

CAPITOLO IV

L'introduzione dell'esecuzione indiretta nell'ordinamento giuridico italiano: gli artt. 614 *bis* c.p.c. e 114, comma 4, lett. e) Codice del processo amministrativo

di *Clarice Delle Donne*

Sezione I

Inquadramento generale

Sommario: 1. L'esecuzione indiretta in Italia nelle scelte del legislatore processuale civile ed amministrativo. L'art. 11, comma 3, D.Lgs. n. 28/2010 – 2. L'ambito di applicabilità: i limiti (testuali e non) dell'art. 614 *bis* c.p.c. ... – 2.1. ... e la diversa visione dell'art. 114, comma 4, lett. e) c.p.a. – 2.2. Ancora sull'ambito di applicabilità della misura coercitiva: l'art. 614 *bis* c.p.c. e l'art. 114, comma 4, lett. e) c.p.a. a confronto sull'applicabilità ai rapporti di lavoro alle dipendenze della P.A. – 3. Profili strutturali comuni all'art. 614 *bis* c.p.c. e 114, comma 4, lett. e) c.p.a.: l'istanza di parte e l'esclusione della manifesta iniquità – 4. Misura coercitiva e risarcimento del danno

1. L'esecuzione indiretta in Italia nelle scelte del legislatore processuale civile ed amministrativo. L'art. 11, comma 3, D.Lgs. n. 28/2010

A due disposizioni recenti e quasi coeve, l'art. 614 *bis* del c.p.c. e l'art. 114, comma 4, lett. e) c.p.a., il legislatore ordinario affida l'attesa generalizzazione anche in Italia dell'esecuzione indiretta mediante sanzioni pecuniarie.

La prima di esse¹, collocata nel Libro III del c.p.c. ed in particolare nel Titolo (IV) dedicato all'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare, e rubricata "*Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*", consente che con il provvedimento di condanna il giudice, su istanza di parte, fissi, sempre che non lo ritenga manifestamente iniquo, la somma dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva o per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. La quantificazione della somma è effettuata avuto riguardo al valore della controversia, alla natura della prestazione, al danno quantificato o prevedibile e ad ogni altra circostanza utile. La condanna alla misura è poi qualificata titolo esecutivo, e ne è esclusa

¹ Introdotta dall'art. 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in vigore dal 5 luglio 2009.

l'applicabilità alle controversie “di lavoro subordinato pubblico e privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409”.

La disciplina di nuovo conio si applica, come si evince dal riferimento al provvedimento piuttosto che alla sentenza, a provvedimenti resi dal giudice civile ordinario che abbiano contenuto condannatorio a prestazioni di *facere e/o non facere*², ancorché rivestenti forme ed efficacia diverse da quelle della sentenza e segnatamente, ad esempio, quelle dell'art. 700 c.p.c. o quelle dell'art. 702 *bis* e ss. c.p.c. Se ne ritiene inoltre l'applicabilità al lodo arbitrale rituale³.

La seconda disposizione⁴, di poco successiva ed alla prima chiaramente ispirata, se ne distacca tuttavia per la scelta di fondo di rimettere la condanna al giudice dell'ottemperanza che abbia accolto il ricorso del cittadino. L'emissione della misura si pone dunque quale esplicazione degli ampi poteri riconosciuti a questo giudice per ottenere l'adempimento degli obblighi che la decisione impone alla P.A. e, assente ogni esclusione del tipo di quella dell'art. 614-*bis*, comma 1, secondo periodo (controversie di lavoro), esibisce uno spettro di operatività tendenzialmente⁵ identico a quello del giudizio di ottemperanza che la ospita.

Essa inoltre si applica sia alle pronunce rese in esplicazione di giurisdizione esclusiva, e dunque aventi possibile struttura condannatoria simile a quella delle pronunce rese dal giudice civile (ma senza alcun limite neppure implicito derivante dalla natura fungibile o meno delle prestazioni), sia a quelle rese in sede di giurisdizione generale di legittimità, ove lo stereotipo dispositivo di annullamento va coordinato con la motivazione per ricavare la portata precettiva della pronuncia, compito quest'ultimo demandato al giudice dell'ottemperanza.

Le due disposizioni tornano invece ad avere contenuti coincidenti quanto alla necessità dell'istanza di parte; alla scelta di considerare la condanna alla misura quale titolo esecutivo; alla necessità che non ricor-

² Ciò se si ritiene che la disciplina sia applicabile alle sole condanne all'adempimento di obblighi di fare-non fare infungibili. In caso contrario, dovrebbero ricomprendersi invece anche gli obblighi fungibili e quindi, tra di essi, quelli di consegna-rilascio. V. *amplius infra*, §§ 6 ss.

³ V. *amplius infra*, §§ 6.1 ss.

⁴ Collocata nel D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, “Attuazione dell'art. 44 della l. n. 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al Governo per il riordino del processo amministrativo”, il cui All. 1 reca appunto il c.p.a., in vigore a far data dal 16 settembre 2010.

⁵ Ciò salvo che, come accade per le sentenze del giudice ordinario suscettibili di ottemperanza, il potere di emetterla sia riservato dalla legge al giudice della tutela dichiarativa e questi appartenga ad un diverso comparto giurisdizionale. Su questi aspetti v. *amplius infra*, § 2.3.

ra una manifesta iniquità (cui l'art. 114, comma 4 *cit.* aggiunge però anche generiche “*altre ragioni ostative*”); alla delimitazione della misura, funzionalizzata a sanzionare “*ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero (...) ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato*”. Nulla dispone invece il legislatore amministrativo quanto ai criteri cui deve commisurarsi la quantificazione della misura.

Entrambe le disposizioni, dato il carattere generale che le contraddistingue, troveranno infine applicazione in assenza di *lex specialis*⁶ che regoli specificamente la fattispecie interessata.

I due modelli oggi consegnati al sistema riservano il potere di irrogare la misura coercitiva al giudice su istanza di parte ed all'esito di valutazioni ampiamente discrezionali, e la stessa commisurano alle unità di tempo di ritardo o inadempimento o alle singole violazioni commesse.

Essi pongono dunque problemi comuni quanto in particolare all'individuazione della natura del diritto riconosciuto al beneficiario e del corrispondente potere giudiziale, nonché dei criteri di determinazione della misura, strade diverse dovendosi invece imboccare quanto alla ricostruzione della misura nella concreta dinamica processuale.

Il quadro va infine completato con l'art. 11, comma 3 D.Lgs. n. 28/2010, per il quale la possibile previsione del pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza degli obblighi stabiliti ovvero per il ritardo nel loro adempimento, entra nel contenuto dell'accordo di conciliazione amichevole raggiunto in sede stragiudiziale. La scelta in tal senso, differente da altre già sperimentate dall'ordinamento⁷, punta ad emancipare la conciliazione dal processo anche da tale non secondario punto di vista, e rende difficile assimilare l'istituto a quelli che oggi incarnano la disciplina (speciale e) generale dell'esecuzione indiretta, avvicinandolo piuttosto a quello della clausola penale.

Da un canto infatti le parti sono senz'altro libere di fissare la somma per qualsiasi prestazione, e non solo per quelle aventi le caratteristiche dell'art. 614-*bis*. Dall'altro l'ingiustizia dell'accordo conciliativo appare intangibile anche sotto il profilo dell'*an* e *quomodo* della misura, che è

⁶ Bove, *La misura coercitiva di cui all'art.614 bis c.p.c.*, in www.judicium.it; Chizzini, in Balena, Caponi, Chizzini, Menchini, *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, sub art. 614 bis, 165.

⁷ In particolare dall'art. 140, comma 7, del D.Lgs. n. 206/2005 (Codice del consumo), che estende anche alla conciliazione giudiziale la procedura di determinazione dell'*astreinte* da parte del giudice: v. *amplius* Pagni, *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti*, in *Le Società*, 2010, 624 ss.

una delle clausole dell'accordo stesso, di talché non potrà essere fatto valere neppure in sede di opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c.

2. L'ambito di applicabilità: i limiti (testuali e non) dell'art. 614 bis c.p.c. ...

Dell'art. 614 bis c.p.c. occorre anzitutto delimitare l'ambito di applicabilità.

Si tratta in particolare di comprendere se esso si applichi alle sole obbligazioni di fare infungibile e di non fare, secondo il tenore letterale della rubrica (*Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*), o non piuttosto ad ogni obbligazione di fare anche fungibile, secondo la scelta lessicale generalizzante del testo dell'articolo (che fa riferimento al provvedimento di condanna, senza ulteriori specificazioni).

Occorre preliminarmente chiarire che la collocazione nel Titolo (il IV del Libro III del c.p.c.) dedicato all'esecuzione degli obblighi di fare e non fare, a chiusura della disciplina dell'esecuzione diretta, pare in modo inequivoco solo escludere una applicabilità della disposizione alle condanne pecuniarie, secondo quanto avviene invece nel modello d'oltralpe cui pure il nostro legislatore si è, per altri aspetti⁸, ispirato.

Non altrettanto ineluttabile appare invece l'ulteriore conclusione che se ne è tratta in favore dell'applicabilità limitata alle (condanne ad) obbligazioni infungibili, e motivata (anche) dall'essere l'art. 614-bis posto come alternativa all'esecuzione diretta disciplinata subito prima⁹. Al contrario, la collocazione quale norma di chiusura della disciplina dell'esecuzione degli obblighi di fare-non fare ben potrebbe deporre nel senso contrario, e motivarsi con ragioni (anche) di potenziamento di una tutela, quella in forma specifica, spesso di difficile e deludente realizzazione.

Ad onta di un quadro privo di dati nettamente preponderanti per l'una soluzione piuttosto che per l'altra, la dottrina pare più nettamente assestata sulla posizione restrittiva sia in base a considerazioni legate alla direzione che il dibattito¹⁰ e le scelte settoriali del legislatore hanno

⁸ V., per tutti, riassuntivamente, De Stefano, *L'esecuzione indiretta: la coercitoria, via italiana alle "astreintes"*, in *Corr. merito*, 2009, 1181 ss., e più approfonditamente *supra*, Capp. II e III.

⁹ Così invece Amadei, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, in *www.judicium.it*; Bove, *La misura coercitiva di cui all'art.614 bis c.p.c., cit.*; v. altresì Saletti, *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, a cura di Saletti e Sassani, Torino, 2009, 193.

¹⁰ Con la notevole eccezione del c.d. Progetto Tarzia, elaborato dalla Commissione ministeriale presieduta da quest'ultimo, e pubblicato in *Riv. dir. proc.*, 1996, 945 ss., il quale faceva rientrare tra le prestazioni assistite da *astreinte* anche quelle di consegna-rilascio, oltre a non prevedere in alcun altro luogo la limitazione dell'infungibilità.

tradizionalmente imboccato in Italia,¹¹ sia in base alla rubrica dell'articolo, da alcuni tra i primi commentatori considerata in tal caso dirimente perché integrante il contenuto precettivo della disposizione¹².

Vi sono poi considerazioni legate al carattere “affittivo” della misura che, in quanto pena privata, imporrebbe una applicazione in termini di stretta interpretazione¹³.

Non mancano tuttavia aperture generalizzanti sia in dottrina¹⁴ che nelle prime applicazioni della giurisprudenza. Quanto in particolare a quest'ultima¹⁵, in essa sembra già profilarsi l'alternativa, o la convivenza, tra esecuzione diretta ed indiretta tutte le volte in cui la prima si appalesi infruttuosa o comunque di effetti deludenti¹⁶. L'opzione punta ad impingere in quella zona grigia ove

¹¹ V., in generale, Capponi, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, Torino, 2010, 28 ss., ed *amplius*, in dettaglio, i precedenti capitoli di questo studio; Gambineri, *Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*, in *Foro It.*, 2009, V, 320 ss.

¹² Il dibattito seguito all'introduzione dell'art. 614 bis si è subito coagulato attorno al valore, precettivo o meno, da attribuire alla rubrica dell'articolo, per lo più sciogliendo il nodo nel primo senso. Così, ad esempio, Capponi, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, cit., 30; Amadei, *Una misura coercitiva generale*, cit.; Bove, *La misura coercitiva di cui all'art. 614 bis cpc*, cit.; Balena, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della L. 18 giugno 2009, n. 69)*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 749 ss.; Mazzamuto, *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614 bis nella giurisprudenza di merito*, in *Giur. It.*, 2010, 639 ss.; Saletti, *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, cit., 193; Luiso, *Diritto processuale civile*, 2009, 239; Soldi, Bucci, *Le nuove riforme del processo civile. Commento alla legge 18 giugno 2009, n. 69*, Padova, 2009, 219 ss.; Pagni, *La “riforma” del processo civile: la dialettica tra il giudice e le parti (e i loro difensori) nel nuovo processo di primo grado*, in *Corr. giur.* 2009, 1309 ss.; Merlin, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella L. 69/2009*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1553 ss.; In giurisprudenza, tra i primi pronunciamenti a favore dell'applicabilità limitata alle prestazioni infungibili (e passando per le strettoie del valore da attribuire alla rubrica dell'art. 614 bis) v. Trib. Cagliari, ord. 19 ottobre 2009, in *I contratti*, 2010, 682 ss., con Nota di Petti, *Inadempimento del contratto di telefonia e condanna al ripristino del servizio*; e Trib. Varese 16 febbraio 2011, in *www.ilcaso.it*.

¹³ Bove, *op. loc. ult. cit.*

¹⁴ Zucconi Galli Fonseca, *Le novità della riforma in materia di esecuzione forzata*, in *www.judicium.it*; 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, 741 ss., il quale propone una applicabilità dell'art. 614 bis anche all'inadempimento dell'obbligo di stipulare il contratto definitivo, cui pone rimedio la sentenza dell'art. 2932 c.c. Ciò in ragione della circostanza che il grosso limite della soluzione adottata dal codice civile del 1942, e consistente proprio nella sentenza che tiene luogo del contratto non concluso, è quello della necessità di attendere il passaggio in giudicato perché si produca l'effetto (trattasi infatti di sentenza costitutiva), limite appunto oggi superabile, a parere dell'A., proprio dalla possibile condanna all'*astreinte*.

