

2 Marzo 2019

**CORSO DI PREPARAZIONE AL CONCORSO IN MAGISTRATURA  
2018/2019**

**GIAPPICHELLI EDITORE**

**Responsabile scientifico  
Vincenzo Lopilato**

LEZIONE DEL 2 Marzo 2019

**Diritto civile**

**CONTRATTO**

**RESPONSABILITA' CONTRATTUALE (Parte II) – OBBLIGAZIONI (Parte I)**

2 Marzo 2019

## PARTE PRIMA

### RESPONSABILITA' CONTRATTUALE (Parte II)

#### Argomento 6

#### **Clausola penale e caparra confirmatoria: potere del giudizio e ruolo della buona fede**

*Omissis...*

#### **4. Clausola penale e pene private. Rinvio alla lezione per l'inquadramento generale.**

**Nota:** si riporta di seguito uno schema di tema distribuito il 7 aprile 2017 dal titolo "Le pene nel diritto privato: tipologia, presupposti e disciplina."

**Nota.** A. L'argomento oggetto del tema è complesso perché di esso si sono occupati, in modo sistematico, soltanto alcuni autori. Anche in giurisprudenza non si rinvengono affermazioni generali ricostruttive. In questo schema propongo una trattazione che prende spunto da alcuni articoli di dottrina e voci enciclopediche. Nei giudizi individuali dati a ciascuno ho fatto valutazioni più ampie che, proprio per la particolarità del tema, non hanno tenuto conto di questo schema. Se dovesse essere estratta una traccia che riprende questi argomenti seguite questo schema.

B. Nello schema trovate citazioni di dottrina e di giurisprudenza che, ovviamente, come sapete, non si possono ripetere in un eventuale tema in sede concorsuale.

#### **1. *Nozione di pene private e rapporti con la nozione di rimedi.***

La pena è tipica del diritto penale dove contraddistingue la tipologia di sanzione prevista per gli atti illeciti di rilievo penalistico. In questo ambito la pena colpisce la condotta del soggetto agente ed è volta a sanzionare un fatto-reato, prescindendo dal pregiudizio subito dalla vittima del reato. Viene inflitta dall'organo giurisdizionale nell'esercizio della propria esclusiva potestà punitiva.

La pena nel diritto privato non ha una disciplina espressa. La potestà punitiva era riconosciuta nella fase primitiva del diritto romano. Si ricordi, a tale fine, della *legis actio per manus iniunctionem*, che, come riferisce Gaio, permetteva, in alcuni casi, al creditore l'apprensione materiale dell'"inadempiente".

La ricostruzione della sua nozione è, pertanto, il risultato dell'elaborazione della dottrina e della giurisprudenza.

Fermo restando quanto si dirà oltre in ordine alla diversità di tipologie di pene private, il dato comune è che "*nelle sanzioni punitive la sanzione colpisce il responsabile in un bene che è diverso da quello offeso e che non è in alcun rapporto funzionale con esso: in tali sanzioni centrale è la finalità di prevenzione generale, esercitata sia mediante dissuasione sia mediante persuasione, ma è anche presente una finalità di prevenzione speciale, consistente nell'impedire che un determinato soggetto commetta nel futuro nuovi illeciti*" (S. Patti, voce "Pena privata", in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1995, 349 ss.).

In altri ordinamenti giuridici, come in Francia, "*la giurisprudenza fonda l'ammissibilità di tale rimedio, senza ricorrere al modello della responsabilità civile, bensì alla nozione di "sanction", quale espressione del potere del giudice di ingiungere il pagamento di una penalità, per inosservanza a ordini dell'autorità o per violazione di interessi non puramente individuali*" (D. Covuccio, *Deterrenza processuale e pena privata: il nuovo art. 96, terzo, comma, c.p.c.*, in *Danno e resp.*, 2012, 523).

In questa parte introduttiva, deve farsi un cenno alla nozione, che invece rileva, quale regola generale, nel diritto privato, che è quella di "rimedi".

2 Marzo 2019

In particolare, i rimedi possono essere quelli che incidono sull'atto ritenuto invalido e quelli che incidono sul rapporto.

I primi sono rappresentati dalle azioni di: nullità, annullabilità e rescissione. In tutti questi casi, la conseguenza è il venir meno dell'atto, sia pure con conseguenze diverse a seconda della tipologia di azione che viene in rilievo. In questo contesto una particolare menzione merita l'istituto della nullità che, pur non essendo una pena privata, rappresenta *“la tecnica più raffinata e perfetta di controllo sociale esercitato da parte dell'ordinamento sull'attività negoziale dei privati”* (G. Ponzanelli, voce “Pena privata”, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990, 1 ss.). Esso travolge interamente il rapporto, incidendo anche sulle posizioni dei terzi.

I secondi sono quelli che conseguono alla violazione di obbligazioni (nascenti dalla legge, da contratto o da altro fatto o atto idoneo) o del dovere generale del *neminem laedere*. A tale proposito, si distinguono: *i*) i rimedi che assicurano una tutela specifica (azione di adempimento, con riferimenti anche all'azione di sostituzione e riparazione del bene), azione di risoluzione del contratto, nel caso in cui la fonte dell'obbligazione è costituita dal contratto; *ii*) i rimedi che assicurano una tutela risarcitoria, che può essere l'unica forma di tutela nel caso della violazione del dovere del *neminem laedere* ovvero che può accompagnarsi agli strumenti di tutela specifica. Nell'ambito degli illeciti di dolo l'art. 1225 c.c. prevede che; *“se l'inadempimento o il ritardo non dipende da dolo del debitore, il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione”*.

Le finalità perseguite da tutti i rimedi sopra indicati è quello di tutelare la sfera patrimoniale o non patrimoniale del soggetto leso.

## **2. Tipologia, presupposti e disciplina.**

Si possono individuare una pluralità di “tipologie” di pene che hanno “presupposti” e “discipline” diverse e che rendono complessa la individuazione di una categoria unica ordinante (F.D. Busnelli, *Verso una riscoperta delle "pene private"?*, in *Resp. civ. prev.*, 1984, 26).

Si possono distinguere pene inserite nell'ambito di: fattispecie contrattuali; fenomeni collettivi; diritto di lavoro; vita di relazione e, dunque, in collegamento con le fattispecie di responsabilità civile; illecito depenalizzato; fattispecie di rilevanza processuale.

