



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

Dottorato di Ricerca in Pluralismi Giuridici. Prospettive Antiche e Attuali

Dipartimento di Giurisprudenza

Settore Scientifico Disciplinare GIUR-15/A, GIUR-12/A

DEL *VULNUS* DI TUTELA ESECUTIVA DELLE OBBLIGAZIONI DI *FACERE*: L'*ESCAMOTAGE* DELLE MISURE DI COAZIONE INDIRETTA ALL'ADEMPIMENTO

DOTTORESSA

Silvia Lo Verde

COORDINATORE

Chiar.mo Prof. Vincenzo Militello

TUTOR

Chiar.mo Prof. Salvatore Sciortino

COTUTOR

Chiar.mo Prof. Federico Russo

CICLO XXXVIII

Anno Accademico 2024/2025

INDICE

RILIEVI INTRODUTTIVI.....	10
---------------------------	----

CAPITOLO I

La tutela indiretta delle obbligazioni di *facere* nel diritto romano

Sezione I

Il *vulnus* di tutela esecutiva diretta delle obbligazioni di *facere* e *non facere*

1. Approccio metodologico e prospettive di indagine.....	14
2. Il <i>deficit</i> di tutela delle misure esecutive nel diritto romano arcaico e classico.	16
2.1. La forza persuasiva all'adempimento delle misure esecutive personali.	21
2.1.1. La forza persuasiva all'adempimento della procedura esecutiva personale consequente all' <i>actio iudicati</i>	24
2.2. La particolare forza persuasiva della <i>bonorum venditio</i> . Confronto con la <i>cessio bonorum</i> e la <i>distractio bonorum</i>	26
3. Utilizzo di strumenti deflattivi volti a garantire l'esatta soddisfazione del creditore in una fase precedente all'emissione della sentenza.....	32
3.1. Le <i>cautiones</i>	34
3.2. La clausola arbitraria.....	37
3.3. Il giuramento decisorio prestato precedentemente alla <i>litis contestatio</i>	39
3.4. Il sistema interdittale. La procedura <i>cum periculo</i>	41
4. Il <i>vulnus</i> di tutela esecutiva per le obbligazioni di <i>facere</i> e di <i>non facere</i> nel procedimento <i>extra ordinem</i> , prescindendosi dal requisito della fungibilità.....	46
4.1. Brevi cenni in materia di <i>pignus in causa iudicati captum</i> e di esecuzione <i>manu militari</i>	48
5. Sul <i>vulnus</i> di tutela esecutiva delle obbligazioni di <i>facere</i> : esegesi dei frammenti. In particolare, D. 42.1.13.1 (Cels. 6 <i>dig.</i>).	51

5.1. Esame di D. 45.1.72.pr. (Ulp. 20 <i>ad ed.</i>): « <i>si non fuerit factum, pecuniam dari oportere</i> ».....	55
5.1.1. Regime dell' <i>actio ex stipulatu</i> nell'ipotesi di inadempimento parziale dell'obbligazione di <i>facere</i>	58
5.1.2. Confronto della soluzione in materia di divisibilità delle obbligazioni di <i>facere</i> con D. 45.1.72.pr. (Ulp. 20 <i>ad ed.</i>): la <i>duplex interpretatio</i> del frammento.	61
6. Esiti dell'analisi dei frammenti: la stipulazione come strumento volto a colmare il <i>vulnus</i> di tutela esecutiva delle obbligazioni di <i>facere</i> . Confronto con l'opinione di Betti.	68

Sezione II

Stipulazioni, specialmente penali, quali misure di coazione indiretta all'adempimento delle obbligazioni di *facere* e *non facere*.

7. Approccio metodologico e prospettive di indagine.....	73
8. Preferenza ai fini coercitivi della <i>stipulatio poenae</i> rispetto all'instaurazione di una procedura esecutiva personale.	76
9. <i>Stipulatio poenae</i> come misura di coazione indiretta di comportamenti incoercibili e a scopo di garanzia.....	80
9.1. La funzione coercitiva della stipulazione penale.....	81
9.2. La funzione di tutela indiretta della stipulazione penale.....	85
9.2.1. La tutela indiretta della stipulazione in materia pattizia e, in particolare, con riferimento al compromesso arbitrale.....	88
10. La preferenza del debitore per l'apposizione della clausola penale. La predeterminazione del valore della pena: una prospettiva di diritto sostanziale.	96
11. La predeterminazione del valore della pena: una prospettiva di diritto processuale. In particolare, la corrispondenza fra <i>stipulatio</i> e <i>intentio</i>	99
12. La clausola penale come scelta preferenziale del creditore: implicazioni sul piano probatorio.....	102

12.1. Altre ragioni di preferenza del creditore per l'apposizione della clausola penale: la pretesa dell'adempimento del terzo e il regime 'improprio' di solidarietà passiva.	106
13. La struttura della stipulazione: il rapporto di alternatività o cumulabilità fra l' <i>actio ex stipulatu</i> e l'azione a tutela del rapporto principale. Nello specifico, le c.d. ' <i>stipulationes simplici</i> '.	110
13.1. Rapporto di alternatività o cumulabilità fra l' <i>actio ex stipulatu</i> e l'azione a tutela del rapporto principale nelle stipulazioni duplici.....	115
13.2. <i>Stipulatio poenae</i> annessa a patto.	119
13.3. <i>Stipulatio poenae</i> annessa a contratto consensuale. Struttura della ' <i>novatio</i> ' descritta in D. 17.2.71.pr. (Paul. 3 <i>epit. Alf. dig.</i>).	123
13.3.1. La struttura duplice della <i>stipulatio</i> contenuta in D. 17.2.71.pr (Paul. 3 <i>epit. Alf. dig.</i>).	125
13.4. <i>Stipulatio poenae</i> annessa ad altra <i>stipulatio</i> : l'emersione del concetto di <i>quasi novatio</i> in D. 44.7.44.6 (Paul. 74 <i>ad ed. praet.</i>).	133
13.5. Confronto delle risultanze in materia di cumulo di <i>actiones ex stipulatu</i> con D. 45.1.115.2 (Pap. 2 <i>quaest.</i>) e D. 44.7.44.6 (Paul. 74 <i>ad ed. praet.</i>).	137
14. Riflessioni finali in materia di stipulazione novatoria.....	146
15. Una possibile soluzione al <i>vulnus</i> di tutela esecutiva delle obbligazioni di <i>facere</i> nel procedimento delle <i>cognitiones extra ordinem</i> : la <i>stipulatio</i> duplice novatoria.....	150
16. Conclusioni e anticipazione delle questioni trattate nei prossimi capitoli.	153

CAPITOLO II

Origine ed evoluzione del principio '*nemo ad factum cogi potest*' fra diritto medievale e moderno

1. Premessa e prospettive di indagine.	157
2. Brevi cenni in materia di esecuzione personale sul debitore durante il Medioevo.	160

3. Altre misure esecutive personali: il <i>contrainte par corps</i> in Francia e l'arresto per debiti in Italia.	166
4. L'emersione del principio ' <i>nemo ad factum cogi potest</i> '. Accursio e la glossa ' <i>Obligationibus</i> ' a D. 42.1.13.1 (Cels. 6 dig.): « <i>Sed an praecise ad factum potest compelli?</i> ».	174
5. Bartolo e l'impossibilità di esecuzione diretta degli obblighi di <i>facere</i> e <i>non facere</i> : la tutela della libertà del debitore.	183
6. La natura dell'obbligazione di consegnare la <i>res</i> venduta in Bartolo, Baldo e Cuiacio. ..	186
7. L'interpretazione di Donello di D. 42.1.13.1, D. 45.1.72.pr. e D. 4.49.4: l'obbligo di consegna della <i>res</i> venduta come obbligazione di <i>facere</i> e la condanna all' <i>id quod interest</i> nella logica novativa della <i>stipulatio</i>	191
8. Favre e la prima formulazione esplicita del noto brocardo.	195
9. Vinnio e la rilettura del noto principio attraverso i concetti di ' <i>nuda facta</i> ' e di obbligazioni ' <i>quae alicuius praestatione et iuris possessionisve translatione consistunt</i> '.	198
10. La trattatistica di Pothier e la nuova portata del principio ' <i>nemo ad factum cogi potest</i> '.	202
11. Il recepimento del noto principio all'interno del <i>Code Napoléon</i>	207
12. Creazione giurisprudenziale del sistema coercitivo indiretto delle <i>astreintes</i>	212
13. Il successivo sviluppo dell' <i>astreinte</i> nella legislazione francese.	216
14. Il Codice italiano del 1865 e il <i>deficit</i> di disciplina in materia di esecuzione indiretta degli obblighi di <i>facere</i> e <i>non facere</i>	221
15. Conclusioni.	229

CAPITOLO III

La tutela esecutiva delle obbligazioni di *facere* infungibile: dal Codice di rito del 1942 alla progressiva normazione delle misure di coazione indiretta.

1. Premessa e prospettive di indagine.	232
---	-----

1. I Codici del 1942 e la mancata previsione di una misura esecutiva in forma specifica per le obbligazioni di <i>facere</i> infungibili.	234
2. Il significato di ‘fungibilità’ e ‘infungibilità’ dell’obbligazione di <i>facere</i>	240
3. Questioni dottrinali: la correlazione necessaria fra sentenza di condanna ed esecuzione forzata.	244
3.1. Il superamento della correlazione necessaria fra sentenza di condanna ed esecuzione forzata: applicazione giurisprudenziale della questione.	250
4. Verso una disciplina generalizzata di coazione indiretta all’adempimento.....	254
5. Dalla genesi alla riforma del 2024: l’evoluzione dell’art. 614- <i>bis</i> c.p.c.	259
6. Il primo comma dell’art. 614- <i>bis</i> c.p.c.: l’ <i>astreinte</i> comminata dal giudice della cognizione.....	267
7. I limiti espliciti nell’emissione della misura coercitiva indiretta: la materia lavoristica...274	
7.1. I limiti espliciti nell’emissione della misura coercitiva indiretta: la non manifesta iniquità della misura.....	276
8. L’autoliquidazione dell’ <i>astreinte</i> da parte del creditore e tutela inadeguata del contraddittorio.....	281
9. Il comma 2 dell’art. 614- <i>bis</i> c.p.c.: la competenza del giudice dell’esecuzione e il rinvio alle disposizioni di cui all’art. 612 c.p.c., in quanto compatibili.....	289
9.1. La sorte dell’ordinanza di <i>astreinte</i> in ipotesi di estinzione dell’esecuzione forzata: riflessioni sulla disposizione introdotta nel 2024.....	295
9.2. Possibili strumenti di contestazione esperibili dal debitore nell’ipotesi di cui all’art. 614- <i>bis</i> co. 2 c.p.c.: il regime delle opposizioni.	299
9.3. Un’ipotesi ulteriore di tutela del debitore: è esperibile l’azione di ripetizione dell’indebito ex art. 2033 c.c. in caso di mancata opposizione o di rigetto/inammissibilità della stessa?	304
10. Rapporto fra clausola penale e misura di coazione indiretta ex 614- <i>bis</i> c.p.c.: condividono la medesima natura giuridica?	309
10.1. <i>Astreintes</i> e danni punitivi.....	314
11. Natura condannatoria dell’ <i>astreinte</i> : condanna in futuro o condanna condizionale?	319

12. Conclusioni.....	324
RILIEVI CONCLUSIVI.....	328
BIBLIOGRAFIA.....	336
INDICE DELLE FONTI.....	366

RILIEVI INTRODUTTIVI

La presente tesi si propone di tracciare la storia e l'evoluzione delle misure coercitive all'adempimento delle obbligazioni di *facere*, specialmente infungibili, rispetto alle quali si rintraccia nel diritto romano e nel diritto di età medievale e moderna un *vulnus* di tutela esecutiva diretta.

Nello specifico, l'obiettivo è quello di esaminare – in una prospettiva prevalentemente storica – un particolare istituto, che ha trovato riconoscimento ufficiale nel nostro ordinamento solamente nel 2009, con l'introduzione all'interno del Codice di rito dell'art. 614-*bis*, disciplinante le c.d. misure di coercizione indiretta.

Si tratta, in particolare, di misure rivolte a un duplice scopo.

In primis, indurre il debitore all'adempimento spontaneo della prestazione dedotta in obbligazione, sotto minaccia di una grave sanzione, costituendo così un mezzo alternativo a quello prettamente esecutivo.

In secundis, con esse il legislatore ha voluto offrire un mezzo di tutela indiretta a situazioni giuridiche – nella specie le obbligazioni di *facere* infungibili – che non godono di alcuna protezione diretta da parte dell'ordinamento, in quanto non sono suscettibili di esecuzione né nelle forme dell'espropriazione, a mezzo di pignoramento, né dell'esecuzione in forma specifica.

Tuttavia, se tale istituto è stato disciplinato solamente di recente, non mancano testimonianze storiche di fattispecie che perseguivano finalità affini, cioè quelle di spronare il debitore allo spontaneo adempimento della prestazione dedotta in obbligazione sotto minaccia di pena, allo scopo di risolvere il *deficit* di tutela legato alle obbligazioni di *facere*, per le quali vale il noto brocardo '*nemo ad factum cogi potest*'.

Non si vuole però proiettare già nel diritto romano e nel medievale classificazioni che non si rinvencono nelle fonti giuridiche pervenute, ma solamente tentare di comprendere la *ratio* comune di tali istituti, volti ad assicurare l'esecuzione indiretta delle obbligazioni di *facere*, per loro natura non suscettibili di esecuzione mediante i mezzi ordinari.

In una tale ottica, allora, risulta interessante esaminare l'evoluzione storica che ha portato dall'elaborazione teorica di strumenti volti ad indurre allo spontaneo adempimento del debitore (specialmente le stipulazioni penali) alla creazione delle misure di coazione indiretta ex art. 614-*bis*

c.p.c., così come modificato dal D. lgs. 149/2022, c.d. ‘riforma Cartabia’, e dal decreto correttivo del 2024.

Occorre poi precisare che la presente tesi si inquadra nel contesto del Piano nazionale di ripresa e resilienza e, in particolare, è stata finanziata da una borsa di studio per la pubblica amministrazione ai sensi dell’art. 8 del d.m. 351 del 2022. Pertanto, sebbene la prospettiva che si vuole affrontare sia prettamente storica, il punto di arrivo è il diritto processuale civile italiano, approvato alla recente riforma che ha riscritto il Codice di rito e, nella specie, il suo III libro.

Da una siffatta premessa, si comprende il motivo per il quale tale ricerca non si limiti solamente allo studio approfondito di tematiche prettamente romanistiche, ma – transitando per il diritto medievale e moderno – giunga, attraverso la comparazione con l’ordinamento francese, all’esame della disciplina attuale.

La scelta di soffermarsi sull’ordinamento francese non è stata casuale. Durante il primo semestre del mio secondo anno di dottorato ho avuto, infatti, l’opportunità di studiare presso l’*Université Paris-Panthéon-Assas* e, nello specifico, presso l’*Institut d’Histoire du Droit Jean Gaudemet*. In questo contesto, ho approfondito sia l’evoluzione storica delle procedure esecutive in Francia tra Medioevo ed età moderna, sia la normativa vigente. In particolare, la disciplina francese in materia di *astreintes* è risultata indispensabile per la mia attività di indagine in quanto, oltre a contraddistinguersi per la sua peculiarità, ha senza dubbio influenzato il legislatore italiano nella regolamentazione delle misure di coazione indiretta all’adempimento.

Ne consegue che, allora, anche il metodo di conduzione dell’indagine sia stato assolutamente peculiare. Infatti, non ho seguito pedissequamente lo sviluppo delle più antiche misure coercitive, nella specie le stipulazioni penali, nei secoli fino a giungere al loro corrispettivo moderno, cioè le clausole penali di cui all’art. 1382 c.c. Diversamente, ho rivolto le mie attenzioni alla natura e alle caratteristiche delle misure di coazione indiretta di cui all’art. 614-bis c.p.c., domandandomi quali fossero le origini storiche di una tale previsione legislativa. Quindi, osservando dapprima le *astreintes* elaborate dalla giurisprudenza francese della prima metà del XIX secolo, per poi proseguire a ritroso con il codice Napoleonico e il principio medievale ‘*nemo ad factum cogi potest*’ elaborato da glossatori prima e commentatori poi, sono risalita – grazie ad importantissimi passi del *Corpus iuris civilis* che verranno in seguito approfonditi – alle stipulazioni nel diritto romano.

Tenuta presente questa premessa prettamente metodologica, posso adesso volgermi ad esaminare gli istituti coinvolti nell'adempimento delle obbligazioni di *facere*, a partire dal diritto romano per giungere, infine, alla disciplina processual-civilistica italiana.

CAPITOLO I

La tutela indiretta delle obbligazioni di *facere* nel diritto romano

I SEZIONE

Il *vulnus* di tutela esecutiva diretta delle obbligazioni di *facere* e *non facere*.

SOMMARIO: 1. Approccio metodologico e prospettive di indagine; 2. Il deficit di *tutela* delle misure esecutive nel diritto romano arcaico e classico; 2.1. La forza persuasiva all'adempimento delle misure esecutive personali; 2.1.1. La forza persuasiva all'adempimento della procedura esecutiva personale conseguente all'*actio iudicati*; 2.2. La particolare forza persuasiva della *bonorum venditio*. Confronto con la *cessio bonorum* e la *distractio bonorum*; 3. Utilizzo di strumenti deflattivi volti a garantire l'esatta soddisfazione del creditore in una fase precedente all'emissione della sentenza; 3.1. Le *cautiones*; 3.2. La clausola arbitraria; 3.3. Il giuramento decisorio prestato precedentemente alla *litis contestatio*; 3.4. Il sistema interdittale. La procedura *cum periculo*; 4. Il *vulnus* di tutela esecutiva per le obbligazioni di *facere* e *non facere* nel procedimento *extra ordinem*, prescindendosi dal requisito della fungibilità; 4.1. Brevi cenni in materia di *pignus in causa iudicati captum* e di esecuzione *manu militari*; 5. Sul *vulnus* di tutela esecutiva delle obbligazioni di *facere*: esegesi dei frammenti. In particolare, D. 42.1.13.1 (Cels. 6 *dig.*); 5.1. Esame di D. 45.1.72.pr. (Ulp. 20 *ad ed.*): «*si non fuerit factum, pecuniam dari oportere*»; 5.1.1. Il regime dell'*actio ex stipulatu* nell'ipotesi di inadempimento parziale dell'obbligazione di *facere*; 5.1.2. Confronto della soluzione in materia di divisibilità delle obbligazioni di *facere* con D. 45.1.72.pr. (Ulp. 20 *ad ed.*): la *duplex interpretatio* del frammento; 6. Esiti dell'analisi dei frammenti: 6. Esiti dell'analisi dei frammenti: la stipulazione come strumento volto a colmare il *vulnus* di tutela esecutiva delle obbligazioni di *facere*. Confronto con l'opinione di Betti.