¹⁵ Trib. Terni, 6 agosto 2009, ord., in *Giur. it.*, 2010, 637 ss, con Nota di Mazzamuto, *L'esordio della comminatoria*, cit.

¹⁶ Così l'ordinanza del Tribunale di Terni citata alla nota precedente, la quale ritiene che, sul piano formale, l'applicabilità della disposizione anche ai provvedimenti recanti obblighi di fare fungibili non è impedita dal diverso tenore della rubrica dell'articolo, atteso che non è ripetuto nel corpo dell'articolo.

proprio l'esecuzione diretta, pure tecnicamente praticabile¹⁷, si prefigura inefficace perché, per i tempi che richiede, non è in grado di impedire l'aggravarsi della situazione di pericolo creata dagli illeciti già commessi. Di questa particolare lettura dell'ambito di applicabilità dell'art. 614 *bis*, rispetto alla quale si è parlato dell'emersione di un concetto di "infungibilità processuale"¹⁸, può dirsi che, se trovasse seguito, rivelerebbe potenzialità straordinarie.

Essa si mostrerebbe cioè idonea non solo a fornire una base di effettività alle tutele (sostanziali) non eseguibili in via di esecuzione diretta, ma anche a ridurre l'incidenza di un pregiudizio, quello derivante proprio dai tempi processuali di quest'ultima, che rende la tutela stessa in sostanza *inutiliter data*, colorandosi perciò di valenze *lato sensu* cautelari.

Stessa opacità mostra l'art. 614-*bis*, e stessa ambivalenza la lettura che ne è fornita, quanto al riferimento, oltre che agli obblighi di fare infungibile, a quelli di non fare, rispetto ai quali ultimi l'applicabilità della misura appare, secondo il tenore testuale, automatica.

Il punto è però che tra questi ultimi sono ravvisabili significative differenze e proprio sotto il profilo "sensibile" del carattere fungibile/infungibile.

Vi sono infatti obblighi di non fare che, in quanto tali, *pro futuro* sono rimessi alla esclusiva sfera dell'obbligato ma, se violati, danno vita a conseguenze di carattere non materiale e perciò neppure passibili di rimozione forzata¹⁹: è il caso, ad esempio, dell'obbligo di astenersi da atti di concorrenza sleale. Nessuna difficoltà si ha dunque ad applicare l'art. 614 *bis*.

In altri casi, al contrario, la violazione dell'obbligo di non fare si traduce in opere materiali che, proprio in quanto tali, possono essere compiutamente rimosse ed appaiono dunque suscettibili di esecuzione diretta ai sensi degli artt. 2933 c.c. e 612 ss. c.p.c. Si ripropone allora il dubbio, peraltro qui alimentato da un tenore letterale univoco in tal senso dell'art. 614 *bis*, sull'estensione dell'area applicativa della disposizione. Se si ritiene che il limite invalicabile sia anche in tal caso quello dell'infungibilità, dovrebbe inferirsene la non operatività dell'art. 614 *bis*, trattandosi di terreno riservato in via esclusiva all'esecuzione diretta. Se al contrario si dà rilievo al tenore letterale della disposizione ed alla collocazione nel Titolo dedicato all'esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare, la soluzione

¹⁷ Nel caso citato si trattava di una denuncia di danno temuto derivante da un manufatto pericolante e foriero di altri danni a quello confinante, tipico caso di surrogabilità della prestazione cui il resistente è tenuto (l'abbattimento del manufatto stesso).

¹⁸ Mazzamuto, *op. loc. ult. cit.*

¹⁹ Merlin, *Prime note, cit.*, 1553; Saletti, *Commentario, cit.*, 195.

ne prospettabile appare rovesciata, la misura dell'art. 614 *bis* affiancandosi all'esecuzione diretta²⁰, quest'ultima operante verso il passato e volta alla rimozione degli effetti materiali già prodotti, la seconda volta invece al futuro con effetti deterrenti di ulteriori violazioni²¹.

Sarà verosimilmente la giurisprudenza a delineare i confini applicativi della disposizione, relegandola nel limitato ruolo di supplenza di un vuoto di tutela in forma specifica o, al contrario, traendo da essa tutte le sue (ben più ampie) potenzialità.

2.1. ... e la diversa visione dell'art. 114, comma 4, lett. e) c.p.a.

I problemi appena evidenziati sono invece sconosciuti all'interpretazione dell'art. 114, comma 4, lett. e) c.p.a.

La scelta testuale di collocare la condanna all'*astreinte* nel giudizio di ottemperanza, caratterizzato dalla fisiologica sostituzione del giudice, attraverso il commissario *ad acta*, alla P.A. inadempiente, e dunque in un contesto di naturale ed assoluta surrogabilità delle prestazioni dovute, è decisamente tra le maggiori innovazioni del Codice del processo amministrativo.

Essa affianca infatti all'esecuzione diretta, finora l'unica possibile per rimediare all'inottemperanza della P.A., quella compulsoria²² realizzando una convivenza di modelli che chiaramente punta al potenziamento degli strumenti di tutela del cittadino.

La via del dibattito sarà allora verosimilmente quella dell'individuazione del *quomodo* di questa convivenza, che spetterà *in primis* alla giurisprudenza amministrativa ed alla sua nota capacità creatrice di diritto vivente battere. Tra i primi commentatori si è, per il momento, adombrata la possibilità che il giudice dell'ottemperanza adito con ricorso *ex art. 114 c.p.a.* realizzi un raccordo tra le due tecniche esecutive strutturandole in successione: prefissando cioè alla P.A. un termine ulteriore per provvedere e fissando per ogni unità di tempo di ritardo il pagamento della somma a titolo di *a-*

²⁰ Saletti, *Commentario*, cit., 195.

²¹ Ciò in ragione della circostanza che strutturalmente l'inibitoria esibisce un duplice volto, l'uno rivolto al passato (ove la violazione si sia concretata in opere da distruggere) e l'altro rivolto al futuro: Bove, *op. loco ult. cit.*; Luiso *Diritto*, cit., III, 220 ss.

²² Le differenze tra la via italiana all'esecuzione contro la P.A. e quella europea, in particolare francese e tedesca sono tracciate da Sassani, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto. Ottemperanza amministrativa e tutela civile esecutiva*, Milano, 1997, 128 ss. e *passim*.

streinte, fino al momento in cui scatterà la sostituzione del commissario *ad acta* e dunque il passaggio alla modalità surrogatoria²³.

2.2. Ancora sull'ambito di applicabilità della misura coercitiva: l'art. 614 bis c.p.c. e l'art. 114, comma 4, lett. e) c.p.a. a confronto sull'applicabilità ai rapporti di lavoro alle dipendenze della P.A.

L'art. 614 bis c.p.c. è esplicito nell'escludere la condanna alla misura coercitiva quando la controversia afferisca genericamente ad uno dei rapporti di lavoro, pubblico o privato, indicati dall'art. 409 c.p.c.

L'opzione, chiaramente figlia di letture del sistema non favorevoli alla generalizzazione della tutela esecutiva indiretta²⁴, esclude dunque l'applicazione della misura sia a favore dal datore di lavoro che del lavoratore.

È pur vero che per i più rilevanti tra gli obblighi datoriali, quale ad esempio quello di reintegra nel posto di lavoro, opera la previsione dell'art. 18, comma 4 St. Lav.; ma è altrettanto vero che oltre i limiti di applicabilità dello Statuto sia sotto il profilo soggettivo che oggettivo la misura ivi prevista non opera.

La scelta così netta ed esplicita dell'art. 614 bis, criticata in dottrina soprattutto per la difficoltà di rintracciarne la *ratio*²⁵, risulta ancora più problematica se posta a confronto con quella dell'art. 114, comma 4, lett. e) c.p.a. che non contiene limitazioni di tal fatta.

Possibili profili di interferenza tra gli ambiti di applicabilità delle due disposizioni potrebbero infatti presentarsi in ipotesi di sentenze del giudice ordinario suscettibili anche di ottemperanza.

²³ V. *amplius* Viola, *Le astreintes nel nuovo processo amministrativo*, in *Urb e appalti*, 2011, 153 ss. e Lipari, *L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza*, in www.federalismi.it. Diverso problema, rimasto sul tappeto anche dopo l'entrata in vigore del Codice è se a partire dall'inizio delle attività del commissario *ad acta* la P.A. conservi i propri poteri o se essi non debbano ritenersi passati in via esclusiva al commissario stesso. Nel primo caso, e non invece nel secondo, l'*astreinte* continuerebbe a maturare fino all'effettiva e finale ottemperanza: v. *amplius* Lipari, *op. loco ult. cit.* Per il primo capo dell'alternativa opta oggi TAR Campania 15 aprile 2011, nn. 2161 e 2162.

²⁴ V. il classico studio di Chiarloni, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980, nonché, in generale, sulle matrici ideologiche delle diverse opzioni in materia, Mazzamuto, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, XX, Torino, 1985, 275 ss.

²⁵ V. in tal senso la dottrina citata alla nota 12. Per Luiso, *Diritto*, cit., III, 238, la disposizione è *in parte qua* addirittura incostituzionale in quanto priva ingiustificatamente tutta una serie di rapporti di quella tutela esecutiva costituzionalmente necessaria ex art. 24 Cost.

La collocazione della misura di cui all'art. 114, comma 4, lett. e) c.p.a. in quest'ultimo giudizio parrebbe cioè consentire al relativo giudice, adito per l'esecuzione della sentenza, di emettere anche l'*astreinte* nell'ambito delle altre determinazioni strumentali a consentire l'attuazione della decisione.

L'evenienza pare tuttavia da escludersi in base al rilievo che l'art. 614 *bis* riserva l'emissione della misura al giudice della tutela dichiarativa, con ciò attraendola indiscutibilmente all'ambito della giurisdizione ordinaria (ove è esclusa in radice). La prescrizione *in parte qua* dell'art. 114, comma 4, lett. e) c.p.a. dovrebbe allora coerentemente ritenersi inapplicabile nell'ipotesi considerata, in virtù delle ragioni ordinamentali che impediscono al giudice amministrativo, in sede di ottemperanza, di superare surrettiziamente i limiti esterni della propria giurisdizione²⁶. Ciò sarebbe poi tanto più insostenibile nell'ipotesi qui considerata, perché consentirebbe al giudice di un diverso comparto giurisdizionale l'esplicazione di un potere (e di un correlato diritto processuale dell'istante) che non è riconosciuto a quello che ha la giurisdizione sulla controversia.

Sicché, se la decisione attiene a rapporti di lavoro ancora rimessi alla giurisdizione esclusiva amministrativa, la P.A. può essere condannata al pagamento della misura, laddove l'evenienza è da escludersi per i rapporti di lavoro, pure alle dipendenze della P.A., transitati alla giurisdizione ordinaria.

La conclusione, imposta dalle scelte tecniche del legislatore dell'art. 614 *bis* che colloca la tutela indiretta in sede dichiarativa, appare dunque ancora più irragionevole nel contesto generale dell'ordinamento di quanto non appaia nel ristretto ambito della giustizia civile, perché foriera di un abbassamento del livello di effettività della tutela per i dipendenti della P.A. oggi soggetti alla giurisdizione ordinaria.

3. Profili strutturali comuni all'art. 614 *bis* c.p.c. e 114, comma 4, lett. e) c.p.a.: l'istanza di parte e l'esclusione della manifesta iniquità

Sia l'art. 614 *bis* c.p.c. che l'art. 114, comma 4, lett. e) c.p.a. impongono l'istanza di parte perché scatti il potere giudiziale di emettere la condanna alla misura.

²⁶ Né potrebbe obiettarsi in contrario che il diritto ed il corrispondente potere giudiziale è di consistenza processuale e non invece sostanziale, perché l'inquadramento in tal senso non è in grado di superare il dato che la scelta del legislatore dell'art. 614 *bis* è stata nel senso di attribuire il potere *de quo* al giudice della tutela dichiarativa, e dunque nella fattispecie alla giurisdizione ordinaria.

Nel contesto del processo civile, ove l'istanza è avanzata al giudice della tutela dichiarativa, ci si è chiesti come essa vada collocata nella dinamica del processo di cognizione, ed in particolare se debba rispettare le preclusioni previste per le nuove domande dall'art. 183 c.p.c.

La risposta è però condizionata, a monte, dalla ricostruzione della natura del diritto veicolato dall'istanza: se si ritiene che si tratti di un vero e proprio diritto sostanziale, come tale possibile oggetto di autonomo processo dichiarativo, se ne dovrebbe dedurre da un canto l'applicazione del regime di preclusioni apprestato dall'art. 183 c.p.c.²⁷, e dall'altro l'azionabilità in autonomo giudizio²⁸; se invece se ne ritiene la natura processuale²⁹, non dovrebbero operare preclusioni di sorta (posto che l'art. 614 *bis* che ne detta la disciplina non ne pone).

La risposta preferibile appare quest'ultima, in base al rilievo che la posizione vantata dall'istante trova la propria origine e giustificazione nell'esistenza di una condanna a determinate prestazioni, mostrando in tal senso una connotazione solo processuale.

La misura infatti, pur calata nel contesto della tutela dichiarativa e ammantata delle relative forme, mantiene funzione esecutiva puntando ad assicurare effettività (cioè concreta realizzabilità) alla tutela sostanziale cui accede: essa non è cioè un nuovo diritto di cui si chiede tutela, ma il diritto processuale alla tutela esecutiva *sub specie* di misura coercitiva. La conclusione trova conferma nel contiguo settore del processo amministrativo, dove già la scelta di collocare la misura nel giudizio di ottemperanza la pone inequivocabilmente quale esplicazione dei poteri processuali riconosciuti al giudice per l'esecuzione della decisione.

Dal punto di vista funzionale perciò l'art. 614 *bis* c.p.c., al pari dell'art. 114, comma 4, lett. e) c.p.a., sancisce il diritto del beneficiario della tutela

²⁷ Così, in particolare, Pagni, *La "riforma"*, cit., 1318; Amadei, *op. loc. ult. cit.*; Zucconi Galli Fonseca, *Le novità della riforma*, cit.; sostiene invece Merlin, *Una misura coercitiva*, cit., 1549, pur sulla premessa della natura non sostanziale ma processuale del diritto veicolato dall'istanza, che operino le preclusioni relative alla modifica della domanda, cui l'istanza andrebbe assimilata perché basata sulla rimodulazione di altre eventuali domande, come quella risarcitoria, ed implicante autonome esigenze di trattazione ed istruttoria.