La dottrina (G. Ponzanelli, cit.) che si è occupata di questa tematica ha distinto tra:

- a) “pene negoziali”, che sono quelle contemplate dalle parti nell'esercizio della loro autonomia contrattuale;
- b) “pene legali”, previste da specifiche previsioni di legge;
- c) “pene giudiziali”, in relazione alle quali *“il carattere afflittivo-retributivo e le finalità di prevenzione non sono immediatamente desumibili dalla formulazione letterale di singole fattispecie normative, ma dalla concreta applicazione di esse da parte delle Corti”* (G. Ponzanelli, cit).

### **2.1. “Pene negoziali”.**

Si tratta di stabilire se le parti, nell'esercizio della loro autonomia negoziale, possono prevedere “rimedi” che hanno una finalità punitiva e che, pertanto, perseguono finalità che debordano dal mero scopo di ripristinare la sfera patrimoniale o non patrimoniale lesa.

#### **2.1.1. Clausola penale.**

La figura principale che può essere menzionata è quella della clausola penale prevista dall'art. 1382 c.c.

Tale norma dispone che: *“La clausola, con cui si conviene che, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, uno dei contraenti è tenuto a una determinata prestazione, ha l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore. La penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno”*.

2 Marzo 2019

Secondo un orientamento, minoritario, tale clausola avrebbe un fondamento punitivo. Il legislatore avrebbe, pertanto, autorizzato una parte del contratto a prevedere una sanzione da infliggere all'altra nel caso di inadempimento e ciò a prescindere da qualunque finalità compensativa.

L'orientamento prevalente ritiene, invece, che il fondamento della clausola penale sia risarcitorio e non punitivo. In linea con questa tesi si giustifica, da un lato, il potere officioso del giudice di ridurre la clausola eccessivamente onerosa (art. 1384 c.c.) e, dall'altro, la rilevanza del momento dell'adempimento e non di quello relativo alla fase di stipula del contratto al fine di stabilire se tale clausola sia o meno eccessivamente onerosa.

Si discute se le parti abbiano il potere di prevedere, nell'esercizio della loro autonomia negoziale, sanzioni che hanno *“come unico presupposto un inadempimento contrattuale, e non anche la sussistenza di un conseguente pregiudizio in capo all'avente diritto alla prestazione inadempita”*. Si tratta pertanto di stabilire se le parti possano contemplare una sanzione afflittiva, avente *“la funzione di deterrente atto a prevenire la trasgressione di un precetto, e nella specie l'inadempimento di una obbligazione contrattuale”* (riporta in questi termini la questione F. Galgano, *Regolamenti contrattuali e pene private*, in *Contr. e impr.*, 2001, 509).

Parte minoritaria della dottrina ritiene ammissibile tale tipologia di pena.

La dottrina e la giurisprudenza prevalente ritengono che alle parti sia escluso di prevedere nel contratto clausole con finalità punitive. Una tale clausola sarebbe nulla per violazione del principio dell'ordine pubblico di uguaglianza (CM. Bianca, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994 255). La fase dell'adempimento è retta dal principio di equità e buona fede.

### **2.1.2. Poteri nell'ambito delle associazioni e del rapporto di lavoro.**

In relazione alla fattispecie collettive, il riferimento principale è al potere di esclusione dell'associato nell'ambito di associazioni o società.

Una prima tesi “contrattuale” (che ha giustificato la trattazione di questo argomento in questo ambito) ritiene che *“la sanzione comminata per la violazione di obblighi discendenti dallo statuto sembra assumere la fisionomia di un effetto, previsto dalle parti, dell'inadempimento contrattuale”* (S. Patti, cit.). In altri termini, si sarebbe in presenza di uno scioglimento del vincolo associativo che assume la forma di autotutela rientrante nello schema della risoluzione per inadempimento. A titolo esemplificativo, nell'ambito della disciplina delle associazioni, l'art. 24 c.c. prevede che *“l'esclusione di un associato non può essere deliberata dall'assemblea che per gravi motivi”*. Un diffuso orientamento, muovendo dal presupposto che alla base degli obblighi assunti vi è un contratto associativo, ritiene necessario valutare la gravità dell'inadempimento alla luce del criterio posto dall'art. 1455 c.c. (Cass. civ., sez. I, 9 settembre 2004, n. 18186, ha affermato che l'art. 24 *“è applicabile anche alle associazioni non riconosciute ed implica che il giudice davanti al quale sia proposta l'impugnazione della deliberazione di esclusione abbia il potere - dovere di valutare se si tratti di fatti gravi e non di scarsa importanza, cioè se si sia avverata in concreto una delle ipotesi previste dalla legge e dall'atto costitutivo per la risoluzione del singolo rapporto associativo, prescindendo dall'opportunità intrinseca della deliberazione stessa”*).

Una seconda tesi “istituzionale”, mettere in rilievo *“il potere dell'associazione di infliggere sanzioni disciplinari e la corrispondente posizione del socio quale destinatario di una sanzione punitiva”* (S. Patti, cit.).

Il Tribunale civile di Roma, con sentenza 15 febbraio 2015, ha affermato che quando si esclude un associato occorre la specifica contestazione perché è una sorta di procedimento disciplinare.

In relazione ai rapporti di lavoro, il riferimento principale è alle sanzioni disciplinari inflitte dal datore di lavoro pubblico o privato. Si tratta, però, di un settore peculiare, in relazione al quale in ogni caso sono previste forme di garanzia procedimentali dell'“incolpato”.

### **2.2. Pene “giudiziali”, responsabilità civile e danni punitivi.**

2 Marzo 2019

Le “pene giudiziali” evocano la tematica della responsabilità civile e la questione relativa ai danni punitivi, di origine anglosassone.

L'orientamento prevalente ritiene che il risarcimento del danno abbia valenza compensativa. E' indubbio, però, che 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. Le Sezioni unite della Cassazione (sentenza 22 luglio 2015, n. 15350), con riferimento al danno da morte, hanno escluso che la responsabilità possa avere una finalità punitiva

L'orientamento minoritario, invece, valorizzando l'esigenza (che è propria del sistema penale) di punire il colpevole del fatto illecito per finalità preventive e deterrenti, ritiene che il risarcimento del danno possa avere anche una funzione punitiva, con conseguenza polifunzionalità del rimedio risarcitorio. Questa logica punitiva valorizza il profilo soggettivo dei sistemi di imputazione della responsabilità e ammette la previsione di criteri risarcitori che consentono la corresponsione di somme risarcitorie anche superiori a quelle necessarie per compensare il pregiudizio economico subito dal danneggiato.

La mancanza di un predefinito modello costituzionale di responsabilità ha portato la Corte di Cassazione a ritenere, sia pure con riferimento ad un settore particolare, che rientra nella discrezionalità della legislatore prevedere, per giustificate ragioni che devono emergere dalla previsione normativa, anche forme di responsabilità che perseguono finalità punitive.

