

LE NOVITA' DELLA RIFORMA IN MATERIA DI ESECUZIONE FORZATA¹

SOMMARIO: 1. – La nuova fattispecie di integrazione del pignoramento. – 2. La impugnabilità della sentenza di opposizione all'esecuzione e il giudice dell'opposizione agli atti esecutivi. – 3. La nuova disciplina di sospensione dell'esecuzione. – 4. L'introduzione dell'esecuzione indiretta: tipi di procedimento e prestazioni tutelabili. – 5. *Segue*: l'istanza e la connessione con la domanda principale. – 6. *Segue*: la quantificazione della misura, l'eseguibilità del provvedimento e la sua revisione. – 7. *Segue*: il coordinamento con le ipotesi speciali di sanzione indiretta.

1. – Il processo esecutivo, ampiamente rivisto nel 2005, viene rimaneggiato in pochi punti, di cui uno particolarmente significativo, dedicato all'introduzione delle c.d. *astreintes*.

Inizio con le novità che destano minori problemi interpretativi.

In primo luogo, viene individuata, all'art. 540 *bis*, una nuova ipotesi di integrazione del pignoramento, inserita nell'ambito della espropriazione mobiliare e aggiuntiva rispetto al già esistente art. 518, ult. comma, c.p.c.

In quest'ultima ipotesi, l'integrazione può essere disposta all'inizio dell'esecuzione, in caso di giudizio prognostico circa l'insufficienza del presumibile valore di realizzo; nella nuova fattispecie, invece è possibile ricorrervi una volta terminate le operazioni di vendita, su istanza dei creditori muniti di titolo esecutivo in due specifici casi:

a) quando le cose pignorate risultano invendute al secondo tentativo o successivi²;

b) ovvero quando la somma ricavata non è sufficiente a soddisfare le ragioni dei creditori: il che sarà possibile accertare in un lasso di tempo compreso fra il piano di riparto e la chiusura dell'esecuzione³.

Non è chiaro se sia possibile l'iniziativa dei creditori sforniti di titolo, nel silenzio della norma. L'art. 526, applicabile nella espropriazione mobiliare, è di tenore contrario⁴; una

¹ E' il testo corredato di note della relazione tenuta a Bologna il 14 settembre 2009, in occasione del convegno organizzato dalla Fondazione forense bolognese in collaborazione con la Scuola superiore di studi giuridici e l'Ufficio del referente per la formazione decentrata della magistratura ordinaria presso la Corte d'appello di Bologna su "La riforma del codice di procedura civile".

² Secondo G.F. RICCI, *La riforma del processo civile*, Torino, 2009, p. 86, occorre che l'istanza sia proposta prima che il giudice abbia disposto l'esperimento successivo.

³ Per G.F. RICCI, *La riforma del processo civile*, cit., p. 87, occorrerà effettuare l'istanza entro l'approvazione del piano di riparto concordato, o entro il momento in cui il giudice dispone la distribuzione in esito al riparto giudiziale.

parte dei commentatori peraltro, fa leva sulla norma generale dedicata all'intervento dei creditori nell'espropriazione, l'art. 510 c.p.c., che conferisce potere di impulso a tutti coloro che partecipano all'espropriazione.

Le modalità richiamano quelle disposte dal citato art. 518.

2. - Correttamente viene eliminato il divieto di impugnabilità della sentenza emessa a seguito di opposizione all'esecuzione: tale divieto era stato inserito dalla l. n. 52 del 2006⁵ e la Consulta, interpellata sul punto, si era espressa nel senso dell'inammissibilità della questione di legittimità⁶.

La precedente disposizione non poteva, dal punto di vista pratico, impedire la ricorribilità in cassazione per ricorso straordinario, ove la sentenza avesse statuito su diritti soggettivi; tuttavia, poteva avere un notevole ruolo dal punto di vista teorico, inducendo a significative rimediazioni circa l'oggetto dell'opposizione esecutiva.

Giustamente viene rilevato che la modifica si riflette anche sull'opposizione di terzo all'esecuzione, atteso il rinvio dell'art. 619 all'art. 616; mentre maggiori problemi presenta l'impugnabilità in caso di controversie distributive *ex art.* 512⁷.

Vale la pena segnalare che la norma è immediatamente applicabile ai giudizi di primo grado pendenti all'entrata in vigore della legge di riforma, dunque a tutte le sentenze pubblicate dopo il 3 luglio 2009 (art. 58, comma 2°, l. n. 69 del 2009)⁸.

Sempre con riguardo alle opposizioni, viene stabilito, nell'art. 186 disp. att. c.p.c., che non possa essere lo stesso giudice che ha conosciuto degli atti esecutivi, a decidere sulla relativa opposizione. Della questione si era occupata la Consulta, con esiti negativi⁹, ed opportunamente la legge interviene per troncane il dibattito.

⁴ BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, in *www.judicium.it*, par. 21 fa leva sull'art. 526 c.p.c.; *contra*, MARINONI, *"Fare infungibile" a sanzione prestabilita*, in *Guida al dir.*, 2009, n. 28, p. 31 fa invece leva sull'art. 510 comma 2°. La norma però è inserita nell'espropriazione mobiliare.

⁵ quanto meno in corso di giudizio esecutivo: si era infatti prospettato che non potesse applicarsi all'opposizione a precetto: PROTO PISANI, *Novità in tema di opposizioni in sede esecutiva, sistema delle opposizioni esecutive*, in *Foro it.*, 2006, V, c. 212 s.

⁶ Corte cost., 13 marzo 2008, n. 53, in *Foro it.*, 2008, c. 2421; Corte cost., 16 gennaio 2009, n. 6, e Corte cost., 10 giugno 2009, n. 126.

⁷ MANDRIOLI, CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, Torino 2009, p. 107; a p. 109 si risolve nel senso che il rinvio all'opposizione agli atti esecutivi riguardi soltanto forme e termini e non il regime di impugnabilità.

⁸ G. VERDE, *Cambio di avvocato con la "memoria di nomina"*, in *Guida al dir.*, 2009, n. 27, p. 89 auspica l'allargamento a tutti i giudizi in corso.

