interesse a mantenere possibile l'esecuzione dei provvedimenti di condanna per assicurare al creditore il soddisfacimento del suo diritto ⁽¹³⁾. In altre parole, la fattispecie è orientata a reprimere i comportamenti fraudolenti che frustrano l'azione esecutiva, più che la disobbedienza all'autorità della decisione ⁽¹⁴⁾. Ne discende tra l'altro che, quando la prima non sia esperibile (perché la condanna riguarda un *facere* infungibile o un *non facere*), la previsione non potrà trovare applicazione ⁽¹⁵⁾.

Tutto questo vale — ben inteso — sempre che non esistano previsioni espresse in senso differente, tali da richiamare cioè testualmente l'art. 388 c.p., al fine di reprimere l'inosservanza di un provvedimento del giudice civile. Tale è il caso dell'art. 6, l. 154 del 2001 — che punisce chi elude l'ordine di protezione contro gli abusi familiari « ovvero un provvedimento di eguale contenuto assunto nel procedimento di separazione personale dei coniugi o nel procedimento di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio ».

Vi sono poi situazioni in cui si attribuisce al giudice civile il potere di irrogare sanzioni, in caso di inosservanza di un suo provvedimento di condanna. Simile previsione si rinviene all'art. 18 St., comma 14°, St. dir. lav., per l'ipotesi di licenziamento di dirigenti della rappresentanze sindacali aziendali e all'art. 709 *ter* c.p.c., comma 2°, n. 4, relativamente ai provvedimenti diretti a risolvere le controversie insorte tra i genitori in ordine all'esercizio della responsabilità genitoriale o delle modalità di affidamento dei figli, prevedendo appunto che il giudice possa pure condannare l'inadempiente al pagamento di una sanzione.

Anche per quanto concerne i provvedimenti a tutela di interessi collettivi dei consumatori, adottati a richiesta delle associazioni che li dovrebbero rappresentare, l'art. 140, comma 7°, c. cons. consente al giudice di condannare l'inadempiente a pagare una somma di denaro per ogni inadempimento o ogni giorno di ritardo, in relazione alla gravità del fatto.

⁽¹²⁾ Anche in questo caso, sono da consultare le pagine ove si confrontano a distanza PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, cit., p. 1131 s. e CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, cit., p. 176 ss.

⁽¹³⁾ V. già in questo senso CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, I, *Funzione e composizione del processo*, Padova 1936, p. 278.

⁽¹⁴⁾ In questo senso, ad esempio, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, I, Bologna 1988, p. 350.

⁽¹⁵⁾ ALESSANDRI, *Il problema della misure coercitive e l'art. 388 c.p.*, in *R. it. d. proc. pen.*, 1981, p. 165.

Nelle ipotesi che si sono appena considerate le somme versate non vengono tuttavia attribuite a chi subisce l'inottemperanza ma a soggetti terzi, il Fondo adeguamento pensioni, o il Ministro dell'economia e delle finanze (come accade nell'art. 140 c. cons.) o più genericamente la pubblica amministrazione (come accade per l'art. 709 *ter* c.p.c.).

3. — In simili casi — sia che le sanzioni irrogabili abbiano natura penale oppure amministrativa — resta comunque impregiudicata la possibilità per il creditore di ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e (quando ne sussistano i presupposti) non patrimoniali che l'inottemperanza al provvedimento del giudice gli abbia arrecato, ai sensi dell'art. 2043. Gli si richiede tuttavia — secondo le regole consuete — di provarne sia la sussistenza sia la consistenza, ciò che nelle singole ipotesi potrà spesso rivelarsi tutt'altro che agevole.

Anche se non v'era alcun « *civiliste de marque* »⁽¹⁶⁾ che non la criticasse più o meno aspramente, e senza preoccuparsi troppo di rinvenire un fondamento alla regola negli enunciati, la giurisprudenza forense francese nell'ottocento aveva cominciato a condannare il debitore di un'obbligazione di *facere* a pagare al creditore una somma rapportata a ogni giorno di ritardo a decorrere da un istante all'uopo determinato nel dispositivo. L'impostazione mirava senza nascondere a costringere l'obbligato ad adempiere. Il giudice, sia in prime cure sia in sede di gravame, poteva comunque ridurre la somma o eliminarla del tutto, ove risultasse nel frattempo eseguita l'obbligazione. Essa veniva quantificata in genere in misura assai più elevata del danno che il creditore avrebbe potuto lamentare di aver patito a causa dell'inadempimento, proprio perché — come si affermava testualmente in motivazione — « *plus les dommages-intérêts seraient exagérés et hors de proportion avec le préjudice* », più la coercizione sull'obbligato sarebbe risultata efficace⁽¹⁷⁾. Nella quantificazione della somma dovuta si teneva quindi in conto dell'importanza degli interessi in gioco e della situazione patrimoniale del debitore⁽¹⁸⁾. Si

⁽¹⁶⁾ ESMEIN, *L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1903, p. 5.

⁽¹⁷⁾ La frase tra caporali è tratta da Lyon, 9 avril 1859, in *Sirey*, 1860, 2, 429.

⁽¹⁸⁾ Cass. 25 mars 1857, in *Dalloz*, 1857, 1, 213 e in *Sirey*, 1857, 1, 213; nella specie si trattava della condanna del marito a restituire i figli alla moglie dalla quale era separato (v. ESMEIN, *L'origine et la logique de la jurisprudence*, cit., p. 7). A proposito di un caso simile — e molto noto anche nel diritto internazionale privato (v. TEICHMAN, *Étude sur l'affaire de Beauffremont envisagée au point de vue des législations française et allemande*, Basel-Paris 1876, nonché Cass. 18 mars 1878, in *Sirey*, 1878, 1, 193, con nota di LABBÉ) — LABBÉ, *Encore l'affaire de Beauffremont*, in *Rev. prat. droit. franç.*, 1881, L, p. 62 ss. ricorda come la madre divorziata fosse stata condannata a restituire i figli al padre e a versare 500 franchi al giorno per il primo mese d'inadempimento e 1000 successivamente (il franco francese di allora poteva valere all'incirca 2 o 3 euro). Labbé riferisce come, all'epoca in cui componeva il saggio, il debito della madre (tutt'ora inadempiente) aveva superato il milione di franchi.

trattava di obbligazioni di *facere* (infungibili), di *omittere* e di consegnare: a volte il debitore veniva condannato a eseguire la prestazione e, in caso d'inattuazione, a pagare una somma; altre volte veniva condannato solamente ad eseguire la prestazione e, soltanto in seguito, al pagamento della somma, mentre in altri casi si trovava semplicemente condannato a risarcire il danno.