La questione è stata affrontata con riferimento alla deliberazione di sentenze straniere che hanno condannato al risarcimento di danni punitivi. La Corte di Cassazione, con sentenza 16 maggio 2016, n. 9978, ha ritenuto questa questione di particolare rilevanza e l'ha rimessa alle Sezioni unite.

L'art. 64 della legge 31 maggio 1995, n. 218 dispone che la sentenza straniera è riconosciuta in Italia senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento quando, tra l'altro, “le sue disposizioni non producono effetti contrari all'ordine pubblico” (lettera f).

La Cassazione, sino al 2016, aveva sempre ritenuto che tali sentenze fossero in contrasto con l'ordine pubblico.

La Cassazione, con la citata sentenza, ha affermato, invece, che la nozione di ordine pubblico internazionale è più ampia rispetto alla nozione di ordine pubblico interno. In particolare, si è affermato che il “*prodotto giuridico straniero*” non può entrare nel nostro ordinamento soltanto quando è incompatibile con “i valori costituzionali primari”. La Cassazione per giungere a questa conclusione ha fatto riferimento anche alla “globalizzazione degli ordinamenti giuridici in senso transnazionale, che invoca la circolazione delle regole giuridiche e non la loro frammentazione tra i diversi ordinamenti nazionali”. Alla luce di queste premesse, la Corte, ritenendo che non possa sostenersi che la funzione compensativa “assurga al rango di un valore costituzionale essenziale e imprescindibile del nostro ordinamento”, ha espresso l'avviso del non contrasto con l'ordine pubblico internazionale della sentenza con condanna punitiva e ha rimesso la questione alle Sezioni unite.

### **2.3. “Pene legali”.**

L'ambito delle possibili “pene legali” è ampio ed eterogeneo. Per fini di schematizzazione, si possono raggruppare diverse fattispecie a seconda dei settori di intervento.

#### **2.3.1. Responsabilità civile.**

Esistono alcune norme che contemplano fattispecie di danni punitivi.

Vanno ricordati, a titolo solo esemplificativo, i seguenti:

- la L. 8 febbraio 1948, n. 47, art. 12, che, in materia di diffamazione a mezzo stampa, prevede il pagamento di una somma “in relazione alla gravità dell'offesa ed alla diffusione dello stampato”;
- l'art. 709 ter c.p.c. 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

2 Marzo 2019

pronunce di condanna al risarcimento dei danni, la cui natura assume, secondo un diffuso orientamento, valenza punitiva;

- d.lgs. n. 140 del 2006, art. 5 (diritto d'autore) e 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 (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".

### 2.3.2. Sanzioni civili pecuniarie.

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).

Si tenga conto che la somma riscossa non viene data al danneggiato ma entra nelle casse dello Stato. [Nota: questa parte si può sviluppare di più alla luce del dato normativo].

### 2.3.3. Contratto.

L'art. 1815 c.c. in caso di interessi usurari, dispone che "*se sono convenuti interessi usurari la clausola è nulla e non sono dovuti interessi*". Si tratta di un rimedio che ha una chiara finalità punitiva, in quanto il risultato della applicazione della norma è la conversione di un contratto oneroso con un contratto gratuito. In dottrina qualcuno preferisce qualificare il rimedio non come pena privata ma come "sanzione civile".

### 2.3.3. Processo.

**A)** L'art. 96 c.p.c., comma 3, prevede la condanna della parte soccombente al pagamento di una "somma equitativamente determinata", in funzione sanzionatoria dell'abuso del processo (nel processo amministrativo v. il d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, art. 26, comma 2).

La Corte costituzionale, con sentenza n. 152 del 2016, ha sottolineato la natura non risarcitoria (o, comunque, non esclusivamente tale) e, più propriamente, sanzionatoria, con finalità deflative, e indennitaria.

**B)** L'art. 614-bis c.p.c. prevede che: "*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<sup>1</sup>. 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 e privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo*

409.

*Il giudice determina l'ammontare della somma di cui al primo comma tenuto conto del valore della*

2 Marzo 2019

*controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile”*

La Cassazione con la sentenza n. 7613/2015, ha sottolineato come l'astreinte è uno strumento di coazione all'adempimento ed *ex post* “funziona anche come sanzione per il suo contrario”. In tale sentenza sono state messe in rilievo le diversità tra *astreinte* e danni punitivi.

[Per comodità di studio riporto di seguito il passo rilevante della motivazione].

*“Risarcimento del danno ed astreinte costituiscono misure fra loro diverse, con funzione l'uno reintegrativa e l'altra coercitiva al di fuori del processo esecutivo, volta a propiziare l'induzione all'adempimento.*

*Parimenti, il danno punitivo ha struttura e funzione non coincidenti con l'astreinte.*

*A voler individuare, tra questi ultimi, dei tratti comuni, si può pur considerare che entrambi mirano (a coartare) all'adempimento:*

*l'astreinte di un obbligo ormai posto all'interno della relazione diretta tra le parti, in quanto derivante dal provvedimento giudiziale (anche qualora in origine si trattasse di illecito extracontrattuale) e da adempiersi in futuro; il danno punitivo - ma solo se riguardato come previsione normativa astratta fra gli strumenti a disposizione del giudice adito - all'adempimento futuro dell'obbligo generale del *neminem laedere* o dell'obbligazione contrattuale principale, restando però il contenuto suo proprio quello di sanzione per il responsabile, così che il profilo della coazione ad adempiere si configura con riguardo ad altri potenziali danneggianti o danneggiati. Insomma, a voler ravvisare in entrambi gli istituti il fine di coartazione della volontà, si dovrà parlare, da una parte, di funzione deterrente propria, e, dall'altra parte, di una funzione deterrente solo indiretta.*

*Il parallelismo si estende in senso inverso, perchè l'astreinte, se mira a convincere all'adempimento, ex post funziona anche come sanzione per il suo contrario.*

*E, dunque, può pur dirsi che le astreintes e i danni punitivi, già negli ordinamenti di derivazione, operano sia come strumenti sanzionatori e sia come forme di coazione indiretta all'adempimento.*

*Eppure, le differenze restano fondamentali: permane il fatto che l'astreinte non ripara il danno in favore di chi l'ha subito, ma minaccia un danno nei confronti di chi si comporterà nel modo indesiderato.*

*Allorchè la misura pecuniaria sia comminata in aggiunta non alla condanna risarcitoria, ma a quella a consegnare un bene determinato (come, nella specie, le azioni rappresentative del capitale sociale), l'astreinte si allontana dalla liquidazione del danno punitivo, presentando i caratteri di una tecnica di tutela di altro tipo, ossia d'induzione all'adempimento mediante una pressione (indiretta nel senso che non ricorre agli organi dello Stato, ma diretta per il fine perseguito) a tenere il comportamento dovuto”.*

### **3. Conclusioni.**

Alla luce di quanto esposto risulta come non esista una nozione unitaria di pena privata, occorrendo valutare le singole fattispecie.