⁹ La Corte Cost. ha ritenuto manifestamente infondata in riferimento agli artt. 3, 24, c. 1, 25, 101, c. 2, 104, c. 1, 111, c. 2, Cost., la relativa questione di legittimità, tenuto conto che non sono immediatamente trasponibili le affermazioni elaborate con riguardo al processo penale e, segnatamente, alle incompatibilità di cui all'art. 34 c.p.p. Secondo la Corte Cost., infatti, attiene a constatazioni di mero fatto la circostanza che solo negli uffici di grandi dimensioni si possa, mediante previsione tabellare, assegnare il processo di opposizione agli atti esecutivi a giudice diverso da quello che ha emesso il provvedimento opposto, mentre non vengono in rilievo alcune questione relative alla indipendenza e precostituzione del giudice o alla sua soggezione solo alla legge (Corte Cost., 28 novembre 2002, n. 497, in *Riv. esec. for.*, 2003, p. 188, e in *Giust. civ.*, 2003, p. 284; conf. Cass., 8 aprile 2003, n. 5510; diff. Trib. Napoli, 7 marzo 2001, in *Giur. nap.*, 2001, p. 202, 8; sul punto v. anche GIORGETTI, in *Giust. civ.*, 2001, p. 831 in nota a Trib. Taranto 1 marzo 2000, *ivi*). Tuttavia, secondo BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, in *www.judicium.it*, par. 21 occorreva tenere conto dei principi espressi dalla Corte costituzionale nelle sentenze nn. 387 del 1999 e 460 del 2005, ai fini della sussistenza del dovere di astensione del giudice. Critica era la dottrina (LUISO, *Dir. proc. civ.*, I, Milano, 2007, p. 139 e PROTO PISANI, in *Foro it.*, 2000, V, c. 247; nonché BALENA, *Elementi di dir. proc. civ.*, I, 2004, p. 133).

Giustamente viene rilevato che la violazione del precetto, imperniandosi ora su un vizio di costituzione del giudice *ex art. 158 c.p.c.* e non soltanto sulla violazione del dovere di astensione, comporta la nullità della relativa sentenza, impugnabile in Cassazione.¹⁰

3.- Lo strano caso di sospensione-estinzione del processo esecutivo già in corso¹¹, introdotto nel 2006 dal legislatore, in caso di opposizione all'esecuzione, opposizione di terzo e opposizione agli atti esecutivi (quest'ultima con clausola di compatibilità) viene opportunamente perfezionato.

Rimane l'idea di fondo, che può piacere o non piacere, ma viene correttamente eliminata quella peculiare alternativa fra (ri)proposizione dell'opposizione, e istanza di estinzione del pignoramento, per tornare ad un più ragionevole meccanismo: attendere il termine fissato dal giudice per la proposizione dell'opposizione, che, una volta spirato inutilmente, apre la via alla declaratoria di estinzione del processo esecutivo (e non più del solo pignoramento, come inopportuno stabiliva la versione previgente).

Naturalmente, se una delle parti propone tempestivamente l'opposizione, l'eventuale sua successiva estinzione non fa scattare il suddetto meccanismo.

Inoltre, viene introdotto un opportuno coordinamento con la reclamabilità dell'ordinanza di sospensione: si precisa, infatti, che la trasformazione in estinzione può avvenire soltanto se la suddetta ordinanza non sia stata reclamata, ovvero, in caso positivo, se il reclamo abbia confermato la sospensione¹².

Se poi il termine perentorio dovesse scadere prima dell'esaurimento del reclamo, occorrerà a mio avviso attendere il provvedimento di secondo grado per poter procedere alla estinzione del processo esecutivo.

Ciò posto, se nessuna delle parti coltiva l'opposizione nel termine perentorio fissato dal giudice *ex art. 616*, l'estinzione opera d'ufficio e viene dichiarata dal giudice dell'esecuzione (non più dal giudice che ha dichiarato la sospensione) con ordinanza, che dispone, se del caso, anche la cancellazione della trascrizione del pignoramento¹³ e pronuncia sulle relative spese, se richiesto, in applicazione dell'*art. 632 c.p.c.*¹⁴.

¹⁰ BALENA, *op. cit.*, par. 21.

¹¹ Il che come giustamente notato non esclude che l'opposizione sia proposta contro il precetto e nel frattempo il processo esecutivo sia iniziato, quando interviene l'ordinanza di sospensione, che non riguarderà più soltanto il titolo, ma il processo esecutivo ormai avviato, con conseguente applicazione della disciplina: MANDRIOLI, CARRATTA, *op. cit.*, p. 116.

¹² Giustamente BALENA, *op. loc. ult. cit.*, nota che la stessa disciplina dovrebbe applicarsi quando sia il giudice del reclamo a disporre la sospensione negata dal primo giudice.

¹³ Va ricordato che ai sensi dell'*art. 58, comma 3°, l. n. 69 del 2009*, "La trascrizione della domanda giudiziale, del pignoramento immobiliare e del sequestro conservativo sugli immobili eseguita venti anni prima dell'entrata in vigore della presente legge o in un momento ancora anteriore conserva il suo effetto se rinnovata ai sensi degli articoli 2668-*bis* e 2668-*ter* del codice civile entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge".

¹⁴ MANDRIOLI, CARRATTA, *op. cit.*, p. 114.

L'estinzione officiosa è una novità più generale, che si traduce nella modifica dell'art. 630 comma 2°. Viene così eliminata, in coordinamento con il processo di cognizione¹⁵, la peculiarità di una estinzione che, pur operando "di diritto", andava eccepita dalle parti. Il rilievo del giudice viene però, al contempo, assoggettato a preclusione, rappresentata dalla prima udienza successiva all'evento estintivo.

Ci si può chiedere se il giudice sia tenuto a sentire le parti prima di disporre l'estinzione: la norma non lo dispone, ma si è ritenuto comunque indispensabile il contraddittorio, per verificare l'esistenza dei presupposti legittimanti la declaratoria¹⁶.

L'ordinanza è reclamabile nelle forme previste dall'art. 630 ed opportunamente è soppressa l'inutile precisazione circa la sua inidoneità ad effetti extraprocessuali¹⁷.

4.- Assai significativa è l'introduzione, nel nostro ordinamento, di una forma di coazione indiretta più simile al modello francese delle *astreintes*¹⁸ che a quello tedesco delle *Zwangstrafen*.

La previsione è stata invocata da lungo tempo dagli studiosi del processo¹⁹.

L'art. 614 *bis*, collocato –a mio avviso inopportuno²⁰– nel capo dedicato agli obblighi di fare e non fare, consente al giudice di disporre, su istanza di parte, in una con il provvedimento di condanna alla prestazione, il pagamento di una determinata somma di denaro per ogni successiva violazione o ritardo nell'adempimento della prestazione principale.

La tutela si affianca a quella penale, ove applicabile (artt. 388²¹ e 650 c.p.) nonché alla possibilità di iscrivere ipoteca giudiziale *ex art.* 2818 c.c.²².