1. Approccio metodologico e prospettive di indagine.

Mi propongo di condurre un'analisi di una tematica complessa e scarsamente esplorata del diritto romano, concernente l'esecuzione forzata delle obbligazioni di *facere* e *non facere*, a prescindere dalla loro natura fungibile.

In particolare, partendo dalle pochissime fonti giuridiche sul punto e in quasi totale assenza di letteratura specialistica¹, ho tentato di ricostruire il sistema coercitivo di tale specie di obbligazioni.

¹ Infatti, né A. BETHMANN HOLLWEG, *Der römische Civilprocess*, Bonn, 1866, né L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana* (trad. it. di R. Orestano), Milano, 1938, né M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, né M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996, né M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 2006, si soffermano sull'esecutorietà delle obbligazioni di *facere* e *non facere*. Analoga assenza si riscontra negli studi sul processo civile giustiniano di: U. ZILLETI, *Studi sul processo civile giustiniano*, Milano, 1965, e di D. SIMON, *Untersuchungen zum Justinianischen Zivilprozess*, München, 1969, di G. PROVERA, *Lezioni sul processo civile giustiniano*, Torino, 1989. L'unico autore ad aver affrontato il tema è E. BETTI, *La 'condictio pretii' del processo civile*

Come tenterò di dimostrare, si assisteva a un sistema di tutela differenziato a seconda del procedimento applicabile al periodo storico di riferimento. Se, infatti, nel contesto del processo formulare il *deficit* di tutela investiva sia le obbligazioni di *facere* che quelle di *dare* a causa del principio della pecuniarietà della condanna, un quadro parzialmente mutato si sarebbe rinvenuto nel contesto delle *cognitiones extra ordinem*.

Infatti, sebbene fosse invalsa la regola della condanna (e, quindi, dell'esecuzione) in forma specifica per ogni tipologia di obbligazione, a un regime differenziato soggiacevano le obbligazioni di *facere* e *non facere*, per le quali la condanna era ancora prettamente pecuniaria. Si vedrà, tuttavia, che in un tale contesto la tutela 'mediata' del creditore era possibile solamente laddove le parti concludessero una stipulazione (specialmente penale), che determinasse – al maturare dell'inadempimento – la conversione dell'obbligazione di *facere* in una al pagamento di una somma di denaro, coercibile nelle vie ordinarie.

Pertanto, si poneva per entrambi i periodi storici la necessità di escogitare abili strumenti deflattivi e persuasivi che inducessero il debitore all'adempimento spontaneo della propria prestazione, così da risolvere in via anticipata quell'*impasse* derivante dalla mancata previsione di misure esecutive in forma specifica per le obbligazioni di *facere* e *non facere*.

Alla luce di queste premesse, questo primo capitolo sarà diviso in due differenti sezioni. La prima dedicata al *vulnus* di tutela esecutiva delle obbligazioni di *facere*, sia nel diritto classico che post classico. La seconda, invece, al sistema delle stipulazioni, specialmente penali, che assicuravano al creditore di ottenere in via indiretta tutela delle proprie pretese, non coercibili nelle forme ordinarie.

Difatti, soltanto dopo aver affrontato la problematica del *deficit* di tutela esecutiva delle obbligazioni di *facere*, sarà possibile concentrarsi sull'analisi di quei 'mezzi di coercizione indiretta', quali le *stipulationes*, che permettevano in via mediata la soddisfazione delle pretese creditorie.

Le conclusioni cui giungerò, infine, saranno proiettate nei prossimi capitoli nel sistema giuridico di diritto medievale e moderno, nel cui contesto venne coniato il noto principio '*nemo ad factum cogi potest*', e nel sistema di diritto positivo vigente oggi in Italia, caratterizzato – a fronte della perdurante impossibilità di procedere direttamente all'esecuzione di obbligazioni di *facere* infungibili – dal sistema compulsorio delle misure di coazione indiretta di cui all'art. 614-bis c.p.c.

giustiniano: contributo allo studio della 'condemnatio pecuniaria' postclassica, in *Atti della Reale Accademia delle Scienze di Torino*, 1914, p. 1022 ss.

2. Il deficit di tutela delle misure esecutive nel diritto romano arcaico e classico.

La terminologia ‘misura coercitiva indiretta’ –estranea alle fonti romane – sovrintende alla necessità di apprestare una tutela giuridica a situazioni che di per sé sono sfornite di garanzia diretta, specialmente con riguardo all’adempimento di obbligazioni di *facere* e *non facere*, nonché nel diritto romano classico anche con riferimento alle obbligazioni di *dare*.

Difatti, come si dirà a breve, valeva nel procedimento formulare la regola della condanna necessariamente pecuniaria per qualsiasi tipo di obbligazione, ove una vera e propria consapevolezza ai fini dell’esigibilità fra le diverse tipologie di obbligazione sorse solamente nel diritto delle *cognitiones extra ordinem*.

In una tale fase storica avanzata, difatti, contemporaneamente all’affermazione della regola della sentenza di condanna in forma specifica per qualsiasi tipo di obbligazione (ove, però, ciò fosse possibile), vennero introdotte misure esecutive, quali l’esecuzione *manu militari* e il *pignus in causa iudicati captum*, che permettevano una soddisfazione diretta delle pretese del creditore, nell’ipotesi in cui – rispettivamente – fossero state di *dare* o avessero avuto ad oggetto una somma di denaro. Rimaneva, però, esclusa (e di ciò si discuterà nei paragrafi che seguono) ogni forma di esecuzione diretta delle obbligazioni di *facere*.

Cominciando, tuttavia, la mia analisi dai procedimenti più antichi – per tornare a trattare dell’esecuzione *manu militari*² e del *pignus in causa iudicati captum*³ solo in un momento successivo – occorre primariamente distinguere fra le misure prettamente personali, che sebbene esplicassero efficacia coercitiva determinavano una serie di problematiche specialmente in capo al debitore esecutato, e le misure patrimoniali. Quest’ultime, sprovviste di carattere pienamente coercitivo, non riuscivano però ad assicurare una completa soddisfazione del creditore, che non avrebbe ottenuto esattamente l’adempimento della prestazione dedotta in obbligazione, ma il pagamento del suo equivalente pecuniario.

Infatti, se nelle misure personali il debitore era indotto, a causa della minaccia di una sanzione gravissima sul proprio corpo, a realizzare – in via preventiva rispetto alla condanna (e alla fase processuale della *litis contestatio*) – esattamente la prestazione dedotta in obbligazione⁴, in modo che

² Si rinvia, in proposito, al par. 4.1 e, in particolare, a p. 49.

³ Si rinvia, in proposito, al par. 4.1 e, in particolare, a p. 48.

⁴ Già E. BETTI, *La struttura dell’obligatio romana e il problema della sua genesi*, Milano, 1955, p. 69, sosteneva espressamente la natura coercitiva delle misure esecutive della *manus iniectio* e della *bonorum venditio* (che, come vedremo, era caratterizzata da elementi di ‘personalità’). Difatti, egli rilevava come «in diritto classico lo scopo pratico e più appariscente dei due atti è di esercitare una coazione al pagamento: essi s’indirizzano anzitutto alla volontà riluttante

il creditore avrebbe avuto completa soddisfazione del proprio diritto, così non avveniva necessariamente nelle procedure esecutive patrimoniali, nelle quali la sanzione era maggiormente ‘proporzionata’ all’inadempimento. Infatti, nella *distractio bonorum* e nella *cessio bonorum* non avevano luogo né esecuzione personale né *infamia* e, per la sola ipotesi di *cessio bonorum*, neppure la *proscriptio*. La *distractio bonorum*, inoltre, consisteva nella vendita dei singoli beni del debitore (sufficienti a ripagare il suo debito) e non dell’intero patrimonio, come avveniva invece ancora con la *cessio bonorum*.

Discorso ulteriormente diverso valeva per la *bonorum venditio*, procedura esecutiva formulare tipicamente patrimoniale di età classica, che però condivideva alcuni caratteri di ‘personalità’ ai fini prettamente esecutivi. Come verrà, infatti, evidenziato al par. 2.2 di questo capitolo⁵, una tale procedura generava effetti talmente negativi in capo al debitore esecutato, fra i quali la vendita di ogni bene del proprio patrimonio (e non solamente della parte sufficiente a soddisfare il creditore), l’*infamia* e la *proscriptio*, da determinare la sua ‘morte civile’⁶. Pertanto, anche tale procedura generava effetti persuasivi tali da indurre il debitore allo spontaneo adempimento della prestazione di *facere* o di *dare*, così da evitare il *vulnus* di tutela conseguente al principio della condanna necessariamente pecuniaria.

In altre parole, se le misure esecutive personali (cui si va aggiunta, quanto agli effetti sulla persona del debitore, la *bonorum venditio*) permettevano – tramite minaccia di sanzione sul corpo del debitore – una soddisfazione anche ‘immediata’ del creditore, che avrebbe generalmente ottenuto prima della *litis contestatio* esattamente la prestazione dedotta in obbligazione, nelle misure patrimoniali la soddisfazione era ‘mediata’, in quanto – essendo in esse assai limitata la minaccia di pena – la parte

del debitore, premendo su di essa perché egli paghi il debito pecuniario a cui fu condannato, se vuole evitare un male maggiore che gli si minaccia». In ogni caso, secondo l’Autore, nelle procedure esecutive la coazione si esauriva nella ‘fase preliminare’ dell’esecuzione stessa, potendo il debitore comunque persistere nel proprio inadempimento e dandosi così luogo alla misura esecutiva vera e propria, nella forma personale o patrimoniale. Dunque, se per il tramite della coazione la realizzazione della esatta prestazione era possibile attraverso la sollecitata collaborazione del debitore, nelle procedure esecutive vere e proprie il creditore avrebbe ottenuto tutela non della stessa situazione giuridica vantata, ma di uno surrogato e a prescindere da qualsiasi forma di collaborazione del debitore medesimo.

⁵ La natura della *bonorum venditio* recante anche elementi di personalità verrà esaminata al par. 2.2. e, in particolare, a p. 26 ss.

⁶ Come si vedrà, la *bonorum venditio*, determinando conseguenze assai pregiudizievoli sulla persona del debitore e la sua ‘morte civile’, assumeva forza coercitiva, tale da poter essere ricompresa, limitatamente agli effetti, fra le misure esecutive personali. Si rinvia, in proposito, a G. PURPURA, *La pubblica rappresentazione dell’insolvenza. Procedure esecutive personali e patrimoniali al tempo di Cicerone*, in *Fides humanitas ius. Studii Labruna*, VI, Napoli, 2007, p. 4541 ss.

esecutante si sarebbe dovuta accontentare di ricevere il *tantundem* e, cioè, la conversione della prestazione di *facere* o di *dare* in una somma di denaro.

Tuttavia, le procedure esecutive personali, sebbene caratterizzate da una maggiore coattività, erano affette da gravissimi *vulnera* di tutela, talché vennero dapprima affiancate e poi sostituite dai mezzi prettamente patrimoniali. Tali mezzi, dunque, non erano idonei a soddisfare pienamente le ragioni creditorie, specialmente qualora l'obbligazione consistesse in un *facere*, in un *non facere* o in un *dare*⁷.

Fra le misure esecutive 'dirette' con forza persuasiva e caratterizzate da una spiacevole limitazione dei diritti del debitore vanno, in particolare, segnalate dal diritto romano arcaico a quello classico la *manus iniectio*, l'*actio iudicati* e la *bonorum venditio*, procedura esecutiva certamente patrimoniale, mapregna di 'elementi di personalità'.

Diversamente, le misure tipicamente e propriamente patrimoniali del procedimento formulare, nonché più tarde, quali la *cessio bonorum* e la *distractio bonorum* nel procedimento *extra ordinem*, realizzavano in via solamente 'mediata' la soddisfazione dell'interesse creditorio, nel caso in cui la prestazione dedotta in obbligazione fosse differente da quella al pagamento di una somma di denaro.

In altre parole, poiché la sentenza nel procedimento formulare era sempre pecuniaria, anche laddove la prestazione dedotta in obbligazione avesse avuto ad oggetto un *facere*, un *non facere* o un *dare*⁸, l'esecuzione patrimoniale sarebbe sempre consistita nella vendita forzata dei beni del patrimonio dell'esecutato e non avrebbe mai avuto forma specifica. Quindi, sicuramente, nel processo romano formulare l'esecuzione forzata – utilizzando categorie moderne ed estranee alle fonti romanistiche ai soli fini di una maggiore comprensione nel confronto con gli istituti processuali civili attuali – era sempre per espropriazione e mai diretta.

⁷ Con riguardo specificatamente alla *bonorum venditio*, si pensi, a titolo di esempio, allo schema della *locatio operarum*, ove un uomo libero assumeva l'impegno di porre la propria attività lavorativa alle dipendenze di un'altra persona, la quale si obbligava a pagare come corrispettivo una mercede. Laddove il prestatore d'opera fosse rimasto inadempiente nella realizzazione della propria obbligazione, il creditore non avrebbe potuto ottenere una sentenza di condanna al *facere*, ma solamente una condanna di tipo pecuniario. In caso poi di perdurante inadempimento, non sarebbe derivata un'esecuzione in forma specifica della prestazione, quanto un'esecuzione prettamente patrimoniale che avrebbe garantito una soddisfazione solamente mediata del creditore. Qualora, invece, si fosse premuto sulla volontà del debitore con la prospettiva di una sanzione gravissima in ipotesi di suo inadempimento, egli con maggiore probabilità avrebbe adempiuto all'obbligazione di *dare* o di *facere*, risolvendo così in via anticipata il *vulnus* di tutela esecutiva.

⁸ In proposito, M. KASER, *Das römische Privatrecht. Das Altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München, 1971, p. 498, rileva come ogni obbligazione originariamente volta a una prestazione diversa si trasformasse con la sentenza di condanna pecuniaria in un debito pecuniario, prescindendosi dal reale interesse del creditore.

Ancora più semplicemente, per chiarire meglio il concetto, l'impossibilità di irrogare una condanna in forma specifica impediva anche che l'esecuzione patrimoniale stessa fosse in forma specifica, potendo avvenire solamente per il tramite della vendita forzata.

Si assisteva, quindi, a quella stessa problematica in materia di esecuzione forzata che caratterizzò i secoli del Medioevo e dell'età moderna, ove – in mancanza di vere e proprie misure di coazione indiretta per l'esecuzione specifica delle obbligazioni di *facere* e *non facere*⁹ – né le procedure prettamente patrimoniali né quelle personali¹⁰ (come le *contrainte par corps*), a causa della mancanza di coattività delle prime e dell'eccessiva limitazione della libertà del debitore nelle seconde, riuscivano a soddisfare esattamente il creditore di una prestazione di *facere* o *non facere*.

Questo stesso ragionamento fu supportato altresì da Carnelutti quando nel 1926 propose all'interno del suo Progetto al Codice di Procedura Civile un ritorno all'utilizzo delle misure esecutive personali¹¹ (nella specie l'arresto per debiti) caratterizzate – a dir suo – dalla stessa forza coattiva tipica delle procedure esecutive personali romane. Un tale Progetto, tuttavia, non vide mai la luce, in quanto l'arresto per debiti determinava un *vulnus* di tutela analogo a quello delle procedure esecutive personali romane e, cioè, un'eccessiva limitazione della libertà fisica del debitore esecutato.

Quindi, le procedure esecutive personali erano sì caratterizzate da una coattività tale da risolvere il problema dell'inesigibilità delle obbligazioni di *facere* e *non facere*, ma di fatto – a causa delle

⁹ Le misure coercitive volte precipuamente allo scopo di coartare indirettamente una obbligazione di *facere* e *non facere*, coneggiate espressamente a tal fine dal legislatore o dalla giurisprudenza, verranno in prosieguo denominate 'misure coercitive in senso stretto'. Differentemente, quelle misure – come le *stipulationes*, il sistema interdittale, il giuramento decisorio e la causa arbitraria – che assumevano solamente indirettamente una tale finalità, costituendo la persuasione al *facere*, al *non facere* e al *dare* solamente un 'effetto incidentale' delle stesse, assumevano 'forza coercitiva in senso lato'. Ovviamente, non vi è alcuna fonte giuridica latina che attesti una tale denominazione; tuttavia, spesso la dottrina – come vedremo – ha usato in passato il termine 'misura coercitiva indiretta' per giustificare il loro carattere persuasivo, volto all'adempimento spontaneo della prestazione dedotta in obbligazione, sotto minaccia di sanzione.

¹⁰ L'analisi in materie di esecuzione personale e patrimoniale nel corso dell'età medievale e della moderna verrà condotta, nel capitolo 2, ai par. 2 e 3 e, in particolare, a p. 160 ss.

¹¹ F. CARNELUTTI, *Progetto del Codice di Procedura Civile, presentato alla Sottocommissione Reale per la riforma del Codice di Procedura civile*, II, 1926, *passim*; ID., *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, 1958, p. 214 ss., il quale prospetta un ritorno, prendendo come spunto le antiche misure esecutive personali romane (e, nella specie, la *manus iniectio*), caratterizzate da un altissimo margine di coercibilità, all'antico istituto dell'arresto per debiti, venuto meno in Italia ad opera della legge Mancini del 1877. Infatti, le misure tipicamente patrimoniali (si pensi al pignoramento, al pari di qualsiasi misura patrimoniale nel diritto romano), non minacciando il debitore di conseguenze gravissime – in quanto non investivano la sua persona fisica – per l'ipotesi di suo inadempimento, non riuscivano pienamente a spronarlo verso una realizzazione spontanea della prestazione, così da permettere l'esatto adempimento di una prestazione di *facere* e *non facere*, che altrimenti risultava inesigibile (se non nella forma del risarcimento del danno, inidoneo però a soddisfare esattamente il creditore).

spiacevoli conseguenze negative che comportavano – non potevano essere poste a tutela del creditore esecutante.