In relazione alle “pene negoziali” deve escludersi che le parti nell'esercizio della loro autonomia negoziale possano prevedere pene private.

In relazione alle “pene giudiziali” la portata della loro valenza dipenderà da quello che verrà affermato dalle Sezioni unite della Cassazione in ordine ai danni punitivi e al loro rapporto con la nozione di ordine pubblico.

In relazione alle “pene legali” si tratta di norme espressione di interessi connessi alla singola fattispecie e non espressione di un principio generale e, pertanto, in quanto tali, non suscettibili di applicazione analogica.

2 Marzo 2019

Argomento 7**Inadempimento e misure di coercizione indiretta**

- 1. Inadempimento e misure di coercizione indiretta. Rinvio alla lezione e al Manuale di diritto amministrativo per l'inquadramento generale (Capitolo 5, par. 3 relativo alle forme di tutela delle situazioni giuridiche soggettive)**

**Nota:** per completezza si riporta un articolo di dottrina in tema

**Segue. Dottrina.** Novità in materia di esecuzione forzata (I parte) – Le misure di coercizione indiretta ex art. 614 bis c.p.c., di Iacopo Gambioli, in *Giur. it.*, 2016, 1264.

Sommario: Profili generali della riforma - Prime note sistematiche: superamento del c.d. "nesso di alternatività esclusiva" - Esclusione delle condanne al pagamento di somme di denaro - Ambito di applicazione: "con il provvedimento di condanna" - Ordinanze e decreti - "Salvo che ciò sia manifestamente iniquo" - "Su richiesta di parte" - Considerazioni conclusive

Profili generali della riforma

L'art. 13, 1°(gradi) comma, lett. cc ter), D.L. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla L. 6 agosto 2015, n. 132, inserendo nel libro III del codice di rito un nuovo "Titolo IV bis" (rubricato "**Delle misure di coercizione indiretta**"), ha riformato in modo significativo l'art. 614 bis c.p.c.(1), il cui ambito di applicazione risulta largamente ampliato.

Ispirata alla tecnica **delle astreintes**(2), la norma in commento si differenzia da quella formulata nel 2009(3) per la modifica del comma, dove si prevede che, **su richiesta di parte, il giudice possa fissare delle misure coercitive con il provvedimento di condanna all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro.**

**Il legislatore, pertanto, operando una specificazione, ha esteso a contrariis il possibile utilizzo della coercizione indiretta tanto alla tutela di condanna per la consegna di beni mobili e a quella per il rilascio di beni immobili, quanto alla tutela di condanna ad un fare fungibile e a disfare.** L'irrogazione di misure di coercizione indiretta, ex art. 614 bis c.p.c., resta invece preclusa controversie di lavoro subordinato pubblico o privato e rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409 c.p.c.(4).

La riforma, che lascia irrisolte numerose questioni(5) ed al contempo ne propone di nuove, ha certo il merito di elidere talune incertezze in precedenza generate dalla discrasia tra la vecchia rubrica dell'articolo ed il testo del primo comma(6).

Sono, dunque, sciolti i nodi interpretativi attinenti ai rapporti sostanziali cui è correlabile la misura coercitiva. **Secondo l'interpretazione dell'art. 614 bis c.p.c. sinora più convincente e diffusa**(7), **infatti, dando per presupposto che la norma si potesse applicare unicamente per l'attuazione di obblighi di fare infungibile e non fare, il giudice, al fine di irrogare l'astreinte, doveva verificare l'infungibilità della prestazione**(8), **con tutte le conseguenti problematiche applicative**(9). L'articolo in commento, invece, limitandosi ad escludere le condanne al pagamento di somme di denaro senza distinguere tra quelle per obblighi di fare fungibile ed infungibile, permetterà al giudice della condanna di fissare una somma di denaro per ogni violazione, inosservanza o ritardo, quale misura coercitiva, prescindendo dalla verifica dell'infungibilità(10).

Il passo fatto con la L. 6 agosto 2015, n. 132, dunque, va inquadrato nella cornice di un percorso che, dapprima, ha visto l'ordinamento italiano rifiutare(11) misure generali(12) di coercizione indiretta, per poi introdurre(13), seppure in quella cornice di residualità(14) rappresentata dall'attuazione degli obblighi di fare infungibile e non fare, sino a renderle irrogabili, **quale presidio dell'effettività della tutela di condanna**(15), al fine di fare ottenere al creditore l'adempimento di quegli obblighi di diritto sostanziale che non abbiano ad oggetto il pagamento di somme di denaro(16).

2 Marzo 2019

Prime note sistematiche: superamento del c.d. "nesso di alternatività esclusiva"

Come è noto, il legislatore, solo nel 2009(17) e sulla scorta di altre esperienze europee(18), ha colmato un vuoto normativo, introducendo, con l'art. 614 bis c.p.c., un nuovo strumento processuale(19) volto a garantire l'attuazione degli obblighi di fare infungibile e non fare.

Nel caso di infungibilità(20) della prestazione, sia che l'obbligo abbia ad oggetto un facere, sia che esso debba concretarsi in un dovere di astensione, l'inadempimento del debitore non è direttamente superabile per mezzo della surrogazione(21), ma solo indirettamente attraverso la coartazione all'adempimento(22), in quanto il soddisfacimento degli obblighi aventi ad oggetto prestazioni infungibili presuppone la cooperazione dell'obbligato.