La misura non ha natura risarcitoria, bensì deterrente: essa dunque non presuppone la liquidazione del danno²³ –lo conferma il riferimento della norma al danno "prevedibile"²⁴– e, benché l'art. 614 *bis* non lo dica, si aggiunge e non sostituisce le

¹⁵ Assai critico per la scelta è FINOCCHIARO, *Estinzione del processo rilevabile d'ufficio*, in *Guida al dir.*, 2009, n. 27, p. 95.

¹⁶ MANDRIOLI, CARRATTA, *op. cit.*, p. 114.

¹⁷ SASSANI, TISCINI, *Prime osservazioni sulla legge 18 giugno 2009, n. 69*, in *www.judicium.it*, par 24.

¹⁸ Cfr. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 727 ss.; DONDI, *L'"astreinte" endoprocessuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, p. 545 ss.; CAPPONI, *Astreintes nel processo civile italiano?*, in *Giust. civ.*, 1999, II, p. 157.

¹⁹ Senza pretesa di esaustività v. CARPI, *Note in tema di tecniche di attuazione dei diritti*, in *Studi in memoria di Corrado Vocino*, Napoli, 1996, p. 77 ss., nonché in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1988, p. 120; CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980, p. 10 ss.; MONTESANO, *Attuazione delle sanzioni e delle cautele contro gli obbligati a fare e a non fare*, in *Tecniche di attuazione dei provvedimenti del giudice*, Milano, 2001, p. 9 ss.; MAZZAMUTO, *Problemi e momenti dell'esecuzione in forma specifica*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di Mazzamuto, Napoli, 1989, p. 453 ss.; MANDRIOLI, *Natura giurisdizionale e portata "sostitutiva" dell'esecuzione specifica*, *ivi*, p. 303 ss.; CAPPONI, *Astreintes nel processo civile italiano?*, in *Giust. civ.*, 1999, II, p. 157 ss.; SILVESTRI, TARUFFO, voce *Esecuzione forzata e misure coercitive*, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1988, p. 1 ss.; TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 142 ss.; TARZIA, *Presente e futuro delle misure coercitive civili*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, p. 800 ss.; COLESANTI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 601 ss.

²⁰ V. *infra* nel testo quanto si dirà a proposito di obbligazioni di consegna e rilascio.

²¹ Di recente esteso al debitore che ometta di indicare altri beni pignorabili.

²² PROTO PISANI, *Lezioni di dir. proc. civ.*, Napoli, 2006, p. 146.

²³ Cass., 24 marzo 2006, n. 6685, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Proprietà industriale*, n. 244.

²⁴ Che a mio avviso non induce a ritenere la natura risarcitoria della sanzione: diff. VENTURA, in *L'esecuzione forzata riformata*, a cura di Miccolis e Perago, Torino, 2009, p. 472.

eventuali somme dovute per il risarcimento del danno subito per l'inadempimento, perché, opinando al contrario, perderebbe la sua funzione²⁵.

L'innovazione, per la sua generalità, ha un doppio, importante, significato teorico.

Per un verso l'infungibilità della prestazione entra a pieno titolo nell'ambito della tutela esecutiva attraverso la coazione indiretta²⁶ e viene così definitivamente meno la rigida correlazione²⁷, propugnata nel vigore del codice del 40, fra condanna ed eseguibilità della prestazione nelle –sole- forme della esecuzione generica e specifica²⁸.

Gli “insiemi” della condanna e della tutela esecutiva restano, ciononostante, non del tutto sovrapponibili, in quanto, in assenza di istanza di *astreinte*, la condanna ad una prestazione infungibile diviene oggi comunque possibile, a prescindere dalla sua eseguibilità²⁹.

Per altro verso, viene definitivamente valorizzata la reintegrazione in forma specifica che l'impianto originario del codice civile attuale aveva invece messo in secondo piano.

Tre sono le questioni generali e prodromiche che occorre affrontare:

a) Innanzitutto, il riferimento della norma al “provvedimento di condanna” consente di affermare l'applicabilità della misura in tutte le sedi in cui questo possa essere ottenuto: senz'altro nel processo di cognizione ordinario, nella sentenza, anche davanti al giudice di pace³⁰, nonché in sede di procedimento sommario di nuovo conio e in sede cautelare, con l'ordinanza che dispone la relativa tutela³¹.

Per altro verso, poiché detto accertamento deve provenire da un provvedimento giudiziale di condanna, non potrà supportare la misura coercitiva un verbale di conciliazione con l'intervento del giudice, come tale già esecutivo –potranno però le parti prevedere in quella sede una penale equiparabile-³². Mentre una conciliazione privata potrà far scattare l'azione di adempimento e la coeva misura coercitiva.

Sarà invece possibile fondare la richiesta su un lodo rituale, equiparato alla sentenza, mentre l'ammissibilità è da escludere per quello irrituale³³.

Se del caso, gli stessi arbitri potranno pronunciare la misura nel lodo, che dovrà essere depositato affinché entrambe le condanna siano esecutive. Oppure, come si dirà oltre, ci

²⁵ Pone il problema PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero*, in *Foro it.*, 2009, V, 221 ss.; lo risolve nel senso del testo, AMADEI, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, in corso di pubblicazione su *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, par. 3.

²⁶ Postulando così una continuativa correlazione fra condanna e tutela esecutiva (sia pure indiretta), che fra l'altro viene ribadita dalla norma quando collega l'*astreinte* ad una sentenza di condanna: rinvio al mio scritto *Attualità del titolo esecutivo*, in corso di pubblicazione su *Riv. trim. dir. e proc. civ.*

²⁷ Si tende ad escludere, infatti, che un obbligo non coercibile possa ricevere tutela esecutiva (e dunque, secondo l'impostazione tradizionale, persino tutela cognitiva, dando luogo se mai ad un obbligo secondario di risarcimento dei danni, ex art. 1218 c.c.). Va qui menzionata la celebre impostazione di CALAMANDREI, in *Studi del processo civile*, III, Padova, 1934, p. 191. Per approfondimenti sulle diverse posizioni, LUISO, voce *Esecuzione forzata (esecuzione in forma specifica)*, in *Enc. giur. Treccani*, XIII, Roma, 1989, p. 2 ss.; MONTESANO, voce *Esecuzione specifica*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 533 ss.

²⁸ Per approfondimenti e citazioni mi permetto di rinviare la mia già citato *Attualità del titolo esecutivo*.

²⁹ Lo nota BOVE, *Brevi riflessioni sui lavori in corso nel riaperto cantiere della giustizia civile*, in www.judicium.it, par. 15.