²⁸ Così ad esempio, coerentemente con le premesse adottate, Amadei, *op. loc. ult. cit.*; diversamente invece Chizzini, *op. ult. cit.*, 178, per il quale l'istanza deve ritenersi riservata solo al primo grado di giudizio.

²⁹ Secondo la lezione di Luiso, *Diritto processuale civile*, cit., III, 236, seguito da Bove, *op. loc. ult. cit.*; da De Stefano, *L'esecuzione indiretta*, cit., 1183; da Merlin, *Prime note*, cit., 1549, sia pure non ricavandone tutte le implicazioni di Luiso, *op. loc. ult. cit.*

(solo di condanna secondo la disposizione processualcivilistica) ad ottenere l'esecuzione indiretta della stessa, allo stesso modo in cui le disposizioni del Libro III del c.p.c. e quelle del Libro IV del c.p.a. ne sanciscono il diritto ad ottenere l'esecuzione diretta, sotto l'egida dell'art. 24 Cost.³⁰. Sicché il giudice deve concedere la misura o, se la nega, deve motivare in ordine all'esistenza dei presupposti negativi o all'assenza (anche di uno solo) di quelli positivi, in modo che il soccombente possa controllare il rispetto della disciplina mediante l'impugnazione della decisione.

Ne consegue, sul piano della dinamica processuale, che non solo l'istanza sfugge alle preclusioni previste per la tutela di merito dall'art. 183 c.p.c., potendo avanzarsi per la prima volta anche in sede di impugnazione; ma altresì che essa è proponibile in via processualmente autonoma, cioè in un diverso processo, sempre che la relativa *causa petendi* sia basata sull'esistenza di una pregressa condanna con le caratteristiche previste dall'art. 614 *bis*. Da tale punto di vista la dizione letterale della disposizione, che istituisce una contestualità tra provvedimento di condanna e misura coercitiva, pare perciò superabile proprio nell'ottica della funzione riconosciuta alla misura.

L'art. 614 *bis* può cioè leggersi, *in parte qua*, come norma che radica (la giurisdizione e) la competenza esclusivamente presso il giudice che deve impartire la tutela dichiarativa cui la misura accede, e che vi può provvedere sia simultaneamente alla decisione di merito che se adito in via autonoma, secondo una scelta rimessa all'interessato.

Né può, in contrario, obiettarsi che la contestualità sarebbe necessaria in ragione dei criteri imposti per la concreta determinazione della misura, ben potendo il giudice, in base alle allegazioni dell'istante, ed in particolare del provvedimento condannatorio, ottenere la conoscenza dei dati necessari alla verifica *in primis* dell'assenza di manifesta iniquità e poi alla quantificazione della misura³¹.

Altre sono poi le conseguenze legate a questa opzione di fondo. La prima è che non potrebbe ragionevolmente negarsi la possibilità che anche le condanne rese prima dell'entrata in vigore dell'art. 614 *bis* siano poste a base (quale *causa petendi*) di nuova e separata istanza al giudice competente per la tutela dichiarativa. La soluzione negativa imposta dall'art. 58 legge n. 69/2009 si attaglia infatti all'ipotesi di istanza avanzata nello stesso giudi-

³⁰ Luiso, *op. ult. cit.*, 238 e *passim*.

³¹ E gravando l'onere della relativa prova proprio sull'istante.

zio deputato alla tutela dichiarativa principale³², ma non al diverso caso di istanza separata, che sarebbe regolato dal principio *tempus regit actum*.

La seconda è che non mi pare si possa automaticamente escludere (ma la questione meriterebbe ben altro grado di approfondimento)³³ che anche per i verbali di conciliazione giudiziale e stragiudiziale per i quali le parti non abbiano già provveduto a fissare di comune accordo una penale per l'inosservanza o il ritardo sia esperibile l'istanza *ex art. 614 bis* c.p.c. al giudice competente per la tutela dichiarativa.

Sia l'art. 614 *bis* c.p.c. che l'art. 114, comma 4, lett. e) c.p.a. dispongono poi che la misura non debba concedersi se se ne riscontri la manifesta iniquità, mentre quest'ultima disposizione aggiunge altresì il riferimento ad altre ragioni ostative senz'altra specificazione.

La dottrina ha in genere deprecato l'eccessiva discrezionalità lasciata al giudice³⁴ da una disposizione che per vaghezza rischia di divenire vuota ed addirittura sovvertire i rapporti tra diritto sostanziale e processo, prestandosi a consentire la negazione della tutela esecutiva in base alla generica affermazione che la misura richiesta è iniqua³⁵. I primi commentatori si sono sforzati di conferire dei margini di ragionevolezza al concetto sfuggente di iniquità, ad esempio precisando che la sua ricorrenza, da motivare adeguatamente, deve essere obiettivamente percepibile, avendo il legislatore disposto che debba esser manifesta, appunto³⁶. Si è poi aggiunto che debba ravvisarsi un contrasto stridente con i principi dell'ordinamento, che renda l'applicazione della misura incompatibile con i fini istituzionali dell'azione e con la tutela del diritto del creditore, ciò che ad esempio accadrebbe in casi di evidente sproporzione tra il sacrificio imposto al debitore e l'interesse del creditore a vedere realizzata la prestazione³⁷. Essenzialmente sulla stessa linea si è posta la prima lettura dell'art.

³² Capponi, *Manuale*, cit., 32. Dello stesso Autore v. anche *Il processo civile e il regime transitorio della legge n. 69/2009*, in *Corr. giur.*, 2009, 1179 ss.

³³ V. la dottrina citata alla nota 12, e le soluzioni ivi proposte, per lo più in senso negativo, in relazione ai titoli esecutivi di matrice negoziale.

³⁴ V., ad esempio, Saletti, *Commentario*, cit., 198; Bove, *op. loc. ult. cit.*; Merlin, *op. loc. ult. cit.* Sulla stessa lunghezza d'onda Capponi, *Manuale*, cit., 31, il quale paventa il rischio, realistico data l'impossibilità di valutare la manifesta iniquità in termini di diritto positivo, di un contenzioso che "dal lato passivo, si scaricherà in sede di opposizione all'esecuzione e, da quello attivo, in prevedibili istanze di riesame del provvedimento". Non altrettanta severità mostra invece Mazzamuto, *L'esordio della comminatoria*, cit., 647 ss, su cui *amplius infra*, il prossimo §.

³⁵ Così Luiso, *Diritto*, cit., III, 239.

³⁶ Saletti, *Commentario*, cit., 198.

³⁷ Così De Stefano, *L'esecuzione indiretta*, cit., 1183

114, comma 4, lett. e) c.p.a., che vede il limite della manifesta iniquità come elemento di riequilibrio tra le posizioni delle parti, teso ad evitare sproporzioni tra il bene della vita in gioco e la gravità dell'inadempimento della P.A.³⁸.

Ma resta evidente che solo la giurisprudenza riempirà di concreti contenuti la previsione normativa, secondo quali linee è difficile immaginare³⁹.

4. Misura coercitiva e risarcimento del danno

Tra i profili più spinosi e problematici sollevati dall'esecuzione indiretta oggi codificata negli artt. 614 *bis* c.p.c. e 114, comma 4, lett. e) c.p.a. vi è senz'altro quello dei rapporti con il risarcimento del danno patito dal beneficiario della condanna in ragione dell'inadempimento della controparte⁴⁰.

Delle due disposizioni, è la seconda a dare indicazioni più pregnanti se letta in combinato disposto con il precedente art. 112 del Codice che, al comma 4, prevede testualmente che il medesimo giudizio di ottemperanza possa ospitare l'azione risarcitoria per i danni conseguenti alla lesione di interessi legittimi (art. 30, comma 5 c.p.a.).

La scelta di far convivere *astreinte* e tutela risarcitoria muove nella direzione della netta differenziazione⁴¹ tra le due figure, che mi pare non potersi negare neppure nell'ambito della giustizia civile, malgrado il silenzio sul punto dell'art. 614 *bis*⁴².

³⁸ Viola, *Le astreintes*, cit., 161, e la dottrina ivi citata.

³⁹ V. oggi TAR Campania 15 aprile 2011, cit., che esclude la condanna all'*astreinte* a carico della P.A. se la prestazione inadempita è di carattere pecuniario. L'esistenza dello strumento degli interessi legali quale tecnica di monetizzazione del ritardo nell'adempimento è per il giudice sufficiente presidio dell'interesse del creditore, cui la corresponsione anche dell'*astreinte* causerebbe dunque un indebito arricchimento, peraltro a spese del contribuente, trattandosi di condanna della P.A. Ecco dunque una ipotesi di manifesta iniquità.

⁴⁰ Fortemente critico verso il silenzio serbato dal legislatore sul punto è Proto Pisani, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2009, V, 222; v. anche Merlin, *op. loc. ult. cit.*

⁴¹ Mazzamuto, *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c.*, cit., 638 ss.; Consolo, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze dopo la legge n. 69 del 2009*, Padova, 2009, 455.

⁴² Il dibattito sulla natura dell'istituto in commento, che spesso si tende ad avvicinare alla figura della pena privata, sarà verosimilmente reso più infuocato a seguito del già citato art. 11 D.Lgs. n. 28/2010, il quale ha, com'è noto, introdotto la possibilità che l'accordo conciliativo preveda il pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza degli obblighi previsti, o per il loro inadempimento. Non a torto la dottrina ha infatti evidenziato la somiglianza della figura con la clausola penale piuttosto che con l'*astreinte* vera e propria: così Pagni, *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali*, cit., 619 ss.

La differenza è senz'altro netta sul piano funzionale: la misura coercitiva punta a dare effettività alla tutela (di condanna a prestazioni di fare-non fare, *ex art. 614 bis c.p.c.*; anche di annullamento, *ex art. 114, comma 4, lett. e) c.p.a.*) perché con la sua forza disincentivante dell'inottemperanza sottrae la concreta e completa realizzazione della tutela stessa alla libera disponibilità dell'obbligato. Essa è dunque una misura funzionalmente esecutiva che rispetto all'esecuzione diretta si differenzia sotto il (solo) profilo della tecnica processuale, mostrandosi preventiva perché volta a scongiurare (rendendolo economicamente svantaggioso) l'inadempimento. E se la forza deterrente si rivela inidonea, la somma destinata al beneficiario serve in qualche misura a compensare, quale correttivo, le conseguenze negative di una tutela rimasta irrealizzata. Ed è in questa direzione che parte della dottrina ha immaginato la funzione della valutazione di non manifesta iniquità⁴³, ed altra parte ha ritenuto di non giudicare severamente l'eccessiva discrezionalità lasciata *in parte qua* dall'*art. 614 bis* al giudice⁴⁴.

Il risarcimento del danno, al contrario, ha carattere successivo perché copre, monetizzandolo, un inadempimento già consumatosi e che ha prodotto un danno.

Questa è la ragione per la quale nella determinazione della misura si tiene conto di una serie di parametri (il valore della controversia, la natura della prestazione, ogni altra circostanza utile) solo uno dei quali attiene al danno, peraltro indicato quale *quantificato o prevedibile* atteso che la relativa valutazione appare funzionale ad evitare una iniquità della misura, restandovi estranei i profili riparatori⁴⁵.

⁴³ Consolo, *Il processo di primo grado*, cit., 101.

⁴⁴ Mazzamuto, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁵ Ancora Mazzamuto, *op. loc. ult. cit.*; sui rapporti, nel medesimo processo di merito, tra istanza di misura coercitiva e domanda risarcitoria in riferimento a violazioni future v. invece Merlin, *Prime note*, cit., 1554 ss.

Sezione II

Profili dinamici

Sommario: 5. La misura coercitiva dell'art. 614 *bis* c.p.c. tra collocazione in sede dichiarativa e valenza di titolo esecutivo. La misura coercitiva dell'art. 114, comma 4, lett. e) c.p.a. Profili generali – 6. Profili dinamici del modello disegnato dall'art. 614 *bis* c.p.c.: l'impugnazione del provvedimento – 6.1. La sentenza e l'ordinanza *ex art. 702 ter* – 6.2. Il provvedimento cautelare ed il lodo arbitrale – 7. L'esecuzione (diretta) della misura coercitiva civile: la qualificazione come titolo esecutivo – 8. La possibile convivenza tra esecuzione diretta dell'obbligo principale ed esecuzione diretta della misura coercitiva – 9. La misura coercitiva dell'art. 114, comma 4 c.p.a. – 10. Considerazioni conclusive: una disciplina tutta ancora da scrivere

5. La misura coercitiva dell'art. 614 *bis* c.p.c. tra collocazione in sede dichiarativa e valenza di titolo esecutivo. La misura coercitiva dell'art. 114, comma 4, lett. e) c.p.a. Profili generali

L'art. 614 *bis* c.p.c. è inequivoco nel qualificare come titolo esecutivo il provvedimento di condanna *“per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza”*.

Questa opzione, accanto a quella di fondo che colloca la decisione sulla misura in sede dichiarativa, attribuendola al giudice competente a decidere sul diritto sostanziale alla prestazione, individua le coordinate dei profili dinamici dell'*astreinte*.

Stando al tenore letterale della disposizione, la (condanna al pagamento della) misura pecuniaria si presenta, dal punto di vista processuale, quale capo dipendente di una pronuncia inibitoria o condannatoria a determinate prestazioni, ed al contempo condizione necessaria e sufficiente per l'inizio dell'espropriazione forzata. Il quadro di riferimento è dunque quello: *a)* da un canto dell'iniziativa processuale esecutiva rimessa esclusivamente al creditore della prestazione che, assumendo il verificarsi dell'inadempimento, ponga in esecuzione il provvedimento condannatorio-titolo esecutivo; *b)* dall'altro dei rapporti tra litispendenza verticale ed eventuale esecuzione in corso, soprattutto (ma non solo) sotto il profilo dell'individuazione delle censure spendibili in sede di opposizione all'esecuzione e di quelle riservate invece, in ossequio alla regola di conversione dei vizi in motivi di impugnazione, alla sede impugnatoria.