**L'esecuzione indiretta, o psicologica, è quello schema processuale volto ad assicurare al creditore una prestazione che gli spetta sulla base del diritto sostanziale, senza che un terzo o, nella fattispecie, un organo dello Stato sostituisca un proprio comportamento a quello dovuto dall'obbligato(23). Essa si realizza coartando la volontà del debitore, attraverso l'irrogazione di misure coercitive(24), che consistono nella minaccia di conseguenze negative(25) (essenzialmente sanzioni civili o penali, di contenuto patrimoniale o personale)(26) in ragione della violazione di un obbligo o dell'inosservanza di un divieto, così come sanciti in un provvedimento di condanna(27) o secondo il perdurare della violazione o dell'inosservanza stesse in una unità di tempo.**

Allora, affinché il creditore ottenga quanto gli spetta, l'ordinamento può predisporre, a seconda del rapporto sostanziale, l'esecuzione diretta, avente carattere surrogatorio, o quella indiretta, avente carattere compulsivo. Se l'esecuzione indiretta è necessaria nel caso di obblighi aventi ad oggetto prestazioni infungibili (crediti non tutelabili con l'esecuzione forzata diretta), non è altrettanto necessaria per l'esecuzione di obblighi di carattere fungibile, atteso che il legislatore può ben limitarsi ad offrire gli strumenti surrogatori(28).

**Ciò, tuttavia, non comporta che la predisposizione di strumenti surrogatori escluda la contemporanea predisposizione di strumenti di coazione. Non v'è necessità, insomma, almeno per ragioni concettuali(29), che esecuzione forzata diretta ed esecuzione indiretta coesistano in un medesimo ordinamento secondo un "nesso di alternatività esclusiva"(30), ancorché ragioni pratiche potrebbero suggerire il contrario(31).**

Il legislatore, pertanto, in mancanza di indicazioni contrarie, prevedendo che il giudice, ex art. 614 bis c.p.c., possa fissare una misura coercitiva quale accessorio di un provvedimento di condanna, permette che, come in altri ordinamenti(32), il creditore pervenga alla realizzazione del proprio diritto sommando **i mezzi di coazione a quelli di surrogazione(33).**

Tale sorta di duplicazione della tutela è da accogliere con favore perché tende a garantire maggiore effettività alla condanna, specialmente nelle situazioni in cui il debitore non vuole adempiere(34), **i.e. rifiutandosi di consegnare il bene mobile; essa, tuttavia, porge il fianco a qualche inconveniente.**

Anzitutto l'eccessivo depauperamento patrimoniale del debitore a vantaggio di un creditore. Il creditore, infatti, potrà conseguire la prestazione principale in via di esecuzione in forma specifica, espropriare per il valore della somma che gli spetta a titolo di astreinte e, magari, ottenere un risarcimento del danno(35). De iure condito spetterà al giudice della condanna determinare, nel caso concreto, la somma in modo congruo, in relazione al danno quantificato o prevedibile, così da non raddoppiare le voci di risarcimento(36), rischio plausibile specialmente nel caso in cui la misura sia determinata in relazione al ritardo nell'esecuzione del provvedimento.

C'è, dunque, un ulteriore inconveniente: quello che il rimedio sia peggiore del male in termini di consumazione della risorsa giustizia. È vero, infatti, che, così come configurata, l'applicazione delle misure di coercizione indiretta, mirando all'adempimento spontaneo, potrebbe avere effetto deflattivo sull'esecuzione in forma specifica, ma è anche vero che, se l'obbligato non si adegua all'ordine giudiziale, il creditore potrebbe avviare due procedimenti esecutivi (esecuzione in forma

2 Marzo 2019

specifica ed espropriazione)(37) invece di uno(38). Insomma il buon intento di legiferare in chiave di deflazione potrebbe dar luogo all'effetto contrario ed opposto.

### **Esclusione delle condanne al pagamento di somme di denaro**

La specificazione di cui si tratta, peraltro, non rappresenta un unicum nel panorama europeo. È stato variamente affermato che, per la stesura dell'art. 614 bis c.p.c., il legislatore italiano si sia ispirato alla tecnica delle astreintes. Ciò, come detto, è condivisibile(39). Invero, il modello legislativo che presenta più analogie rispetto a quello Italiano non è quello francese, ma quello dei paesi del Benelux. Difatti, rispetto a quanto codificato in Francia(40), uno dei tratti peculiari della Convenzione de L'Aia, recante norme di diritto uniforme relative all'astreinte e sottoscritta da Belgio, Olanda e Lussemburgo il 26 novembre 1973(41), è che l'astreinte non può essere pronunciata in caso di condanna al pagamento di una somma di denaro(42).

Tale scelta è stata giustificata sostenendo che, nel caso di obbligazioni pecuniarie, il creditore può agire esecutivamente con il pignoramento già a seguito della condanna principale tanto da far apparire la condanna accessoria una duplicazione(43).

Ci si potrebbe riportare a tale argomento anche per la novella italiana, ma esso non convince a sufficienza: si può facilmente obiettare che anche per le obbligazioni non pecuniarie esistono dei mezzi surrogatori.

**Inoltre, è vero che il creditore può già vantare rivalutazione ed interessi(44), ma la misura coercitiva, di diversa natura e funzione rispetto a questi, potrebbe rappresentare una sanzione efficace anche per il debitore recalcitrante al pagamento di una somma di danaro(45).** Da una parte, se il debitore non può adempiere l'obbligazione principale, sarebbe vano sperare nel pagamento dell'astreinte; dall'altra, l'esclusione della condanna al pagamento di una somma di denaro finisce per favorire il debitore che, pur condannato, non vuole pagare(46) e, magari, in pendenza del processo esecutivo, ricorre a pratiche dilatorie. È proprio in quest'ultimo caso che un ripensamento del legislatore potrebbe rappresentare un passo decisivo nella tutela del credito.

**Nondimeno, stabilendo un grave sbilanciamento rispetto all'astreinte di diritto amministrativo(47), l'esclusione della condanna al pagamento di somme di denaro dal campo di applicazione della misura coercitiva di cui all'art. 614 bis c.p.c. determina una diversità di trattamento di due situazioni di credito pecuniario, l'una verso la P.A. l'altra verso un privato.**

Ciò premesso, partendo dal presupposto che le misure coercitive possano contribuire a garantire l'effettività della tutela giurisdizionale cui si correlano, il legislatore, superata la sistematica che affidava loro un ruolo residuale e limitato ai casi di infungibilità della prestazione, avrebbe potuto spingersi con più coraggio a trattare tutti i provvedimenti di condanna nel medesimo modo, senza escludere l'applicazione delle misure coercitive ai provvedimenti di condanna al pagamento di somme di danaro(48).

### **Ambito di applicazione: "con il provvedimento di condanna"**

Si è detto che, ex art. 614 bis c.p.c., 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 dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. Sempre il primo comma stabilisce che il provvedimento di condanna è titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza.