³⁰ VENTURA, in *L'esecuzione forzata riformata*, a cura di Miccolis e Perago, Torino, 2009, p. 473.

³¹ CONSOLO, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Padova, 2009, p. 101.

³² Più favorevole è BOVE, *op. loc. ultt. citt.*

³³ Su questi punti, acutamente, AMADEI, *op. cit.*, par. 4.

si potrà rivolgere 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.

b) Non meno importante è definire l'oggetto delle prestazioni tutelate dalla sanzione indiretta.

La collocazione all'interno del titolo dedicato alle prestazioni di fare e non fare e la rubrica intitolata all'infungibilità inducono l'interprete a ritenere che la misura sia limitata alle obbligazioni infungibili di fare o non fare³⁴.

Ritengo peraltro che vi sia spazio per una più ampia interpretazione. La rubrica dell'art. 614 *bis*, infatti, non è vincolante ed il tenore letterale della disposizione non esclude diverse esegesi.

I metodi di coazione indiretta alla prestazione, sotto minaccia di un male peggiore, sono indispensabili nelle obbligazioni che non possono, senza alcun dubbio, essere adempiute senza la collaborazione spontanea dell'obbligato.

Fra queste rientra, per opinione generale, la categoria delle inibitorie, condanne a non ripetere la violazione dei diritti altrui, che sono ontologicamente incoercibili, perché solo la loro violazione è suscettibile di ripristino attraverso l'esecuzione forzata, nei limiti fissati dall'art. 2933 c.c.³⁵: ad esempio in tema di tutela del nome, del possesso, della concorrenza leale, dei diritti dei consumatori.

Un altro importante campo ad altro grado di infungibilità è quello del lavoro subordinato e parasubordinato, che è invece inspiegabilmente escluso dalla norma: l'eccezione non si giustifica neppure sull'esigenza di tutela della parte debole, perché riguarda anche le obbligazioni cui sia tenuto il datore di lavoro, in specie la reintegra del lavoratore³⁶. Si è addirittura prospettato il rischio di incostituzionalità della norma.³⁷

A ben vedere, peraltro, non è sempre facile delineare una netta linea di confine fra fungibilità ed infungibilità.

In primo luogo, certe obbligazioni pacificamente ritenute infungibili contengono al loro interno quelle che vengono definite "sottoprestazioni fungibili"³⁸.

In secondo luogo, è possibile individuare rimedi specifici quando l'attività dell'obbligato "sia costitutiva o integrativa di fattispecie legali di effetti giuridici"³⁹.

³⁴ In tal senso AMADEI, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, cit., par. 2; BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, in *www.judicium.it*, par. 20; a malincuore MANDRIOLI, CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, cit., p. 95; benché dubitativo, VENTURA, in *L'esecuzione forzata riformata*, cit., p. 471; G.F. RICCI, *La riforma del processo civile*, cit., p. 89.

³⁵ con riferimento al pregiudizio per l'economia nazionale.

³⁶ PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero*, cit., c. 221 ss.

³⁷ SASSANI, TISCINI, *Prime osservazioni sulla legge 18 giugno 2009, n. 69*, cit., par. 22; ma secondo altra dottrina si tratta soltanto della presa d'atto della ontologica incoercibilità del dovere di reintegra del lavoratore: BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, cit., par. 20. A me pare, peraltro, che ciò non sia, ove ad esempi o si tratti di sottoprestazioni fungibili: forse piuttosto si deve tenere conto del fatto che l'art. 18 sia pure limitatamente al suo campo di applicazione prevede già alcune ipotesi di *astreinte*, e prevede anche il pagamento di una somma al lavoratore, sia pure non materialmente reintegrato.

³⁸ Con riguardo alla reintegra nel posto di lavoro, ad esempio, possono essere coattivamente attuate "le prestazioni che non integrano poteri discrezionali, come l'iscrizione al libro paga e matricola, il rilascio del cartellino, l'ingresso in azienda,

Più in generale, esistono casi in cui la obbligazione, pur non del tutto infungibile, è di complessa attuazione: dall'obbligo dell'imprenditore di apprestare tutela per la salute fisica dei lavoratori a quello di manutenzione del locatore per quanto attiene ai servizi comuni⁴⁰; dalla somministrazione continuativa di farmaci, alla prestazione di consegna di cosa generica; dalla violazione del diritto alla protezione dei dati personali, (d. lgs. n. 196 del 2003), alla riparazione dell'attività discriminatoria (d. lgs. n. 198 del 2006).

Non a caso, con riferimento al vasto campo della famiglia, nei più recenti artt. 342 *ter* c.c. e 709 *ter* c.p.c. sono previste forme di attuazione sotto il diretto controllo del giudice del merito, con la possibilità di sanzioni indirette, risarcimento del danno e modifiche peggiorative per il coniuge o il genitore inadempiente.

In tutte le ipotesi menzionate, si dovrebbe a mio avviso prescindere dalla qualificazione di "infungibilità", perché la difficoltà di attuare la prestazione, e, talvolta, l'impossibilità di configurare alcuna operazione riparatoria che sia suscettibile di valutazione economica⁴¹, consigliano in ogni caso l'applicazione di un generale potere di *astreinte*.

In ultima analisi, occorrerebbe ripensare integralmente alla distinzione imperniata sulla fungibilità, che sfuma in modo direttamente proporzionale alla complessità della prestazione.

Del resto, osservava argutamente autorevole dottrina⁴², gli obblighi di fare e non fare, per ciò solo di esserlo, sono tutti ontologicamente assistiti da infungibilità: ciò che è fungibile, in altri termini, non può riguardare un'attività di fare.

Vi è di più: pur essendo consapevole di andare oltre la *voluntas legis*, data la collocazione della norma all'interno del codice, propenderei per comprendervi le prestazioni di complessa attuazione, finanche quando abbiano ad oggetto la consegna o il rilascio; si pensi ad esempio all'obbligo di consegna di uno specifico documento, magari disposto con decreto ingiuntivo, sull'esempio del modello francese.

La soluzione prospettata, oltre ad ampliare opportunamente il raggio di tutela, evita di costringere il giudice a valutare in via pregiudiziale la infungibilità della prestazione come presupposto legittimante, con le conseguenti complicazioni circa il coordinamento con l'eventuale successiva opposizione all'esecuzione fondata sul (l'erroneità di) detto presupposto⁴³.

c) L'applicazione, qualunque sia il tipo di prestazione, è soggetta al limite della manifesta iniquità, da valutarsi secondo il prudente apprezzamento del giudice.