È ovvio, poi, che nel diritto romano classico anche il creditore di una prestazione di *dare* (oltre a quella di *facere* e *non facere*), a causa della pecuniarietà della condanna e della conseguente mancanza di un'esecuzione in forma specifica, avrebbe sofferto di una tale limitazione.

Dunque, gettate le basi di una tale analisi e compresa la necessità di prevedere misure di coazione indiretta 'in senso lato' per l'adempimento di una obbligazione di *facere*, *non facere* e di *dare* (almeno nel diritto romano classico), non mi resta che esaminare brevemente la disciplina delle misure esecutive personali del procedimento per *legis actiones* e formulare – rinviando per lo studio del *pignus in causa iudicati captum* e dell'esecuzione *manu militari* ai paragrafi successivi¹² – per comprendere effettivamente i loro svantaggi.

In seguito, appurati i *deficit* di tutela delle misure tipicamente esecutive, sia personali che patrimoniali, al fine dell'esecuzione in forma specifica delle obbligazioni di *facere* e *non facere* (nonché di *dare*), esaminerò quei meccanismi utilizzati nella pratica nell'ambito del procedimento formulare (e dell'interdittale) per permettere – in via certamente deflattiva – l'esatta soddisfazione delle pretese creditorie¹³. Analogamente avverrà nel capitolo successivo, nel quale, dopo aver analizzato, seppur brevemente, le misure esecutive applicabili nel diritto medievale e moderno, mi concentrerò sulle misure di coazione indiretta, quali l'*astreinte*¹⁴, escogitate in via giurisprudenziale per fornire tutela al creditore delle obbligazioni di *facere* e *non facere*.

Alla questione prospettata e, quindi, alla natura esclusivamente pecuniaria della sentenza formulare era strettamente collegato il brocardo '*omnia iudicia absolutoria esse*', oggetto di acceso contrasto fra dottrina sabiniana e proculiana. Ammettendo, infatti, che tutti i giudizi erano strutturati in funzione assolutoria del convenuto¹⁵ (e non solo le azioni di buona fede o contenenti una clausola arbitraria) – potendo il debitore adempiere all'obbligazione oggetto della prestazione in un momento successivo alla *litis contestatio* –, i giuristi sabiniani dimostravano di preferire l'utilizzo di mezzi alternativi

¹² Si rinvia, per l'esame degli istituti, al par. 4.1 di questo capitolo e, nello specifico, a p. 48 ss.

¹³ Faccio riferimento, in particolare, all'istituto delle *cautiones* (par. 3.1, p. 34), alla clausola arbitraria (par. 3.2, p. 37), al giuramento decisorio (par. 3.3, p. 39) e al sistema interdittale (par. 3.4, p. 41).

¹⁴ Con riferimento all'analista dell'istituto coercitivo dell'*astreinte* nell'ordinamento francese, rinvio ai par. 12 e 13 del secondo capitolo e, in particolare, a p. 211 ss.

¹⁵ C.A. CANNATA, *Omnia iudicia absolutoria esse*, in *Atti del convegno Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico*, 2001, p. 67 ss.; R. SANTORO, *Omnia iudicia absolutoria esse*, in *RDR. Atti del Convegno di Pontignano*, 2001, p. 259; F. ZUCCOTTI, *Omnia iudicia absolutoria esse*, in *Vivagni*. III, in *Rivista di Diritto Romano*, III, 2003, p. 1 ss.

all'esecuzione, da svolgersi ancora in fase cognitoria, rispetto alle procedure esecutive vere e proprie, che – come sopra affermato – non erano capaci di apprestare tutela diretta all'attore e si rivelavano troppe severe per il debitore esecutato.

Viene, in particolare, rilevato da Raimondo Santoro¹⁶ come già negli ultimi decenni dell'età repubblicana (e più evidentemente in età classica) si passasse dal sistema della c.d. responsabilità primaria a quello della c.d. responsabilità secondaria. In altri termini, il debitore non sarebbe più stato obbligato a sottostare al procedimento esecutivo, ma ad adempiere esattamente la prestazione dedotta all'interno dell'obbligazione, essendo in tale contesto emersi i concetti di '*obligatio*' e di '*oportere*'.

Se, allora, l'*obligatio* del debitore era quella di adempiere fedelmente la prestazione oggetto di contratto (o di altro fatto generatore di obbligazione), e non solo quella di tenere un determinato comportamento al solo scopo di escludere l'irrogazione della sanzione (secondo il precedente significato di '*obligatio*' e di '*oportere*'), si comprende certamente come si preferisse agevolare un adempimento spontaneo della prestazione, seppur successivamente alla *litis contestatio*, piuttosto che procedersi all'instaurazione di una procedura esecutiva.

Allora, si coglie come già i giuristi romani fossero propensi ad attuare misure alternative all'esecuzione, da svolgersi ancora in fase cognitoria¹⁷, che inducessero il debitore all'adempimento spontaneo della prestazione dedotta in obbligazione, sotto minaccia di subire una pena.

Fra tali misure assumono particolare rilevanza ai fini prospettati la clausola arbitraria, il giuramento decisorio (o meglio, il suo mancato deferimento), il sistema interdittale e le *stipulationes* (nella specie, penali).

2.1. La forza persuasiva all'adempimento delle misure esecutive personali.

Comincio dall'analisi delle misure esecutive personali e dai *deficit* di tutela, specialmente in capo al debitore, che derivavano dalla loro applicazione. Infatti, anche in tali misure – giova qui ribadirlo – si poneva il problema dell'impossibilità dell'esatta soddisfazione del creditore; tuttavia, in virtù delle conseguenze assolutamente negative che derivavano da una loro applicazione, era possibile risolvere

¹⁶ R. SANTORO, *Per la storia dell'obligatio*, Palermo, 2020, pp. 107 ss., 252 ss.

¹⁷ R. SANTORO, *Per la storia dell'obligatio*, cit., p. 414 ss.

in via anticipata la questione, laddove il debitore timoroso adempisse spontaneamente alla prestazione dedotta in obbligazione, così da evitare l'instaurazione della procedura esecutiva vera e propria.

In altri termini, tramite la minaccia di sanzione, il creditore otteneva l'esatta soddisfazione della propria pretesa in una fase preventiva all'instaurazione della misura coercitiva stessa, permettendo così di risolvere in via anticipata il *vulnus* di tutela delle obbligazioni di *facere* e *dare*.

Inizio siffatta breve disamina – verificando in cosa consistesse il *deficit* di tutela – a partire dalla *legis actio per manus iniectioem*¹⁸, procedura esecutiva personale descritta all'interno della terza delle XII Tavole.

Una tale misura si caratterizzava – è noto – per l'asprezza delle conseguenze in capo al debitore, in quanto il creditore agiva direttamente sulla sua persona. Infatti, nel caso in cui dopo i tre mercati nessuno lo avesse acquistato, era previsto che egli potesse essere venduto *trans Tiberim* o 'fatto a pezzi' e il suo corpo spartito fra la pluralità dei creditori.

La vendita *trans Tiberim* si contraddistingueva sia per un aspetto meramente punitivo, quale la perdita della libertà, la privazione della cittadinanza e l'allontanamento fisico dalla città, che per un aspetto risarcitorio: il creditore, riducendo il debitore in schiavitù, avrebbe ottenuto 'in via mediata' il risarcimento del danno che aveva subito a seguito dell'inadempimento della prestazione¹⁹.

¹⁸ Per l'esame dell'istituto, si rimanda in particolare a G. I. LUZZATTO, *Procedura civile romana II, Le 'legis actiones'*, Dalle lezioni tenute all'università di Padova. Anno accademico 1947-1948, Bologna, 1948, p. 30 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano I, le 'legis actiones'. Corso di diritto romano. Anno accademico 1961-1962*, Roma, 1962, p. 303 ss.; A. BISCARDI, *Lezioni sul processo civile romano antico e classico*, Torino, 1968, p. 50 ss.; C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano I: Le «legis actiones»*, Torino, 1980, p. 35 ss.; G. NICOSIA, *Il processo privato romano II, la regolamentazione decemvirale*, Catania, 1986, p. 45 ss.; ID., *La manus iniectio: dal regime originario a quello della manus iniectio pura, Praesidia libertatis. Garantismo e sistemi processuali nell'esperienza di Roma repubblicana*, in *Atti del convegno internazionale di diritto romano* (Copanello 7-10 giugno 1992), Napoli, 1994, p. 179 ss.; L. PEPPE, *Studi sull'esecuzione personale, I Debiti e debitori nei primi due secoli della Repubblica romana*, Milano, 1981, p. 60; ID., *Fra corpo e patrimonio. Obligatus, addictus, ductus, persona in causa Mancipi*, in A. CORBINO, M. HUMBERT, G. NEGRI (a cura di), *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana. Dall'epoca di Plauto a Ulpiano*, Pavia, 2010, p. 435 ss.; ID., *Riflessioni intorno all'esecuzione personale nel diritto romano*, in *Annali del seminario giuridico dell'Università di Palermo*, 2010, p. 117 ss.; B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle 'legis actiones'*, Palermo, 1993; A. SALOMONE, *Iudicati velut obligatio. Storia di un dovere giuridico*, Napoli, 2007, p. 67 ss.; A. CORBINO, *Considerazioni minime sulla manus iniectio*, in *Diritto romano e attualità. Atti del seminario di Praga in onore di H. Ankum*, Praga, 2013, p. 1 ss.

¹⁹ L. PEPPE, *Studi sull'esecuzione personale*, cit., pp. 117 e 123. Naturalmente, il corpo non aveva valore economico in sé. Tale valore veniva acquisito indirettamente, o poiché il debitore era tenuto, in quanto *nexus* o *addictus*, a prestare a favore del creditore la propria forza lavoro, ponendo in essere delle *operae*, o poiché era venduto dallo stesso creditore durante i tre mercati o *trans Tiberim*.

Nel caso di concorso di creditori, invece, poteva verificarsi la spartizione del corpo del debitore da cui sarebbe derivata l'impossibilità di celebrare i riti funebri. Gellio²⁰, in particolare, ricollegava questa gravissima ipotesi alla violazione della *fides*, affermando, nell'interpretazione che ne fornisce Leo Peppe²¹, che «*i maiores resero horrida la pena capitalis al fine di sancirne la fides, per renderne ancora più solenne l'inviolabilità*».

Si ricordi, poi, che – ove fosse stata contestata la validità della *manus iniectio* – e il *vindex* non fosse riuscito a dimostrare la fondatezza del proprio intervento, avrebbe dovuto subire gli effetti della litiscrescenza, pagando per la sua *infinitio* il doppio della condanna originaria.

Tuttavia, le conseguenze spiacevoli derivanti dalla *manus iniectio* non si producevano solamente in capo al debitore (e al *vindex*), ma anche nei confronti del creditore, che non avrebbe mai ottenuto l'esecuzione della stessa prestazione dedotta in obbligazione, ma la dazione di un suo equivalente monetario, ricavato dalla prestazione delle opere del debitore o dalla sua vendita.

Tale criticità peggiora, poi, aderendo alla tesi della natura anche cognitoria della *manus iniectio*²². In una tale prospettiva, il provvedimento non si sarebbe sostanziato in una mera esecuzione conseguente al *iudicatum* precedentemente emesso, ma avrebbe contenuto esso stesso un accertamento giurisdizionale, cui solo eventualmente avrebbe potuto seguire l'apprensione della persona del debitore, cioè la sua *addictio* al creditore.

Se si ammettesse – allora – la natura anche cognitoria della procedura, deriverebbe per il creditore la necessità dell'espletamento di un nuovo giudizio volto ad accertare l'inadempimento della nuova *obligatio* derivante dal *iudicatum* precedentemente emesso, a seguito della difesa del *vindex* (nella *manus iniectio iudicati* e *pro iudicato*) o dello stesso debitore nella *manus iniectio pura* (nella quale era per lui possibile «*manum sibi depellere et pro se lege agere*»)²³.

²⁰ Nott. Att. XX.1.41: *Hanc autem fidem maiores nostri non modo in officiorum vicibus, sed in negotiorum quoque contractibus sanxerunt maximque in pecuniae usu atque commercio; adimi enim putaverunt subsidium hoc inopiae temporariae, quo communis omnium vita indiget, si perfidia debitorum sine gravi poena eluderet.*

²¹ L. PEPPE, *Studi sull'esecuzione personale*, cit., p. 60.

²² Tesi sostenuta da I. ANDOLINA, *I presupposti dell'esecuzione forzata*, I, in *JUS*, 1-2, 1966, pp. 130-140.

²³ Gai. 4.23-24: *Sed aliae leges ex quibusdam causis constituerunt quasdam actiones per manus iniectionem, sed puram, id est non pro iudicato, uelut lex Furia testamentaria aduersus eum, qui legatorum nomine mortisue causa plus M assibus cepisset, cum ea lege non esset exceptus, ut ei plus capere liceret; item lex Marcia aduersus faeneratores, ut si usuras exegissent, de his reddendis per manus iniectionem cum eis ageretur. Ex quibus legibus et si quae aliae similes essent cum agebatur, manum sibi depellere et pro se lege agere reo licebat. nam et actor in ipsa legis actione non adiciebat hoc uerbum PRO IUDICATO, sed nominata causa, ex qua agebat, ita dicebat: OB EAM REM EGO TIBI MANVM INICIO; cum hi, quibus pro iudicato actio data erat, nominata causa, ex qua agebant, ita inferebant: OB EAM REM EGO*

In tal modo, pertanto, sia nel caso di *datio vindicis* nella *manus iniectio iudicati* e *pro iudicato*, che nel caso di *infinitio* nella *manus iniectio pura*, sarebbe secondo tale congettura conseguita una nuova procedura accertativa, volta a dimostrare la fondatezza della pretesa attorea. Laddove, poi, la difesa del *vindex* fosse risultata infondata egli sarebbe stato, in virtù della litiscrescenza, condannato al pagamento del doppio rispetto all'obbligazione originaria. Anche in questa ipotesi, tuttavia, – secondo la tesi volta ad ammettere la natura anche cognitoria del procedimento per *manus iniectio* – non sarebbe seguita necessariamente e automaticamente l'esecuzione, in quanto il *vindex* avrebbe potuto indicare, a sua difesa, un ulteriore *vindex*. In tal modo, il creditore – innanzi alle continue e ipoteticamente infinite difese del debitore (si fa riferimento al c.d. problema della configurazione di infinite *infinitiones* e di altrettanti *vindices*) – non avrebbe mai ottenuto tutela diretta delle proprie pretese.

2.1.1. La forza persuasiva all'adempimento della procedura esecutiva personale conseguente all'*actio iudicati*.

Analoga situazione, assolutamente sfavorevole sia per l'esecutante che per l'esecutato, si rinveniva all'interno di altra procedura esecutiva personale (alternativa alla *bonorum venditio*), prevista nel contesto della procedura formulare, e conseguente all'*actio iudicati*²⁴.

Anche in una tale misura esecutiva personale, infatti, erano previste gravi e spiacevoli conseguenze in capo al debitore, che – in caso di soccombenza – veniva *ductus* dal creditore. Qualora, invece, egli avesse deciso di difendersi, sostenendo che mancassero i presupposti della procedura esecutiva personale, quali – in alternativa – la mancata emissione della sentenza di condanna o l'avvenuto adempimento entro il termine o, ancora, che i trenta *dies iusti* non fossero inutilmente decorsi, e la sue eccezioni fossero risultate infondate, sarebbe stato anch'egli – al pari del *vindex* nella *manus iniectio iudicati* e *pro iudicato* – condannato al pagamento del doppio.

TIBI PRO IVDICATO MANVM INICIO nec me praeterit in forma legis Furiae testamentariae PRO IVDICATO uerbum inseri, cum in ipsa lege non sit; quod uidetur nulla ratione factum.

²⁴ Per un esame approfondito dell'istituto si rinvia a L. WENGER, *Zur Lehre von der actio iudicati*, Graz, 1901, *passim*; E.T. LIEBMAN, *L'actio iudicati nel processo giustiniano*, in *Studi Bonfante nel XL anno del suo insegnamento*, III, Milano, 1930, p. 403 ss.; F. LA ROSA, *La struttura della «cautio iudicatum solvi»*, in *Labeo*, 1956, p. 160 ss.; ID., *L'actio iudicati nel diritto romano classico*, Milano, 1963, p. 1 ss.; C. BUZZACCHI, *Studi sull'actio iudicati nel processo romano classico*, Milano, 1996, *passim*; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 101; A. SALOMONE, *Iudicati velut obligatio*, cit., p. 253 ss.; M. VARVARO, *Lineamenti di procedura civile romana*, Napoli, 2023, p. 191 ss.

Il creditore, in ogni caso, non avrebbe ricevuto l'esatta soddisfazione della pretesa vantata in giudizio, qualora il debitore avesse deciso di adempiere alla prestazione indicata nella sentenza di condanna entro i successivi trenta giorni, in quanto nel procedimento formulare – come risaputo – la condanna era necessariamente pecuniaria. Anche in questa ipotesi, pertanto, la soddisfazione sarebbe stata 'mediata' e non 'immediata'.

Problemi assai maggiori, inoltre, – secondo parte della dottrina²⁵ – sarebbero derivati ammettendo che dall'*infitiatio* infondata non sarebbe derivata la *ductio* del debitore, quanto piuttosto un nuovo *iudicatum* di condanna e, quindi, l'emissione di un'ulteriore *obligatio ex causa iudicati*. Bisogna ricordare, infatti, che – in virtù dell'effetto novativo della *litis contestatio* – il debitore non sarebbe stato più tenuto semplicemente ad ottemperare alla sentenza, quanto piuttosto alla nuova obbligazione contratta con il creditore e derivante dall'emissione del *iudicatum*.