Il dato certo da cui partire è offerto dalla attribuzione del potere: **la fissazione della misura coercitiva non spetta al giudice dell'esecuzione ma a quello della cognizione(49).**

Il giudice della cognizione, dunque, in virtù dell'art. 614 bis c.p.c., può pronunciare un provvedimento a **doppio capo**: uno principale di condanna, per cui, sulla base del rapporto sostanziale, ad una parte è impartito l'ordine di tenere una prestazione; uno accessorio che preveda

2 Marzo 2019

il pagamento della somma stabilita condizionato al realizzarsi (in futuro rispetto al provvedimento) della violazione o dell'inosservanza.

Vanno conseguentemente fugati i dubbi sulle forme di tutela che le misure coercitive possono ad oggi assistere. Dal momento che la misura coercitiva ha scopo compulsivo, è volta, cioè, ad indurre un soggetto a tenere un determinato comportamento, essa sarà irrogabile, salvo che la fissazione sia manifestamente iniqua, solo nel caso in cui il giudice, con un provvedimento avente contenuto condannatorio, possa impartire un ordine di prestazione sulla base di un rapporto sostanziale che impone un obbligo e questo si ravvisi violato(50).

Ove, anzitutto, manchi un ordine di prestazione e la tutela sia "autosufficiente"(51), nel senso che la crisi della situazione giuridica soggettiva sia già risolta con la pronuncia giurisdizionale e non necessiti che la parte soccombente adegui il proprio comportamento ad una condotta dovuta, non potrà essere fissata una misura coercitiva ex art. 614 bis c.p.c.(52).

**Di tal guisa, non possono essere assistiti dalla fissazione della misura coercitiva quei provvedimenti giurisdizionali volti a superare una situazione di incertezza gravante sul diritto soggettivo: è questo il caso delle pronunce di mero accertamento, il cui scopo è quello di stabilire l'esistenza o l'inesistenza di un diritto ovvero il suo modo d'essere(53).**

Parimenti, non possono essere assistiti dalla fissazione della misura coercitiva i provvedimenti a **contenuto costitutivo**. Questi modificano la realtà giuridica, garantendo alla parte vittoriosa una forma di tutela autosufficiente.

Caso peculiare è quello dell'azione di cui **all'art. 2932 c.c., dove** il presupposto è sì costituito dall'inadempimento di un obbligo a prestare il consenso, ma la modificazione della realtà giuridica è già determinata dal provvedimento giurisdizionale.

Il giudice, difatti, vagliati i presupposti per l'accoglimento della domanda ed accertato il diritto, pronuncia una sentenza che, secondo lo schema negoziale dettato dal preliminare, produce gli effetti del contratto non concluso. Visto che una delle problematiche di maggior rilievo offerte dalla tutela costitutiva, ex 2932 c.c., è ravvisata nella necessità del c.d. giudicato formale per la realizzazione dell'effetto costitutivo(54), a seguito della riforma del 2009 era stata autorevolmente avanzata l'ipotesi che l'art. 614 bis c.p.c. potesse essere utilizzato, i.e. dal promissario acquirente, il quale, a seguito dell'inadempimento del preliminare, potrebbe proporre, in via cumulata, la domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto, ex art. 2932 c.c., ed una domanda di condanna a concludere il contratto definitivo(55), assistita da misura coercitiva. Prescindendo, in questa sede, dalle complicazioni applicative offerte da tale ipotesi(56) e tralasciando che la riforma in commento, ai fini della concessione della misura coercitiva, elide la verifica dell'infungibilità della prestazione(57), si ritiene tuttora che l'azione per l'esecuzione dell'obbligo di concludere un contratto escluda l'applicazione dell'art. 614 bis c.p.c.(58) in quanto, con **l'art. 2932 c.c., il legislatore non ha scelto la strada della condanna a stipulare, ma quella della costituzione, ad opera della sentenza(59), degli effetti giuridici del contratto (definitivo) non concluso.**

Situazione diversa, tuttavia, potrebbe essere quella della condanna al rilascio dell'immobile, condizionata all'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto, nel caso in cui l'attore abbia già eseguito la sua prestazione, magari in virtù di un c.d. preliminare ad effetti anticipati(60), o ne abbia fatto offerta nei modi di legge: se il giudice, con una sentenza a contenuto costitutivo, come quella ex art. 2932 c.c., subordinatamente alla modificazione giuridica, pronuncia un capo condannatorio, contenente l'ordine, impartito al convenuto, di rilasciare l'immobile, in virtù di un c.d. effetto anticipato, in questo caso il giudice potrà rafforzare il capo condannatorio con la fissazione della misura coercitiva(61).

Il giudice potrà irrogare la misura coercitiva laddove, accertata l'esistenza di un rapporto sostanziale, possa condannare(62) taluno a tenere un determinato comportamento a causa della violazione di un obbligo consacrato in una norma di condotta.

2 Marzo 2019

Ogni provvedimento avente contenuto di condanna, dunque, salvo quelli per obblighi dal contenuto pecuniario, sia esso pronunciato dal Tribunale o dal Giudice di Pace, è idoneo ad essere rafforzato con la fissazione di misure coercitive civili.

Ordinanze e decreti

**Nel termine generico "provvedimento" vanno ricomprese le specie delle sentenze, delle ordinanze e dei decreti.** Proprio in relazione ad ordinanze e decreti, la misura di cui al nuovo art. 614 bis c.p.c. potrà essere irrogata tanto dal giudice della convalida di licenza o di sfratto per finita locazione che dal giudice dell'ingiunzione per consegna di cosa mobile determinata(63).

L'ordinanza pronunciata all'esito del procedimento sommario di cognizione, ex art. 702 bis e ss. c.p.c., sarà parimenti idonea ad essere rafforzata con la misura coercitiva(64) purché, evidentemente, non disponga la condanna al pagamento di una somma di danaro.

Questioni irrisolte affiorano anche in relazione all'applicabilità dell'art. 614 bis c.p.c. ai provvedimenti cautelari(65), al lodo arbitrale(66) ed al verbale di conciliazione giudiziale(67).

Al giudice che concede(68) un provvedimento cautelare con contenuto condannatorio, è comunemente riconosciuto il potere di rafforzare quest'ultimo con l'irrogazione di una misura coercitiva(69). Tale impostazione valorizza l'effettività della tutela cautelare. Difatti, se essa è preordinata a neutralizzare gli effetti pregiudizievoli del trascorrere del tempo nei confronti della parte che ha ragione, la misura coercitiva potrà essere utile a compulsare la volontà dell'obbligato in modo da indurlo a tenere un determinato contegno ed evitando, magari, al creditore di attendere l'attuazione del provvedimento cautelare.