Una decisione del 1854, ad esempio, confermava la condanna del mutuante a pagare una somma per ogni giorno in cui persisteva nel rifiuto a procedere alla cancellazione di una formalità iscritta a garanzia del debito ormai estinto⁽¹⁹⁾.

Cinque anni più tardi, veniva confermata un'altra decisione di merito che condannava a pagare all'attore una somma per ogni violazione del divieto di utilizzare uno pseudonimo già utilizzato da altri: testualmente si escludeva la violazione dell'art. 5 *code civil*, laddove si vieta al giudice di pronunciare « *par voie de disposition générale et réglementaire* »⁽²⁰⁾. Altre decisioni sanzionavano l'obbligo di astenersi da emissioni fastidiose di rumori⁽²¹⁾ o quello di dipingere un quadro⁽²²⁾.

Alcuni casi riguardavano situazioni concernenti relazioni familiari e sanzionavano l'inadempimento dell'obbligo di consegnare un figlio all'altro genitore (in séguito alla pronuncia di separazione)⁽²³⁾ o quello di consentire ai figli di frequentare una determinata scuola, provvedendo anche ai relativi costi⁽²⁴⁾.

Quella somma almeno formalmente si riteneva dovuta a titolo di *dommages-intérêts*⁽²⁵⁾ e avrebbe trovato una propria (debole) giustificazione nel potere discrezionale del giudice di merito (e insindacabile in sede di legittimità) di quantificare il danno nella maniera « *la plus convenable et la plus efficace* »⁽²⁶⁾. Si è che essa non era dovuta in ragione dell'inadempimento dell'obbligazione — come dovrebbe essere se si trattasse veramente di risarcimento del danno — quanto piuttosto a causa dell'inosservanza del *decisum*⁽²⁷⁾. La confusione emergeva anzitutto quando si voleva escludere il ricorso al-

⁽¹⁹⁾ Cass. 26 juill. 1854, in *Dalloz*, 1854.1.297.

⁽²⁰⁾ Cass. 6 juin 1859, in *Dalloz*, 1859.1.249.

⁽²¹⁾ Cass. req. 17 avril 1872, in *Dalloz*, 1872.1.352.

⁽²²⁾ Cour imp. Paris 4 juill. 1865, in *Dalloz*, 1865.2.202.

⁽²³⁾ Cass. req. 25 mars 1857, in *Dalloz*, 1857.1.213.

⁽²⁴⁾ Cass. req. 4 avril 1865, in *Dalloz*, 1865.1.387.

⁽²⁵⁾ L'uso dell'espressione « *astreinte* » si rinviene solamente a partire da Cass. 20 mars 1889, in *Sirey*, 1992, 1, 565 e in *Dalloz*, 1889, 1, 382 (condanna del debitore al rendimento del conto); v. poi Cass. 1 décembre 1897, in *Sirey*, 1999, 1, 174 e in *Dalloz*, 1998, 1, 289); ESMEIN, *L'origine et la logique de la jurisprudence*, cit., p. 8, nt. 1, segnala l'uso dell'espressione « *costrainte* » in Cass. 26 janvier 1879, in *Sirey*, 1870, 1, 159 e in *Dalloz*, 1870, 1, 88).

⁽²⁶⁾ Cass. 28 décembre 1886, in *Sirey*, 1887, 1, 112.

⁽²⁷⁾ ESMEIN, *L'origine et la logique de la jurisprudence*, cit., p. 16.

l'*astreinte* ove il *facere* dovuto dal debitore avesse carattere infungibile, dovendo in tal caso il creditore contentarsi del risarcimento del danno, riconosciuto dall'art. 1142. Questo non si sarebbe potuto quantificare che una sola volta, dopo che il creditore ne avesse fornito la prova, mentre era (ed è tuttora) nell'essenza dell'*astreinte* di potersi determinare in ragione della durata dell'inadempimento⁽²⁸⁾, quantificato solamente una volta che se ne fosse accertato l'ammontare. In tal modo, il risarcimento finiva col trovarsi assorbito o già esaurito nell'*astreinte* stessa.

Non si riusciva a spiegare poi in maniera soddisfacente la ragione per la quale il giudice potesse limitare o escludere la condanna del debitore, quando avesse eseguita, sia pure tardivamente, la prestazione: se di danno si fosse effettivamente trattato infatti egli lo avrebbe comunque dovuto, visto che l'adempimento era occorso con ritardo e il creditore ormai ne aveva patito le conseguenze⁽²⁹⁾. Neppure si riusciva a spiegare come il giudice potesse revocare, modificandola, una propria precedente decisione, sia pure tuttora non assistita dal giudicato in senso formale⁽³⁰⁾.

L'intento di mantenere l'*astreinte* in un ambiente che non le apparteneva — come quello risarcitorio — se poteva pure andar bene nei primi tentativi più o meno approssimativi di applicazione non poteva resistere all'incremento esponenziale con il quale la giurisprudenza forense vi faceva ormai ricorso.

Fu quindi Adhémar Esmein ad assumersi il compito di riconoscere che l'essenza dell'istituto consisteva nel perseguire l'inosservanza di un provvedimento giudiziale con una sanzione che, a differenza di quella penale, non entrava nelle casse erariali ma andava ad accrescere il patrimonio del creditore. Ciò a prescindere dal fatto che questi avesse o non subito effettivamente un pregiudizio (o a prescindere dal fatto che fosse comunque in condizione di fornirne la prova in giudizio)⁽³¹⁾. Attraverso un'indagine storica tuttavia non sempre impeccabile⁽³²⁾, cercava di mostrare come simili strumenti venissero utilizzati largamente dalla giurisprudenza che aveva preceduto la codificazio-

(28) AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 5^e éd., par G. Rau, Falcimaigne et Gault, t. IV, Paris 1902, p. 64, nt. 12.