Riempire di contenuto questo limite non è facile.

P'accesso alla mensa aziendale, il pagamento delle retribuzioni": Trib. Ravenna, 25 luglio 2006, in *Law. nella giur.*, 2006, p. 1001, con nota di MISCIONE. Conf. Trib. Latina, 5 dicembre 1997, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2117.

³⁹ MONTESANO, *Attuazione delle sanzioni e delle cautele contro gli obbligati a fare e a non fare*, cit., p. 17 fa l'esempio dell'affidamento dei minori; delle clausole vessatorie nei confronti dei consumatori; dell'immissione coatta nel luogo di lavoro.

⁴⁰ PROTO PISANI, *Lezioni di dir. proc. civ.*, Napoli, 2006, p. 149.

⁴¹ MONTESANO, *op. ult. cit.*, p. 27 fa l'esempio delle lesioni dei diritti di contenuto interamente non patrimoniale, con riferimento al c.d. *pretium doloris*.

⁴² MONTESANO, *op. ult. cit.*, p. 11.

⁴³ Ne è ben consapevole AMADEI, *op. loc. ultt. citt.*

Si è ipotizzato che il rimedio vada escluso dove ne esistono altri di pari efficacia, come la tutela dell'art. 2932 c.c. nel caso di contratto definitivo non concluso.⁴⁴

Si è anche prospettato il caso in cui l'obbligato sia impossibilitato ad adempiere pena la violazione di propri diritti non patrimoniali: tuttavia mi chiedo se simili considerazioni non debbano piuttosto confluire nella cognizione circa l'obbligo principale, esclusivamente nell'ambito delle ordinarie domande ed eccezioni di impossibilità sopravvenuta e così via.⁴⁵

Ritengo piuttosto che si tratti di una opportuna clausola di chiusura, laddove, per esempio, la legge preveda già altri tipi di sanzioni coercitive: se ne parlerà *sub* par. 7.

5. – Deve esservi la richiesta di parte, che potrà essere proposta, come si è già detto, in tutti i casi in cui si ottenga un provvedimento di condanna.

Piuttosto, il legislatore individua una chiara connessione fra condanna alla prestazione principale e misura coercitiva, configurando fra le due un rapporto di chiara pregiudizialità sostanziale.

Sorgono in proposito alcune questioni più complesse di quanto appaia a prima vista.

Postulo un presupposto: che entrambi i diritti, quello alla prestazione principale, e quello alla somma di denaro per l'eventuale violazione, siano diritti soggettivi sostanziali pieni, entrambi meritevoli della tutela di cui all'art. 24 cost. e soggetti alle sue regole.

Diverso sarebbe, se si concepisse la tutela indiretta come un mero strumento endoprocessuale, non destinato ad acquisire efficacia di giudicato sostanziale: il che peraltro non emerge dalla norma, tutta imperniata sul riconoscimento di un ordinario diritto al pagamento di somme al creditore, nelle altrettanto ordinarie preclusioni⁴⁶ e secondo gli ordinari principi, primo fra tutti quello della domanda.

Si rivela così una netta difformità con il modello francese, nel quale la sanzione può essere disposta anche d'ufficio dal giudice della cognizione.

Nel sistema delineato dalla nuova norma, il diritto alla prestazione principale è senz'altro pregiudiziale al diritto alla misura coercitiva, anzi, per meglio dire, quest'ultimo nasce per via della –futura ed incerta- violazione del primo, secondo uno schema che rammenta la condanna in futuro, sottoposta ad una sorta di condizione sospensiva⁴⁷.

E' dunque scontata la possibilità di richiederli insieme, nello stesso atto introduttivo, a partire dal 3 luglio 2009.

⁴⁴ BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, cit., par. 20; sul punto con diversa visione 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, spec. p. 740.

⁴⁵ BALENA, *op. loc. ultt. cit.*; MANDRIOLI, CARRATTA, *op. cit.*, p. 98.

⁴⁶ Lo riconosce anche chi ritiene che la domanda possa essere svolta unicamente nel procedimento sulla prestazione originaria: v. per es. MANDRIOLI, CARRATTA, *op. cit.*, p. 95. Ma se si trattasse di una fase endoprocessuale l'applicazione delle preclusioni non sarebbe così scontata nel silenzio della norma.

⁴⁷ Più in generale CONSOLO, *Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, I, Padova, 2008, p. 177.

Peraltro occorre domandarsi: *a1)* è possibile chiederli separatamente, prima l'uno e poi l'altro, nello stesso o in diversi giudizi? O addirittura *a2)* limitarsi a chiedere la tutela indiretta, senza la condanna alla prestazione principale?

a1) Trattandosi di ordinaria domanda su diritto sostanziale, essa è soggetta alla disciplina delle preclusioni; pertanto non potrà essere dedotta, nello stesso processo della prestazione principale, oltre i termini fissati per la proposizione di nuove domande, pena l'inammissibilità; né per la prima volta in appello⁴⁸.

Ove dovesse sopravvenire l'esigenza di chiederla oltre i tempi preclusivi (ad es. in caso di successiva violazione di un provvedimento cautelare con merito già inoltrato), non si potrebbe neppure, a mio avviso, invocare l'applicazione del generale istituto di rimessione in termini di cui al nuovo art. 153, comma 2°, c.p.c.: trattandosi di condanna in futuro, infatti, non mi pare possa sostenersi la non imputabilità della decadenza, dato che la parte avrebbe potuto proporla a prescindere dall'avvenuta violazione.

Ciò posto, nulla è perduto: sempre tenendo a mente la natura sostanziale del diritto alla sanzione, non si può negare, in principio, l'ammissibilità di una domanda autonoma, in altro giudizio separato da quello pregiudiziale⁴⁹.

Il fatto che l'art. 614 *bis* stabilisca l'inserimento della sanzione nel provvedimento di condanna alla prestazione principale può essere inteso come una delle possibili modalità, ma non l'unica, con la quale la misura coercitiva può essere disposta.

Se così è, ne consegue che detta misura potrà essere richiesta in un separato giudizio, al giudice della cognizione,⁵⁰ una volta determinatasi la violazione dell'obbligo già accertato, ed anche per provvedimenti già pronunciati e non necessariamente passati in giudicato, all'entrata in vigore della legge.

Si potrebbe finanche arrivare ad ammetterla con riguardo a giudizi in corso, ove si ritenga sufficiente che la pronuncia del provvedimento di condanna alla prestazione principale sopraggiunga nel momento della pronuncia riguardante la sanzione, e non all'atto della proposizione della relativa domanda⁵¹.