Stesso paradigma si ripropone ove si ritenga invece, andando oltre il tenore letterale dell'art. 614 *bis* c.p.c.⁴⁶, che la collocazione della misura nella sede dichiarativa non ne implichi necessariamente anche la coesistenza nel medesimo provvedimento che reca la condanna principale, ma consenta al beneficiario di quest'ultima di chiedere con separata istanza al giudice competente per il merito, in base alla condanna già ottenuta, la sola emissione dell'*astreinte*. L'unica variante è qui costituita dal fatto che il provvedimento consterebbe di un unico capo, ferma in ogni caso la sua dipendenza dalle sorti del provvedimento che dispone la condanna/inibitoria principale.

Diversa collocazione riceve invece, com'è noto, la misura coercitiva generale apprestata dalla lett. e), del comma 4, dell'art. 114 del nuovo c.p.a., per il quale è il giudice dell'ottemperanza che accoglie il ricorso a fissare *"su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato; tale statuizione costituisce titolo esecutivo"*.

Chiaramente ispirata al prototipo dell'art. 614 *bis* c.p.c., la norma dell'art. 114, comma 4, lett. e) muove tuttavia verso strade sue proprie: l'attribuzione alla misura coercitiva della qualifica di titolo esecutivo, secondo l'opzione propria dell'art. 614 *bis*, calata nel contesto del giudizio di ottemperanza e non di quello dichiarativo, muta infatti significativamente il quadro di riferimento, insieme ai problemi prospettabili ed alle possibili soluzioni.

6. Profili dinamici del modello disegnato dall'art. 614 *bis* c.p.c.: l'impugnazione del provvedimento

Se la condanna alla misura coercitiva prevista dall'art. 614 *bis* è capo accessorio rispetto alla condanna principale e collocata nel medesimo provvedimento, essa è possibile oggetto di impugnazione sia da sola che

⁴⁶ Ma senza alterarne la *ratio*, almeno ove la si ricostruisca come riconoscimento di uno strumento di effettività della tutela dichiarativa. Con la conseguenza che, purché rivolta al giudice competente e fondata su una condanna principale avente le caratteristiche richieste dalla legge, l'istanza stessa non può ritenersi preclusa in via autonoma, potendo il giudice comunque valutare, sulla base del provvedimento condannatorio allegato, tutti gli elementi richiesti dall'art. 614 *bis* al fine della concedibilità della misura. La soluzione incontra peraltro autorevoli dissensi in dottrina: v., ad esempio, Capponi, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, Torino, 32, per il quale dunque non sarebbe possibile "rivitalizzare" con l'*astreinte* condanne emesse prima del 4 luglio 2009, data di entrata in vigore dell'art. 614-*bis*; Balena, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della L. 18 giugno 2009, n. 69)*, in *Giusto processo civ.*, 2009, 749 ss.

insieme al capo principale. La sola impugnazione di quest'ultimo non è poi senza influenza, la riforma o la cassazione espandendo i propri effetti sul capo dipendente, in applicazione dell'art. 336, comma 1 c.p.c. (dipendenza tra capi interni ad unico provvedimento).

Se viceversa l'istanza è proposta in via autonoma, il provvedimento consta di un unico capo, ma l'impugnazione del provvedimento che reca la condanna alla prestazione principale resta comunque influente ai sensi dell'art. 336, comma 2 (dipendenza tra provvedimenti).

L'utilizzo del termine provvedimento piuttosto che sentenza è stato letto, dai primi commentatori⁴⁷, nel senso della concedibilità della misura non solo a mezzo di sentenza di condanna, ma anche di altri provvedimenti che esibiscano il medesimo contenuto condannatorio/inibitorio: provvedimenti cautelari, resi *ex art. 702 bis* c.p.c., ed anche lodi arbitrali rituali.

6.1. La sentenza e l'ordinanza ex art. 702 ter

Se l'unico provvedimento di condanna alla prestazione principale ed alla misura coercitiva riveste la forma della sentenza di primo grado, l'appello avverso il capo accessorio è anche la sede per chiedere la sospensione vuoi della sola provvisoria esecutività vuoi invece dell'esecuzione già in corso (artt. 283, 351 e 623), la prima impedendo al creditore di intraprendere l'espropriazione forzata per la riscossione della misura coercitiva, la seconda congelando invece l'esecuzione già in corso, di cui è inibita la ulteriore prosecuzione. Lo stesso è a dirsi in caso di ricorso ordinario in cassazione (artt. 373 e 623).

Sotto il profilo della sospensione, la riforma dell'art. 615, comma 1 può creare zone di interferenza tra l'area riservata al neonato potere sospensivo del giudice dell'opposizione a precetto e quella riservata invece al giudice dell'impugnazione del provvedimento in applicazione della regola generale dell'art. 623. La soluzione dovrebbe essere, trattandosi di titolo esecutivo giudiziale, nel senso che quando la *causa petendi* posta a base dell'istanza di sospensione investa circostanze già esaminate o esaminabili in sede dichiarativa, l'istanza avanzata *ex art. 615*, comma 1 è da considerarsi inammissibile, restando riservata alla sede impugnatoria. Se viceversa a base dell'istanza sono allegate circostanze soprav-

⁴⁷ V., ad esempio, Capponi, *op. ult. cit.*, 32; Luiso, *Diritto processuale civile*, cit., 236 ss.; Bove, *La misura coercitiva di cui all'art. 614 bis c.p.c.*, in www.judicium.it; Merlin, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella L. n. 69/2009*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1549; Amadei, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, in www.judicium.it.

venute alla formazione del provvedimento, la sede appropriata è proprio quella dell'opposizione preesecutiva, trattandosi di profili non preclusi dal giudicato e dunque appannaggio di tutte le sedi giudiziali in cui appaiano rilevanti, ed in particolare di quelle in cui si discute dell'assenza del diritto di procedere ad esecuzione forzata.

Se la sospensione non è accordata ma la condanna principale o quella alla misura coercitiva sono riformate, ne consegue che la riscossione delle somme a titolo di *astreinte* si rivela priva di causa, con conseguente obbligo di restituzioni⁴⁸.

Quanto al merito, in sede di impugnazione devono ritenersi contestabili tutti i profili della condanna accessoria: la concessione o la negazione della misura per la ricorrenza di una manifesta iniquità, o per essere la condanna principale afferente a quei rapporti di lavoro subordinato o parasubordinato previsti dall'art. 409 c.p.c. e per i quali l'art. 614 *bis* esclude la condanna alla misura coercitiva; la quantificazione⁴⁹ della stessa.

A dubbi ha invece dato adito tra i primi commentatori la collocazione della contestazione relativa alla qualificazione come fungibile/infungibile della prestazione oggetto della condanna principale.

Occorre subito rilevare che il problema si pone solo ove, con buona parte degli interpreti, tale *discrimen* si ricostruisca quale presupposto indefettibile dell'emissione della misura coercitiva.

Siffatta premessa impone infatti di sciogliere il nodo della natura vincolante o meno della qualificazione data alla prestazione principale dal giudice di merito, cioè della sua idoneità ad essere coperta da efficacia di giudicato. In caso di risposta positiva, la relativa contestazione appartiene di diritto al novero di quelle riservate al giudizio di impugnazione, viceversa invece restando impregiudicata per ogni altro giudice (ivi compreso quello dell'eventuale esecuzione intrapresa ai sensi degli artt. 605 ss. sull'assunto della fungibilità dell'obbligo inadempito) ed allegabile anche in sede di opposizione all'esecuzione.

La soluzione preferibile appare la prima⁵⁰.

Se si accetta la tesi della rilevanza, la natura della prestazione ottemperanda entra direttamente nell'area delle valutazioni riservate al giudi-

⁴⁸ Saletti, *Commentario*, cit., 204; *contra* Consolo, *Una buona "novella"*, cit., 742.

⁴⁹ E, con essa, la sussistenza e la valutazione in concreto di tutte le circostanze di cui all'art. 614 *bis*, e segnatamente il valore della controversia, la natura della prestazione, il danno quantificato o prevedibile ed ogni altra circostanza utile.

⁵⁰ Luiso, *Diritto processuale civile*, III, cit., 236 ss.

ce competente, ponendosi quale condizione di accoglibilità della domanda. Essa dunque imprime un determinato *iter* alle valutazioni del giudice e poi condiziona il segno del provvedimento finale.

L'istanza attiene infatti ad un diritto processuale⁵¹, quello di ottenere una misura esecutiva del diritto sostanziale di cui è chiesta a monte la tutela. Dal punto di vista funzionale essa si presta dunque ad essere riguardata in modo non diverso dall'atto di impulso dell'esecuzione forzata diretta. Perciò se il legislatore sceglie, come nell'art. 614 *bis*, di collocarla in sede dichiarativa⁵², è nella natura stessa del fenomeno che la qualificazione della tutela a cui presidio si pretende di porla spetti al giudice competente a decidere sull'istanza "esecutiva" stessa. Il paradigma⁵³ è cioè proprio quello seguito quanto alla qualificazione della natura condannatoria o meno di una sentenza ai fini dell'azionabilità in sede esecutiva "diretta" ai sensi del Libro III del c.p.c.: in quanto elemento esterno condizionante la scelta della tecnica di esecuzione forzata utilizzabile, essa è estranea alle valutazioni del giudice che l'ha resa, ed è invece riservata (in via definitiva e vincolante) al giudice competente per l'(opposizione all') esecuzione.

La situazione non appare perciò paragonabile⁵⁴ a quella che si pone, invece, ove si tratti di identificare la natura anticipatoria o conservativa di un provvedimento cautelare ai fini della verifica di cui agli artt. 669 *octies* e *novies*: qui la qualifica del provvedimento si pone infatti quale esterna e successiva rispetto alle valutazioni rimesse al giudice competente, che investono esclusivamente l'esistenza del *fumus* e del *pericu-*

⁵¹ Così Luiso, *Diritto processuale civile*, cit., 236 ss; Bove, *La misura coercitiva di cui all'art. 614 bis c.p.c.*, cit.; Merlin, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella L. n. 69/2009*, cit., 1549; Amadei, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, cit.

⁵² Con opzione criticabile secondo Luiso, *Diritto*, cit., 235, per il quale il legislatore è incorso in un errore sistematico consistente nel considerare oggetto dell'esecuzione il provvedimento e non il diritto ivi consacrato.

⁵³ Rileva in proposito Capponi, *Astreintes nel processo civile italiano?*, in *Giust. civ.*, 1999, 157 ss., che la misura coercitiva per sua natura mette a dura prova l'attitudine del giurista alla classificazione ed in particolare la *summa divisio* tra cognizione (*rectius* tutela dichiarativa) ed esecuzione.

⁵⁴ Così invece Amadei, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, cit., che, pur ammettendo che la qualificazione in termini di infungibilità dell'obbligo sia condizione necessaria perché il giudice abbia il potere di munire la propria sentenza di condanna della misura coercitiva, discorre poi di auto-attribuzione di potere che in quanto tale non può essere vincolante all'esterno, ricorrendo proprio alla similitudine con la qualificazione del provvedimento cautelare come conservativo o anticipatorio in funzione della necessità di instaurare il giudizio di merito ex art. 669 *octies* c.p.c.; oppure con la qualificazione della sentenza come di accertamento o di condanna dal giudice di merito.

lum. La qualificazione in senso conservativo od anticipatorio perciò, anche ove resa dal giudice cautelare, resta irrilevante essendo riservata, in quanto condizionante l'emissione del provvedimento di inefficacia, al solo giudice di quest'ultima.

Vi sono poi ragioni di funzionalità pratica dell'istituto a condurre nella medesima direzione.

Ritenere la qualificazione della natura fungibile o meno della prestazione come rientrante nel contenuto precettivo del provvedimento la rende contestabile in sede di impugnazione ed al contempo assicura all'istante che, in ipotesi di diniego della misura coercitiva sull'assunto della fungibilità della prestazione, il giudice dell'esecuzione chiamato *ex art. 612 c.p.c.* a dettare le modalità di attuazione sia vincolato al *decisum* e non possa denegare anche l'esecuzione diretta basandosi su una autonoma qualificazione dell'obbligo come infungibile. Con la conseguenza che verrebbe, sotto tale profilo⁵⁵, assicurato quantomeno il livello minimo costituito dalla fruibilità dell'esecuzione diretta o indiretta.

Lo scenario contrario, puntualmente prefigurato dai primi commentatori⁵⁶, si risolverebbe invece in un abbassamento del livello di tutela esecutiva, che potrebbe essere denegata sia in forma diretta che indiretta, in aperta antitesi allo scopo sotteso all'introduzione del rimedio nel nostro sistema processuale.

Le stesse conclusioni valgono quanto alla qualificazione del rapporto come afferente a quelli di lavoro di cui all'art. 409 c.p.c., anch'essa condizionando l'*iter* delle valutazioni ed il segno del provvedimento che decide sull'istanza di concessione della misura.

Vale piuttosto la pena di fare una considerazione.

Nella struttura dell'art. 614 *bis* la condanna all'*astreinte* è concepita quale dipendente non semplicemente da una pronuncia principale, ma da una *condanna* o da una *inibitoria* principale⁵⁷: il giudice è cioè chiamato a valutare non solo la fungibilità della prestazione, ma anche la natura condannatoria o inibitoria della statuizione principale. Anche quest'ultima deve dunque considerarsi vincolante nei successivi sviluppi, ed in partico-

⁵⁵ La limitazione è d'obbligo: la misura potrebbe infatti ben essere denegata per qualsiasi altra ragione, ad esempio la manifesta iniquità o il ricorrere di uno dei rapporti dell'art. 409 c.p.c.

⁵⁶ Ed ascritto all'errore del legislatore nell'affidare la competenza a disporre la misura al giudice della tutela dichiarativa piuttosto che a quello dell'esecuzione: così, ad esempio, Amadei, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, cit.