Allora, la procedura esecutiva personale conseguente all'*actio iudicati*, libera da ogni legame con l'*obligatio principalis*, avrebbe secondo tale prospettiva designato la posizione giuridica del creditore nella nuova *obligatio ex causa iudicati*²⁶.

Dunque, sarebbe dovuto nuovamente decorrere il *tempus iudicati*, al termine del quale il creditore avrebbe potuto instaurare un'altra *actio iudicati*, richiedendo l'adempimento della nuova obbligazione. In caso di ulteriore e perdurante inadempimento, però, si riconcedeva la possibilità al debitore di difendersi nuovamente, opponendosi al nuovo *iudicatum* da cui era derivata l'*obligatio ex causa iudicati*, determinandosi in teoria una concatenazione infinita di *infitationes* e *actiones iudicati*, che sicuramente avrebbe leso sia il creditore, che non sarebbe riuscito ad ottenere tutela, sia il principio generale della certezza del diritto.

È evidente, allora, che sia la *manus iniectio* descritta all'interno della III Tavola che la procedura esecutiva personale conseguente all'*actio iudicati*, minacciando il debitore di gravissime conseguenze sulla sua persona in caso di inadempimento, lo avrebbero coartato all'esecuzione spontanea della sentenza entro i trenta *dies iusti* o, ancora prima, lo avrebbero indotto ad adempiere esattamente la propria obbligazione prima della sentenza di condanna (o della *litis contestatio*).

Tuttavia, così come si vedrà anche con riferimento al *contrainte par corps* e al corrispettivo arresto per debiti in età moderna²⁷, la previsione di una sanzione così grave sul corpo del debitore (nonché la

²⁵ Si rimanda, in particolare, a C. BUZZACCHI, *Studi sull'actio iudicati*, cit., pp. 83-84 e agli autori ivi citati.

²⁶ I. ANDOLINA, *I presupposti dell'esecuzione forzata*, cit., p. 151.

²⁷ Si rinvia, per un esame degli istituti del *contrainte par corps* in Francia e del corrispettivo arresto per debiti in Italia, al par. 3 del secondo capitolo e, in particolare, a p. 165 ss.

mancata tutela del creditore, ove si ammetta la natura accertativa di tali procedure) determinavano vulnera di tutela tali che si preferì utilizzare misure esecutive patrimoniali. Esse, tuttavia, non erano idonee ad assicurare in via coercitiva una soddisfazione immediata di una obbligazione di *facere*, *non facere* e – per il periodo classico – *dare*.

2.2. La particolare forza persuasiva della *bonorum venditio*. Confronto con la *cessio bonorum* e la *distractio bonorum*.

Ancora, nel contesto del procedimento formulare, giova esaminare brevemente i *deficit* di tutela ai quali erano sottoposti il creditore e il debitore nella *bonorum venditio*²⁸, per comprendere come maturasse all'interno dei giuristi romani la consapevolezza della necessità di prevedere misure di tutela indiretta, al fine di permettere la definizione deflattiva della controversia in una fase precedente all'emissione del *iudicatum* (se non, addirittura, secondo la tesi proculiana, della *litis contestatio*).

Tale procedura – sebbene concordemente e inequivocabilmente qualificata come patrimoniale –, secondo autorevole dottrina²⁹, conteneva ancora, almeno fino al tempo di Cicerone, elementi di personalità che determinavano conseguenze assai pregiudizievoli nei confronti del debitore esecutato.

²⁸ Per un esame maggiormente approfondito dell'istituto, che qui viene trattato solo in minima parte, si rinvia a G. ROTONDI, *Una nuova ipotesi in materia di 'bonorum venditio'*, in *Scritti giuridici*, III, Pavia, 1922, p. 6 (= in *Filangeri*, XXXVI, 1911); ID., *'Bonorum venditio' (Lineamenti)*, in *Per il XVI centenario della codificazione giustiniana*, Milano, 1938; S. SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, I-II-III, Napoli, 1937; O. CARRELLI, *Per una ipotesi sull'origine della bonorum venditio*, in *SDHI*, IV, 1938; ID., *Ancora sull'origine della 'bonorum venditio'*, in *SDHI* 9, 1943; G. SCHERILLO, *La 'bonorum venditio' come figura di 'successio'*, in *Iura*, IV, 1953; M. TALAMANCA, *La vendita all'incanto nel processo esecutivo romano*, in *Studi in onore di P. De Francisci*, Milano, 1956; C. MASI DORIA, *Die Societas Rutiliiana und die Ursprung der prätorischen Erbfolge der Freigelassenen*, in *ZSS*, CVI, 1989, p. 358 ss.; V. GIUFFRÈ, *Sull'origine della «bonorum venditio» come esecuzione patrimoniale*, in *Labeo*, XXXIX, 1993; P. ORSO, *Sul problema di un residuo attivo nella bonorum venditio*, in *SDHI*, LX, 1994, p. 261 ss.; M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 394; ss.; A. MANZO, *Dall'esecuzione personale all'esecuzione reale. La riforma di Publio Rutilio Rufo*, in *Studi Franciosi III*, Napoli, 2007; B. BISCOTTI, *Curare bona. Tutela del credito e custodia del patrimonio tra creditori e debitore. Aspetti generali*, Milano, 2008, p. 13 ss.; L. PEPPE, *Fra corpo e patrimonio. Obligatus, addictus, ductus, persona in causa Mancipi*, cit., p. 435 ss.; ID., *Riflessioni intorno all'esecuzione personale nel diritto romano*, in *Annali del seminario giuridico*, 2010, p. 117 ss.; M. PÉREZ ÁLVAREZ, *Origine e presupposti del concorso dei creditori a Roma*, in *Teoria e storia del diritto privato*, IV, 2011, p. 1 ss.

²⁹ G. PURPURA, *La pubblica rappresentazione dell'insolvenza*, cit., p. 4541 ss.

Nello specifico, Gianfranco Purpura ha dimostrato un tale assunto sulla scorta dell'attento esame di Cic. *Pro Quinct.* 15.49-50³⁰, riguardante la sottoposizione del debitore, costretto alla vendita di tutto il suo patrimonio, al 'più crudele dei funerali'.

All'interno del passo citato, l'Arpinate illustrava con molta enfasi le conseguenze che sarebbero derivate da tale forma di esecuzione. In particolare, si evince un'equiparazione tra l'esecutato, anche se ancora in vita, ed il morto. Cicerone, infatti, evidenziava l'analogia intercorrente fra il debitore, che ascoltava la voce del banditore mentre fissava il prezzo base dell'asta, e il defunto che durante i suoi funerali assisteva silente alle solenni esequie. Tuttavia, se il defunto era circondato dagli amici e dai parenti più cari, il debitore era alla presenza dei suoi spietati creditori.

Tale similitudine è dimostrabile anche sulla base delle reiterate associazioni che Gaio nel suo manuale istituzionale effettuava fra il successore *iure praetorio* e il *bonorum emptor*³¹.

³⁰ Cic. *Pro Quinct.* 15.49-50: *Nam quid homini potest turpius, quid vero miserius aut acerbius usu venire? quod tantum evenire dedecus, quae tanta calamitas inveniri potest? Pecuniam si cuipiam fortuna ademit aut si alicuius eripuit iniuria, tamen, dum existimatio est integra, facile consolatur honestas egestatem. At non nemo aut ignominia affectus aut iudicio turpi convictus bonis quidem suis utitur, alterius opes, id quod miserrimum est, non exspectat, hoc tamen in miseris adiumento et solacio sublevatur. Cuius vero bona venierunt, cuius non modo illae amplissimae fortunae, sed etiam victus vestitusque necessarius sub praecone cum dedecore subiectus est, is non modo ex numero vivorum exturbatur, sed, si fieri potest, infra etiam mortuos amandatur. Etenim mors honesta saepe vitam quoque turpem exornat, vita tam turpis ne morti quidem honestae locum relinquit.*

³¹ Gai. 2. 98: *Si cui heredes facti sumus siue cuius bonorum possessionem petierimus siue cuius bona emerimus siue quem adoptauerimus siue quam in manum ut uxorem receperimus, eius res ad nos transeunt*; Gai. 3.77: *Videamus autem et de ea successione, quae nobis ex emptione bonorum competit*; Gai. 3.80: *Neque autem bonorum possessorum neque bonorum emptorum res pleno iure fiunt, sed in bonis efficiuntur; ex iure Quiritium autem ita demum adquiruntur, si usu ceperunt. interdum quidem bonorum emptoribus ne usus quidem capio contingit, uelut si pereos ***** bonorum emptor*; Gai. 3.81: *Item quae debita sunt ei, cuius fuerunt bona, aut ipse debuit, neque bonorum possessor neque bonorum emptor ipso iure debet aut ipsis debentur, et ideo de omnibus rebus utilibus actionibus et agunt et conueniuntur, quas in sequenti commentario proponemus*; Gai. 4.34.: *Habemus adhuc alterius generis fictiones in quibusdam formulis, uelut cum is, qui ex edicto bonorum possessionem petiit, ficto se herede agit. cum enim praetorio iure is, non legitimo, succedat in locum defuncti, non habet directas actiones et neque id, quod defuncti fuit, potest intendere suum esse neque id, quod ei debebatur, potest intendere dari sibi oportere; itaque ficto se herede intendit, uelut hoc modo: IVDEX ESTO. SI AVLVS AGERIVS, id est si ipse actor, LVCIO TITIO HERES ESSET, TVM SI FVNDVM, DE QVO AGITVR, EX IVRE QVIRITIVM EIVS ESSE OPORTERET; et si [...] praeposita simili fictione heredis ita subicitur: TVM SI NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO SESTERTIVM X MILIA DARE OPORTERET*; Gai. 4.35: *Similiter et bonorum emptor ficto se herede agit. sed interdum et alio modo agere solet. nam ex persona eius, cuius bona emerit, sumpta intentione conuertit condemnationem in suam personam, id est, ut quod illius esset uel illi dari oporteret, eo nomine aduersarius huic condemnetur. quae species actionis appellatur Rutiliana, quia a praetore Publio Rutilio, qui et bonorum uenditionem introduxisse dicitur, comparata est. superior autem species actionis, qua ficto se herede bonorum emptor agit, Seruiana vocatur*; Gai. 4.144: *Adipiscendae possessionis causa interdictum accommodatur bonorum possessori, cuius principium est QVORUM BONORVM; eiusque uis et potestas haec est, ut quod quisque ex his bonis, quorum possessio alicui data est, pro herede aut pro possessore possidet doloue fecit, quo minus possideret, id ei, cui bonorum possessio data est, restituatur. pro herede autem possidere uidetur tam is, qui heres est, quam is, qui putat se heredem esse; pro possessore is possidet, qui sine causa aliquam rem hereditariam uel etiam totam hereditatem sciens ad se non pertinere possidet. ideo autem adipiscendae possessionis uocatur, quia ei tantum utile est, qui nunc primum conatur adipisci rei*

È stato osservato³² con riferimento a questo passo che con la *bonorum venditio* non si potesse ancora sostenere che il passaggio dall'esecuzione sulla persona alla soddisfazione sul patrimonio si fosse verificato, poiché essa rappresentava solo un momento di un percorso, forse mai pienamente compiuto, da una procedura personale ad una procedura patrimoniale.

Vincenzo Giuffrè³³, inoltre, ritiene che «se, infatti, è assente una misura che colpisca direttamente la libertà e sia direttamente inerente al corpo del debitore e si abbia altresì un trapasso patrimoniale del *decoctor* ad altri, sono invece presenti vistosi elementi che indicano che ancora il procedimento colpisce la persona del debitore, ma non più, come un tempo, nel suo aspetto meramente materiale, bensì in un aspetto squisitamente giuridico».

Si desume, così, che almeno fino all'epoca di Cicerone la *bonorum venditio* non esaurisse i suoi effetti sul patrimonio del debitore: questi si estendevano fino a coinvolgere la sua persona, la sua reputazione e il godimento dei diritti civili e politici.

Difatti, la procedura promossa dai creditori non incideva direttamente sui beni del debitore³⁴, ma sulla sua situazione giuridica complessiva attraverso l'espedito della successione universale del *bonorum emptor* con la responsabilità gravante su tutto il suo patrimonio e non soltanto nei limiti di quanto acquistato.

Inoltre, il debitore fallito subiva la spoliazione di ogni bene e rapporto patrimoniale che ne era parte, anche se non inerente alla soddisfazione dei creditori. Poteva così accadere nella pratica che un cospicuo patrimonio venisse integralmente aggredito per la soddisfazione di un piccolo credito. Quindi, l'esecuzione colpiva anche indirettamente la persona del debitore, oltre che il suo patrimonio, in quanto ne determinava una condizione di assoluta indigenza.

possessionem; itaque si quis adeptus possessionem amiserit, desinit ei id interdictum utile esse; Gai. 4.145: Bonorum quoque emptori similiter proponitur interdictum, quod quidam possessorium vocant.

³² G. PURPURA, *La pubblica rappresentazione dell'insolvenza*, cit., p. 4546.

³³ V. GIUFFRÈ, *Praesidia libertatis*, cit., p. 277 ss.

³⁴ G.E. LONGO, s.v. *Esecuzione forzata* (diritto romano), in *NNDI*, VI, Torino, 1964, p. 720 ss., sostiene che «il trapasso patrimoniale del debitore a un terzo non è il 'fatto' essenziale dell'istituto, il quale viene qualificato invece da più importanti effetti, quali la successione universale del *bonorum emptor*, con la conseguente legittimazione attiva e passiva in capo a lui dei rapporti dei quali era titolare il *decoctor* e, soprattutto, con la conseguente responsabilità gravante su tutto il patrimonio e non solo nei limiti dei beni acquistati; inoltre, il *decoctor* subisce la spoliazione di ogni bene e rapporto patrimoniale (non solo di quelli che servono a soddisfare i creditori) e, soprattutto, subisce l'*infamia*».

Alla *bonorum venditio*, infine, era associata l'*ignominia*³⁵, derivante dalla perdita di reputazione di tutti coloro che in vita assistevano silenti 'al loro funerale civile', cioè a una successione patrimoniale su tutti i loro beni cui si aggiungeva il degrado dell'iscrizione nella classe di censo immediatamente inferiore.

Se ne deduce, allora, come – almeno fino all'epoca di Cicerone – una tale procedura fosse eccessivamente gravosa nei confronti del debitore esecutato, che, oltre a perdere ogni bene appartenente al proprio patrimonio, subiva la 'morte civile', la *proscriptio* e l'*ignominia*.

Analogamente, la *bonorum venditio* non riusciva totalmente a soddisfare neppure il creditore vittorioso nel giudizio di accertamento del proprio credito. Egli – difatti – non otteneva diretta esecuzione delle proprie pretese, quanto piuttosto un mero surrogato nella forma dell'equivalente pecuniario, sebbene – come detto – la stessa natura coattiva e persuasiva della procedura permettesse spesso una definizione della lite precedente all'emissione della sentenza.

Diversamente avveniva, come anticipato, nel contesto delle *cognitiones extra ordinem* e, in particolare, nella *cessio bonorum*³⁶ e nella *distractio bonorum*³⁷, procedure esecutive tipicamente

³⁵ Gai. 2.154: «Unde qui facultates suas suspectas habet, solet seruum suum primo aut secundo uel etiam ulteriore gradu liberum et heredem instituere, ut si creditoribus satis non fiat, potius huius heredis quam ipsius testatoris bona ueneant, id est, ut ignominia, quae accidit ex uenditione bonorum, hunc potius heredem quam ipsum testatorem contingat; quamquam apud Fufidium Sabino placeat eximendum eum esse ignominia, quia non suo uitio, sed necessitate iuris bonorum uenditionem pateretur; sed alio iure utimur.

³⁶ Sul procedimento della *cessio bonorum* si vedano, fra tutti, M. WLASSAK, s.v. *Cessio bonorum*, in *PWRE*, III.2, Stuttgart, 1899, c. 1995 ss.; L. GUENOUN, *La cessio bonorum*, Parigi, 1920, *passim*; F. WOESS, *Personalexekution und cessio bonorum in römisches Reichsrecht*, in *ZSS*, 43, 1922, pp. 485 ss.; L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana* (trad. it. di R. Orestano), Milano, 1938, pp. 232 ss.; G. DONATUTI, s.v. *Cessio bonorum*, in *NDI*, Torino, 1938, p. 63; B. BIONDI, s.v. *Cessio bonorum*, in *NNDI*, Torino, 1960, pp. 137 s.; P. VOCI, s.v. *Esecuzione forzata*, in *ED*, XV, Milano, 1966, p. 428.; W. LITEWSKI, *Das beneficium competentiae im römischen Recht*, in *Studi in onore di E. Volterra*, IV, Milano, 1971, pp. 499 ss.; M. MARRONE, *Note di diritto romano sul c.d. beneficium competentiae*, in *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo*, 36, 1971, pp. 5 ss.; V. GIUFFRÈ, *Profili politici ed economici della cessio bonorum*, in *Rivista di studi salentini*, Salerno, 1971, p. 3 ss.; A. GUARINO, *La condanna nei limiti del possibile*, Napoli, 1978, pp. 38 ss.; J. GILDEMEISTER, *Das beneficium competentiae im klassischen römischen Recht*, Göttingen, 1986, pp. 66 ss.; V. GIUFFRÈ, *Sull'origine della "bonorum venditio" come esecuzione patrimoniale*, in *Labeo*, 39, 1993, pp. 324 ss.; W. PAKTER, *The Mystery of cessio bonorum*, in *Index*, XXII-1, 1994, pp. 323 ss.; M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 405 ss.; M. P. PÉREZ ALVAREZ, *La bonorum venditio. Estudio sobre el concurso de acreedores en Derecho Romano clásico*, Madrid, 2000, pp. 84 ss.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 104; S. SCHIAVO, *Graziano, la cessio bonorum e l'esecuzione personale per debiti*, in *Iuris Antiqui Historia*, 2009, p. 9 ss.; M. VARVARO, *Lineamenti di procedura civile romana*, cit., p. 196 ss.