L'effetto esecutivo, in questo caso, scatterà unicamente all'avvenuta violazione della prestazione principale, su cui vi sia stata condanna nell'altro processo.

a2) Più delicato è il caso in cui la misura coercitiva sia richiesta senza che sia domandata, in quella sede o altrove, la condanna giudiziale alla prestazione principale.

Ci si deve cioè domandare se sia ammissibile la mera *cognitio incidentalis* della prestazione principale ai fini della concessione della tutela indiretta.

⁴⁸ Diff. CONSOLO, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, III, Padova, 2009, p. 103.

⁴⁹ In questo senso AMADEI, *op. cit.*, par. 6, riprendendo un suggerimento di Luiso. Lo negano invece BALENA, *op. cit.*, par. 20, sulla scorta del collegamento letterale con il provvedimento di condanna.

⁵⁰ In Francia, invece, secondo un orientamento potrebbe disporla anche il giudice dell'esecuzione *Cass.*, 20 décembre 2001, n. 97-13.885; sul punto anche *Cass.*, 18 février 1999, n. 99-21.315.

⁵¹ Si potrebbe ipotizzare la sospensione del procedimento in attesa della definizione dell'altro, mentre la cognizione incidentale è esclusa da quanto si dirà subito appresso nel testo.

Si noti che, nel sistema sostanziale della clausola penale negoziale, è ben possibile limitare la domanda al pagamento della medesima.

Nella specie non sembra sia possibile.

Poiché la norma esige che la sanzione sia concessa a seguito di “provvedimento di condanna”, non è possibile per il giudice limitarsi a conoscere in via pregiudiziale della prestazione principale.

Si tratta di un nesso che ho altrove chiamato “di antecedenza necessaria”, perché la legge condiziona l’effetto non ad un rapporto giuridico, bensì all’accertamento giudiziale di quel rapporto (anche non passato in giudicato) e conseguente condanna.

6. – a) Per quanto riguarda il provvedimento, occorre prima di tutto verificare quali siano i criteri di quantificazione della somma.

Il comma 2° della norma individua detti criteri, senza alcun tetto massimo, nei seguenti: valore della lite, natura della prestazione, danno quantificato o prevedibile, o altra circostanza utile, che potrà riguardare specialmente la condizione e qualità delle parti⁵².

Sarà cura dei contendenti offrire al giudice ogni elemento di fatto utile a tali scopi.

Potrà anche essere determinato l’ammontare massimo, per evitare sproporzioni insopportabili⁵³.

b) La norma specifica che il provvedimento è esecutivo “per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza”, ma non vi aggiunge il caso del ritardo.

La tassatività dei titoli esecutivi indurrebbe a pensare che si sia voluto sfornire di immediata attuazione quest’ultimo caso, ma si finirebbe per attenuare l’efficacia deterrente del provvedimento. Pertanto sarei per ritenere che anche il ritardo rientri in un significato lato di “inosservanza”⁵⁴; tanto più che trattandosi di capo giudiziale di condanna esso è automaticamente esecutivo.

Inoltre, nonostante la formulazione, deve intendersi che l’efficacia esecutiva scatti alla violazione e non prima.

Non si può dire che il titolo esecutivo presenti quei requisiti di certezza e liquidità che l’art. 474 c.p.c. richiede. In proposito, non è prevista alcuna fase di cognizione diretta all’accertamento dell’inadempimento della prestazione principale e alla esatta quantificazione della sanzione accessoria.

⁵² MANDRIOLI, CARRATTA, *op. cit.*, p. 104.

⁵³ VENTURA, in *L’esecuzione forzata riformata*, cit., p. 473.

⁵⁴ Diff. BALENA, *op. loc. ult. cit.* Per G.F. RICCI, *La riforma del processo civile*, cit., p. 90 ss., non vi sarebbe alcuna differenza fra violazione ed inosservanza, da un lato, e ritardo dall’altro lato. Tuttavia, a me pare che ritardo stia a significare più specificamente che il debitore si limita a rimanere inerte, rispetto ad un obbligo di fare; violazione ed inosservanza, invece, può anche riferirsi ad un adempimento non integrale, in un obbligo di fare; ovvero alla esecuzione di una attività o opera illegittima nell’obbligo di non fare. Senz’altro, però, l’accezione “violazione” può comprendere il ritardo, in senso tecnico-giuridico, perché anche il ritardo è una violazione del provvedimento del giudice.

Il tutto, dunque, deve intendersi affidato alla fase di esecuzione, secondo le regole generali: una prima quantificazione sarà effettuata dal creditore nel precetto, mentre il debitore potrà reagire, sia per quanto riguarda il verificarsi della violazione o del ritardo, sia per quanto riguarda il *quantum* del dovuto, in sede di opposizione⁵⁵.

Poiché occorre coordinare l'opposizione all'esecuzione con eventuali rimedi impugnatori del provvedimento di condanna, la prima non potrà impernarsi né sull'*an*, né sul *quantum* in origine stabilito dal giudice del merito, bensì unicamente sulla sua pratica quantificazione a violazione avvenuta: tuttavia, è evidente che il rischio di sovrapposizione dei due campi, nella prassi, è particolarmente ampio.

E' pertanto auspicabile che il provvedimento del giudice della cognizione sia il più dettagliato possibile, per ridurre il margine di discrezionalità di un giudice diverso da quello che ha emesso la misura ed evitare così quelle commistioni che tante incertezze provocano in ordine alla disciplina processuale degli atti esecutivi.

Ad esempio, cosa accade se il debitore adempie tempestivamente ma solo parzialmente alla prestazione? La sanzione va applicata per intero, oppure va ridotta? E' dubitabile che ciò possa fare il giudice dell'esecuzione ed è senz'altro opportuno che vi sia una espressa decisione in merito nel provvedimento di cognizione.

Come giustamente notato, l'esecuzione diretta potrà concorrere con quella indiretta, ove la violazione riguardi un obbligo di non fare, con conseguente diritto a disfare l'operato illegittimo⁵⁶.

Ulteriori complicazioni sorgono in caso di accessorietà al provvedimento cautelare.

Secondo l'interpretazione prevalente, infatti, l'attuazione del cautelare non rientra nella tutela esecutiva: per contro, il capo relativo alla misura coercitiva dovrà seguire in via diretta le forme dell'esecuzione forzata e non quelle della disciplina cautelare *ex art. 669 duodecies* c.p.c. (che peraltro richiamano la suddetta disciplina, ma con clausola di compatibilità)⁵⁷.