Quanto a quest'ultima, è bene tenere in conto che l'art. 669 duodecies c.p.c. distingue l'attuazione di misure cautelari aventi ad oggetto somme di danaro da quelle aventi ad oggetto obblighi di consegna, rilascio, fare o non fare(70). Tale bipartizione, non particolarmente dissimile da quella dell'art. 614 bis c.p.c., incide sulla competenza. La c.d. "esecuzione in via breve", impone, infatti, una deroga alla competenza ordinaria: se l'art. 26 c.p.c. stabilisce che per la consegna ed il rilascio è competente il giudice del luogo in cui le cose si trovano, l'art. 669 duodecies c.p.c. impone, invece, che la competenza per l'attuazione del provvedimento cautelare avente ad oggetto obblighi di consegna, rilascio, fare o non fare, spetti funzionalmente al giudice che ha emanato il provvedimento. L'espropriazione forzata in virtù della condanna al pagamento della misura coercitiva pronunciata in accessorio al provvedimento cautelare, invece, segue l'art. 491 e ss. c.p.c.(71).

Per quanto attiene al lodo arbitrale si faccia mente al potere del giudice privato di impartire un ordine di prestazione(72). Posto che l'effettività della tutela di condanna conseguita innanzi ad un collegio arbitrale non dovrebbe essere inferiore a quella conseguita innanzi ad un giudice statale(73), è da verificare l'esistenza di norme che ostino all'irrogazione della misura coercitiva da parte degli arbitri. La fissazione dell'astreinte, infatti, non rientra nel potere di concedere provvedimenti cautelari, potere il cui esercizio è precluso agli arbitri salvo quanto disposto dall'art. 818 c.p.c.; per altro verso, benché la misura coercitiva abbia funzione esecutiva (rectius funzione di esecuzione indiretta), essa, strutturalmente, non è espressione del potere del giudice dell'esecuzione, spettando la sua fissazione al giudice di cognizione che pronuncia un provvedimento di condanna(74). Se, perciò, è vero che la misura coercitiva accede alla condanna come altre misure a contenuto processuale, all'arbitro spetterà irrogare la misura coercitiva allo stesso modo in cui gli spetterà il potere di pronunciare altre misure a contenuto processuale accedenti ad un provvedimento di condanna.

È bene, però, fare due precisazioni.

La prima riguarda il patto compromissorio: le parti potranno convenire di escludere dai poteri degli arbitri quello di fissare la misura coercitiva, di limitarne il campo di applicazione a taluni obblighi (specialmente ove l'arbitrato sia utilizzato in presenza di rapporti complessi), di stabilire un ammontare massimo liquidabile(75).

Quanto alla seconda, al giudice statale, in sede di exequatur, spetterà l'accertamento della sola regolarità formale del lodo. Quest'ultimo, salvo quanto disposto sulla efficacia esecutiva ex art. 825

2 Marzo 2019

c.p.c., già dalla data della sua ultima sottoscrizione è capace di produrre quegli stessi effetti che avrebbe prodotto la sentenza di condanna pronunciata dall'autorità giudiziaria: il decreto che dichiara esecutivo il lodo, determina l'esecutività sia della condanna a tenere una prestazione che quella accessoria a pagare l'astreinte.

Quanto al verbale di conciliazione giudiziale, questo è l'atto di conclusione del processo (sottoscritto dalle parti e dal giudice) che recepisce la risoluzione consensuale della controversia.

L'art. 474 c.p.c., 2°(gradi) comma, n. 1, prevede, tra i titoli esecutivi, quelli a formazione giudiziale. Alle sentenze di condanna e ai provvedimenti, nei quali vanno ricomprese le ordinanze come quella di licenza o sfratto ed i decreti come quello ingiuntivo, la riforma del 2006 ha aggiunto "e gli altri atti", ai quali la legge attribuisce espressamente efficacia esecutiva.

Il verbale di conciliazione giudiziale non può essere considerato un provvedimento(76), ma un atto: la stretta interpretazione dell'art. 614 bis c.p.c. imporrebbe, dunque, che la misura coercitiva non possa assistere il verbale di conciliazione giudiziale.

Si guardi, tuttavia, all'esecuzione forzata per obblighi di fare fungibile e disfare, che non può aver luogo se non in virtù di un titolo giudiziale. L'art. 612 c.p.c., testualmente si riferisce alle sole sentenze di condanna, nondimeno è interpretato in modo massimamente estensivo. Se è vero che il verbale di conciliazione giudiziale è titolo che legittima l'esecuzione forzata diretta dell'obbligo di fare, esecuzione che si serve dei mezzi di surrogazione anche contro la volontà dell'obbligato, non si comprende la ragione per cui dovrebbe essere escluso il minus rappresentato dai mezzi di coazione della volontà(77). Inoltre, se si escludesse che il verbale di conciliazione giudiziale possa essere assistito da misura coercitiva, potrebbe diventare irragionevole per una delle parti preferire la conciliazione, nel caso in cui, nelle more del processo, si formi un accordo che riconosca un obbligo di prestazione a suo vantaggio, quando, arrivando alla pronuncia di merito, potrebbe ottenere una sentenza favorevole assistita da misura coercitiva, con inutile dispendio di attività processuale, visto che, oltretutto, la sentenza potrebbe ben limitarsi a recepire l'accordo delle parti(78).

Nell'udienza in cui è redatto il processo verbale, allora, le parti si dovrebbero poter conciliare anche sulla fissazione della misura coercitiva. Spetterebbe comunque al giudice, a seguito della valutazione dei presupposti di cui all'art. 614 bis c.p.c., munire il verbale della misura, senza che egli debba successivamente intervenire con altro provvedimento.

Diverso è il caso del verbale di conciliazione stragiudiziale, per il quale l'applicazione dell'art. 614 bis c.p.c. è da escludere in ragione della norma speciale che deroga l'articolo in commento(79); anche in astratto, peraltro, nella conciliazione stragiudiziale andrebbe negata la fissazione di una somma ex art. 614 bis c.p.c. dal momento che il giudice non partecipa alla redazione del processo verbale, né, d'altro canto, potrebbe valutare i presupposti di irrogazione della misura coercitiva in sede di omologa.

"Salvo che ciò sia manifestamente iniquo"

Quanto all'an della misura coercitiva, la norma impone al giudice la verifica di un unico criterio: la non manifesta iniquità della misura.