³⁷ Sul procedimento della *distractio bonorum*, cfr. L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, cit., pp. 232 ss.; S. SOLLAZZI, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, II, 1938, p. 198 ss.; C. COSENTINI, *Sui limiti d'applicabilità della bonorum distractio ex edicto*, in *SDHI*, 1945, p. 1 ss.; V. GIUFFRÈ, *Praesidia libertatis*, cit., p. 267 ss.; ID. *Sull'origine della «bonorum venditio» come esecuzione patrimoniale*, in *Labeo*, XXXIX, 1993, pp. 327; V. SCARANO USSANI, *Le forme del privilegio. Beneficia e privilegia tra Cesare e gli Antonini*, Napoli, 1994, p. 103 ss.; M. KASER, K. HACKL, *Das*

patrimoniali. Come risaputo, in esse le conseguenze negative in capo al debitore esecutato erano certamente inferiori, non dandosi luogo né ad esecuzione personale né ad *infamia* e, per la sola ipotesi di *cessio bonorum*, neppure alla *proscriptio*. Tuttavia, nemmeno tali procedimenti avrebbero permesso al creditore di ottenere esatta soddisfazione della sua pretesa, ma solamente un mero surrogato pecuniario. Si aggiunga, poi, che la maggiore ‘proporzione’ fra l’inadempimento e la misura esecutiva non avrebbe comportato la stessa forza coattiva all’adempimento spontaneo dell’obbligazione originariamente dovuta.

Quindi, se la tutela in capo al debitore esecutato era sicuramente maggiore, più difficilmente il creditore avrebbe ottenuto – per mancanza di forza coercitiva delle misure – l’esatta soddisfazione della propria pretesa in una fase precedente all’emissione della sentenza.

Allora, sia nelle procedure esecutive personali che in quelle patrimoniali non si raggiungeva un congruo temperamento di interessi, fra quello creditorio all’esatta soddisfazione e quello debitorio alla tutela della propria libertà fisica e morale, con riferimento alle obbligazioni di *facere*, *non facere* e *dare*, per le quali – nel processo formulare – la sentenza di condanna sarebbe stata solamente al *tantundem*³⁸.

Si vedrà poi che problema analogo, sebbene ridotto in proporzione, si verificò anche nel procedimento delle *cognitiones extra ordinem*, nelle quali – sebbene la regola fosse quella della condanna in forma specifica – non venne congegnato alcun sistema di esecuzione diretta delle obbligazioni di *facere* e *non facere*.

Dunque, così come accadde successivamente in età medievale e moderna, si assistette alla necessità di prevedere strumenti deflattivi del contezioso che permettessero in via anticipata la definizione della lite, tramite l’induzione del debitore allo spontaneo adempimento della prestazione dedotta in

römische Zivilprozessrecht, cit., pp. 405 ss.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 2006, p. 104; M. VARVARO, *Lineamenti di procedura civile romana*, cit., p. 196 ss.

³⁸ La problematica viene rilevata con riferimento al processo formulare da A. BETHMANN HOLLWEG, *Handbuch des Civilprozesses*, I, Bonn, 1834, p. 325, secondo il quale: «werfen wir noch einen Blick auf das im Vorigen beschriebene Exekutionsverfahren, so überzeugen wir uns zwar, dass es auf achtungswerten und konsequent durchgeführten Prinzipien beruhte, nämlich auf dem doppelten Grundsatz, dass die Privatfreiheit des unbescholtenen Bürgers möglichst geschont, gegen den schlechten Wirt und bösen Schuldner aber mit großem Ernst verfahren werden müsse, und dass es auch im Einzelnen manches sehr Praktische enthielt – wie z. B. den Zuschlag der Konkursmasse an einen Spekulant gegen Zahlung von Prozenten; wir werden aber andererseits auch nicht leugnen können, dass es in mancher Hinsicht mangelhaft war. Es ging über seinen Zweck hinaus und erreichte ihn doch nicht ganz. Den Schuldner, der vielleicht ein so herbes Los nicht verdiente, traf Vernichtung seiner ganzen Existenz, und dem Gläubiger wurde auf einem weiten Umwege nur ein Ersatz für dasjenige, was er eigentlich wünschte, verschafft. Dies war ohne Zweifel die Veranlassung zu den wichtigen Neuerungen schon in der früheren Kaiserzeit».

obbligazione in un momento precedente all'emissione della sentenza. Di tali istituti si renderà conto nei paragrafi che seguono.

Giova, tuttavia, qui sottolineare come tali strumenti naturalmente non fossero previsti in sostituzione degli ordinari mezzi esecutivi, ma che si ponessero con gli stessi in un rapporto di alternatività, allo scopo di scongiurare in via anticipata quelle conseguenze negative che dall'instaurazione del procedimento esecutivo stesso potevano derivare per l'adempimento di una obbligazione di *facere*, *non facere* e nel diritto classico anche di *dare*.

3. Utilizzo di strumenti deflattivi volti a garantire l'esatta soddisfazione del creditore in una fase precedente all'emissione della sentenza.

Come accennato³⁹, secondo il principio formulare '*omnia iudicia absolutoria esse*', poiché la formula era strutturata in funzione assolutoria del convenuto, vennero escogitati, specialmente dal pretore⁴⁰, utili rimedi deflattivi volti ad assicurare l'esatto adempimento della prestazione dedotta in obbligazione in una fase precedente all'emissione del *iudicatum*.

Come anticipato, si trattava semplicemente di misure alternative a quelle prettamente esecutive, giacché operavano prima dell'emissione della sentenza (nonché della *litis contestatio*) ed erano volte – seppur indirettamente –, in una logica persuasiva, ad evitare l'instaurazione della procedura di esecuzione, cosicché il creditore – nel contesto formulare in cui la sentenza di condanna era sempre al pagamento pecuniario – potesse ottenere esattamente soddisfazione della pretesa di *facere, non facere e dare* da lui vantata.

Ovviamente, nell'ipotesi in cui il debitore avesse comunque persistito nell'inadempimento, nulla avrebbe impedito che si addivenisse alla procedura esecutiva vera e propria. Si pensi, ad esempio, al convenuto inadempiente anche all'*actio ex stipulatu*: la conseguenza immediata sarebbe stata l'instaurazione della procedura esecutiva.

Allora, tali misure alternative, quali le *cautiones*, il sistema interdittale, la clausola arbitrale e il giuramento decisorio, erano funzionali ad offrire al debitore un'ulteriore possibilità di adempimento spontaneo, così che egli avrebbe evitato le conseguenze assai gravi tipiche delle misure esecutive, nonché il creditore avrebbe ottenuto esatta tutela delle proprie pretese.

Dunque, si può sostenere che tali misure svolgessero la loro funzione latamente coercitiva, inducendo cioè il debitore riottoso all'adempimento spontaneo, rendendo così possibile l'esatta soddisfazione del creditore. Questi strumenti, in ogni caso, si collocavano in una fase preliminare all'esecuzione vera e propria, che sarebbe risultata superflua qualora il timore avesse raggiunto pienamente il suo scopo persuasivo.

³⁹ Il principio formulare '*omnia iudicia absolutoria esse*' è già stato analizzato al par. 2 di questo capitolo e, in particolare, a p. 20.

⁴⁰ Si veda in tal senso anche F. K. SAVIGNY, *Le obbligazioni* (traduzione italiana con appendici a cura di G. Pacchioni), II, Torino, 1912, p. 317, il quale – dopo aver passato in rassegna alcuni rimedi pretori (nella specie, la clausola arbitrale e le *cautiones*) – evidenzia come il problema della pecuniarietà della condanna e del conseguente *deficit* di tutela del creditore potessero essere risolti a mezzo dell'intervento del pretore. Quest'ultimo, infatti, in una fase ben antecedente alla *litis contestatio* poteva disporre di misure coercitive che inducessero il debitore allo spontaneo adempimento. Difatti, «questi esempi ci dimostrano che, quando si dice che nella procedura formulare romana non vi poteva essere condanna altro che pecuniaria, si dimentica che accanto al giudice v'era il pretore».

Pertanto, mentre le procedure esecutive personali (insieme alla *bonorum venditio*) esercitavano una forza coercitiva in senso proprio, poiché finalizzate direttamente all'esecuzione forzata di un debito già accertato – sia in una fase giudiziale pregressa sia attraverso la *confessio* –, le misure dotate soltanto di una forza 'latamente coercitiva' non erano invece espressamente concepite per indurre il debitore all'adempimento spontaneo dopo una pronuncia giudiziale. Tali misure perseguivano questo effetto solo in modo indiretto e accessorio⁴¹.

Alla luce di ciò, sarebbe impreciso utilizzare per descrivere tali procedure il termine 'misure di coazione indiretta', in quanto – oltre a non rivenirsi ovviamente alcuna indicazione delle fonti in tal senso – il loro scopo primario, per il quale erano state cioè congegnate, non era l'esecuzione in forma specifica e precedente all'emissione della sentenza di una obbligazione di *facere*, *non facere* e *dare*, che rappresentava solo un 'incidente' della loro attuazione. Inoltre, tali misure non si collocavano in una fase successiva al *iudicatum*, ma lo prevenivano, evitando così la comminatoria di condanna pecuniaria. Per tale motivo, allora, – sebbene io sia perfettamente consapevole che tali categorie siano estranee tanto alle fonti quanto al linguaggio dei giuristi romani – ho preferito utilizzare il termine 'forza latamente coercitiva'⁴², per indicarne gli effetti indiretti e non anche i principali⁴³.

⁴¹ Analogamente, le misure coercitive previste oggi, fra le quali in Italia l'art. 614-bis c.p.c. e in Francia l'*astreinte*, non agiscono in via preliminare e anticipata rispetto all'emissione della sentenza (al pari delle misure deflative e persuasive romane), ma sono susseguenti a una precedente fase di accertamento giudiziale.

⁴² In realtà, strumenti persuasivi si rivenivano sovente nella procedura civile romana, ove si tentava, tramite minaccia di sanzione, di indurre il debitore alla partecipazione in giudizio, vincendo qualsiasi suo comportamento riottoso, o all'adempimento spontaneo della propria prestazione. Tuttavia, l'oggetto della mia analisi concerne solamente quelle misure latamente coercitive che determinavano quale effetto indiretto l'adempimento di una obbligazione di *facere*, *non facere* e *dare*, talché dovrò soprassedere dallo studio delle fattispecie processuali che si proponevano una finalità indiretta differente. Faccio riferimento, in particolare, al *pignus* che, specialmente se vi era annesso un patto commissorio o di vendita, tramite la ritenzione della cosa, il suo trattenimento e la sua vendita, induceva il debitore allo spontaneo adempimento della prestazione. Tuttavia, poiché l'obbligazione garantita dal pegno era una obbligazione pecuniaria, non posso annoverare il pegno fra quelle misure latamente coercitive che permettevano di risolvere in via anticipata il *vulnus* di tutela delle obbligazioni di *facere* e *dare*. Analogamente, ma per ragioni differenti, non può costituire oggetto della mia analisi l'*indefensio*, conseguente alla mancata partecipazione in giudizio del convenuto, che si fosse rifiutato, ad esempio, nella fase *in iure* di compiere gli atti richiesti. Non vi è, dubbio, infatti che le sanzioni previste, quali l'esecuzione personale o patrimoniale nell'*actio in personam* e la *missio in possessionem* nell'*actio in rem* avrebbero determinato gravissime conseguenze in capo al convenuto. Tuttavia, egli sarebbe stato indotto non tanto ad adempiere l'originaria prestazione cui si era vincolato, quanto a partecipare attivamente al processo, così che venisse instaurata la successiva fase *apud iudicem*. Ancora, la previsione della litiscrescenza nel procedimento formulare non era volta all'esatto adempimento di una obbligazione di *facere* o di *dare*, ma ad evitare – ad esempio nel contesto dell'*actio iudicati* – pretestuose difese.

⁴³ Differentemente, con riguardo alle *astreintes* della giurisprudenza francese o all'art. 614-bis c.p.c., non vi è dubbio che esse costituiscano vere e proprie misure di coazione indiretta, giacché una tale formulazione la si rinviene nelle fonti e in quanto vengono espressamente previste allo scopo di risolvere il *deficit* di tutela dell'esecuzione in forma specifica di ogni obbligazione di *facere* e *non facere* (oggi) infungibile, in quanto '*nemo ad factum cogi potest*'.

Premesse queste brevi considerazioni, è adesso opportuno analizzare, se pur sommariamente, le misure deflattive del contenzioso civile che, in un'ottica compulsoria, permettevano, indirettamente e quale effetto secondario, l'esatto adempimento delle obbligazioni in una fase precedente all'emissione del *iudicatum*.

Fra queste si possono certamente annoverare le *cautiones*⁴⁴, il sistema interdittale⁴⁵, la clausola arbitrale⁴⁶ e il (mancato) riferimento del giuramento estimatorio⁴⁷.

3.1. Le cautiones.

Una tale ricerca in materia di strumenti deflattivi, volti ad assicurare una esatta soddisfazione del creditore prima dell'emissione della sentenza, ha inizio con lo studio dalle *cautiones*⁴⁸ (rinviano per le stipulazioni convenzionali alla seconda sezione di questo capitolo).

Si trattava, in particolare, di rimedi cautelari tipici del sistema formulare, consistenti in una *stipulatio* che il pretore, su richiesta dell'attore, ordinava di prestare al convenuto a garanzia dell'adempimento della propria obbligazione. Quindi, quest'ultimo prometteva di pagare alla propria controparte negoziale una determinata somma di denaro (o di realizzare una determinata prestazione) al verificarsi di una certa condizione, consistente nell'inadempimento dell'originaria obbligazione cui si era vincolato. Qualora, verificatosi l'evento dedotto in condizione, il debitore non avesse adempiuto l'obbligo previsto nella *cautio* (cioè, in genere, il pagamento di una somma di denaro), la *stipulatio* sarebbe stata '*commissa*', ossia resa efficace, e, pertanto, il creditore sarebbe stato attivamente legittimato ad agire contro di lui *ex stipulatu*.

Si aggiunga che, qualora il debitore si fosse rifiutato di prestare la *cautio* a seguito della *causae cognitio* del pretore, la prospettiva di altri mali lo avrebbero indotto a preferire un adeguamento all'ingiunzione del magistrato, piuttosto che le conseguenze sfavorevoli da costui minacciate. Si fa

⁴⁴ Si rinvia, per l'esame delle *cautiones*, quali strumenti utilizzabili al fine di indurre il debitore allo spontaneo adempimento dell'obbligazione, al par. 3.1 di questo capitolo e, in particolare, a p. 34 ss.

⁴⁵ Per l'esame del sistema interdittale, si rinvia al par. 3.4, p. 41 ss.

⁴⁶ Per l'analisi della clausola arbitraria e alla sua particolare funzione, si rimanda al par. 3.2., p. 32 ss.

⁴⁷ Si rinvia, per l'esame dell'efficacia latamente coercitiva del giuramento decisorio, al par. 3.3., p. 39 ss.

⁴⁸ Il tema delle *stipulationes* pretorie è affrontato, in particolare, da F. WOESS, *Die prätorischen Stipulationen und der römische Rechtsschutz*, in ZSS 53, 1933, pp. 372-408; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano. Il processo formulare. Lezioni dell'Anno accademico 1948-1949*, Genova, 1949, II, p. 66 ss.; A. GUARINO, *La classificazione delle stipulationes praetoriae*, in Labeo, 1962, p. 214 ss.; G.I. LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem*, cit., p. 253 ss.; C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano, Il processo formulare*, II, Torino, 1982, p. 152 ss.; M. VARVARO, *Lineamenti di procedura civile romana*, cit., p. 213 ss.

riferimento, in particolare, al *denegare actionem* nella *cautio ratam rem dominum habiturum*, nella *cautio fructuaria* e nella *cautio usuraria*, e alla *missio in possessionem* nella *cautio damni infecti* e nella *cautio legatorum servandorum causa*⁴⁹.

La prospettazione di minacce così gravi, quali le conseguenze derivanti dall'azione *ex stipulatu* (dalla quale, comunque, poteva ancora derivare l'esecuzione vera e propria), dalla *missio in possessionem* e della *denegatio actionis*, faceva sì che spesso il debitore, che si trovasse nella capacità di adempiere, realizzasse esattamente la prestazione dovuta.

Si pensi, a tal proposito, alla *missio in possessionem damni infecti nomine*, la cui prospettazione induceva il vicino di casa ad adempiere l'obbligazione tutelata dalla *stipulatio* in forza della quale, se si fosse verificato un danno, egli lo avrebbe risarcito. Si consideri, ancora, la *missio* nell'ambito della *cautio legatorum servandorum causa* nell'ipotesi di legato ad effetti obbligatori sottoposto a condizione, pretesa dal legatario nei confronti dell'erede affinché questo, al verificarsi della condizione, desse esecuzione al legato.

Una tale 'forza latamente coercitiva' era poi rafforzata dalla previsione di una penale⁵⁰, che poteva essere annessa non soltanto alle stipulazioni convenzionali, ma anche alla pretorie. Tipici esempi erano rappresentati dalla *cautio vadimonium sisti*⁵¹ e dalla *stipulatio duplae*⁵² in caso di evizione nella compravendita. In tal modo, allora, al verificarsi dell'inadempimento (quale condizione sospensiva negativa di efficacia della *cautio*), la *poena* diveniva efficace, talché il debitore sarebbe stato condannato al pagamento di una somma predeterminata e il cui valore era assai superiore a quello dell'obbligazione originale.

Una tale minaccia di pena, senza alcun dubbio, spronava ulteriormente il debitore all'adempimento spontaneo della propria prestazione, così risolvendo in via deflattiva e anticipata quel *vulnus* di tutela esecutiva delle obbligazioni di *facere* e *dare*.

⁴⁹ M. VARVARO, *Lineamenti di procedura civile romana*, cit., p. 215, il quale annovera espressamente la *denegatio actionis* e la *missio in possessionem*, a seguito del rifiuto di prestare la *cautio*, fra le 'misure di coazione indiretta'.

⁵⁰ Per un approfondimento si rinvia a P. VOGLI, *La responsabilità del debitore da stipulatio poenae*, in *Studi in onore di E. Volterra*, Milano, 1969, p. 325 ss.