Anche le eventuali contestazioni sull'attuazione della misura accessoria al cautelare, dunque, saranno devolute al giudice dell'esecuzione, e non ai giudici (cautela o merito, a seconda del caso) di cui all'art. 669 *duodecies* c.p.c.

Il che, detto per inciso, suggerisce ancora una volta l'opportunità più generale di unificare la tutela attuativa in un unico ampio vaso, a prescindere dal tipo di provvedimento da cui prende spunto.

c) Per quanto attiene alla possibilità di revisione del provvedimento, in caso di cognizione ordinaria, trattandosi di capo di sentenza, varranno le usuali regole in tema di appello, con i corollari dell'acquiescenza parziale o totale in caso di mancata impugnazione, per

⁵⁵ V. ad es. il contrasto nella giurisprudenza di merito, con riferimento alla penale dei cautelari: Trib. Napoli, 30 aprile 2008, in *Foro it.*, 2008, I, c. 2029; *contra* Trib. Milano, 22 settembre 2007, in *Foro it.*, 2008, I, c. 280; cfr. anche App. Milano, 10 febbraio 2004, *Giur. it.* 2004, p. 1443. Cfr. *amplius* nota 66.

⁵⁶ AMADEI, *op. cit.*, par. 6.

un verso, e dell'applicazione dell'art. 336 c.p.c. quanto all'effetto espansivo interno, per altro verso⁵⁸.

Pertanto, il giudice di appello potrà senz'altro concedere la misura coercitiva negata dal giudice di primo grado e viceversa; e potrà altresì sospenderne l'efficacia esecutiva in via cautelare⁵⁹; mentre in fase di Cassazione la questione sarà esaminabile nei limiti dell'art. 360, n. 3⁶⁰.

Per il provvedimento cautelare varrà il reclamo, innanzitutto, ma non è da escludere la possibilità di modifica per sopravvenienza di circostanze. Il regime della misura è dunque assai più elastico, rispetto al provvedimento di merito.

In caso di annullamento del titolo esecutivo in origine assistito dalla misura coercitiva, anche quest'ultima verrà meno *ex art.* 336 c.p.c., ma non si stabilisce se sia possibile ripetere quanto nel frattempo versato per non avere adempiuto alla condanna di primo grado⁶¹; né, in caso positivo, è prevista alcuna via speciale per ottenere la rapida restituzione di quanto ingiustamente versato, dovendosi procedere per le vie ordinarie, con annessa necessità di un capo di condanna specifico, per poterlo eseguire⁶².

7. - Forme di attuazione indiretta della prestazione esistono già nel nostro ordinamento, con riguardo a specifici settori. Ci si deve chiedere se l'art. 614 *bis* sia loro applicabile, come disciplina generale integrativa della *lex specialis* di ciascun caso.

Occorre premettere che il panorama delle tutele indirette è assai eterogeneo.

a) Misure diverse ma concorrenti per l'attuazione dell'effetto deterrente sono la pubblicazione o la divulgazione del provvedimento, *ex art.* 120 c.p.c., oggi ulteriormente ampliato dalla l. n. 69 del 2009.

⁵⁷ Lo nota giustamente MANDRIOLI, CARRATTA, *op. cit.*, p. 99. Già in passato si discuteva se fosse applicabile l'art. 669 *duodecies* c.p.c.: v. nota 50.

⁵⁸ Lo nota CONSOLO, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, cit., p. 102.

⁵⁹ Con l'effetto che, per il periodo di sospensione, alcuna penale sia dovuta anche se l'appellato dovesse risultare vittorioso alla fine dell'appello: convincenti sono gli argomenti di CONSOLO, *Il processo di primo grado*, cit., p. 454.

⁶⁰ Per BOVE, *op. loc. citt.*, addirittura la Cassazione potrebbe concedere la misura negata nel merito: "visto che, se gli errori processuali sono rilevanti per la cassazione della sentenza solo se essi attengono alla garanzia del giusto processo, mi pare che qui sia in gioco un profilo che attiene all'effettività della tutela di condanna, quindi in buona sostanza un profilo che garantisce l'attuazione dell'art. 24, 1° comma, Cost".

⁶¹ Ne dubita CONSOLO, *op. ult. cit.*, p. 456, in virtù della natura deterrente della pronuncia. Purtroppo, a me pare che l'annullamento retroagisca e renda indebito ciò che è stato pagato in forza di provvedimento non più esistente: il caso è, a mio modesto avviso, diverso da quello in cui il creditore, nel cui favore sia stata emessa la misura coercitiva in primo grado, si veda sospendere in appello l'efficacia della pronuncia e poi risulti vittorioso all'esito del gravame: in questo caso, infatti, è la legge a prevedere una parentesi di sospensione dell'efficacia del titolo esecutivo, a prescindere dalla sua futura conferma o meno, dunque in quella parentesi l'atto di inadempimento non può ritenersi produttivo di sanzione.

⁶² LUISSO, in *Tecniche di attuazione dei provvedimenti del giudice*, cit., p. 116, pone in luce il problema del danno che chi è stato soggetto ingiustamente a misura coercitiva cautelare subisce, ove non sia possibile dimostrare la mancanza di normale prudenza di cui all'art. 96 c.p.c., ed in contrasto con la regola per la quale chi esegue una sentenza poi riformata è esposto al rischio degli interessi a prescindere dalla buona fede (in disapplicazione dell'art. 2033 c.c.). Cfr. le repliche di CONSOLO, *ivi*, p. 132 ss., che distingue fra attuazione dei diritti e dei provvedimenti.

In altri casi è prevista la decadenza, in caso di inadempimento, da benefici pubblici, di carattere economico o fiscale, o dalla possibilità di stipulare contratti con la pubblica amministrazione⁶³.

b)Va inoltre, a mio avviso, sgombrato il campo dai casi in cui la violazione o il ritardo nell'adempimento danno luogo ad una sanzione da versarsi nelle casse dello Stato, o di enti pubblici strumentali al settore controverso,⁶⁴ perché a queste fattispecie non pare applicabile il meccanismo dell'art. 614 *bis*, modellato, seppur non espressamente, sul maggior guadagno del creditore⁶⁵.

Quest'ultimo meccanismo potrebbe in tesi aggiungersi, ove applicabile, ma presumibilmente scatterà la clausola di iniquità.

c)Rimangono i casi più somiglianti alla misura coercitiva di nuovo conio: per esempio gli artt. 163 della legge sul diritto d'autore e 124 del codice della proprietà industriale (senza distinguere fra sede cautelare e di cognizione).