⁵⁷ Capponi, *op. loc. ult. cit.*; Luiso, *op. loc. ult. cit.*; Saletti, *Commentario*, cit., 198.

lare in sede di opposizione all'esecuzione intrapresa in base alla misura coercitiva-titolo esecutivo, opposizione che non sarà possibile fondare sulla contestazione del carattere condannatorio/inibitorio della statuizione di merito principale, così qualificata dal giudice che l'ha resa. Le medesime considerazioni valgono anche per l'ordinanza resa, ai sensi dell'art. 702 *ter* c.p.c., nel procedimento sommario di cognizione.

Se si sposa la tesi della natura processuale del (capo del) provvedimento che dispone o nega la misura coercitiva, il sindacato del giudice dell'impugnazione ne esce caratterizzato nel senso della pienezza sia in appello che in cassazione⁵⁸.

Ancora, deve ritenersi che il giudice d'appello possa emettere la misura già chiesta ma negata in prime cure, o anche chiesta per la prima volta in appello (e motivata dall'inottemperanza dell'obbligato alla sentenza di primo grado⁵⁹). A tale ultima conclusione non osta, in particolare, il divieto di nuove domande di cui all'art. 345 c.p.c., riferibile alla tutela di merito e non invece a quella processuale in discorso che, non sottoposta a particolari preclusioni, ben può considerarsi esperibile *sine die*, quantomeno nei limiti della litispendenza (nel cui ambito il legislatore la colloca). Neppure osta alla conclusione l'obiezione che la condanna si basa su una serie di valutazioni (il valore della controversia, la natura della prestazione, il danno quantificato o prevedibile ed ogni altra circostanza utile: art. 614 *bis*, u.c.) che possono richiedere apposita istruttoria. Quest'ultima non è infatti preclusa *tout court* in appello⁶⁰, dovendosi piuttosto calare nel contesto della tendenziale aspirazione a mantenere il giudizio di secondo grado nei limiti⁶¹ di quello di prime cure. Si tratta tuttavia di aspirazione per l'appunto solo tendenziale, e superata sia in ipotesi di intervento di terzi *ex* art. 344 che di eccezioni rilevabili d'ufficio (oltre che di sopravvenienze). Ciò vale a maggior ragione per l'appello avverso l'ordinanza resa *ex* art. 702 *ter* c.p.c. per il quale l'art. 702 *quater* prevede la possibilità senza limitazioni di nuovi mezzi

⁵⁸ Luiso, *Diritto*, cit., 236; Bove, *op. loc. ult. cit.*; Merlin, *Prime note sul sistema delle misure coercitive*, cit., 1550, la quale tuttavia dubita che da ciò possa dedursi la conseguenza del sindacato pieno tipico delle pronunce di rito.

⁵⁹ Bove, *op. loc. ult. cit.*; Amadei, *op. loc. ult. cit.*

⁶⁰ V. per tutti Luiso, *Diritto*, cit., II, 383 ss.

⁶¹ Oggettivi ma anche di semplice materia del contendere.

di prova e nuovi documenti purché ritenuti rilevanti (*quid minus* rispetto all'indispensabilità richiesta dall'art. 345 c.p.c.)⁶².

Quanto al giudizio di cassazione, nulla osta a ritenere che l'istanza, come sopra caratterizzata, possa essere avanzata anche in tale sede per la prima volta, ma la concedibilità della misura è naturalmente possibile solo se non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto, ai sensi dell'art. 384, comma 2⁶³.

Le considerazioni precedenti valgono anche se la condanna alla misura coercitiva è oggetto di apposito e separato provvedimento, con la precisazione che qui la qualificazione (*ut supra* vincolante) della natura della prestazione, della natura condannatoria/inibitoria e della non ricorrenza dei rapporti di cui all'art. 409 c.p.c. spetta esclusivamente al giudice competente per il merito, chiamato in separata sede a decidere sulla misura.

6.2. Il provvedimento cautelare ed il lodo arbitrale

Se si ritiene che, purché esibisca un contenuto condannatorio/inibitorio, anche ad un provvedimento cautelare, ad esempio reso ex art. 700 c.p.c., possa correlarsi una misura coercitiva, occorre confrontarsi con un quesito di fondo.

Occorre cioè chiedersi se il modello di riferimento possa ritenersi senz'altro quello dell'art. 614 *bis*, o non piuttosto quello introdotto dall'art. 114, comma 4, lett. e) c.p.a. Il dubbio nasce dal fatto che, ai sensi dell'art. 669 *duodecies* c.p.c., l'attuazione dei provvedimenti cautelari aventi ad oggetto obblighi di fare-non fare avviene sotto il controllo del giudice che ha emanato il provvedimento, il quale ne determina altresì le modalità di attuazione. Ci si è chiesti in passato se l'ampio spettro dei poteri riconosciuti al giudice in sede attuativa comprendesse anche la possibilità di disporre la condanna a misure coercitive⁶⁴, e la risposta

⁶² V. per tutti, su questi profili, Tiscini, in *Commento*, cit., 264 ss.

⁶³ Ipotesi questa in cui per decisione nel merito non si intenderebbe decisione sul rapporto, ma decisione sull'istanza: merito dunque come oggetto della domanda, non necessariamente afferente alla materia sostanziale.

⁶⁴ Per una impostazione generale del tema v. Vullo, *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, Torino, 2001, 222 ss., in part. 245 ss.

Parte della dottrina aveva, all'indomani del varo del procedimento cautelare uniforme, dato particolare rilievo all'ampia discrezionalità dei poteri riconosciuti dall'art. 669 *duodecies* c.p.c. al giudice dell'attuazione. Ciò allo scopo di considerare la seria possibilità che questi determinasse modalità attuative alternative *sub specie* di misure di esecuzione indiretta (Cecchella, *Il processo cautelare. Commentario*, Torino, 1997, 178; Balbi, *Provvedimenti d'urgenza*, in *Dig., disc. priv.*, sez.

(segue)

negativa si è basata essenzialmente sull'assenza, nel nostro sistema processuale, di una disposizione generale attributiva del relativo potere. Oggi di tali disposizioni ve ne sono addirittura due, codificanti diversi modelli di esecuzione indiretta.

In teoria nulla impedirebbe dunque di riempire l'ampia e generale previsione dell'art. 669 *duodecies in parte qua* con il potere di disporre anche misure coercitive⁶⁵, in tal modo superandosi altresì il deprecato errore sistematico del legislatore dell'art. 614 *bis*, che ha collocato la misura nella sede dichiarativa e non in quella esecutiva, che sarebbe stata la più consona⁶⁶.

L'applicazione dell'art. 614 *bis* troverebbe invece la propria giustificazione nel fatto che essa è la fonte del relativo potere giudiziale nell'ambito della tutela impartita dal giudice civile.

In questa sede si proverà a prefigurare le conseguenze dell'una scelta piuttosto che dell'altra.

Applicando l'art. 614 *bis*, la misura coercitiva si collocherebbe nel provvedimento cautelare a carattere condannatorio/inibitorio quale capo dipendente, o potrebbe essere oggetto di istanza autonoma, è da credere sempre al giudice competente sulla domanda cautelare (e sempre che nel frattempo la cautela recante la condanna/inibitoria principale non sia stata modificata, in tal caso trasferendosi la competenza al giudice indicato dall'art. 669 *decies*).

Mantenendo la premessa della natura processuale del diritto veicolato dall'istanza, ne consegue la proponibilità in qualunque momento della fase di primo grado ed anche per la prima volta in sede di reclamo, e l'applicazione dell'art. 336, comma 1 c.p.c. in caso di reclamo avverso il solo capo principale recante la condanna o l'inibitoria.

Quanto alla portata precettiva del *decisum* intangibile in sede esecutiva perché riservata alla sede impugnatoria del reclamo, si ripropone il paradigma del vincolo alla qualificazione della tutela principale come di condanna o inibitoria e del rapporto cautelato come non afferente a quelli dell'art. 409. Se si ritiene che la misura coercitiva acceda solo a

civ., XVI, Torino, 1997, 73, 121, 122, per il quale il giudice dell'attuazione può liberamente stabilire, unitamente alle modalità d'attuazione, per l'appunto misure coercitive).

⁶⁵ V., ad esempio, Mazzamuto, *L'esordio della comminatoria*, cit., 642, per il quale l'applicazione dell'art. 614 *bis* alla tutela cautelare non è diretta, trovando piuttosto la propria fonte negli ampi poteri discrezionali riconosciuti al giudice dell'attuazione.

⁶⁶ È la nota posizione di Luiso, *Diritto*, cit., 236 ss, seguita da Bove, *op. loc. ult. cit.*, e da Amadei, *op. loc. ult. cit.*

prestazioni infungibili, vincolante sarà poi anche la qualificazione in tal senso operata dal giudice cautelare per concedere l'*astreinte*.

Unica variabile di rilievo rispetto all'ipotesi della sentenza già esaminata è qui la modificabilità/revocabilità *ex art. 669 decies*, che può interessare sia esclusivamente la condanna principale, che revocata comporterebbe la caducazione della misura coercitiva, sia solo quest'ultima se motivi sopravvenuti o fatti la cui conoscenza sopravvenga all'esaurimento della fase di reclamo rendano non più attuale o non sostenibile affatto, ad esempio, le valutazioni che avevano fondato l'esclusione della manifesta iniquità⁶⁷ della misura, che potrebbe perciò essere modificata nell'ammontare o revocata.

Interferenze tra disciplina cautelare e disciplina esecutiva sono poi indotte dalla scelta dell'art. 614 *bis* di qualificare la condanna alla misura coercitiva come titolo esecutivo.

Ciò significa infatti che il creditore può notificare il provvedimento recante la condanna alla misura coercitiva ed intimare precetto: la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo è disciplinata dall'art. 669 *terdecies*, comma 6, che attribuisce la competenza al giudice del reclamo e solo per motivi sopravvenuti, o dall'art. 615, comma 1, che attribuisce il relativo potere al giudice dell'opposizione a precetto? Soccorrono ancora i criteri discretivi utilizzabili nei rapporti tra titolo giudiziale, in cui il potere sospensivo compete *in primis* al giudice dell'impugnazione *ex art. 623*, e censure possibili in sede di opposizione preesecutiva (su cui v. *supra* il precedente §) *ex art. 615*, comma 1, con la precisazione che *ex art. 669 terdecies*, comma 6, anche i motivi fondanti l'istanza di sospensione devono sopravvenire alla formazione del titolo e renderlo foriero di gravi danni. Con l'ulteriore conseguenza che se le sopravvenienze sono successive all'esaurimento della fase di reclamo, esse rientrano nell'alveo dell'art. 615, comma 1, e devono rispondere ai criteri ivi previsti.

Se si prova invece ad immaginare che sia l'art. 114, comma 4, lett. e) c.p.a. a consentire di annoverare tra i poteri riconosciuti al giudice dell'attuazione dall'art. 669 *duodecies in parte qua* anche quello di concedere la misura stessa, la sede di elezione per la decisione in ordine alla

⁶⁷ In linea di massima intangibile dovrebbe invece restare il profilo della qualificazione della prestazione come infungibile, e quello della estraneità del rapporto cautelato all'area di quelli dell'art. 409 c.p.c., a meno di non ammettere che l'allegazione di nuove ragioni di fatto prima non conosciute faccia emergere una realtà diversa da quella tenuta presente dal giudice cautelare, e che lo aveva indotto a qualificare la prestazione come fungibile o il rapporto come estraneo allo spettro dell'art. 409 c.p.c.

misura diviene quella attuativa dell'art. 669 *duodecies*, ed impone perciò di rinviarne l'esame all'apposita sede (*infra*, § 4).

Veniamo al lodo arbitrale rituale⁶⁸.

Il principale profilo di criticità indotto dalla scelta favorevole alla concedibilità della misura coercitiva da parte degli arbitri nel medesimo lodo che decide il merito⁶⁹ è quello dell'individuazione del mezzo di impugnazione riconosciuto all'istante per contestare specificamente il capo relativo alla decisione sulla misura, atteso che il sistema di impugnazione apprestato dall'art. 829, comma 1, è, com'è noto, a critica vincolata e non sembra contemplare alcun motivo capace di "accogliere" le contestazioni sull'*an* ed il *quantum* della misura coercitiva.

In dottrina si perciò concluso in due diverse direzioni, la prima che ravvisa una sorta di lacuna, o meglio una manifestazione dell'autonomia della giustizia privata rispetto a quella statale, di cui le parti sarebbero a monte consapevoli, e che nella specie comporterebbe la rinuncia al riesame sul capo relativo alla misura;⁷⁰ la seconda invece favorevole ad una impugnabilità del capo stesso ai sensi dell'art. 829, comma 1, anche se le parti non hanno previsto l'impugnabilità per *errores in iudicando*.⁷¹

Il problema non si pone, o ne appare comunque facilitata notevolmente la soluzione, se si ritiene⁷² che la possibilità di chiedere la misura coercitiva debba essere a monte prevista nella convenzione di arbitrato

⁶⁸ Zucconi Galli Fonseca, *Le novità della riforma in materia di esecuzione forzata*, in www.judicium.it, ritiene possibile fondare la richiesta su un lodo rituale in quanto equiparato alla sentenza, mentre l'ammissibilità è da escludere per quello irrituale. Se del caso, gli stessi arbitri potranno pronunciare la misura nel lodo, che dovrà essere depositato affinché entrambe le condanne siano esecutive.

⁶⁹ Zucconi Galli Fonseca, *Le novità della riforma*, *cit.*, ritiene però che ci si possa rivolgere, in un momento successivo, al giudice sulla scorta del lodo pronunciato, anche non depositato, poiché la norma si limita a richiedere la condanna alla prestazione principale, non necessariamente esecutiva.

⁷⁰ Così Bove, *op. loc. ult. cit.*

⁷¹ Così Luiso, *Diritto*, *cit.*, 237. *Contra* Amadei, *op. loc. ult. cit.*, che segnala appunto come la condanna potrebbe non essere controllabile in punto di determinazione della misura coercitiva, se le parti non hanno espressamente convenuto l'impugnabilità per violazione di norme di diritto (art. 829, comma 3 c.p.c.).