(29) ESMEIN, *L'origine et la logique de la jurisprudence*, cit., p. 25.

(30) Né convinceva l'impostazione che scorgeva nella condanna del debitore la facoltà alternativa di risarcire il danno oppure di eseguire l'obbligazione in natura, visto che non si riusciva a spiegare perché un'obbligazione *ab origine* semplice dovesse assumere carattere oggettivamente complesso in seguito all'inadempimento: MEYNIAL, *De la sanction civile des obligations de faire ou de ne pas faire*, in *Rev. prat. dr. franç.*, 1884, p. 455 s.

(31) In questo senso egli parla quindi di *poena privata*: ESMEIN, *L'origine et la logique de la jurisprudence*, cit., p. 34, ammettendo tuttavia (e poco comprensibilmente) che le somme dovute a titolo di *astreinte* e quelle dovute a titolo di risarcimento del danno potessero compensarsi tra loro (v. p. 35).

(32) V. DAWSON, *Specific Performance in France and Germany*, in *Michigan Law Rev.*, 57, p. 514 s. (1959).

ne sul presupposto che il potere giurisdizionale (ma non quello arbitrale⁽³³⁾) non si sarebbe esaurito nell'ordinare al soccombente di osservare un certo comportamento ma avrebbe compreso pure quello di sanzionarne le eventuali inosservanze, in quanto fosse necessario per realizzare una buona amministrazione della giustizia⁽³⁴⁾. « *La Jurisdiction serait illusoire et inutile, si le Magistrat qui l'exerce, n'avoit le droit de contrainte pour faire exécuter ses mandemens & celui de pouvoir réprimer, du moins par une punition modique (modica coercitione) ceux qui sont rebelles à ces mêmes mandemens* »⁽³⁵⁾.

Pur dopo averla sganciata dal risarcimento del danno, l'*astreinte* continuava a proporre all'interprete pesantissime questioni irrisolte, tra le quali soprattutto l'assenza di una previsione espressa, che faceva dell'*astreinte* un istituto difficilmente compatibile con il *nullum crimen sine lege*⁽³⁶⁾. Il tentativo di rinvenirvi un fondamento testuale nell'art. 1036 *code procédure civile* 1806⁽³⁷⁾ — là dove riconosceva al giudice il potere di pronunciare, anche d'ufficio, *des injonctions, supprimer des écrits, les déclarer calomnieux, et ordonner l'impression et l'affiche de leurs jugements* — appariva alquanto azzardato, perché il potere di ingiunzione era sempre stato inteso dai commentatori come strumento di salvaguardia della lealtà delle parti del processo, contro scritti e dichiarazioni offensive, e la stessa indagine sui lavori preparatori di quel codice, al contrario ci sembra di quanto tentava di mostrare Esmein, depone molto probabilmente nello stesso senso.

Nel frattempo la ZPO tedesca prendeva testualmente partito sulla questione — stabilendo che il giudice potesse condannare il debitore di una prestazione di *facere* infungibile o di *non facere* a pagare (non al creditore ma al

⁽³³⁾ D'ARGENTRÉ, *Commentarii in consuetudines ducatus Britanniae, (Rhodonensis provinciae praedis Commentarii in patrias Britonum leges, seu Consuetudines generale anti-quiss. Ducatus Britanniae)*, ed. octava, Bruxelles 1664, *Des justices*, art. XIX, v° *Exécuter*, n. 4, c. 59 ss.: Quare notionem dicimus habere arbitros, Jurisdictionem negamus. Ex eo est quod mulctare nequent, ne contumacem coërcere, aut pro poena audientiam negare, quamquam speciali cautione mulctandi quoque potestatem tribui posse sensit (corsivo aggiunto).

⁽³⁴⁾ Secondo quanto riferisce ESMEIN, *L'origine et la logique de la jurisprudence*, cit., p. 38 ss., nello *Speculum juris*, Lib. II, part. 3, *de sententia*, § 3, n. 5. Durante riconosce al giudice il potere di « *praecipere sub poena dupli vel tripli* » a colui al quale fosse stato imposto di adempiere una prestazione entro un certo termine (v. anche MEYNIAL, *De la sanction civile*, cit., p. 457 ss.).

⁽³⁵⁾ JOUSSE, *Traité de l'administration de la justice*, Paris 1771, t. 1, n° 4, p. 3.

⁽³⁶⁾ DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, vol. XXIV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, Paris 1869, n° 494; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, 2 éd., Paris 1900, vol. XI, n° 440.

⁽³⁷⁾ *L'origine et la logique de la jurisprudence*, cit., p. 50 ss. e, in senso conf., PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des Facultés de Droit; II, Les preuves, Théorie générale des obligations. Les contrats. Les privilèges et les hypothèques*, 2° éd., Paris 1923, n° 209 s.

pubblico erario) una sanzione pecuniaria o infliggergli una sanzione detentiva, in caso di inadempimento (v. §§ 888 e 890). Alle obiezioni di quanti, durante i Lavori preparatori, premevano perché si seguisse la regola del codice napoleonico, secondo cui l'inadempimento comporta solamente il risarcimento del danno arrecato (art. 1142 *code civil*), si faceva osservare che la libertà personale del cittadino non può risolversi in un suo diritto a violare il giudicato e che la sanzione detentiva poteva rivelarsi più adeguata di quella pecuniaria specialmente quando il debitore fosse in condizioni economiche tali da consentirgli di affrancarsi dal giogo della condanna pagando semplicemente una somma di denaro ⁽³⁸⁾.

Nel diritto francese occorre invece attendere addirittura sino al 1972 (legge n° 72-626 del 5 luglio) per ottenere finalmente quel fondamento testuale all'*astreinte* che sino ad allora era mancato, senza tuttavia limitarne un uso giudiziale spesso assai disinvolto ⁽³⁹⁾. La si prevedeva come strumento di coazione per ottenere dalle parti o da terzi l'esibizione di cose o di documenti (come le scritture di verifica), e soprattutto come strumento di coercizione indiretta all'esecuzione del *decisum*. Secondo gli artt. 33 ss. della l. n° 91-650 del 9 luglio 1991, ogni giudice può, anche d'ufficio, munire una propria decisione dell'*astreinte* ma simile potere è pure riconosciuto al giudice dell'esecuzione per rafforzare la portata di una decisione resa in sede di cognizione. La misura ha carattere personale ed è indipendente dalla pronuncia di condanna al risarcimento del danno, con la quale può essere cumulata. Ha di regola carattere provvisorio, mentre l'*astreinte* può essere pronunciata definitivamente soltanto dopo che ne sia stata pronunciata una in via provvisoria e sempre che il giudice ne abbia stabilita la durata.