Dette previsioni sono senz'altro riconducibili al modello generale dell'art. 614 *bis* perché si tratta di penalità aventi funzione di coazione indiretta, che vanno a beneficio del creditore.

Si pone quindi un problema di coordinamento con la disposizione sopravvenuta.

Le opzioni interpretative sono varie: la disposizione speciale prevale senza alcuna possibilità di rinvio all'art. 614 *bis*? O al contrario, quest'ultima norma è applicabile nelle parti in cui la norma speciale nulla prevede? O addirittura prevale sulle precedenti disposizioni specifiche?

Mi pare che valga, anche in questo, caso, il canone *lex specialis derogat generali*; ma che al contempo non possa essere esclusa una applicazione del modello generale, ove compatibile.

Ne consegue:

c1)non dovrebbe esservi più dubbio che il provvedimento di condanna alla sanzione costituisca titolo esecutivo e sia perciò azionabile, senza necessità rivolgersi al giudice del merito per ottenere il provvedimento di effettiva quantificazione a violazione avvenuta, previo accertamento della violazione medesima.

⁶³ Per es. in materia di appalti pubblici; oppure penso alla violazione del diritto alle pari opportunità fra uomo e donna (codice delle pari opportunità, art. 37, comma 5°, che importa, oltre al "pagamento di una somma di 51 euro per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione del provvedimento da versarsi al Fondo di cui all' art. 18", anche la revoca degli eventuali benefici finanziari o fiscali concessi dallo Stato all'impresa, ovvero l'esclusione dagli appalti pubblici); in analogo senso è la disciplina in tema di discriminazione razziale, art. 44, d.lgs. n. 286 del 1998.

⁶⁴ La reintegra nel posto di lavoro, in caso di dirigente sindacale, impone il versamento di una somma pari alla retribuzione al fondo pensioni (art. 18, ult. c., st. lav.); la violazione dei patti di separazione o di divorzio, può dar luogo, fra le altre, ad una ammenda da versare allo Stato (art. 709 *ter* c.p.c.); la violazione dei diritti dei consumatori, oltre a provocare sanzioni amministrative applicabili dall'Autorità garante (art. 27 cod. consumo), innesca una penale per ogni successivo inadempimento o ritardo, e ciò anche quando sia violato non un accertamento giudiziale, bensì un verbale di conciliazione (art. 140 cod. cit.).

⁶⁵ SASSANI, TISCINI, *Prime osservazioni sulla legge 18 giugno 2009, n. 69*, cit., par. 22; AMADEI, *op. cit.*, par. 1 ss.

Analoga considerazione dovrebbe valere per l'eventuale misura disposta in sede cautelare⁶⁶.

E non vi osta, a mio avviso, il riferimento alla violazione "successivamente constatata" (art. 124 cod. prop. ind., art. 163 l. dir. aut.), che può essere inteso come specificazione della natura di condanna in futuro, a prescindere quindi dalla necessità che il creditore debba instaurare un apposito giudizio di merito per accertarla successivamente⁶⁷.

c2) Limitatamente alla sentenza sulla proprietà industriale, l'inciso dell'art. 124, comma 7°, secondo cui, sulle contestazioni che sorgono nell'esecuzione della misura, provvede il giudice che ha emesso la sentenza con ordinanza non impugnabile, prevale, peraltro, rispetto alla regola della devoluzione integrale al giudice dell'esecuzione delle questioni riguardanti la sanzione coercitiva.

Non è facile un coordinamento, in questa specifica ipotesi.

Dalla natura di titolo esecutivo discende che il vittorioso possa azionare la via del processo esecutivo con la notifica del titolo e del precetto; mentre il soccombente dovrà presentare le proprie rimostranze circa l'effettiva quantificazione e l'avvenuta inosservanza davanti al giudice che ha pronunciato la sentenza.

Mi pare infatti che il riferimento alle contestazioni in merito alla esecuzione della misura non possa non comprendere anche l'esatta quantificazione, con eventuale, pregiudiziale, constatazione della violazione o del ritardo⁶⁸.

Tuttavia, questa soluzione "ibrida" è foriera di complicazioni: l'accertamento circa la quantificazione e la violazione viene emesso con ordinanza non impugnabile, formalmente incompatibile con il giudicato; non è previsto nulla circa il coordinamento con il processo esecutivo già in corso.

Potrebbe forse avanzarsi l'idea che l'integrale devoluzione della fase attuativa al giudice dell'esecuzione, introdotta con l'art. 614 *bis*, vada ad aggiungersi alla soluzione individuata dall'art. 124 cod. prop. ind., ma non nascondo la difficoltà di una siffatta ricostruzione.

c3) Dall'art. 614 *bis*, invece, potranno essere tratte utili indicazioni per la quantificazione della misura.

⁶⁶ Ad es. art. 131, comma 2, cod. propr. ind. Diff., prima della novella Trib. Napoli, 30 aprile 2008, in *Foro it.*, 2008, I, c. 2029 aveva ritenuto che fosse possibile rivolgersi al giudice del merito, anche a mezzo di procedimento monitorio (ma non aveva escluso neppure il giudice dell'esecuzione), ma non per la via dell'art. 669 *duodecies* c.p.c.; diff. Trib. Milano, 22 settembre 2007, in *Foro it.*, 2008, I, c. 280 ha ritenuto ammissibile un ricorso in attuazione, per avere l'*astreinte*. Si v. anche App. Milano, 10 febbraio 2004, in *Giur. it.*, 2004, p. 1443, nota MORELLI, secondo cui i provvedimenti *ex art.* 83, 2° comma, l. inv. avendo ad oggetto una somma non liquida, in quanto condizionata dal concreto accertamento della violazione dell'inibitoria cui si accompagnano, non possono costituire titolo esecutivo.

⁶⁷ Significativo è che si usi il verbo constatare, anziché quello più tecnico di accertare; lo spunto è frutto di una riflessione dell'avv. Sandro Corona in occasione dell'incontro bolognese sulla l. n. 69 del 2009.

⁶⁸ Qui, purtroppo, non è possibile adottare una soluzione *tranchante* come quella vista per i provvedimenti cautelari, - scindere cioè il capo della misura coercitiva dagli altri capi sulla prestazione principale, ed escludere il primo dall'art. 669 *duodecies*, c.p.c. -, perché l'art. 124 propr. ind. è chiaro nel comprendere la misura coercitiva all'interno di quelle coperte dalla cognizione del giudice della sentenza, per quanto riguarda la loro attuazione.

Resta ovviamente l'auspicio della individuazione di una unica disciplina, chiara ed esaustiva per tutti i casi contemplati dalle leggi speciali.