⁷² Come Chizzini, in Balena, Caponi, Chizzini, Menchini, *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, Torino, 2009, sub art.614 *bis*, 148. Ciò non esclude peraltro che le parti possano espressamente prevedere la possibilità per gli arbitri di emettere una *astreinte ex art. 614 bis*, disponendo anche in ordine alle relative modalità di impugnazione.

perché gli arbitri siano investiti del relativo potere. In tal caso infatti le parti disporrebbero anche quanto all'impugnazione⁷³.

La premessa, tuttavia, non convince. Il diritto veicolato con l'istanza è di natura processuale e non attiene all'area del merito, cioè del compromettibile: perciò, così come ciascuna parte ha il potere di depositare il lodo per ottenerne l'*exequatur*, così a ciascuna indipendentemente dal consenso dell'altra dovrebbe riconoscersi anche il potere di chiedere la misura esecutiva indiretta. La decisione sull'istanza sembra allora suscettibile di essere riguardata non nell'ottica della decisione sul merito, ma in quella della decisione assunta dal giudice dell'esecuzione diretta adito con ricorso *ex art. 612*, con la differenza che per la prima i confini di esercizio del potere sono disegnati dall'*art. 614 bis*, anch'esso norma processuale come gli *artt. 612 ss.*, e la collocazione è quella della tutela dichiarativa.

Proprio alla luce della natura processuale/esecutiva dell'istanza, si apre perciò un'alternativa di fondo: o si ammette che anche le condanne/inibitorie rese a mezzo di lodo possano essere assistite da *astreinte*, ma si riconosce il relativo potere solo al giudice che sarebbe competente sul merito in assenza di convenzione di arbitrato, secondo una soluzione "restrittiva" che ha precedenti nella scelta dell'*art. 818 c.p.c.* sulle misure cautelari, ed in quella dell'*art. 825 c.p.c.* in tema di *exequatur*⁷⁴; o si riconosce il potere agli arbitri, ed allora un mezzo di impugnazione occorre riconoscerlo. Ciò anche in considerazione della circostanza, di non poco momento, che è proprio la sede impugnatoria quella in cui si decide anche della sospensione dell'efficacia esecutiva del lodo, dal che discende non solo che la parte che si è vista negare la misura non possa dolersene, ma anche che chi la subisce non possa opporvisi neppure in presenza di quei gravi motivi che fonderebbero esigenze cautelari di sospensione.

Perciò, se anche appare indubbio che il legislatore dell'*art. 829 c.p.c.* ha operato in assenza del potere generale di disporre misure coercitive (anche da parte della giurisdizione statale), e dunque la disposizione presenta una obiettiva lacuna in tal senso, l'asserita natura processuale della decisione sull'istanza, e il fatto che è assunta in applicazione di una norma processuale, la rendono idonea ad invalidare il lodo e ad essere impugnabile proprio ai sensi dell'*art. 829, comma 1 c.p.c.*

⁷³ In tal caso infatti potrebbe ben sostenersi che l'*art. 614 bis* rientri in quelle disposizioni di procedura la cui violazione importa nullità e dunque impugnazione ai sensi dell'*art. 829, comma 1, n. 7*.

⁷⁴ Si tratterebbe, in sostanza, di uno di quei profili "pubblicistici" ove ancora si manifesta la sfiducia verso la giustizia privata: così Luiso, *Diritto, cit.*, IV, 185 ss.

Con ogni conseguenza in ordine ai poteri sospensivi riconosciuti alla Corte d'appello in relazione al capo recante la decisione sulla *astreinte*, ed ai rapporti tra contestazioni spendibili nella sede impugnatoria e contestazioni riservate invece alla sede dell'opposizione all'esecuzione (anche sotto il profilo della sospensione dell'efficacia esecutiva).

Dovrebbe inoltre potersi ammettere la possibilità che la misura stessa sia da un canto richiesta per la prima volta alla Corte d'appello, e dall'altro disposta da quest'ultima in dipendenza di un accoglimento dell'impugnazione⁷⁵.

I problemi posti da questa lettura, che sconta l'inesistenza, nel catalogo dell'art. 829, comma 1, di un motivo di impugnazione fondato sulla nullità derivante da inosservanza (di norme processuali e quindi anche) dell'art. 614 *bis*⁷⁶, e dunque forza il contenuto della norma, non si pongono affatto se l'istanza di condanna all'*astreinte* non è proposta nel giudizio arbitrale ma in via autonoma e successiva all'ottenimento del lodo condannatorio/inibitorio, al giudice che sarebbe stato competente per il merito⁷⁷, nel qual caso diviene oggetto di separata sentenza (o eventualmente di provvedimento *ex art. 702 ter* c.p.c. se la decisione di merito poteva essere assunta tramite tale procedimento), sia pure sempre dipendente dalle sorti del capo di lodo recante la decisione sulla obbligazione principale.

⁷⁵ Sempre che da un canto vi sia l'istanza di parte e dall'altro la decisione nel merito sia possibile e (nelle ipotesi di *errores in iudicando* ed in quelle previste dai nn. 5-9 dell'art. 829) abbia ad oggetto una condanna ad un *facere* infungibile (se si accetta siffatta limitazione) o una inibitoria.

⁷⁶ In ciò venendo in rilievo la differenza tra la struttura dei motivi individuati dall'art. 829, comma 1, e quella dei motivi fondanti invece un'altra impugnazione pure a critica vincolata, il ricorso ordinario in Cassazione, ove uno dei motivi investe le nullità della sentenza o del procedimento (art. 360, comma 1, n. 4) consentendo la critica in ordine ad una gamma generalizzata di nullità derivanti da inosservanza di disposizioni processuali. Il *distinguo* trova verisimilmente la propria *ratio* nell'essere quello arbitrale un giudizio provato in cui è la signoria delle parti a scegliere anche le norme di procedura ed il rilievo da dare al concreto rispetto delle stesse. Non può tuttavia escludersi che il potere disciplinato dall'art. 614 *bis*, afferendo alla funzione pubblicistica di assicurare l'effettività della tutela, e dunque ad un'area "esecutiva", debba automaticamente considerarsi, ove attribuibile agli arbitri, disciplinato da una disposizione di procedura, l'art. 614 *bis*, la cui inosservanza legittima comunque l'impugnazione per nullità in applicazione estensiva dell'art. 829, comma 1, n. 7 c.p.c.

⁷⁷ Lettura proposta da Zucconi Galli Fonseca, *op. loc. ult. cit.* Non sembra invece sostenibile l'attribuzione al giudice dell'*exequatur* del potere di disporre la misura, soluzione che, pure probabilmente sostenibile in astratto, contrasterebbe con la scelta di radicare la competenza a disporre l'*astreinte* in capo al giudice della tutela dichiarativa.

7. L'esecuzione (diretta) della misura coercitiva civile: la qualificazione come titolo esecutivo

La qualifica come titolo esecutivo del provvedimento⁷⁸ che dispone la condanna all'*astreinte* comporta che la concreta quantificazione del dovuto sia effettuata in via autonoma dal beneficiario della misura, in particolare nel precetto⁷⁹.

Se la misura coercitiva è correlata all'inosservanza di un obbligo di fare, la somma è determinata a monte dal giudice per ogni frazione di tempo (giorno, mese o altro) in cui l'adempimento stesso manca, al creditore competendo il calcolo della somma dovuta in relazione al ritardo. Se la misura è invece correlata ad un obbligo di non fare, nel provvedimento la somma è stabilita per ogni singolo episodio violativo, al creditore competendo la quantificazione del numero delle violazioni riscontrate e dunque il calcolo della somma complessivamente dovuta.

Sotto tale profilo si apprezza la differenza non solo rispetto al modello d'oltralpe⁸⁰, ma anche rispetto ad altre previsioni note al nostro ordinamento, che prevedono o per le quali si ritiene in via ermeneutica necessaria una previa intermediazione giudiziale che prima constati la violazione, e poi quantifichi la somma complessivamente dovuta⁸¹.

⁷⁸ Ma, è da credere, non del capo del lodo arbitrale del medesimo contenuto: qui infatti la *sedes* esterna alla giurisdizione statale impone il passaggio attraverso l'*exequatur* per l'acquisto della qualità di titolo esecutivo.

⁷⁹ Sul punto concordano i primi commentatori: Luiso, *Diritto*, III, cit., 239; Capponi, *Manuale*, cit., 31; Bove, *op. loc. ult. cit.*; Amadei, *op. loc. ult. cit.* Diverso è però il grado di perplessità sulla bontà od opportunità della scelta di fondo del legislatore: perplessità sono manifestate, ad esempio, da Ricci, *Ancora novità (non tutte importanti, non tutte pregevoli) sul processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1363 ss., mentre per Capponi, *Manuale*, cit., 26 ss., il modello apprestato in parte qua dall'art. 614 bis è apprezzabile perché supera l'insipienza del legislatore del Codice della proprietà industriale che, ad esempio, all'art. 131 discorre di "violazione constatata", con ciò inducendo la giurisprudenza (ivi citata) a ritenere che la condanna/inibitoria principale non sia un titolo esecutivo per difetto del requisito della liquidità.

⁸⁰ V. *amplius* Capponi, *Manuale*, cit., 27 ss; Pagni, *La "riforma" del processo civile: la dialettica tra il giudice e le parti (e i loro difensori) nel nuovo processo di primo grado*, in *Corr. giur.*, 2009, 1317 ss.

⁸¹ Ad esempio l'art. 140, comma 7 cod. cons.; o l'art. 124, comma 7 c.p.i. e che, in riferimento alla sentenza che accerta la violazione di un diritto di proprietà industriale, prevede che sulle contestazioni sorte nell'eseguire le misure ivi previste decide, con ordinanza non soggetta a gravame, il giudice che ha emesso la sentenza che reca le misure stesse. La percezione della necessità di una previa intermediazione del giudice nella determinazione delle somme effettivamente dovute, legata alla preoccupazione della eccessiva difficoltà dell'identificazione delle violazioni e del loro numero, è poi presente in quella giurisprudenza di merito che, in riferimento all'art. 131 del Codice della proprietà industriale, ritiene necessaria una previa fase di accertamento delle violazioni e poi della

(segue)

Competerà invece al debitore, attraverso l'opposizione all'esecuzione o al precetto, contestare⁸² sia il presupposto dell'attuale inadempimento o inesatto adempimento, sia la corretta quantificazione della somma operata dal creditore. L'opposizione consente inoltre la richiesta di inibitoria dell'efficacia esecutiva o dell'esecuzione, secondo le modalità già indicate (*supra*, § 2.1).

Il problema della distribuzione dell'onere della prova viene per lo più risolto in dottrina⁸³ secondo il canone *negativa non sunt probanda* che, collocato nel contesto di obblighi di fare, importa che lo stesso debitore debba fornire la prova (positiva) dell'adempimento, e collocato in quello delle inibitorie importa invece che sia il creditore a dover provare esistenza e numero delle violazioni del debitore.

Va inoltre rilevato che la riforma o la modifica della condanna principale ha immediati effetti sull'esecuzione in corso per la riscossione della misura coercitiva. Nel primo caso l'esecuzione deve pertanto essere posta nel nulla in caso di riforma del capo principale, conseguendone l'obbligo di restituzione di quanto eventualmente già percepito dal creditore⁸⁴. Nel secondo caso può invece ritenersi che lo stesso giudice dell'impugnazione riduca la quantificazione della misura in relazione al-

relativa quantificazione delle somme dovute da parte del giudice, salvo poi a dividersi sulla sede di tali valutazioni giudiziali, il giudizio di merito, l'attuazione *ex art. 669-duodecies*, l'esecuzione forzata (v., ad esempio, Trib. Napoli, 30 aprile 2008, in *Foro it.*, 2008, I, 2029). Va poi rilevato che in altre ipotesi, quale quella ad esempio dell'art. 156 della legge sul diritto d'autore, che non qualifica la condanna all'*astreinte* come titolo esecutivo né prevede meccanismi previ di accertamento delle violazioni o di risoluzione di contestazioni, si ritiene necessaria, ai fini della quantificazione della somma finale dovuta, l'instaurazione di un apposito giudizio di merito: così Spolidoro, *Profili processuali del Codice della proprietà industriale*, in *Il dir. ind.*, 2008, 184.

⁸² Rileva Pagni, *La "riforma" del processo civile*, cit., 1317, che tali contestazioni saranno tanto più ampie quanto più generico si mostra il disposto a cui presidio è posta l'*astreinte*. L'esempio è quello degli ordini di cessazione dell'illecito, mentre l'inconveniente non si presenta, secondo l'A., nei casi di inadempimento del contratto di compravendita, ove l'ordine giudiziale "*avrà certamente un contenuto definito*".

⁸³ Luiso, *Diritto*, cit., 238, che si richiama al criterio della vicinanza alla prova; Bove, *op. loc. ult. cit.*; Merlin, *op. ult. cit.*, 1551, la quale opportunamente rileva come non sia in alcun modo utilizzabile il criterio sancito dalla S.C. in tema di inadempimento contrattuale, e cioè che l'onere gravi sempre e solo su chi lamenti l'inadempimento, soprattutto in ragione delle inique conseguenze sulla posizione del debitore di prestazioni di non fare, che avrebbe l'ingrato onere di provare di non aver compiuto un atto vietato.

⁸⁴ Luiso, *Diritto*, III, cit., 14, il quale ritiene questa l'unica soluzione conforme ai principi costituzionali in quanto l'*astreinte* assiste la condanna quando l'inottemperanza è un illecito, non quando invece la riforma del capo o del provvedimento principale dimostra che l'obbligo non esisteva e dunque neppure era doverosa la sua esecuzione; Saletti, *op. loc. ult. cit.*; *contra* Consolo, *op. loc. ult. cit.*

la modifica della condanna principale⁸⁵, e che questa circostanza, costituendo una tipica sopravvenienza rilevante per l'esecuzione in corso, va subito rappresentata al giudice dell'esecuzione, salvo poi ad essere comunque oggetto, se il giudice non provvede di conseguenza sentita anche la controparte, di opposizione all'esecuzione.

Occorre poi chiedersi quale sia la sede, impugnatoria o esecutiva, in cui valutare il caso in cui l'obbligato adempia in modo tempestivo ma solo parzialmente alla prestazione. Il quesito si fonda sul dubbio se sia sostenibile una riduzione della originaria misura coercitiva, rimodulata in relazione al solo parziale adempimento, o se la situazione debba restare immutata fino all'effettivo e totale adempimento.