La liquidazione compete in ogni caso e in via esclusiva al giudice dell'esecuzione, salvo che il giudice ordinante non sia rimasto investito della questione o se ne sia espressamente riservato il potere ⁽⁴⁰⁾. La liquidazione — che la parte interessata è tenuta a richiedere ⁽⁴¹⁾ — deve essere motivata ⁽⁴²⁾, in relazione al comportamento tenuto dal condannato e alle difficoltà incontrate nell'eseguire la condanna, mentre non rileva l'eventuale assenza di pre-

⁽³⁸⁾ Cfr. HAHN u. STEGEMANN, *Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen*, II-1, Berlin, 2. Auf., 1881, p. 860 ss.: *Chikanöses Zuwiderhandeln gegen ein Urtheil komme besonders von Seite der reichen Leute gegenüber von Armen vor: da sei es nöthig, auch mit Haftstrafen den Vollzug des Urtheils zu sichern.*

⁽³⁹⁾ Cfr. LOBIN, *L'astreinte en matière civile depuis la loi du 5 juill. 1972*, in *Études offertes à Pierre Kayser*, Aix-Marseille 1979, t. II, p. 131; PERROT, *L'astreinte à la française*, in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruxelles 2004, p. 487 ss.

⁽⁴⁰⁾ V. MAZZAMUTO, *La comminatoria dei cui all'art. 614 bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, in *Europ. d. priv.*, 2009, p. 988 s.

⁽⁴¹⁾ Cass. 1^{er} juin 2005, in *Juris Classeur Périodique*, 2005.II.10174, note BUGADA; Cass. 15 janv. 2009, in *Gaz. Pal.*, 4-6 oct. 2009, p. 13, note BRENNER.

⁽⁴²⁾ Cass. 3 juill. 1996, in *Dalloz*, 1997.231, note BORÉ.

giudizio arrecato al creditore ⁽⁴³⁾. Potrà essere ridotta o esclusa in tutto o in parte, ove l'inadempimento dipenda da « *cause étrangère* ». L'onere di provare l'inattuazione totale o parziale dovrebbe competere a chi ne domandi la liquidazione ma un orientamento di segno contrario si è andato affermando presso la sezione commerciale e presso quella sociale della Cassazione ⁽⁴⁴⁾.

4. — Questo modello — affinato da un'esperienza giurisprudenziale tanto lunga — ha ispirato solamente in modo vago il nostro legislatore, quando ha composto l'art. 614 *bis* c.p.c.

Assai più vicina a questo è invece la disciplina contenuta in una Convenzione di diritto uniforme, firmata all'Aja dagli stati appartenenti al Benelux il 26 novembre 1973 ⁽⁴⁵⁾. La situazione dei tre Stati firmatari sino ad allora era ben differente. Sin da una decisione del 1882 ⁽⁴⁶⁾, in Belgio si era infatti ritenuto precluso al giudice di infliggere l'*astreinte*, sia per la mancanza di un fondamento legale, sia perché si pretendeva che la sanzione per l'inadempimento dovesse essere sempre adeguata al danno patito dal creditore e non ne potesse in alcun modo prescindere, in guisa da potersi ritenere sostanzialmente in contrasto con l'ordine pubblico ⁽⁴⁷⁾. Simile impostazione aveva poi trovata nell'autorità di Laurent la definitiva consacrazione ⁽⁴⁸⁾: questo contribuisce a spiegare le resistenze seguite alla Convenzione dell'Aja, cui venne data attuazione solamente nel 1980 ⁽⁴⁹⁾, novellando il testo del codice processuale (artt. 1385 *bis*-1385 *nonies*). L'Olanda viceversa, già nel 1932, si era dotata di una disciplina del *dwangsom* (ossia dell'*astreinte*) ⁽⁵⁰⁾, che venne poi rapidamente adattata alla Convenzione, agli artt. 611a-611h del *Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering* (cioè del codice di

⁽⁴³⁾ Cass. 2 févt. 2012, *Procédures*, avril 2012, comm. 103, obs. PERROT, cit. da GUINCHARD, CHAINAIS et FERRAND, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, 31^e éd., Paris 2012, n° 424, p. 357, n. 1.

⁽⁴⁴⁾ GUINCHARD, CHAINAIS et FERRAND, *Procédure civile*, cit., n° 424, ove riff.: per una sintesi recente, v. anche PUCCIARIELLO-G. FANELLI, *L'esperienza straniera dell'esecuzione forzata indiretta*, in *L'esecuzione processuale indiretta*, a cura di Capponi, Milanofiori As-sago 2011, p. 48 ss.

⁽⁴⁵⁾ Ampie indicazioni sull'elaborazione della Convenzione in STORME, *Een revolutionaire hervorming: de dwangsom*, in *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 1980, p. 222. ss.

⁽⁴⁶⁾ Cass. 19 janv. 1882, in *Dalloz*, 1882.2.81: si trattava del caso Beauffromont, in cui si chiedeva al giudice belga di deliberare la decisione francese con cui si condannava il marito a restituire i figli alla moglie dalla quale era separato, di cui abbiamo parlato qualche pagina addietro.

⁽⁴⁷⁾ V. l'*arrêt de principe* Cass. 24 janv. 1924, in *Pas.*, 1924, I, p. 151; conf. Cass. 10 mars 1932, *ivi*, 1932, I, p. 100; Cass. 14 mai 1936, *ivi*, 1936, I, p. 257; altre indicazioni in VAN COMPERNOLLE et DE LEVAL, *L'astreinte*³, Bruxelles 2013, p. 30, cui si rinvia.

⁽⁴⁸⁾ *Principes de droit civil*, vol. XVI, 4 éd., Bruxelles 1887, n° 197 s.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. MOREAU-MARGREVE, *L'astreinte*, in *Ann. Fac. dr. Liège*, 1982, p. 12, n. 4.