Anche in questo caso, la genericità della disposizione aveva destato grossi dubbi(80). L'intervento del 2015, tuttavia, non è stato colto come occasione per correre ai ripari: il legislatore ha preferito lasciare una formula elastica che conservi al giudice una certa discrezionalità. Toccherà ancora agli interpreti elaborare, in conformità con i valori costituzionali, dei criteri per distinguere, i.e., la misura ammissibile da quella manifestamente iniqua non ammissibile, in relazione a ciascun rapporto sostanziale in virtù del quale ad un soggetto possa essere comandato di tenere un determinato comportamento, sia esso un obbligo di consegnare o rilasciare un bene, ovvero sia un obbligo di fare fungibile od infungibile.

Nondimeno le valutazioni sul quantum saranno soggette ad altrettanto vaghi criteri determinativi. Il valore della controversia, la natura della prestazione, il danno quantificato o prevedibile e ogni altra

2 Marzo 2019

circostanza utile, privi di indicazioni su come la misura debba essere ad essi commisurata, rischiano di diventare un rilevante motivo per impugnare il provvedimento di condanna.

"Su richiesta di parte"

Diversamente da quanto avviene nel sistema francese delle *astreintes*, l'irrogazione della misura coercitiva non può rappresentare esercizio dei poteri officiosi del giudice della condanna. È, infatti, la parte che deve chiedere la misura presentando la relativa istanza.

Si ritiene che la richiesta della misura non sia una domanda giudiziale per far valere un autonomo diritto: è, piuttosto, un (mero) accessorio di contenuto processuale, non assoggettato al regime delle preclusioni che riguarda le domande(81). Di conseguenza, nel processo di primo grado, l'attore (o il convenuto che agisce in riconvenzionale) potrà presentare l'istanza entro l'udienza di precisazione delle conclusioni(82). In tal caso, il contraddittorio tra le parti dovrebbe essere stimolato nelle memorie conclusionali e di replica.

La richiesta è proponibile in primo grado, in appello o in cassazione; inoltre, vista la natura processuale, non si esclude che l'istanza possa essere presentata nella celebrazione del giudizio di rinvio.

Il capo del provvedimento che dispone la misura coercitiva dipende da quello sulla condanna in via principale. Il convenuto soccombente che voglia contestare la fissazione della misura avrà l'onere di impugnare il capo principale di merito(83).

In forza dell'art. 336 c.p.c., comma primo, la riforma o la cassazione parziale avrà effetto anche sulle parti del provvedimento dipendenti da quella riformata o cassata. Laddove, i.e. il provvedimento sia espressamente riformato nel solo capo relativo alla condanna al rilascio dell'immobile, la misura coercitiva verrà comunque travolta da tale decisione sul capo condannatorio.

Dal momento, poi, che la riforma o la cassazione estende i suoi effetti ai provvedimenti e agli atti dipendenti dalla sentenza riformata o cassata, l'esecuzione forzata per espropriazione, cui si proceda in virtù del titolo esecutivo formato con la misura coercitiva, potrà essere legittimamente contestata dal debitore esecutato in sede di opposizione ex art. 615 c.p.c., ove questi sia assoggettato ad una esecuzione ingiusta per mancanza del diritto a procedere o nel caso in cui venga caducato il capo sulla condanna o, comunque, quello sulla misura coercitiva.

Ove il debitore, a seguito della condanna, non si conformi all'ordine di prestazione, il creditore, quantificata la somma che gli spetta in base alle concrete violazioni dell'obbligo, potrà intimare precetto. Le opposizioni esecutive permetteranno al debitore di contestare la concreta quantificazione della somma sulla base dell'effettiva violazione dell'obbligo(84).

Considerazioni conclusive

Sono stati già evidenziati alcuni punti critici circa il superamento del nesso di alternatività, tra esecuzione forzata diretta ed esecuzione indiretta, e circa l'esclusione delle condanne al pagamento di somme di denaro. Tali criticità si vanno a sommare ai problemi, invero numerosi e rilevanti, affiorati prima della presente riforma. In particolar modo pare preoccupante che il legislatore abbia modificato l'art. 614 bis c.p.c. senza intervenire sulle carenze della norma in relazione all'an ed al quantum della misura coercitiva, la cui determinazione è affidata ad una eccessiva discrezionalità del giudice.

## **2. Astreintes e danni punitivi: Cass. civ., sez. I, 15 aprile 2015, n. 7613.**

Parte rilevante della motivazione

*“Risarcimento del danno ed astreinte costituiscono misure fra loro diverse, con funzione l'uno reintegrativa e l'altra coercitiva al di fuori del processo esecutivo, volta a propiziare l'induzione all'adempimento.*

*Parimenti, il danno punitivo ha struttura e funzione non coincidenti con l'astreinte.*

*A voler individuare, tra questi ultimi, dei tratti comuni, si può pur considerare che entrambi mirano (a coartare) all'adempimento:*

2 Marzo 2019

l'astreinte di un obbligo ormai posto all'interno della relazione diretta tra le parti, in quanto derivante dal provvedimento giudiziale (anche qualora in origine si trattasse di illecito extracontrattuale) e da adempiersi in futuro; il danno punitivo - ma solo se riguardato come previsione normativa astratta fra gli strumenti a disposizione del giudice adito - all'adempimento futuro dell'obbligo generale del *neminem laedere* o dell'obbligazione contrattuale principale, restando però il contenuto suo proprio quello di sanzione per il responsabile, così che il profilo della coazione ad adempiere si configura con riguardo ad altri potenziali danneggiati o danneggiati. Insomma, a voler ravvisare in entrambi gli istituti il fine di coartazione della volontà, si dovrà parlare, da una parte, di funzione deterrente propria, e, dall'altra parte, di una funzione deterrente solo indiretta.

Il parallelismo si estende in senso inverso, perchè l'astreinte, se mira a convincere all'adempimento, *ex post* funziona anche come sanzione per il suo contrario.

E, dunque, può pur dirsi che le *astreintes* e i danni punitivi, già negli ordinamenti di derivazione, operano sia come strumenti sanzionatori e sia come forme di coazione indiretta all'adempimento.

Eppure, le differenze restano fondamentali: permane il fatto che l'astreinte non ripara il danno in favore di chi l'ha subito, ma minaccia un danno nei confronti di chi si comporterà nel modo indesiderato.

Allorchè la misura pecuniaria sia comminata in aggiunta non alla condanna risarcitoria, ma a quella a consegnare un bene determinato (come, nella specie, le azioni rappresentative del capitale sociale), l'astreinte si allontana dalla liquidazione del danno punitivo, presentando i caratteri di una tecnica di tutela di altro tipo, ossia d'induzione all'adempimento mediante una pressione (indiretta nel senso che non ricorre agli organi dello Stato, ma diretta per il fine perseguito) a tenere il comportamento dovuto”.