⁵¹ Con riferimento alla clausola penale annessa alla *cautio vadimonium sisti*, cfr. D. 2.5.3 (Ulp. 47 *ad Sab.*), D. 2.11.2 (Ulp. 74 *ad ed.*), D. 2.11.9.2 (Ulp. 77 *ad ed.*), D. 2.11.10 (Paul. 1 *ad Plaut.*).

⁵² Con riferimento alla clausola penale annessa alla *stipulatio duplae*, vd. D. 45.1.3.2 (Ulp. 49 *ad Sab.*) e D. 45.1.38.2 (Ulp. 49 *ad Sab.*).

Va, inoltre, ricordata l'opinione di Luzzatto⁵³, secondo il quale la creazione delle *cautiones*, quali misure di coercizione indiretta (da me definite 'in senso lato'), si collocava nell'ambito dello *ius honorarium*, quale rimedio introdotto dal pretore per risolvere il problema dell'inesigibilità diretta degli obblighi di *ius civile*. In particolare, veniva dall'Autore rilevato come «il ricorso alle stipulazioni pretorie avviene in quei casi in cui il diritto (sul piano processuale o sostanziale) non prevede un mezzo di coazione diretta; in altre parole, la *cautio* rappresenta un mezzo per ricondurre nell'ambito dello *ius civile* e per munire di coazione un rapporto che ne era privo» o per il venire meno di una determinata *legis actio* o perché un determinato rapporto non poteva ricevere le tutele proprie dello *ius civile*. Quindi, «in origine ci troviamo in presenza di un espediente rivolto a munire di coazione indiretta degli obblighi che nel regime delle *legis actiones* erano imposti legalmente».

Nello specifico, a proposito della *cautio iudicatum solvi*, viene evidenziato che «venuto meno il carattere esecutivo delle *legis actiones*, manca un mezzo di coazione diretta per costringere il debitore soccombente ad eseguire la prestazione o ad assumere la *defensio* nell'*actio iudicati*. A tale risultato è possibile pervenire soltanto attraverso una coazione indiretta, in quanto il magistrato imponga ed ottenga dalle parti la pronuncia di una stipulazione *ad hoc*, eventualmente accompagnata da ulteriori garanzie».

Si tratta esattamente di quel percorso evolutivo che ho poc'anzi accennato. Difatti, non essendo più utilizzabile il rimedio esecutivo della *manus iniectio*, in quanto le *legis actiones* '*in odium venerunt*', e non potendosi costringere esattamente il debitore a realizzare una prestazione di *dare* o *facere* (tra cui la difesa in giudizio), accanto alle misure di esecuzione prettamente patrimoniali, inidonee a soddisfare la pretesa creditoria, dovettero essere previste dal pretore misure di coazione indiretta all'adempimento (in senso lato), dotate di forza coattiva e, pertanto, idonee a spronare il debitore all'esatto adempimento della prestazione dedotta in obbligazione.

Per adesso evito di esaminare tutte le *stipulationes* pretorie con carattere deflattivo del contenzioso civile e volte all'esecuzione anticipata di una obbligazione di *facere* e di *dare*. Mi interessa, infatti, solamente sottolineare la loro natura latamente coercitiva. Si rinvia, invece, alla prossima sezione per un esame approfondito delle stipulazioni convenzionali, specialmente con annessa clausola penale.

⁵³ G.I. LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem*, cit., p. 253 ss.

3.2. La clausola arbitraria.

Altro rimedio pretorio, accanto alle *cautiones*, previsto per risolvere il *deficit* di tutela delle obbligazioni di *dare* e *facere*, permettendo così, in una fase precedente all'emissione del *iudicatum*, l'esatto adempimento della prestazione dedotta in obbligazione, era la clausola arbitraria⁵⁴.

Si trattava della clausola inserita all'interno della formula con cui si richiedeva al giudice, una volta contestata la fondatezza di quanto dedotto dall'attore nell'*intentio*, di invitare il convenuto (in base al suo *arbitrium*) di *restituere* o di *exhibere*. Il convenuto, così intimato, sarebbe stato condannato soltanto nel caso di sua disubbidienza (*contumacia*) al *iussus de restituendo* o *de exhibendo*.

Ai fini prospettati, tale clausola rivestiva un'importanza fondamentale, in quanto – insieme ai giudizi di buona fede – era la sola ipotesi nella quale, anche a detta dei Proculiani, era possibile offrire *praecise* l'adempimento della prestazione in un momento successivo alla *litis contestatio*, così da liberare il debitore e da assicurare una tutela immediata delle pretese creditorie.

Infatti, la presenza nel programma di giudizio della clausola arbitraria contribuì a mitigare il principio della condanna solamente pecuniaria tipica del procedimento formulare. Pertanto, il creditore – una volta che il giudice avesse constatato la fondatezza della sua pretesa – avrebbe ottenuto esattamente

⁵⁴ Per un esame maggiormente approfondito si rinvia a B. BIONDI, *Sulla dottrina romana dell'“actio arbitraria”*, in *AUPA*, I, 1916, p. 19 ss.; ID., *Di nuovo sulla dottrina romana dell'“actio arbitraria”. A proposito di una recente ipotesi*, in *BIDR*, XXXVI, 1913, p. 5 ss.; ID., *Ancora in tema di “actio arbitraria”. Critiche ed idee del prof. Vincenzo Arangio-Ruiz*, in *BIDR*, XXVI, 1913, p. 153 ss.; ID., *La categoria delle “actiones arbitrarie”*, in *Scritti giuridici*, II, *Diritto romano. Fonti - diritto pubblico - penale - processuale civile*, Milano, 1965, p. 673 ss. (saggio stralciato da ID., “*Actiones stricti iuris*”, in *BIDR*, XXXII, 1922, 61 ss.); W. ENGELHARDT, *Die Bedeutung der “pronuntiatio iudicis” bei den sogenannten “actiones arbitrarie” im klassischen römischen Recht*, Erlangen, 1914, p. 1 ss.; R. DÜLL, *Der Gütegedanke im römischen Zivilprozessrecht. Ein Beitrag zur Lehre der Bedeutung von “arbiter”, “actiones arbitrarie”, Verfahren “in iure” und “exceptio”*, München, 1931, p. 1 ss.; M. KASER, *‘Restituere’ als Prozeßgegenstand. Ein Beitrag zur Lehre von der materiellrechtlichen Beschaffenheit der ‘in iudicium’ deduzierten Ansprüche im klassischen römischen Recht*, München, 1932, p. 9 ss.; S.G. HUWARDAS, *Beiträge zur Lehre von den “actiones arbitrarie”, insbesondere von der “actio de eo quod certo loco dari oportet” im klassischen römischen Recht*, Leipzig, 1932, *passim*; G. SEGRÈ, *La clausola restitutiva nelle azioni “de servitutibus” e le formule delle azioni relative alla “servitus oneris ferendi”*, in *BIDR*, XLI, 1933, p. 21; H.J. SCHELTEMA, *Proeve eener Theorie der “actiones arbitrarie”*, Groningen, 1934, p. 1 ss.; E. SCHÖNBAUER, *Vom Wesen der “iudicia arbitrarie”*, in *Studi in onore di S. Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, II, Palermo, 1936, p. 369 ss.; M. MARRONE, *Actio ad exhibendum*, in *AUPA*, XXVI, 1958, p. 649 ss.; ID., *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 95 ss.; E. LEVY, *Zur Lehre von den sog. “actiones arbitrarie”*, I, Köln - Graz, 1963, p. 323 ss.; G. BUIGUES OLIVER, *La solucion amistosa de los conflictos en derecho romano: el ‘arbitro ex compromisso’*, Madrid, 1990, p. 67; S. VIARO, *Azioni penali munite di clausola arbitraria: una contraddizione in termini?*, in L. GAROFALO (a cura di), *Actio in rem e actio in personam. In ricordo di M. Talamanca*, I, Padova, 2011, p. 645 ss.; ID., *L'arbitratus de restituendo nelle formule del processo privato romano*, Napoli, 2012; G. D'ANGELO, *Azioni nossali e clausola arbitraria*, in *AUPA*, LX, 2017, p. 291 ss.

la prestazione dedotta in obbligazione, laddove essa fosse stata di *dare* o *facere*, e non solamente l'equivalente pecuniario.

Difatti, ammettendo che con il termine '*restitutio*' non dovesse farsi riferimento solo a una materiale restituzione della cosa, ma al ripristino dello *status quo ante* alla *litis contestatio*⁵⁵, si giunge alla conclusione che la clausola arbitraria potesse riguardare anche un'obbligazione di *facere* o *non facere*.

Si pensi, quindi, ad esempio, alla *restitutio* da parte del convenuto nel contesto della *vindicatio usus fructus*, ove si voleva concedere all'attore il libero esercizio del proprio diritto⁵⁶. Quindi, in tale fattispecie, veniva tutelata esattamente la pretesa dell'usufruttuario di godere e di disporre del bene oggetto di usufrutto (e, correlativamente, si permetteva l'adempimento dell'obbligazione di *non facere* del debitore – nudo proprietario, consistente nel non impedire la libera fruizione).

In tale contesto, inoltre, il nudo proprietario, eventualmente, avrebbe potuto prestare anche una *cautio de amplius non turbando*, con la quale egli si impegnava a non impedire per il futuro l'*uti frui*. In tal modo, allora, tramite la combinazione di due mezzi processuali a tutela dell'attore, sarebbe stata ulteriormente garantita la sua pretesa.

Appurato, pertanto, che l'azione arbitrale potesse essere rivolta anche alla tutela di una obbligazione di *facere* o *non facere*, occorre adesso concentrarsi sulle conseguenze negative che potevano derivare dal comportamento riottoso del convenuto.

Si diceva, infatti, che per il tramite dell'apposizione della clausola arbitraria, il giudice – dopo aver accertato la fondatezza della pretesa attorea – avrebbe dovuto intimare al convenuto di *restituere*, cioè di ristabilire la situazione giuridica precedente alla *litis contestatio*, o di *exhibere*, cioè di mettere a disposizione dell'attore l'oggetto della lite.

Da una tale intimazione sarebbe derivata la possibilità del debitore di adempiere esattamente all'oggetto della obbligazione, sia che fosse stata di *facere* o di *dare*, permettendo una esatta soddisfazione del creditore-attore.

Diversamente, qualora il convenuto avesse disobbedito con dolo a una tale intimazione, il procedimento sarebbe continuato secondo i 'principi ordinari', giacché ne sarebbe conseguita una condanna all'equivalente pecuniario della prestazione, da desumersi a mezzo di giuramento

⁵⁵ Sul punto, si rinvia in particolare, a L. CHIAZZESE, *Iusiurandum in litem*, Milano, 1958, p. 34 ss.

⁵⁶ Sulla *restitutio* nel contesto della *vindicatio usus fructus*, si rinvia a M. VARVARO, *Lineamenti di procedura civile romana*, cit., p. 176, nt. 399.

estimatorio che – come accadeva esattamente nelle stipulazioni al ‘*quanti ea res erit*’ – poteva sovrastimarne il valore.

Pertanto, il debitore, preferendo adempiere alla obbligazione di *restituere* o di *exhibere* – qualora comunque possibili –, piuttosto che sottostare a una condanna pecuniaria più severa, generalmente avrebbe ottemperato all’intimazione giudiziale.

Dunque, anche in questa ipotesi, la minaccia di una sanzione assai superiore al valore della prestazione avrebbe determinato in via indiretta l’esatta soddisfazione del creditore di una prestazione di *facere* o di *dare*.

3.3. Il giuramento decisorio prestato precedentemente alla *litis contestatio*.

Proseguo in questo breve *excursus* sugli strumenti deflattivi del contenzioso volti ad assicurare un’esatta soddisfazione del creditore in un momento precedente alla *litis contestatio*, con l’analisi del giuramento decisorio⁵⁷.

Difatti, a differenza del giuramento volontario, liberamente prestato dal convenuto e il cui rifiuto non determinava alcuna conseguenza giuridicamente rilevante, il mancato riferimento del *iusiurandum in iure delatum* cagionava sanzioni particolarmente severe nei confronti del debitore.

In particolare, una siffatta forma di giuramento veniva deferita dall’attore al convenuto, previa autorizzazione del magistrato. L’obbligato, quindi, avrebbe dovuto – in alternativa – o giurare che la pretesa attorea era infondata o pagare il proprio debito. Qualora, poi, egli avesse riferito giuramento, avrebbe dovuto a sua volta deferirlo all’attore.

⁵⁷ Per uno studio maggiormente approfondito dell’argomento si rinvia a B. BIONDI, *Il giuramento decisorio nel processo civile romano*, Palermo, 1913, p. 1 ss.; V. SCIALOJA, *Procedura civile romana. Esercizio e difesa dei diritti*, Roma, 1936, p. 155 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano. Il processo formulare*, cit., p. 174 ss.; G. PROVERA, *Contributi allo studio del “ius iurandum in litem”*, Torino, 1953, p. 1 ss.; L. AMIRANTE, *Il giuramento prestato prima della litis contestatio nelle legis actiones e nelle formule*, Napoli, 1954, p. 120 ss.; L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, cit., p. 1 ss.; B. ALBANESE, *Rec. di L. Chiazzese, Jusiurandum in litem*, in *IURA*, 10, 1959, pp. 185- 192 [= M. MARRONE (a cura di), *Scritti giuridici*, II, Palermo 1991, pp. 1813-1820]; R. PROVINCIALI, s.v. *Giuramento decisorio*, in *ED*, 19, 1970, p. 103- 126; C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, II, Torino, 1982, p. 150 ss.; M. KASER K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 266; M. VARVARO, *Lineamenti di procedura civile romana*, cit., pp. 93-95. Diversamente, la dottrina è unanime nel negare forza coercitiva al giuramento prestato successivamente alla *litis contestatio*. A tal proposito, si rinvia a V. SCIALOJA, *Procedura civile romana*, cit., p. 173; E. BETTI, *La struttura dell’obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano, 1955, p. 26; L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, cit., *passim*; G. BROGGINI, *Sulle origini del iusiurandum in litem*, in *Jus*, III, 1961, p. 2.

Procedo analizzando le tre possibili ipotesi che potevano verificarsi, in modo da comprendere al meglio gli effetti ‘latamente coattivi’ di un tale strumento.

In primis, il convenuto avrebbe potuto decidere di non pagare il proprio debito e di non riferire giuramento. Sarebbe, allora, conseguita l’immediata cessazione della procedura di cognizione e la contestuale instaurazione della procedura esecutiva, che avrebbe condotto alla *missio in bona* e alla *bonorum venditio*.

Quindi, come avviene nel diritto processuale civile attuale ex art. 233 c.p.c., il giuramento decisorio, in caso di mancato riferimento dell’obbligato, avrebbe deciso l’esito della lite, interrompendo la prosecuzione dell’azione accertativa. Tuttavia, la natura di ‘prova legale’ del giuramento stesso – volendo utilizzare categorie moderne – venne assunta solamente nel contesto delle *cognitiones extra ordinem*, quando, unificate le fasi *in iure* e *apud iudicem*, esso non fu più funzionale alla definizione della questione in una fase antecedente alla *litis contestatio*, ma fu dotato di mero valore probatorio.

Pertanto, si comprende come fosse assolutamente preferibile nel contesto formulare per il debitore adempiere il proprio debito, al fine di evitare conseguenze così spiacevoli, che avrebbero comportato il suo ‘funerale civile’. In una tale ipotesi, allora, la forza persuasiva del giuramento, tale da indurre il debitore allo spontaneo adempimento in una fase precedente alla *litis contestatio* – permettendo così l’esatta soddisfazione dell’attore –, è evidente⁵⁸.

In secundis, il convenuto avrebbe potuto decidere di non saldare il proprio debito, ma riferire giuramento che la pretesa attorea risultava assolutamente infondata. Si ipotizzi, poi, che l’attore non prestasse a sua volta il giuramento, tacendo allora sull’esistenza, sulla validità e sull’esigibilità del proprio credito. Il pretore, allora, avrebbe denegato l’azione e il procedimento sarebbe terminato nella fase *in iure*; in alternativa, poteva concedere una *exceptio* in una successiva formula, qualora ritenesse la questione controversa.

Si desume, allora, che il mancato riferimento del giuramento decisorio potesse comportare gravi conseguenze non solo nei confronti del convenuto, ma anche dell’attore che avesse infondatamente instaurato la procedura di cognizione, non potendo proporre un’ulteriore azione o venendo una tale futura iniziativa paralizzata a monte da una *exceptio*.

Ultima ipotesi era, infine, quella in cui il convenuto riferisse giuramento di non essere debitore di alcunché e l’attore lo riferisse a sua volta. Si determinava, in questo modo, un evidente *impasse*

⁵⁸ Secondo G. PUGLIESE, *Il processo civile romano. Il processo formulare*, II, cit., p. 179, «la *missio in bona* e la *venditio* erano irrogate al non giurante come coazione a ‘*solvere*’».

giudiziale. Allora, il pretore concedeva all'attore una nuova azione (l'*actio de iureiurando*) con la quale avrebbe potuto raggiungere i medesimi effetti dell'azione per la quale era stato deferito il giuramento.

Quindi, qualora oggetto della controversia fosse stata una somma determinata di denaro, certamente l'*actio de iureiurando* avrebbe assunto natura esecutiva, dal momento che l'obbligo non era più contestabile; diversamente, qualora l'oggetto della *petitio* fosse consistito in un bene differente dal denaro, l'*actio de iureiurando* avrebbe dovuto assumere natura cognitoria, volta all'accertamento della sussistenza dell'obbligazione di *facere* o *dare*. In tali ipotesi, allora, occorreva probabilmente prestare un giuramento estimatorio (come vedremo per qualsiasi stipulazione al '*quanti ea res erit*', nella quale non era apposta la clausola penale) per quantificare il valore della prestazione, essendo essa '*incerta*'⁵⁹.

Si deduce, allora, che in tutte e tre le ipotesi le conseguenze erano assolutamente pregiudizievoli per il convenuto o per l'attore e, comunque, per la parte processuale che non fosse in grado di affermare la fondatezza della propria pretesa. Dunque, certamente, il convenuto avrebbe preferito adempiere la propria obbligazione, pagando la somma di denaro o eseguendo la prestazione di *dare* o *facere* in un momento anteriore alla *litis contestatio*, piuttosto che essere sottoposto alla misura esecutiva.