⁽⁵⁰⁾ W. 29.12.1932, Stb 1932, 676, entrata in vigore il 1° aprile 1933.

rito)⁽⁵¹⁾. Solamente il Lussemburgo ritenne infine di dare attuazione all'impegno assunto con la Convenzione, attraverso la novellazione del codice civile (v. art. 2059 ss. nel testo vigente dopo la l. 21 juill. 1976⁽⁵²⁾).

Le similitudini con il testo italiano sono numerose.

Balza agli occhi anzitutto che il testo della Convenzione permetta agli stati firmatari di escludere l'*astreinte* per le azioni « *en exécution de contrats de travail ou d'emploi* » (art. 3) mentre il nostro legislatore è persino andato oltre, giungendo ad escludere anche i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa menzionati all'art. 409 c.p.c. (ma non gli altri rapporti di lavoro autonomo⁽⁵³⁾). Va rammentato che, durante i lavori preparatori della Convenzione, si era proposto di impedire al giudice di infliggere l'*astreinte*, solamente quando questa si dovesse indirizzare contro il lavoratore o contro l'impiegato, per il rispetto che si doveva alla persona di lui⁽⁵⁴⁾. L'indicazione era ispirata dal § 888, Abs. 3, ZPO, che rende inapplicabili le sanzioni alle condanne a un *facere* originato dal *Dienstvertrag*⁽⁵⁵⁾. Si temeva, ad esempio, che, attraverso una previsione diversa, il datore di lavoro avrebbe potuto perseguire, con la minaccia della sanzione pecuniaria, l'assenteismo dei lavoratori. L'estensione a tutto il contenzioso laburistico — appoggiata soprattutto dalla diffidenza belga verso l'istituto — aveva finito col travisare il genuino fondamento dell'eccezione, ormai giustificabile solamente facendo appello alla delicatezza delle questioni trattate.

Per questo, parte della giurisprudenza dottrinale belga sosteneva che il divieto di infliggere l'*astreinte* dovesse ritenersi di stretta interpretazione, così da limitarsi essenzialmente alle ipotesi in cui si trattasse di condanne del lavoratore a lavorare o del datore di riceverne la prestazione. Ne restavano esclusi i provvedimenti di condanna del lavoratore a rilasciare lo stabilimento occupato, a non vendere prodotti acquisiti o fabbricati fraudolentemente⁽⁵⁶⁾.

Nel 1997, la Corte di giustizia del Benelux — cui la Convenzione demanda il compito di assicurarne l'interpretazione uniforme, attraverso il rinvio pregiudiziale — ebbe a precisare che l'eccezione non riguarda le azioni esperite dopo la cessazione del contratto di lavoro (nella specie, il lavoratore chiede-

⁽⁵¹⁾ V. per i dettagli BEEKHOVEN VAN DER BOEZEM, *De dwangsom in het burgerlijk recht*, Deventer 2006, p. 168 ss.

⁽⁵²⁾ Mém. A-47 del 11 août 1976, p. 326; non potendoci soffermare qui rinviamo a THEWES, *L'astreinte en droit luxembourgeois*, in *Ann. dr. luxemb.*, vol. IX, 1999, p. 119 ss.

⁽⁵³⁾ Sottolinea giustamente l'assurdità della differenziazione MERLIN, *Prime note sul sistema della misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella L. 69/2009*, in *R. d. proc.*, 2009, p. 1557.

⁽⁵⁴⁾ Lo ricorda MOREAU-MARGRÈVE, *L'astreinte*, cit., p. 16 s.

⁽⁵⁵⁾ Su questo aspetto, v. ora CHIARLONI, *L'esecuzione indiretta ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c.: confini e problemi*, *G. it.*, 2014, p. 4.

⁽⁵⁶⁾ STORME, *Een revolutionaire hervorming: de dwangsom*, cit., p. 230, *contra* MOREAU-MARGRÈVE, *L'astreinte*, cit., p. 75.

va infatti la condanna del datore di lavoro a consegnargli la documentazione relativa al rapporto concluso) e deve essere riferita esclusivamente alle obbligazioni caratteristiche generate da quel contratto, cioè quella di eseguire la prestazione stabilita dal mansionario e quella di remunerarla⁽⁵⁷⁾.

Da noi, sembra che si temesse soprattutto che l'uso dell'*astreinte* potesse riuscire utile per affermare la coercibilità dell'obbligo di reintegrazione del lavoratore ingiustamente licenziato⁽⁵⁸⁾ (ferma restando in ogni caso la previsione dell'art. 18, comma 14°, Stat. lav.⁽⁵⁹⁾). Simile *ratio* appare *ictu oculi* insufficiente a rendere ragionevole la differenza di trattamento tra situazioni simili⁽⁶⁰⁾, privando il lavoratore della tutela riconosciuta agli artt. 1, 3, 4, 24 Cost. e, in relazione all'art. 117, anche all'art. 6 Cedu⁽⁶¹⁾. Ne discendono tra l'altro tutta una serie di conseguenze che non possono essere superate solamente in via ermeneutica (estendendo cioè al lavoratore la tutela prevista nell'art. 614 *bis* in tutte le ipotesi in cui l'ambito semantico del testo lo consenta). Ad esempio, si potrebbe sostenere la coercibilità degli obblighi originatisi nell'ambito di un rapporto d'impiego tuttora in regime di diritto pubblico, ai sensi dell'art. 3 d. lg. 165 del 2001, in quanto sottoposte alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (ai sensi dell'art. 114, comma 4°, lett. e) c.p.a.) mentre a simile esito non potrebbe pervenirsi per gli altri rapporti, né avanti il giudice ordinario (per il riferimento testuale all'impiego pubblico rinvenibile all'art. 614 *bis*), né in sede di ottemperanza avanti il giudice amministrativo, il quale, a voler opinare diversamente, si troverebbe ad esercitare un potere puziore rispetto a quello attribuito a colui al quale è riconosciuta naturalmente la giurisdizione⁽⁶²⁾.

L'*astreinte* italiana eredita dal prototipo convenzionale anche il carattere della definitività, che già qualificava il modello olandese codificato nella leg-

⁽⁵⁷⁾ Cour just. Benelux 3 juin 1996, in *R.C.J.B.*, 1999, p. 429, note CLESSE, *L'astreinte en droit du travail*.