A me pare preferibile la seconda soluzione, in ragione della *ratio* stessa della misura, che è quella di indurre non ad un adempimento purchessia, ma ad un esatto adempimento sotto tutti i profili. La sede in cui far valere queste sopravvenienze è poi quella esecutiva (nella scansione dell'allegazione al giudice dell'esecuzione ed eventuale opposizione *ex art.* 615) per la semplice ragione che la valutazione dell'*an* e del *quomodo* dell'esecuzione è il tema di elezione del processo esecutivo. Da un canto quindi la esecuzione parziale o altrimenti inesatta della prestazione consacrata nella condanna/inibitoria principale non fa venir meno la *ratio* della misura come determinata in sede dichiarativa; dall'altro se si tratta di prestazioni di fare in cui la misura è correlata ad unità di tempo di ritardo, o prestazioni di non fare ove la commisurazione segue le singole violazioni, sarà proprio la sede esecutiva quella in cui eventualmente correggere i calcoli effettuati dal creditore nel precetto, se l'inadempimento è nel frattempo venuto meno.

Se la misura coercitiva assista condanne a prestazioni infungibili o inibitorie rese in sede cautelare, se ne dovrebbe inferire, con l'assenza di una attuazione *ex art.* 669 *duodecies*, che tutti gli aspetti sopra evidenziati confluiscono indistintamente nell'alveo dell'opposizione all'esecuzione. In tale sede sarà vincolante altresì, *ut supra*, anche la qualificazione della prestazione principale come infungibile.

⁸⁵ Capponi, *Manuale*, cit., 33.

8. La possibile convivenza tra esecuzione diretta dell'obbligo principale ed esecuzione diretta della misura coercitiva

Occorre adesso esaminare alcuni scenari finora tralasciati, e segnatamente quelli in cui si profila una coesistenza tra esecuzione diretta dell'obbligo di fare/non fare ed esecuzione (sempre diretta) della misura coercitiva.

Ciò è possibile anzitutto nel caso di obblighi di non fare rispetto ai quali il comportamento violativo di segno positivo abbia prodotto risultati o effetti materiali da rimuovere attraverso, appunto, l'esecuzione diretta⁸⁶, quest'ultima assistendo il ripristino dello *status quo* (ed ovviamente alle conseguenze della violazione già prodottesi), l'*astreinte* funzionando invece come deterrente per evitare violazioni future. Il coordinamento tra l'esecuzione *ex art.* 612 ss. intrapresa per la realizzazione del ripristino e l'espropriazione forzata intrapresa invece per la riscossione dell'*astreinte* dovrebbe allora basarsi sull'idea che tutti i profili relativi all'interpretazione dell'inibitoria stessa ed alla constatazione delle violazioni già avvenute (e tradottesi nei manufatti od opere da demolire) restano appannaggio dell'esecuzione *ex art.* 612 ss. (con le eventuali parentesi oppositive); mentre invece alla procedura espropriativa (e relative parentesi oppositive) restano riservati i profili relativi all'*an* e *quomodo* del pagamento di quanto già intimato in precetto per le violazioni riscontrate ed alla maturazione di ulteriori somme in dipendenza di eventuali successivi episodi violativi.

L'altra ipotesi ricorre invece ove si ritenga, come una parte della dottrina⁸⁷, che l'*astreinte* assista non solo l'esecuzione di inibitorie o obblighi di fare di carattere infungibile, ma anche di obblighi eseguibili in via di esecuzione diretta *ex artt.* 605 ss. c.p.c. In tal caso dovrebbe ragionevolmente ritenersi la *vis attractiva* di ogni profilo della valutazione dell'*an* e del *quomodo* dell'adempimento dell'obbligo, e l'interpretazione in tal senso del provvedimento recante la condanna principale, in prima battuta al giudice dell'esecuzione intrapresa *ex art.* 612 ss. c.p.c., e poi a quello dell'eventuale opposizione *ex art.* 615, o di appello avverso l'ordinanza resa *ex art.* 612 che si assume abbia travalicato la portata precettiva della

⁸⁶ Luiso, *Diritto*, III, cit., 220 ss.; Mazzamuto, *L'esordio della comminatoria*, cit., 643 ss.; Saletti, *Commento*, cit., 200 ss.

⁸⁷ Zucconi Galli Fonseca, *Le novità della riforma*, cit.; Sala, *Nuovo procedimento sommario di cognizione e astreintes: brevi note sull'ennesima riforma del processo civile*, in www.tribunale.varese.it.

sentenza da eseguire⁸⁸. All'opposizione alla diversa esecuzione intrapresa per ottenere il pagamento dell'*astreinte* restano invece riservati i profili dell'avvenuto pagamento, fermo restando che l'avvenuto adempimento dell'obbligo principale risultante dalla chiusura della procedura esecutiva intrapresa *ex art.* 605 ss. (anche alla luce della decisione sulle opposizioni eventualmente proposte) è una di quelle sopravvenienze rilevanti nell'espropriazione in corso per il pagamento dell'*astreinte*.

Lo stesso scenario di convivenza tra esecuzioni dirette si verifica in materia cautelare in una duplice prospettiva: a) quella per la quale la condanna alla misura coercitiva si ritenga assistere anche prestazioni non infungibili, e quindi suscettibili di esecuzione diretta; b) e quella per la quale la proposizione dell'istanza di condanna all'*astreinte* si ritenga proponibile, in applicazione del paradigma di cui all'art. 114, c. 4 lett. e) del Codice del processo amministrativo (*supra*, § 3), e non di quello dell'art. 614 *bis* c.p.c., nella forma del ricorso *ex art.* 669 *duodecies* al giudice competente per l'attuazione.

Nell'ipotesi *sub a)* la convivenza della procedura di cui all'art. 669 *duodecies* intrapresa per l'attuazione delle prestazioni principali sancite dal provvedimento cautelare e dell'espropriazione forzata intrapresa ai sensi degli artt. 474 ss. per la riscossione dell'*astreinte* impone che la valutazione dei profili di adempimento-inadempimento-ritardo-violazione della prestazione principale sia riservata alla sede dell'art. 669 *duodecies* gestita dal giudice dell'attuazione, mentre i soli profili attinenti all'*an* e *quantum* del pagamento dell'*astreinte* restano alla sede dell'opposizione all'esecuzione eventualmente esperita nel contesto di quest'ultima. L'avvenuto adempimento risultante dalla sede attuativa *ex art.* 669 *duodecies* è poi sopravvenienza rilevante nell'espropriazione in corso, ai fini

⁸⁸ In applicazione del consolidato principio, di cui la giurisprudenza di legittimità ha delineato i contorni, della prevalenza della sostanza sulla forma: poiché l'ordinanza che il giudice dell'esecuzione ha reso *ex art.* 612 ha in concreto assunto un contenuto che va là di là di quello suo proprio perché ha travisato la portata precettiva della sentenza da eseguire, essa assume la sostanza di una sentenza; e precisamente della sentenza resa all'esito del giudizio (strutturalmente di cognizione ma funzionalmente esecutivo) deputato all'interpretazione del *dictum* da eseguire, cioè l'opposizione *ex art.* 615. Come tale va dunque trattata quanto a regime di impugnazione: Cass., 18 marzo 2003, n. 3992, in *Riv. esec. forz.*, 2004, 251; Cass., 18 marzo 2003, n. 3990, in *Foro It.*, 2003, I, 2034; Cass., 1 febbraio 2000, n. 1071, in *Foro It.*, 2001, I, 1028, con nota di Fabiani; Cass., 27 agosto 1999, n. 9012; Cass. 10 febbraio 1994, n. 1365; Cass., 10 aprile 1992, n. 4407, in *Foro It.*, 1994, I, 2864, con nota di Fabiani; Cass., 14 maggio 1991, n. 5370, in *Foro It.*, 1992, I 1868; Cass., 21 agosto 1991, n. 8776; per il regolamento necessario di competenza se l'ordinanza detti le modalità esecutive rigettando l'eccezione di incompetenza si è invece pronunciata Cass., 21 novembre 1995, n. 12022.

della quantificazione della somma finale dovuta al creditore. In entrambe le sedi esecutive restano poi vincolanti i profili relativi alla qualificazione della tutela principale come di condanna, nonché la qualificazione del rapporto cautelato come estraneo allo spettro dell'art. 409.

Nell'ipotesi *sub b)* la decisione sull'istanza di condanna all'*astreinte* è assunta con ordinanza sentite le parti, secondo il modulo a contraddittorio pieno previsto per le misure attuative dallo stesso art. 669 *duodecies*. La condanna, titolo esecutivo *ex art.* 114, comma 4, cit., consentendo un'espropriazione forzata *ex artt.* 491 ss. c.p.c., impone di inferire che tutti i profili relativi alla valutazione dell'inadempimento-ritardo-violazione, nonché quelli relativi alla concedibilità ed alla quantificazione della misura restino attratti alla sede dell'art. 669 *duodecies*, (eventualmente con l'appendice del reclamo⁸⁹ *ex art.* 669 *terdecies*) mentre quelli relativi all'avvenuto pagamento dovrebbero dedursi con l'opposizione all'esecuzione esperibile nel contesto dell'espropriazione intrapresa per la riscossione dell'*astreinte*.

9. La misura coercitiva dell'art. 114, comma 4 c.p.a.

Si è già rilevato come nel nuovo Codice del processo amministrativo l'emissione della misura coercitiva sia riservata, dall'art. 114, comma 4, lett. e), al giudice dell'ottemperanza che abbia accolto il ricorso del cittadino per ottenere l'adeguamento della P.A. al provvedimento che impartisce la tutela dichiarativa. Nella logica del Codice la regolamentazione nell'art. 114, collocato tra le disposizioni del Libro IV (artt. 112-115) dedicate appunto (all'esecuzione forzata nei confronti della P.A. e soggetti equiparati ed) al giudizio di ottemperanza, si giustifica con la configurazione della condanna all'*astreinte* come una di quelle misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese

⁸⁹ Reclamo esperibile, beninteso, nei confronti del provvedimento reso dal giudice dell'attuazione e recante la condanna all'*astreinte*, e dunque in applicazione estensiva dell'art. 66-*terdecies* ed avente oggetto diverso dal reclamo che, esperito in applicazione diretta della stessa disposizione, investe il provvedimento reso in sede dichiarativa dal giudice cautelare (che rigetti l'istanza o conceda la cautela).

che il comma 1, lett. e), dell'art. 34⁹⁰ individua quale contenuto della sentenza che accoglie il ricorso proposto ai sensi dell'art. 114⁹¹.

La collocazione dell'*astreinte* nel giudizio di ottemperanza è tuttavia considerata, dai primi commentatori⁹² non esclusiva, sostenendosi la possibile anticipazione della condanna *de qua* nella stessa sentenza che appresta la tutela dichiarativa.

Questa lettura si fonda sulla rivisitazione dei classici confini tra giudizio dichiarativo e giudizio di ottemperanza operata dal c.p.a. in ossequio al principio della concentrazione della tutela di cui all'art. 7⁹³, ed in particolare risultante dalla possibilità che già la sentenza dichiarativa rechi un provvedimento tipico dell'ottemperanza, vale a dire la nomina del commissario *ad acta*.

La previsione in tal senso dell'art. 34, comma 1, lett. a) costituisce dunque la chiave per sostenere che altri contenuti naturalmente ascrivibili all'ottemperanza, quale appunto l'*astreinte*, possano essere ospitati già in sede di tutela dichiarativa.

Dal punto di vista di questo studio, la doppia opzione si riflette sulla ricostruzione dei rapporti tra pronuncia ottemperanda e misura coercitiva posta a suo presidio.

Occorre subito rilevare che anche nel processo amministrativo, come in quello civile, la seconda è strettamente dipendente dalla prima in quanto strumentale ad assicurarne l'effettività, ancorché sotto il profilo strutturale possano riscontrarsene significative varianti.

Partendo dall'opzione testuale dell'art. 114, comma 4, lett. e), i rapporti tra *astreinte* e tutela dichiarativa si inseriscono nel contesto delle regole di competenza apprestate (*olim* dall'art. 37 della legge TAR) oggi dall'art. 113 del Codice, ed imperniate sul principio di matrice pretoria che l'ottemperanza è gestita dal giudice che, sostanzialmente autore della decisione, è anche il più idoneo ad interpretarla e a darne attuazione.

⁹⁰ Dedicato appunto al contenuto delle sentenze di merito, sia rese in sede dichiarativa che di ottemperanza.

⁹¹ La scelta del legislatore amministrativo pare giustificarsi altresì alla luce del fatto che le valutazioni richieste al giudice (l'assenza di manifesta iniquità mutuata dall'art. 614 *bis* e di altre generiche ragioni ostative) richiedono l'esplicarsi della giurisdizione di merito tipica del giudizio di ottemperanza.

⁹² È la tesi di Lipari, *L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza*, in *www.federalismi.it*, ripresa da Viola, *Le astreintes nel nuovo processo amministrativo*, in *Urb e app.*, 2011, 153 ss.

⁹³ A sua volta posto dalla delega contenuta nell'art. 44 legge n. 69/2009.

Così, se il ricorso del cittadino contro la P.A. è respinto in primo grado ed è accolta l'impugnazione dal Consiglio di Stato, anche il giudizio di ottemperanza, ai sensi dell'art. 113, comma 1, è attratto alla competenza di quest'ultimo che dunque, ai sensi dell'art. 114, comma 4, lett. e), e nell'ambito della relative determinazioni, potrà altresì concedere la misura.

Se al contrario il ricorso è accolto in primo grado ma l'impugnazione è respinta per motivi di rito o di merito, l'ottemperanza resta di competenza del TAR che è *sostanzialmente* autore della sentenza⁹⁴ ed a cui competerà perciò anche l'emissione della misura.