3.4. Il sistema interdittale. La procedura *cum periculo*.

Anche al di fuori del contesto formulare e, più precisamente, nel sistema interdittale si rivenivano utili strumenti processuali che inducevano indirettamente il debitore di una prestazione di *facere* e *dare* all'adempimento spontaneo della propria prestazione.

Come si vedrà, infatti, le *cautiones* – poc'anzi analizzate – entravano nel procedimento interdittale, specie '*cum periculo*', dotandolo di forza 'latamente coercitiva'.

Tentando di semplificare la questione, rinviando per l'esame della natura del procedimento interdittale alle sedi opportune⁶⁰, occorre ricordare come l'interdetto fosse l'ordine impartito dal

⁵⁹ G. PUGLIESE, *Il processo civile romano. Il processo formulare*, II, cit., p. 182.

⁶⁰ Per un'analisi del sistema interdittale, si rinvia a C.G. HAUBOLD, *Ueber die Stelle von den. Interdicten in den Veronesischen Handschriften*, in *ZgRW* 3, 1817, p. 379-388; S.W. ZIMMERN, *Der römische Zivilprozeß in geschichtlicher Entwicklung bis auf Justinian*, III, Heidelberg, 1829, p. 220-223; W.B. LEIST, *Die Bonorum possessio. Ihre geschichtliche Entwicklung und heutige Geltung*, I, Göttingen, 1844, p. 340-356; F. WALTER, *Geschichte des römischen Rechts bis auf Justinian*, II 2, Bonn, 1846, p. 382 ss.; K.A. SCHMIDT, *Das Interdiktenverfahren der Römer. In geschichtlicher Entwicklung*, Leipzig, 1853, p. 253 ss.; M.A. BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozess*, II. *Formulae*, Bonn, 1865, p. 363 ss.; G.F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, II 7, Leipzig, 1871, p. 135-140; A. UBBELOHDE, *Commentario*

magistrato, su *postulatio* dell'attore, nei confronti del convenuto al quale era vietato di compiere un determinato comportamento oppure era ordinato di restituire o esibire qualcosa. È evidente, allora, che l'obbligazione originaria cui il debitore si era vincolato sarebbe stata di *non facere* o di *dare*.

Dinnanzi a un tale ordine magistratuale, potevano aprirsi tre differenti scenari dai quali derivavano conseguenze assai differenti.

In primis, il convenuto avrebbe potuto prestare opposizione, contestando formalmente la legittimità del provvedimento magistratuale. Ne sarebbe derivata l'instaurazione di un procedimento diretto ad accertare la validità dei fatti che avevano giustificato la protezione interdittale. Ovviamente, un tale procedimento 'nelle forme ordinarie' avrebbe potuto comportare, alla sua conclusione, l'esecuzione personale o patrimoniale per il '*tantundem*'. In altre parole, il procedimento interdittale veniva 'convertito' in un procedimento accertativo tipicamente formulare, al cui esito sarebbero state applicate le regole esecutive che ben conosciamo.

In secundis, il convenuto avrebbe potuto disattendere l'ordine del pretore, compiendo un comportamento vietato oppure non esibendo o non restituendo la *res*. In tale caso, avrebbe avuto origine la procedura interdittale vera e propria, che verrà esaminata a breve.

Infine, avrebbe potuto conformarsi all'ordine del magistrato, ponendo così fine al procedimento e garantendo la tutela delle pretese creditorie. È ovvio, allora, che in un tale contesto – estraneo a quello formulare della condanna prettamente pecuniaria – fosse possibile assicurare esattamente l'adempimento delle obbligazioni di *non facere* e *dare*, risolvendo il *vulnus* di tutela. Difatti, il convenuto avrebbe certamente preferito adempiere piuttosto che determinare l'instaurazione del

alle *Pandette* tradotto e arricchito di copiose note e confronti col codice civile del Regno d'Italia, XLIII-XLIV, Parte I e II, trad. e note di V. Pouchain, Milano, 1899, p. 459-618; P.F. GIRARD, *Manuale elementare di diritto romano* 4, trad. ital. di C. LONGO, Milano, 1909, p. 1070-1075; A. BERGER, v. *Interdictum*, in *PWRE*, IX, Stuttgart, 1916, p. 1693-1699; L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, cit., p. 238-241; G. GANDOLFI, *Contributo allo studio del processo interdittale romano*, Milano, 1955, p. 110-115; A. BISCARDI, *La tutela interdittale ed il relativo processo*, Siena, 1956, ripubbl. con una nota di lettura di R. Martini in *RDR* 2, 2002, p. 62-68; J. IGLESIAS, *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*, VI, Barcelona, 1958, p. 217 s.; G.I. LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem*, cit., p. 155 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, v. *Interdicti*, in *ED*, 21, Milano, 1971, p. 916-918; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 347-349; A.M. GIOMARO, *Agere per sponsionem: dal procedimento interdittale al procedimento in rem*, in *Studi Urbinati*, N.S. 59, 1990-91, p. 199-232; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 337-338; V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano* 14, Napoli, 1994 (rist. 2006), p. 142 s.; G. FALCONE, *Ricerche sull'origine dell'interdetto 'uti possidetis'*, in *AUPA*, 1996, p. 44 ss.; M. KASER K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 416-421; C.A. CANNATA, *Corso di Istituzioni di diritto romano*, I, Torino, 2001, p. 239-242; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 105 ss.; M. VARVARO, *Gai 4.163 e la struttura della "formula arbitraria" nell'"agere ex interdictio sine poena"*, in *AUPA*, 60, 2012, p. 705-734.

procedimento cognitorio, che avrebbe eventualmente condotto all'esecuzione, o del procedimento interdittale vero e proprio.

Adesso, come anticipato, giova esaminare le conseguenze della seconda ipotesi prospettata e consistente nella contravvenzione dolosa dell'ordine magistratuale. Come si diceva, infatti, aveva luogo la procedura interdittale, che poteva essere *cum* o *sine periculo*.

Il procedimento *cum periculo* costituiva un 'incidente di procedura' e trovava applicazione nei casi in cui il magistrato avesse emanato uno degli *interdicta prohibitoria* (e, quindi, inerenti a una obbligazione di *non facere*).

Dunque, laddove l'intimato non avesse chiesto al giudice la nomina di un arbitro (richiesta che avrebbe, invece, dato origine alla procedura *sine periculo*), veniva prevista – per l'ipotesi di violazione dell'ordine magistratuale – una penalità volta a scoraggiare, come detto, contestazioni delle quali l'intimato non fosse assolutamente sicuro.

In tale ipotesi il convenuto e l'attore dovevano prestare una *sponsio* e una *restipulatio*, con cui promettevano che, qualora uno dei due avesse perso nel giudizio di accertamento, avrebbero dovuto all'altro una somma di denaro. Nell'ipotesi di *interdicta duplicia*, invece, attore e convenuto dovevano porre ognuno dei due sia la *sponsio* che la *restipulatio*.

Quindi, tramite il supporto della comminazione stipulatoria, la procedura *cum periculo* non solo induceva il debitore a non comportarsi in maniera pretestuosa all'interno del procedimento, ma anche all'esatto adempimento della propria obbligazione, evitando le conseguenze negative dell'*actio ex stipulatu*.

Oltre al pagamento della *sponsio* o della *restipulatio*, il convenuto/attore veniva condannato anche, in virtù del c.d. *iudicium secutorium* (che secondo parte della dottrina aveva formula con clausola arbitraria⁶¹), qualora si trattasse di interdetti esibitori o restitutori (e, quindi, con riferimento alle obbligazioni di *dare*), alla restituzione o all'esibizione della *res* oggetto di interdetto nella controversia inizialmente sorta fra le parti. Infatti, la vincita del procedimento *per sponsionem* determinava anche la vittoria del procedimento che ne costituiva il presupposto. Si permetteva, così, allora al creditore della obbligazione di *dare* di ottenere tutela esattamente della prestazione che

⁶¹ M. VARVARO, *Gai 4.163 e la struttura della "formula arbitraria" nell'"agere ex interdictio sine poena"*, cit., pp. 705-734; ID., *Lineamenti di procedura civile romana*, cit., pp. 207-208.

formava oggetto del proprio credito e non di un surrogato prettamente pecuniario, come avveniva invece nel procedimento formulare.

Inoltre, qualora il soccombente avesse ricevuto – così come nella *legis actio sacramenti in rem* – il possesso interinale della cosa, oltre al prezzo della *sponsio* e del *iudicium secutorium* avrebbe dovuto corrispondere anche la *fructus licitatio*, cioè la pena per aver fruito illecitamente di un possesso spettante ad altri.

Dunque, è evidente come la *sponsio* e la conseguente *restipulatio* avessero funzione eminentemente persuasiva, nella parte in cui spronavano il soggetto ad adempiere la prestazione oggetto di procedura interdittale, che avrebbe eventualmente subito, oltre la condanna alla restituzione o all'esibizione nel *iudicium secutorium* e la penalità per la *fructus licitatio*, anche la condanna a quanto promesso con la *sponsio/restipulatio*⁶²

Occorre, ancora, rilevare come la natura bifasica di una tale procedura (precedente ordine del pretore e successivo procedimento interdittale in ipotesi di inadempimento ingiustificato) ricordi molto le procedure coercitive attuali (si pensi all'art. 614-bis c.p.c.), nelle quali la coercizione è conseguenza dell'inadempimento dell'ordine del giudice: solo quando la parte debitrice non adempie al provvedimento giudiziale, questa sarà coartata all'adempimento sotto la minaccia di una sanzione maggiore rispetto a quella prevista nel provvedimento giurisdizionale. Dunque, se nel diritto italiano attuale il debitore inadempiente deve pagare una penale per ogni violazione o per ogni giorno di ritardo nell'adempimento (oltre a porre in essere ancora la prestazione indicata in sentenza), nel diritto romano sarebbe stato tenuto – all'interno del procedimento interdittale – al pagamento susseguente alla *sponsio/restipulatio* ed, eventualmente, del *fructus licitatio* (oltre alla restituzione della *res* e alla sua esibizione).

⁶² Sulla forza coercitiva indiretta dell'interdetto si pronuncia anche A. BISCARDI, *La protezione interdittale nel processo romano*, Padova, 1938, p. 4 ss., il quale – dopo aver puntualmente esaminato i verbi '*cogere*' e '*coercere*' presenti in Gai. 4.154, in D. 43.12.1.12 (Ulp. 68 *ad ed.*) e in D. 42.8.6.8 (Ulp. 66 *ad ed.*) – conclude che «il provvedimento magistratuale (*interdictum*) ha per fine di sanzionare (*coercere*) un determinato comportamento attraverso la costrizione indiretta (*cogere*)». Difatti, «che l'interdetto sia un mezzo di coazione indiretta e non semplicemente una formalità introduttiva del procedimento si ricava, oltre che dalla sua natura di *decretum* e dal suo contenuto di *iussus* o *prohibitio*, dalla influenza concreta ch'esso è capace di esercitare sulla volontà del destinatario, inducendolo, sotto la implicita minaccia dei più gravi provvedimenti derivanti dalla eventuale inottemperanza al precetto, a tenere quel determinato comportamento — positivo o negativo — che il precetto stesso gli impone, ove ricorrano nella specie i particolari requisiti, ipoteticamente previsti per la sua specifica obbligatorietà».

In ogni caso, una coazione così persuasiva si verificava specialmente nell'ipotesi di procedura *cum periculo*. Diversamente, la procedura *sine periculo*, che si caratterizzava per la presenza di una clausola arbitraria, era munita di una natura coercitiva più attenuata. In una tale ipotesi, infatti, il soggetto inadempiente dell'ordine magistratuale non veniva condannato né al valore della *sponsio/restipulatio*, né alla *fructus licitatio*. In ogni caso, però, gli sarebbe stato intimato comunque di porre in essere l'obbligazione di *non facere* o *dare* cui si era vincolato (si ricordi, infatti, che il 'restituere' – integrando l'ordine di ripristino della situazione *quo ante* – aveva ad oggetto, come brevemente accennato nel paragrafo precedente, anche le obbligazioni di *non facere*), con il rischio assai probabile di una valutazione eccessiva del valore pecuniario della prestazione medesima a seguito di giuramento estimatorio dell'attore.

Terminato, così, l'*excursus* in materia di mezzi deflattivi del contenzioso civile, che permettevano in via anticipata di risolvere il c.d. *vulnus* di tutela delle obbligazioni di *facere*, *non facere* e *dare* nel diritto classico – rinviando alle apposite sedi per l'esame delle stipulazioni convenzionali, specialmente con annessa una clausola penale –, non resta che analizzare la questione dell'esigibilità nel procedimento *extra ordinem* delle obbligazioni di *facere* e *non facere*. Se, infatti, finora, i mezzi persuasivi tentavano di risolvere anche un *deficit* di tutela delle obbligazioni di *dare* – come si vedrà – a seguito dell'affermazione della regola della condanna in forma specifica, la problematica investì solamente le obbligazioni di *facere* e *non facere*, indifferentemente dalla loro natura più o meno fungibile.

4. Il *vulnus* di tutela esecutiva per le obbligazioni di *facere* e di *non facere* nel procedimento *extra ordinem*, prescindendosi dal requisito della fungibilità.

Quanto detto fin ora circa il *vulnus* di tutela creditoria di una obbligazione di *facere*, *non facere* o *dare* vale solamente nel procedimento formulare, ove – come più volte affermato – la regola propendeva per la condanna pecuniaria.

Discorso parzialmente diverso, invece, deve essere riferito per il procedimento delle *cognitiones extra ordinem* (e per i successivi procedimenti post classico e giustiniano che sul primo si basavano), nel quale la regola della condanna al *tantundem* veniva sostituita con la condanna in forma specifica.

Si assiste, allora, a un sostanziale cambiamento di prospettiva: se in precedenza, durante il periodo classico, la regola era quella della condanna all'equivalente pecuniario, salve le eccezioni rappresentate dalle clausole arbitrarie e dalle azioni di buona fede, nel procedimento più tardo il principio era quello dell'esecuzione diretta, salvo che una tale esecuzione risultasse impossibile.

Una tale impossibilità, come dirò nel prossimo paragrafo, la si riscontrava certamente ai fini dell'adempimento delle obbligazioni di *facere* e *non facere*, senza che rilevasse la loro fungibilità.

La questione della fungibilità risulta di straordinaria importanza in quanto – se nel diritto moderno, a partire dalla trattatistica di Pothier (con riferimento alle sole obbligazioni di *non facere*) e dalla redazione del *Code Civil* del 1804, le obbligazioni di *facere* vennero classificate fra fungibili e infungibili, ove solamente le seconde erano direttamente ineseguibili – di una tale differenziazione non si trova accenno né nelle fonti romane, né in quelle medievali e moderne antecedenti alla fine del XVIII secolo⁶³. Pertanto, si deve

⁶³ Bisogna, infatti, tener presente che il sistema attuale di esecuzione delle obbligazioni di *facere* è il risultato di un lungo e travagliato processo evolutivo, che ebbe origine nel diritto romano post classico, ma che si sviluppò maggiormente, assumendo tutte le caratteristiche che ne sono proprie, nei secoli del Medioevo e dell'età moderna. Infatti, dallo studio delle opere dei glossatori e dei commentatori emergerà che una vera e propria differenziazione fra obbligazioni di *facere* fungibili e infungibili ai fini prettamente esecutivi non fosse pienamente e univocamente accolta. Di ciò ne troviamo un breve accenno all'interno della glossa '*Obligationibus*' di Accursio a D. 42.1.13.1, come una delle possibili soluzioni (ma non espressamente condivisa dal dottore bolognese), prospettate da Azzone e Odofredo, al problema della coercibilità diretta delle obbligazioni di *facere*. Tuttavia, come si dirà nel capitolo II, par. 4, p. 173 ss., per i dottori bolognesi la possibilità del terzo di surrogarsi al debitore atteneva solamente al lato puramente sostanziale dell'obbligazione, prima cioè del maturare dell'inadempimento al fine di evitare l'emissione della sentenza di condanna, e non anche al lato più processuale. Conseguentemente, il concetto di surrogabilità non rinviava a quello di 'fungibilità soggettiva' ai fini dell'esecuzione, ma più generalmente a una modificazione del lato passivo del rapporto obbligatorio. Non si faceva, cioè, riferimento all'esecuzione – conseguente all'inadempimento e all'emissione del *iudicatum* – ad opera di un terzo in maniera analoga all'attuale formulazione dell'art. 612 c.p.c., ove l'esecuzione dell'obbligazione fungibile viene realizzata da un terzo designato dal giudice. In ogni caso, successivamente, Bartolo esclude categoricamente anche una tale ipotesi 'più sostanzialistica' di surrogabilità nel suo commento a D. 45.1.72.pr., affermando in modo esplicito che l'identità del soggetto onerato non assumesse alcuna rilevanza ai fini dell'adempimento dell'obbligazione. Sul punto, si rinvia al capitolo II, par. 5, p. 182 ss. Solamente con la redazione del *Code civil* si ebbe una piena consapevolezza di tale

ritenere che per ogni obbligazioni di *facere* («*sicut evenit in omnibus facendi obligationibus*»⁶⁴) la regola fosse quella della condanna pecuniaria.

D'altronde sarebbe errato concludere per una naturale e scontata differenziazione fra le due tipologie di obbligazioni di *facere*, solamente rifacendosi a una consapevolezza oggi pienamente condivisa e codificata limitatamente al procedimento attualmente in vigore.

La questione della fungibilità verrà ripresa nel capitolo successivo, quando mi soffermerò sull'emersione di una tale categoria negli scritti di diritto moderno⁶⁵. Adesso, invece, mi volgo allo studio del *vulnus* di tutela esecutiva di tutte le obbligazioni di *facere* e *non facere*.

Prima, però, di addentrarmi nell'esame delle misure esecutive (non) previste per le obbligazioni di *facere* e *non facere*, giova intanto prospettare – allo scopo di offrire un quadro più possibile completo delle procedure esecutive di età post classica – una ricostruzione degli strumenti esecutivi applicabili alle obbligazioni di *dare* e di quelle al pagamento di una somma di denaro.