⁽⁵⁸⁾ BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della l. 18 giugno 2009, n. 69)*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 797.

⁽⁵⁹⁾ Rilevano G.F. RICCI, *La riforma del processo civile*, Torino 2009, p. 6, nt. 91 e TOMMASEO, *L'esecuzione indiretta e l'art. 614 bis c.p.c.*, in *R. d. proc. civ.*, 2014, I, p. 273, come simile previsione avrebbe avuto in ogni caso carattere speciale rispetto a quella generale contenuta nell'art. 614 *bis*, così da escludere comunque che questa potesse essere applicata alla reintegrazione del lavoratore licenziato.

⁽⁶⁰⁾ BOVE, *La misura coercitiva di cui all'art. 614 bis c.p.c.*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 2010, p. 784 e ora CHIARLONI, *L'esecuzione indiretta*, cit., p. 5; v. pure, con posizione più articolata, MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614 bis*, cit., p. 995 ss.

⁽⁶¹⁾ V. giustamente LUISO, *Diritto processuale civile*, III. *Processo esecutivo*⁷, Milano 2013, p. 242; di « scelta tipicamente classista » parla PROTO PISANI, *Appunti sull'ultima riforma*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, p. 116.

⁽⁶²⁾ In tal senso giustamente DELLE DONNE, *L'introduzione dell'esecuzione indiretta nell'ordinamento giuridico italiano: gli artt. 614 bis e 114, comma 4°, lett. e) Codice processo amministrativo*, in *L'esecuzione processuale indiretta*, cit., p. 131.

ge del 1932, distinguendolo nettamente da quello francese ⁽⁶³⁾: « *L'astreinte, une fois encourue, reste intégralement acquise à la partie qui a obtenu la condamnation* — dispone l'art. 3 della Convenzione Benelux — *Cette partie en poursuivre le recouvrement en vertu du titre même qui la prévoit* ». La sentenza che condanna a pagare l'*astreinte* è quindi autosufficiente, giacché la somma dovuta al creditore trovasi già determinata in sede di cognizione, mentre il debitore potrà far valere l'inefficacia totale o parziale del titolo esecutivo solamente opponendosi all'esecuzione ⁽⁶⁴⁾. Dovrà cioè allegare al giudice dell'esecuzione di aver adempiuto esattamente (quando si fosse trattato di un'obbligazione di *facere*) oppure di aver omesso un determinato comportamento (quando si fosse trattato di un'obbligazione di *non facere*): nel primo caso il rischio per la mancata prova dell'allegazione graverà su di lui, mentre nel secondo — per il *negativa non sunt probanda* — quel rischio graverà sul creditore che pretende il pagamento dell'*astreinte* ⁽⁶⁵⁾. Il sistema non consente quindi di adeguare precisamente l'entità della sanzione alla gravità dell'inadempimento ⁽⁶⁶⁾ ma contribuisce a rafforzare la portata deterrente, mentre l'esperienza francese ha mostrato come il debitore tenda a procrastinare l'inadempimento, nonostante la condanna, confidando nella futura benevolenza del giudice che dovrà determinarne l'ammontare ⁽⁶⁷⁾.

5. — Dal modello convenzionale, l'*astreinte* italiana si differenzia in quanto — a imitazione del legislatore tedesco — riguarda esclusivamente le

⁽⁶³⁾ FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*², Liège 1985, p. 599, nt. 9, il quale giustamente ammonisce contro le tentazioni di trapiantare le elaborazioni giurisprudenziali francesi, tanto dottrinali quanto forensi, nel diritto belga (e, aggiungiamo noi, neppure in quello italiano); DAVID-CONSTANT, *La fin d'une disgrâce: l'avènement de l'astreinte en droit belge*, in *Études dédiées à Alex Weill*, Paris 1983, p. 185 ss.

⁽⁶⁴⁾ Già L. COVIELLO jr., *L'obbligazione negativa (Contributo alla teoria delle obbligazioni)*, Napoli 1932, rist. Esi, 1978, p. 181 parlava, a proposito della comminatoria, di condanna sottoposta a condizione.

⁽⁶⁵⁾ In questo senso LUISSO, *op. cit.*, p. 243 s.; *contra* TOMMASEO, *L'esecuzione indiretta e l'art. 614 bis c.p.c.*, cit., p. 283.

⁽⁶⁶⁾ PROTO PISANI, *Appunti sull'ultima riforma*, cit., p. 115; valendosi di un argomento testuale BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, cit., p. 799, esclude l'efficacia esecutiva della condanna al pagamento dell'*astreinte* per i casi di ritardo nell'adempimento di *facere*, per le difficoltà che potrebbero discendere nell'accertare se si sia effettivamente perfezionata la fattispecie descritta all'art. 1218 c.c. Ci sembra però che il rimedio previsto all'art. 615 c.p.c. a disposizione del debitore superi quelle difficoltà, che non sembrano diverse da quelle che si incontrano d'ordinario in ogni altra situazione in cui si lamenti che il debitore (che dovrà comunque trovarsi in mora) abbia tardato ad eseguire una qualunque obbligazione di *facere*.

⁽⁶⁷⁾ VAN COMPERNOLLE ET DE LEVAL, *L'astreinte*, cit., p. 35; MOREAU-MARGRÈVE, *Principes généraux*, in *Dix ans d'application de l'astreinte*, Bruxelles 1991, p. 28 ed ivi riff. di giurisprudenza francese.

obbligazioni di fare infungibili e quelle di non fare ⁽⁶⁸⁾. Non sembra possibile strumentalizzare il fatto che quel limite si trovi nella rubrica ma non nel testo dell'art. 614 *bis*, così superando surrettiziamente il confine tracciato dal legislatore, attraverso il *rubrica legis non est lex* ⁽⁶⁹⁾. Appare abbastanza evidente — anche guardando alla collocazione di quella previsione — che il legislatore medesimo abbia infatti inteso munire il creditore di un rimedio per tutte le ipotesi in cui egli non possa conseguire l'attuazione coattiva della prestazione dovuta, completando in qualche modo il sistema dell'esecuzione forzata ⁽⁷⁰⁾. Se ne inferisce, ad esempio, che, in presenza di un rimedio come quello approntato dall'art. 2932 c.c. per l'inadempimento dell'obbligo di concludere un contratto, non pare possibile ricorrere all'art. 614 *bis*, quando pure si riconosca che, in simili ipotesi, il creditore (specialmente quando si tratti del promittente venditore ⁽⁷¹⁾) conseguirebbe il risultato atteso più rapidamente, attraverso la stipulazione del negozio dal debitore minacciato dall'*astreinte*, trovandosi viceversa costretto ad attendere il passaggio in giudicato della sentenza costitutiva ⁽⁷²⁾.