Infine, nel caso più complesso in cui l'appello sia stato rigettato, ma con modifica della motivazione, il Consiglio di Stato⁹⁵, sul rilievo che è proprio la motivazione a sorreggere e delimitare la portata precettiva della pronuncia,⁹⁶ aveva precisato, prima dell'introduzione del Codice, che la competenza sull'ottemperanza spetta al giudice d'appello in tutti i casi in cui la relativa sentenza apporti *“una correzione o integrazione della motivazione dalla quale emergano i criteri direttivi dell'azione amministrativa”*, oppure una *“specificazione dell'oggetto del giudicato, qualificato nel contesto dei limiti soggettivi ed oggettivi”*⁹⁷. L'opzione può oggi ritenersi recepita dall'art. 113, comma 1⁹⁸, con la conseguenza che in tali ultimi casi anche l'emissione della misura competerà al Consiglio di Stato.

Può tuttavia accadere che l'impugnazione della sentenza dichiarativa sia definita mentre è già in corso il giudizio di ottemperanza *ex art. 112, comma 2, lett. b)*: in tale ipotesi può ben accadere che se la conferma

⁹⁴ G. Scoca, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2003, 477.

⁹⁵ Cons. Stato, 15 marzo 1994, n. 250.

⁹⁶ Che, nelle sentenze amministrative, non può ritenersi delineata dallo scarno e stereotipo dispositivo di annullamento: così anche F. Saitta, *Il giudice dell'ottemperanza*, Milano, 1991, il quale precisa tuttavia che, proprio in applicazione di questo principio, non ogni e qualsivoglia modifica della motivazione implica anche una modifica della portata precettiva della sentenza, cioè il mutamento dell'attività che l'amministrazione ha l'obbligo di eseguire per ottemperare al *decisum*.

⁹⁷ Cons. Stato, 17 luglio 1991, n. 469; Cons. Stato, 3 febbraio 1992, n. 59; Cons. Stato, 13 maggio 1991, n. 805. V. da ultimo Cons. Stato, sez. VI, 20 gennaio 2009, n. 243. TAR Sicilia-Catania, sez. I, 7 aprile 2009, n. 677 ha riconosciuto la competenza del Consiglio di Stato quando la sentenza d'appello condanni al pagamento della rivalutazione monetaria e degli interessi sul credito riconosciuto in prime cure, determinandosi una diversa entità del credito sia sul piano quantitativo che qualitativo. Sul punto, esaurientemente, Villata, *Orientamenti recenti della giurisprudenza in tema di giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 193.

⁹⁸ Che, nell'estendere la competenza del TAR anche all'ottemperanza di provvedimenti conformati in appello con motivazione che abbia lo stesso contenuto dispositivo e conformativo dei provvedimenti di primo grado, recepisce il diritto vivente di cui si fa cenno nel testo.

della decisione in appello avvenga con modifica sostanziale della motivazione, la competenza a gestire l'ottemperanza (della sentenza confermata) passi al Consiglio di Stato e con essa anche la possibile rimodulazione dell'*astreinte* eventualmente fissata dal TAR in relazione alla sentenza di primo grado.

Il capo di sentenza recante la condanna all'*astreinte* è qualificato dall'art. 114, comma 4, lett. e), così come dall'art. 614 *bis*, titolo esecutivo, dal che può derivare un duplice, possibile scenario.

Può cioè darsi l'ipotesi della convivenza di due esecuzioni forzate: quella che si svolge nelle forme del giudizio di ottemperanza, nell'alveo del quale nasce (anche) la condanna alla misura coercitiva; e quella che si svolge nelle forme dell'espropriazione forzata eventualmente intrapresa dal creditore per la riscossione dell'*astreinte*. Qui la valutazione dei profili attinenti alla valutazione del diritto di procedere ad esecuzione forzata (e segnatamente relativi all'interpretazione del provvedimento che impartisce la tutela dichiarativa e all'esistenza dell'inadempimento o inesatto/parziale adempimento della P.A.), è attratta alla sede dell'ottemperanza ai sensi dell'art. 114 c.p.a., mentre confluiscono nell'alveo dell'opposizione all'esecuzione *ex* art. 615 c.p.c. (proposta nel contesto dell'espropriazione forzata per la riscossione dell'*astreinte*) solo quelli relativi all'*an/quomodo* del pagamento della somma irrogata a titolo di misura coercitiva.

L'altra possibilità è invece quella che anche la riscossione della misura segua la via dell'ottemperanza, in ossequio al principio c.d. della doppia tutela prima plasmato dalla giurisprudenza⁹⁹ ed oggi codificato dall'art. 115 c.p.a., per il quale le condanne pecuniarie rese dal G.A. possono essere eseguite sia nelle forme dell'espropriazione forzata del c.p.c. che con la tecnica dell'ottemperanza.

In questa ipotesi, ne consegue perciò una concentrazione di ogni aspetto del diritto di procedere ad esecuzione forzata nel solo giudizio di ottemperanza.

Il c.p.a. tace sul regime di impugnazione delle sentenze rese in sede di ottemperanza, e quindi anche recanti una condanna all'*astreinte*, ma tale

⁹⁹ Cons. Stato, sez. IV, 1 ottobre 2004, n. 6362; Cons. Stato, sez. IV, 31 maggio 2003, n. 7840; Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2001, n. 5788; Cons. Stato, sez. IV, 9 marzo 2000, n. 1233. Per quel che riguarda invece la posizione della giurisprudenza civile di legittimità, la Cassazione ha considerato l'ottemperanza come rimedio complementare che può aggiungersi al processo di esecuzione forzata del Libro III del c.p.c., spettando al creditore la scelta (Cass., s.u., 31 marzo 2006, n. 7578).

impugnabilità presuppone quando, proprio all'art. 114, comma 8, impone l'applicabilità delle disposizioni che regolano il giudizio di ottemperanza anche alle impugnazioni avverso i provvedimenti resi in tale sede¹⁰⁰.

Prima della codificazione la giurisprudenza amministrativa si era consolidata nel senso che non tutte indistintamente le sentenze rese in sede di ottemperanza, se recanti semplici misure attuative del giudicato, fossero appellabili¹⁰¹, ma solo quelle che avessero risolto questioni di natura cognitiva concernenti l'esatta individuazione del senso e della portata della decisione da eseguire¹⁰², che avessero attribuito diritti non strettamente dipendenti dal giudicato¹⁰³, che si fossero pronunciate sulla avvenuta esecuzione del giudicato stesso, sul carattere elusivo o meno dei provvedimenti adottati dalla P.A. e sulla fondatezza delle pretese azionate in asserita esecuzione del giudicato; che infine avessero recato statuizioni aberranti o estranee ad esso¹⁰⁴.

Questa lettura non sembra prestarsi ad una immediata applicazione al caso dell'*astreinte*, che è al contempo misura attuativa del giudicato ma proprio per questo ha consistenza di (nuovo e diverso) diritto processuale che non può essere negato per contrastare l'inottemperanza della P.A., al pari del diritto di ricorrere al giudice dell'ottemperanza per l'esecuzione diretta.

Il quesito sarà sciolto verosimilmente dalla giurisprudenza amministrativa. Qui può solo rilevarsi che si optasse senz'altro per l'appellabilità del capo di sentenza recante la decisione sulla misura, bisognerebbe comunque considerare tale possibilità come limitata alle sole ipotesi di ottemperanza gestita dal TAR.

Veniamo adesso all'ipotesi in cui la condanna all'*astreinte* sia disposta nella sentenza dichiarativa.

Qui i rapporti tra la tutela principale e quella esecutiva indiretta sono quelli consueti tra capo principale e capo accessorio già esaminati per le sentenze ed gli altri provvedimenti resi dal giudice civile, e lo stesso può dirsi quanto alle censure riservate alla sede impugnatoria e quelle invece

¹⁰⁰ Salvo che per i termini, per i quali rinvia all'apposita *sedes* del Libro III del c.p.a.

¹⁰¹ Il principio della inappellabilità delle sentenze meramente istruttorie o attuative del giudicato trova origine in A.P. 29 gennaio 1980, n. 2, ed è stato più volte ribadito: v., ad esempio, Cons. Stato, 12 marzo 1994, n. 331; Cons. Stato, 8 maggio 1995, n. 324.

¹⁰² Cons. Stato, sez. V, 6 ottobre 1999, n.1329, in *Foro Amm.*, 1999, 2069; Cons. Stato, sez. V, 10 febbraio 1998, n. 153, in *Foro Amm.*, 1998, 412.

¹⁰³ Cons. Stato, sez. IV, 28 luglio 1998, n. 1121, in *Cons. Stato*, 1998, I, 1130.

¹⁰⁴ Cons. Stato, sez. IV, 8 maggio 1995, n. 324, in *Giur. it.*, 1996, III, 1, 94.

allegabili in sede di ottemperanza, con la precisazione, in tal ultimo caso, che se la riscossione dell'*astreinte* è affidata all'espropriazione forzata *ex artt.* 491 ss. c.p.c. piuttosto che all'ottemperanza stessa, è in sede di opposizione all'esecuzione *ex art.* 615 c.p.c. che vanno eccepiti i (soli) profili relativi al pagamento della misura, come già ampiamente chiarito (*supra*, § 6 ss.).

10. Considerazioni conclusive: una disciplina tutta ancora da scrivere

L'introduzione della tutela esecutiva indiretta in Italia, a lungo auspicata, è infine arrivata concretizzandosi nel duplice modello degli artt. 614 *bis* c.p.c. e 114, comma 4, lett. e) c.p.a.

Di queste disposizioni può a ragione dirsi che abbiano regolato il fenomeno “nella minima misura in astratto concepibile”¹⁰⁵, creando un quadro “dalle dubbie caratteristiche, che in definitiva tende ad esaltare il potere discrezionale del giudice”.

Proprio questa innegabile caratteristica lascia tuttavia il quadro aperto ad un duplice sviluppo.

Il primo appare ispirato ad una generale prudenza sia sotto il profilo, quanto all'art. 614 *bis* c.p.c., dell'applicabilità alle sole obbligazioni infungibili, sia sotto il profilo, quanto anche all'art. 114, c. 4., lett. e) c.p.a., della valutazione di manifesta iniquità che, se troppo enfatizzata, tende ulteriormente a ridurre l'area di operatività della misura. Di tale prudenza è traccia, ad esempio, in una delle prime pronunce del giudice amministrativo che ha ritenuto manifestamente iniqua l'*astreinte* a carico della P.A. inottemperante ad un provvedimento di condanna pecuniaria, essendovi già, a presidio dell'interesse del creditore, il rimedio specifico degli interessi legali.

Il secondo è invece quello favorevole all'applicabilità dell'art. 614 *bis* alle condanne all'adempimento di obbligazioni fungibili, così ritagliando alla comminatoria anche il ruolo di possibile fattore di disinnesco dell'esecuzione diretta. In tale prospettiva, ma in modo del tutto peculiare, si colloca una delle prime decisioni di merito. Essa ha applicato l'art. 614 *bis* ad una pronuncia resa su denuncia di danno temuto e recante condanna all'abbattimento di un manufatto, sul presupposto che la tutela esecutiva diretta può rivelarsi in concreto inefficace per i tempi processuali che comporta. Qui si profila addirittura una valenza *lato sensu* cautelare della comminatoria, che opera come deterrente all'inesecuzione spontanea ma

¹⁰⁵ Così Capponi, *Manuale, cit.*, 30, di cui sono anche i passi tra virgolette citati successivamente nel testo.

anche, in caso di non raggiungimento di questo scopo, come correttivo ai danni da ritardo dell'esecuzione diretta.

Singolare, da tale punto di vista, è che nella prima giurisprudenza civile si ravvisi siffatto superamento dei confini (reali o presunti) della disposizione di riferimento, mentre nella prima giurisprudenza amministrativa si scorga invece la individuazione interpretativa di confini (quelli delle prestazioni pecuniarie, cui l'*astreinte* non si attaglierebbe) testualmente assenti.

Ma non è tempo di bilanci. Le risposte saranno fornite dalla più distesa lettura che delle esigenze di effettività della tutela emerse in sede applicativa saprà dare la giurisprudenza.

Una sola cosa mi preme, al momento, rimarcare¹⁰⁶: e cioè che la disciplina generale oggi codificata dagli artt. 614 *bis* c.p.c. e 114, comma 4, lett. e) c.p.a. si pone sulla scia di una pregnante indicazione già presente nell'art. 669 *duodecies* c.p.c. che, riferendosi alla fissazione delle modalità di attuazione, *ex ceteris*, dell'obbligo di *non fare* sancito da un provvedimento cautelare, già codificava la possibilità di emettere anche ordini di fare infungibili.

La conclusione trova oggi conferma, allontanando definitivamente le suggestioni di teorie che, postulando la correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata diretta¹⁰⁷, ritenevano impossibile la tutela sostanziale in forma specifica e solo praticabile quella risarcitoria per equivalente tutte le volte in cui le prestazioni pure dovute sul piano sostanziale non potessero essere coattivamente eseguite nelle forme surrogatorie del Libro III del c.p.c.

¹⁰⁶ V., tra i primi commentatori, Amadei, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰⁷ V., soprattutto Mandrioli, *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 1341 ss.; Liebman, *Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione*, Milano, 1935, 100 ss.; Attardi, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955, 100 ss.; Montesano, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1994, 168 ss.; Verde, *Profili del processo civile*, I, Napoli, 1991, 168 e 185. Sulla stessa linea ancora Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, I, Torino, 1995, 28 ss., che descrive la condanna, in termini di attività cognitiva che si svolge in funzione della successiva esecuzione. Per la giurisprudenza di merito, v. invece Trib. Torino, 10 marzo 1995, in *Giur. It.*, 1995, I, 2, 814; Trib. Roma, 13 dicembre 1996, in *Notiz. giur. lav.*, 1997, 77, in base all'argomento che la tutela cautelare di condanna ad una prestazione infungibile darebbe al beneficiario più di quanto ottenibile con la tutela ordinaria. V. anche Trib. Roma, 12 settembre 2002, in *Foro It.*, 2002, I, 3207, con Nota di Palmieri. L'impostazione ha ricevuto significative critiche in dottrina: v., per tutti, Proto Pisani, *La tutela di condanna*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978, 1104 ss.; Id., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1999, 166 ss.; Sassani, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto. Ottemperanza amministrativa e tutela civile esecutiva*, cit., spec. 92 ss.