Tutto questo vale in ogni caso quando il rimedio previsto all'art. 2932 risulti esperibile: diversamente (ove non sia possibile o sia escluso dal titolo) il ricorso all'*astreinte* dovrà ritenersi ammissibile ⁽⁷³⁾. Potrà allora rivelarsi utile, in determinate circostanze, escludere l'attuazione forzata già nel titolo generatore dell'obbligazione (contratto preliminare o testamento), proprio per potersi valere del rimedio previsto all'art. 614 *bis* e ciò sembra possa valere non soltanto per l'attuazione forzata dell'obbligo di concludere un contratto ma anche per quelli di fare astrattamente fungibili o per quelli di consegnare cose mobili o di rilasciare cose immobili. In tal modo, il creditore sostituisce alla tutela esecutiva diretta quella indiretta, rendendo « infungibile » la prestazione per propria scelta. La possibilità di fruire dell'*astreinte* — che attraverso la coazione psicologica del debitore può rendere in molti casi più agevole il conseguimento della prestazione — sembra sufficiente a giustificare la pretesa di quest'ultimo a conseguire la prestazione personalmente dal debitore.

⁽⁶⁸⁾ La Convenzione (art. 1) non consente di accedere al rimedio solamente per le obbligazioni di pagare somme di denaro.

⁽⁶⁹⁾ Per tutti, v. MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614 bis*, cit., p. 961 ss.

⁽⁷⁰⁾ BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, cit., p. 797; LUIO, *op. cit.*, p. 235.

⁽⁷¹⁾ Questi infatti potrà conseguire il pagamento del prezzo solamente quando si verificherà il trasferimento del diritto all'acquirente, cioè col passaggio in giudicato della sentenza.

⁽⁷²⁾ La tesi di 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 *Corr. giur.*, 2009, 2009, p. 741, trovasi criticata soprattutto da PROTO PISANI, *Appunti sull'ultima riforma*, cit., p. 116 e da BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, cit., p. 798; LUIO, *op. cit.*, p. 235.

⁽⁷³⁾ Cfr. MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614 bis*, cit., p. 993.

Si tratterà cioè di una prestazione che dovrà ritenersi infungibile soggettivamente in quanto il sottostante interesse del creditore può ritenersi sicuramente apprezzabile ⁽⁷⁴⁾. come tale essa si troverà sottoposta alle consuete regole riguardanti quel tipo di rapporti, così che il creditore potrà rifiutare la prestazione offertagli dal terzo (art. 1180).

Nella giurisprudenza dottrinale, si è provato ad andare anche oltre, tentando di ricostruire una nozione di infungibilità che tenesse conto « dei pregiudizi ulteriori che possono derivare dalle alterazioni già consumate e dai tempi dell'esecuzione forzata » ⁽⁷⁵⁾. L'impostazione ha dalla sua il merito di estendere la portata — altrimenti angusta — della riforma, facendo dell'*astreinte* un meccanismo di contrasto all'abuso del processo. Essa non è tuttavia agevole da accettare perché rimette la decisione in ordine alla concedibilità della misura a una valutazione del giudice caratterizzata da discrezionalità eccessivamente ampia e sindacabile solamente in sede di gravame ⁽⁷⁶⁾. Si tratta allora dello stesso problema che presenta la manifesta iniquità, come limite testualmente previsto dall'art. 614 *bis* al rigetto della domanda di condanna del debitore al pagamento dell'*astreinte*, che è stato giustamente criticato proprio in quanto conferisce al giudice « un incontrollabile potere discrezionale » ⁽⁷⁷⁾.

Viene infine da chiedersi se viceversa il creditore possa rinunciare preventivamente all'applicazione dell'art. 614 *bis*. A noi una clausola simile non pare in contrasto con l'ordine pubblico ⁽⁷⁸⁾, anche se dovrà ritenersi vessatoria, sia per l'art. 1341, comma 2°, c.c., poiché si può ritenere una limitazione di responsabilità, sia ai sensi dell'art. 33, comma 2°, lett. b) c. cons., in quanto costituisce una limitazione delle azioni e dei diritti del consumatore. La rinuncia a valersi dell'*astreinte* non insidia e men che meno sovverte infatti quell'insieme di valori fondamentali su cui l'ordine sociale è fondato ⁽⁷⁹⁾, semplicemente rimodula gli strumenti di tutela dell'obbligazione, riportandoli nel loro tradizionale alveo.

6. — La condanna al pagamento dell'*astreinte* può essere domandata sia in sede di precisazione delle conclusioni nel giudizio con il quale si chiede la

⁽⁷⁴⁾ V., per tutti, di MAJO, *Dell'adempimento in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1994, p. 62 ss.

⁽⁷⁵⁾ MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614 bis*, cit., p. 964.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. su questo punto LUISSO, *op. cit.*, p. 242, CAPPONI, *Introduzione*, in *L'esecuzione processuale indiretta*, cit., p. 11, parla di « forme di esercizio autoritario, e sostanzialmente incontrollabile, della giurisdizione civile ».

⁽⁷⁷⁾ PROTO PISANI, *Appunti sulla riforma*, cit., p. 115.

⁽⁷⁸⁾ *Contra* VAN COMPENOLLE et DE LEVAL, *L'astreinte*, cit., p. 36 ed *ivi* n. 1, rife. di giurisprudenza dottrinale conformi.

⁽⁷⁹⁾ V., per tutti, G.B. FERRI, voce *Ordine pubblico (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano 1980, p. 1053.

condanna del debitore all'adempimento dell'obbligazione (artt. 189 e 190 c.p.c.), sia pure in un separato giudizio, che dal primo risulterà quindi pregiudicato⁽⁸⁰⁾. Potrà in tali ultimi casi farsi utilmente ricorso al procedimento sommario di cognizione previsto agli artt. 702 *bis* c.p.c. L'istanza non è sottoposta al regime di preclusioni delle domande nuove, giacché è diretta a conseguire solamente un provvedimento di rito⁽⁸¹⁾ e potrà pure essere formulata in sede cautelare⁽⁸²⁾, ma l'inefficacia del provvedimento di accoglimento a causa dell'estinzione del giudizio di merito comporterà pure l'estinzione della condanna al pagamento dell'*astreinte* (v. art. 669 *octies* c.p.c.). La misura conseguita in sede cautelare — avente per oggetto somme di denaro — andrà attuata con le forme previste dagli artt. 491 ss. in quanto compatibili, omettendo la notifica del titolo e del precetto (art. 669 *duodecies* c.p.c.⁽⁸³⁾).

Concordiamo sul fatto che la concessione della misura sia preclusa agli arbitri, a causa della finalità esecutiva che la connota⁽⁸⁴⁾: in tale caso, le parti dovranno quindi avviare un ordinario procedimento di cognizione (valendosi auspicabilmente di quello sommario, disciplinato agli artt. 702 *bis* ss. c.p.c.), giacché nel procedimento di omologazione risulta preclusa ogni valutazione sul merito della controversia. Riteniamo tuttavia che non vi siano ragioni per escludere che nel compromesso simile limitazione possa essere superata, prevedendo che l'inadempimento del lodo possa comportare la condanna a pagare una somma di denaro a titolo di sanzione.

Non si pretende dalla parte che richieda la condanna all'*astreinte* di quantificarla (neppure entro un limite minimo e massimo)⁽⁸⁵⁾ e non se ne dovrà quindi tener conto ai fini della determinazione della competenza per valore. La valutazione spetta al giudice e le indicazioni che si rinvencono nell'enunciato dell'art. 614 *bis* appaiono tanto vacue da apparire tautologiche e, per l'arbitrarietà che la decisione può comportare, forse pure in contrasto con il principio di legalità⁽⁸⁶⁾. Potrà fissarsi una somma globale, una rapportata

⁽⁸⁰⁾ In senso conf. Cour just. Benelux 17 déc. 2009, in *R.W.*, 2010-2011, p. 829, con nota di WAGNER, *Dwangsom in latere procedure: controverse passend beëindigd; contra* STORME, *Les astreintes*, in *Les voies conservatoires et d'exécution. Bilan et perspectives*, Bruxelles 1982, p. 197 e i prec. ivi rinvenibili; e, nel diritto italiano, BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, cit., p. 799; TOMMASEO, *L'esecuzione indiretta e l'art. 614 bis c.p.c.*, cit., p. 279.

⁽⁸¹⁾ LUIso, *op. cit.*, p. 238; conf. TOMMASEO, *L'esecuzione indiretta e l'art. 614 bis c.p.c.*, cit., p. 278.

⁽⁸²⁾ LUIso, *op. cit.*, p. 239; CHIARLONI, *L'esecuzione indiretta ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c.*, cit., p. 6.

⁽⁸³⁾ *Contra* TOMMASEO, *L'esecuzione indiretta e l'art. 614 bis c.p.c.*, cit., p. 277 s.

⁽⁸⁴⁾ LUIso, *op. cit.*, p. 239; CHIARLONI, *L'esecuzione indiretta ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c.*, cit., p. 6.

⁽⁸⁵⁾ Court just. Benelux 2 avril 1984, in *R.W.*, 1983-1984, col. 2681.

⁽⁸⁶⁾ LUIso, *op. cit.*, p. 240, parla di disposizione « vuota », ma (forse troppo ottimisticamente, visto che il controllo della cassazione trovasi ogni giorno viepiù limitato) ritiene

all'unità di tempo in cui si sviluppa l'inadempimento o una per ogni violazione della decisione, anche stabilendo un coefficiente che la aumenti progressivamente, dopo un certo periodo di tempo o dopo un certo numero di violazioni ⁽⁸⁷⁾.

Secondo l'art. 5 della Conv. Benelux, il fallimento sospende l'efficacia dell'*astreinte* comminata al fallito e le somme maturate a tale titolo non sono ammesse al passivo fallimentare. In mancanza di una previsione espressa nel nostro diritto, sicuramente il creditore potrà insinuarsi al passivo per conseguire quanto gli è stato riconosciuto a causa dell'inadempimento e competerà al curatore prima, e al giudice dell'impugnazione del decreto che rende esecutivo lo stato passivo poi, di stabilire se la somma fosse dovuta e in quale misura. La sospensione della comminatoria, agli effetti del concorso, pare si possa desumere per noi dagli artt. 51 e 55 l. fall.

Se non sembra esservi dubbio quanto al fatto che il creditore cessionario possa esigere l'*astreinte* già accordata al cedente, sembra meno agevole stabilire se lo stesso valga quando il debito venga trasferito a un terzo. La Convenzione Benelux si occupa testualmente solamente dell'erede e stabilisce che la comminatoria cessa di produrre effetto *ope legis* dalla data di apertura della successione, quando sia determinata per unità di tempo, mentre negli altri casi può semplicemente essere sospesa o resa inefficace dal giudice adito su domanda degli eredi (art. 6).

Considerato che l'art. 614 *bis* c.p.c. si riferisce testualmente anzitutto alle obbligazioni di *facere* infungibili, il problema potrà porsi da noi solamente per quelle obbligazioni di *non facere* che non abbiano a loro volta carattere infungibile. In tali casi, sembra che non vi siano ragioni per escludere che il creditore possa far valere il titolo esecutivo ad esigere la comminatoria — conseguito contro il debitore originario — anche contro il debitore subentrato nel rapporto obbligatorio, per l'efficacia soggettiva del giudicato nei confronti degli eredi e degli aventi causa (art. 2909 c.c.).

che la decisione possa costituire oggetto di sindacato in sede di legittimità, avendo contenuto di rito e non di merito.

⁽⁸⁷⁾ VAN COMPERNOLLE ET DE LEVAL, *L'astreinte*, cit., p. 55.