Difatti, come già accennato, con il procedimento *extra ordinem* emerse per la prima volta quella consapevolezza, limitatamente all'esigibilità, nella distinzione fra obbligazioni di *dare* e *facere*, ove solamente le prime – essendo ormai pacificamente ammessa la loro condanna in forma specifica – erano direttamente eseguibili. Ovviamente, non voglio intendere che già in età precedente non esistesse alcuna sensibilità nella differenziazione fra le due *species* di obbligazioni, ma che queste erano accumulate ai fini esecutivi e che le diversità attenevano solamente al loro oggetto e alla questione della loro divisibilità.

Dunque, la possibilità di emettere di una sentenza in forma specifica nel procedimento *extra ordinem* fece sì che l'esecuzione non fosse più solamente 'indiretta' per espropriazione, ma anche diretta, cioè finalizzata ad assicurare l'esatta soddisfazione del creditore. Accanto, cioè, al *pignus in causa iudicati*

categorizzazione in termini di surrogabilità (come 'fungibilità soggettiva'), allorché il principio '*nemo ad factum cogi potest*' valse solamente per le obbligazioni di *facere* infungibili e non anche per quelle di *facere* fungibili. Né si potrebbe giungere a una diversa conclusione accostando i '*nuda facta*' di cui trattava Vinnio alle obbligazioni di *facere* infungibili, sebbene accumulate dalla medesima soluzione della condanna pecuniaria (capitolo II, par. 9, p. 197 ss.). Dunque, in ragione di una tale considerazione e specialmente di una totale mancanza di fonti giuridiche romane sul punto, non si può che prospettare la non sussistenza di una forma di esecuzione diretta nel diritto romano post classico anche per le obbligazioni di *facere* fungibili, da accomunare a quelle di *facere* infungibili, non sottoponibili pertanto né all'esecuzione *manu militari* né al *pignus in causa iudicati captum*.

⁶⁴ D. 42.1.13.1 (Cels. 6 dig.), che verrà approfondito, al par. 5, prima sezione di questo capitolo.

⁶⁵ Sulla nozione di 'fungibilità' nel diritto medievale, rinvio al cap. II, par. 4, p. 177 e, in particolare, alla nt. 251.

captum, era previsto per le sole obbligazioni di *dare* l'esecuzione *manu militari*. Restava esclusa, come anticipato, l'esecuzione di qualsiasi obbligazione di *facere*.

Proseguirò, adesso, brevemente con l'analisi delle due misure esecutive appena accennate di età post classica.

4.1. Brevi cenni in materia di *pignus in causa iudicati captum* e di esecuzione *manu militari*.

Il *pignus in causa iudicati captum*, che coincideva come *ratio* essenzialmente con l'attuale pignoramento ex art. 543 ss. c.p.c., era una misura esecutiva indiretta e, quindi, per espropriazione. Non si trattava, in altri termini, di una misura esecutiva in forma specifica, ma era limitata alla soddisfazione 'mediata', a mezzo cioè di vendita forzata, del creditore di una somma determinata di denaro⁶⁶.

Si vuole, però, sottolineare che nel contesto delle *cognitiones extra ordinem*, ove l'esecuzione in forma specifica era astrattamente possibile, il *pignus in causa iudicati captum* non fu al pari delle misure esecutive patrimoniali di età formulare applicabile a qualsiasi specie di obbligazione, ma solamente a quelle al pagamento di una somma di denaro, in quanto le obbligazioni di *dare*, come si dirà, erano sottoposte ad autonomo regime esecutivo.

Attraverso una simile procedura esecutiva⁶⁷, in particolare a partire dall'epoca di Antonino Pio⁶⁸, il giudice, su richiesta dell'interessato, poteva emettere un decreto che disponesse il pignoramento,

⁶⁶ Diversamente, come rilevato da A. BETHMANN HOLLWEG, *Der römische Civilprocess*, Bonn, 1866, p. 311 ss., la *missio in possessionem* sopravviveva solamente all'interno del procedimento contumaciale. Questa poteva essere attuata secondo due diverse modalità: provvisoriamente, permettendo all'esecutato di difendersi prima della vendita dei beni e di recuperare il possesso; definitivamente, senza cioè possibilità di recupero. Poiché, inoltre, tale *missio in possessionem* si applicava solo ai singoli beni del debitore fino al concorrenza dell'ammontare del debito, la differenza con il *pignus in causa iudicati captum* consisteva nella circostanza che nella prima ipotesi il possesso e la vendita passavano direttamente nelle mani del creditore, senza essere gestiti dal Tribunale. Tuttavia, una tale operazione veniva compiuta sempre sotto la supervisione del giudice.

⁶⁷ Per un esame del *pignus in causa iudicati captum* si rinvia a A. BETHMANN HOLLWEG, *Handbuch des Civilprozesses*, cit., p. 333; V. SCIALOJA, *Procedura civile romana*, cit., p. 211 ss.; M. KASER K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 623; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 113 ss.; A. DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, *El embargo ejecutivo en el proceso cognitorio romano (pignus in causa iudicati captum)*, Madrid, 2013, p. 19 ss.; G. FINAZZI, *Pignus in causa iudicati captum e tutela del terzo*, in B. CAPPONI (a cura di), *Il processo esecutivo. 'Liber amicorum' Romano Vaccarella*, Torino, 2014, p. 521 ss.; M. VARVARO, *Lineamenti di procedura civile romana*, Napoli, 2023, p. 248.

⁶⁸ D. 42.1.31 (Call. 2. cogn.): *Debitoribus non tantum petentibus dies ad solvendum dandi sunt, sed et prorogandi, si res exigat: si qui tamen per contumaciam magis, quam quia non possint explicare pecuniam, differant solutionem, pignoribus captis compellendi sunt ad satisfaciendum ex forma, quam Cassio proconsuli divus Pius in haec verba rescripsit: "His, qui fatebuntur debere aut ex re iudicata necesse habebunt reddere, tempus ad solvendum detur, quod sufficere pro facultate cuiusque videbitur: eorum, qui intra diem vel ab initio datum vel ex ea causa postea prorogatum*

ordinando agli *apparitores* di sequestrare beni appartenenti al debitore secondo una precisa graduazione. Venivano, quindi, messi in vendita singoli cespiti del patrimonio del debitore soccombente, fino al raggiungimento dell'importo dovuto al creditore.

È chiaro, dunque, come tale sistema fosse preferito rispetto alla *bonorum venditio* formulare, nella quale la vendita riguardava l'intero patrimonio del debitore, senza limitarsi ai beni necessari per soddisfare i crediti vantati, determinando così il 'funerale civile' dell'esecutato.

Se il debitore non avesse riscattato il pegno entro due mesi pagando quanto dovuto, si procedeva con la vendita all'asta. In questo caso, il creditore poteva soddisfare il proprio credito con il ricavato, mentre l'eventuale eccedenza veniva restituita al debitore soccombente. Inoltre, secondo una costituzione imperiale⁶⁹, qualora non fosse stato possibile trovare un acquirente, i beni pignorati potevano essere assegnati al creditore fino alla concorrenza dell'ammontare del suo credito.

Quindi, è evidente come una tale procedura esecutiva fosse l'antesignano storico dell'attuale pignoramento e che, pertanto, determinasse solamente una esecuzione per espropriazione, a mezzo di vendita forzata. Conseguentemente, non era idonea a garantire una soddisfazione 'immediata' dell'esecutante, non ottenendo egli direttamente la stessa somma di denaro per la quale era creditore, ma il suo equivalente, ottenuto dalla 'conversione' pecuniaria dei beni venduti. Ovviamente, però, essendo tale procedura applicabile solamente per le obbligazioni di somme di denaro predeterminate, riusciva ad assicurare esattamente il creditore esecutante.

Diversamente, l'esecuzione *manu militari*⁷⁰ fu la prima misura esecutiva in forma specifica, che soddisfaceva cioè in via diretta e immediata il creditore di una obbligazione di *dare*. Quindi, il magistrato, *iure suae potestatis*, ordinava ai suoi ministri – che, oggi, sarebbero equiparati agli ufficiali giudiziari della procedura di cui all'art. 605 ss. c.p.c. – di apprendere la cosa che si trovava

sibi non reddiderint, pignora capi eaque, si intra duos menses non solverint, vendantur: si quid ex pretiis supersit, reddatur ei, cuius pignora vendita erant".

⁶⁹ D. 42.1.15.3 (Ulp. 3 *de off. cons.*): *Si pignora, quae capta sunt, emptorem non inveniant, rescriptum est ab imperatore nostro et divo patre eius, ut addicantur ipsi, cui quis condemnatus est, addicantur autem utique ea quantitate quae debetur. Nam si creditor maluerit pignora in creditum possidere isque esse contentus, rescriptum est non posse eum quod amplius sibi debetur petere, quia velut pacto transegisse de credito videtur, qui contentus fuit pignora possidere, nec posse eum in quantitatem certam pignora tenere et superfluum petere.*

⁷⁰ Per una analisi più dettagliata dell'argomento si rinvia a A. BETHMANN HOLLWEG, *Handbuch des Civilprozesses*, cit., p. 332; V. SCIALOJA, *Procedura civile romana*, cit., p. 212 ss. M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, pp. 370, 376, 446; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 114; G. PUGLIESE, F. SITZIA, L. VACCA, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 2012, p. 431; M. VARVARO, *Lineamenti di procedura civile romana*, cit., p. 247.

nella disponibilità del debitore e che formava oggetto dell'obbligazione, così da consegnarla direttamente al creditore.

In ogni caso, risulta interessante evidenziare che l'esistenza di una disciplina dettagliata per l'esecuzione in forma specifica delle obbligazioni di *dare* ma non anche di quelle di *facere* determinò nel Medioevo, successivamente alla riscoperta della compilazione giustiniana, un tentativo incessante dei Glossatori prima e dei Commentatori poi di giustificare l'estensione analogica dell'esecuzione *manu militari* delle obbligazioni di *dare* anche a quelle di *facere*⁷¹.

⁷¹ Sul punto, si rinvia al cap. II, par. 6 e, in particolare, a p. 185 e ss.

5. Sul vulnus di tutela esecutiva delle obbligazioni di *facere*: esegesi dei frammenti. In particolare, D. 42.1.13.1 (Cels. 6 dig.).

Allo scopo di dimostrare il mio assunto circa il *deficit* di tutela esecutiva delle obbligazioni di *facere* e *non facere* nel procedimento *extra ordinem*, risulta utile, ai fini del discorso che intendo condurre, partire dall'esame esegetico di due frammenti compatibili sia con il procedimento formulare sia con quello per *cognitiones extra ordinem*.

Infatti, evidenzierò come il primo dei due è stato verosimilmente alterato da tardo annotatori o interpolato dai commissari di Giustiniano e il secondo suscettibile di una *duplex interpretatio*, tale da renderlo valevole sia per diritto classico che per quello più tardo.

In ogni caso, è certo che i due passi offrono un quadro chiaro e limpido della difficoltà di attivare un procedimento esecutivo per l'adempimento delle obbligazioni di *facere* e *non facere* nel diritto più tardo.

I frammenti in questione sono D. 42.1.13.1 (Cels. 6 dig.) e D. 45.1.72.pr. (Ulp. 20 *ad ed.*).

D. 42.1.13.1 (Cels. 6 dig.): *Si quis promiserit prohibere se, ut aliquid damnum stipulator patiat; et faciat ne quod ex ea re damnum ita habeatur; facit quod promisit: si minus, quia non facit quod promisit, in pecuniam numeratam condemnatur, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus.*

La fattispecie esaminata da Celso aveva ad oggetto una stipulazione di garanzia, nella quale il promittente si impegnava a che lo stipulante non subisse alcun danno. Laddove, invece, – ed è la parte che interessa particolarmente – il promittente fosse risultato inadempiente, sarebbe stato condannato in denaro contante, così come avveniva in tutte le obbligazioni di *facere*.

A livello palinogenetico, il frammento si inseriva nel libro sesto dei Digesti di Celso, individuato da Lenel⁷² sotto la rubrica '*Si certum petetur*', ove il giurista romano esaminava la necessità di stimare la prestazione, a mezzo di giuramento estimatorio, qualora non fosse stata prevista una *stipulatio poenae*.

Tornando ora al contenuto del passo, riallacciandosi alla regola valevole per il diritto classico e concernente la possibilità di emettere una sentenza di condanna necessariamente pecuniaria, il frammento non sembrerebbe dire assolutamente nulla di nuovo. Tuttavia, bisogna concentrarsi sulla

⁷² O. LENEL. *Palinogenesia iuris civilis: iuris consultorum reliquiae quae iustiniani Digestis continentur, ceteraque iuris prudentiae civilis fragmenta minora secundum auctores et libros*, I, Leipzig, 1887, p. 134.

chiusa «*sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus*», che dettava la regola della pecuniarietà della condanna per tutte le obbligazioni di *facere*.

Se, tale regola era applicabile a tutte le obbligazioni di *facere*, certamente doveva esservi una differenza ai fini esecutivi con le obbligazioni di *dare*, per le quali avrebbe dovuto valere – secondo la formulazione del frammento – un principio diverso.

Una tale consapevolezza nella differenziazione ai fini esecutivi fra le obbligazioni di *facere* e *dare* non poteva, però, essere ascrivibile al diritto formulare, nel quale valeva certamente la regola della pecuniarietà della condanna per tutte le tipologie di obbligazioni, comprese quelle di *facere* e *non facere*, naturalmente.

Sorge, allora, spontaneo domandarsi perché mai Celso – qualora si consideri il passo genuino nella versione in cui ci è pervenuto – avrebbe dovuto specificare «*sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus*», considerando che la regola per le obbligazioni di *facere* e di *dare* era nel diritto formulare la medesima. Inoltre, ritenendo la chiusa ascritta a Celso, ne risulterebbe un passaggio superfluo, contrario alla proverbiale *brevitas* caratteristica dei giuristi romani.

Forse, allora, il frammento potrebbe aver subito una alterazione post classica o una interpolazione dei commissari di Giustiniano, al fine di prevedere – nel contesto del procedimento *extra ordinem*, il quale sanciva in via generale la regola della eseguibilità in natura di ogni obbligazione – un’eccezione per le sole obbligazioni di *facere* e *non facere*? Una tale lettura mi sembra essere coerente con l’evoluzione del principio e con le regole del diritto romano classico.

Se, infatti, certamente nel procedimento formulare si deve escludere ogni forma di differenziazione fra le obbligazioni di *facere* e *dare* fondata sull’eseguibilità, non così doveva essere nel procedimento più tardo, ove – come detto più e più volte – la condanna era sempre all’adempimento della stessa prestazione dedotta in obbligazione.

Allora, risulta evidente che i compilatori di Giustiniano o anonimi tardo annotatori, qualora si ritenesse l’alterazione precedente, avrebbero modificato l’originario brano celsino, aggiungendovi in chiusura l’inciso «*sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus*», così da evidenziare che solamente con riguardo alle obbligazioni di *facere* e *non facere* (prescindendosi dalla loro fungibilità⁷³) – in età

⁷³ Nel quarto paragrafo di questo capitolo ho evidenziato la mancanza di una classificazione nel diritto romano delle obbligazioni di *facere* in ordine alla loro fungibilità. In altri termini, i giuristi romani non avrebbero distinto fra obbligazioni fungibili e infungibili – ove una tale differenziazione si fondava sulla presenza dell’*intuitus personae* – cosicché entrambe le tipologie di obbligazioni sarebbero state sottoposte al medesimo regime esecutivo. Accogliendosi una tale prospettiva, allora, si potrebbe comprendere perché i tardo annotatori del testo o i commissari di Giustiniano,

post classica, giova ribadirlo – si poneva la regola del risarcimento del danno, ove le altre obbligazioni di *dare* erano direttamente eseguibili *manu militari* o per il tramite di *pignus in causa iudicati captum*. Se, però, la modificazione appare evidente, non anche la mano di colui che la ha operata, potendo essa ascriversi sia ai compilatori di Giustiniano che agli annotatori di età post classica.

La tesi interpolazionistica non è nuova nella dottrina romanistica, essendo stata avanzata agli inizi del secolo scorso da Guarneri Citati⁷⁴ e poi ripresa e confermata – seppur incidentalmente – da Betti⁷⁵.

Nel suo lavoro sulle obbligazioni indivisibili, infatti, Guarneri Citati scrive: «ma il vizio fondamentale del testo sta nella proposizione finale: ‘*sicut evenit in omnibus faciendis obligationibus*’. Essa non può esser classica, giacché accenna ad una distinzione rispetto al contenuto della condanna fra le obbligazioni di fare e le altre, cioè quelle di *dare*, come se in queste la condanna non avvenisse pure ‘in *pecuniam numeratam*’. Ora nel sistema formulare romano non esisteva condanna, che non fosse pecuniaria. [...] si aggiunga poi che la proposizione ‘*sicut evenit*’ etc. appare appiccicata stentatamente al brano che precede, e che difficilmente un giurista classico avrebbe scritto ‘in *omnibus faciendis obligationibus*’ bastando dire: ‘in *faciendis obligationibus*’. Rimane così dimostrata l’affermazione fatta fin da principio, che tutta la chiusa del testo da ‘*facit quod promisit*’ sia interpolata.»

L’Autore prosegue poi la sua analisi sostenendo: «il frammento in esame invece si spiega benissimo, ed appare anzi assai cospicuo riferito al diritto giustiniano. In questo il principio ‘*omnis condemnatio pecuniaria est*’ non esiste più». Continua poi: «ma ciò naturalmente poteva avvenire solo laddove vi era qualche cosa che dovesse essere data, e che potesse materialmente conseguirsi, anche senza la volontà, o contro la volontà stessa del debitore; cioè, quando l’oggetto della prestazione era un *dare*; non così invece quando era un ‘*facere*’, giacché allora non è concepibile se non una condanna pecuniaria perché ‘*nemo precise ad factum cogi potest*’. Ed è appunto questa distinzione, che il nostro testo pone rispetto al contenuto della condanna, fra obbligazioni di *dare* e obbligazioni di fare, nelle quali ultime la ‘*condemnatio*’ doveva necessariamente esser sempre pecuniaria, mentre nelle seconde poteva invece dirigersi alla cosa controversa. Ma in sostanza il progresso giustiniano non sarebbe

nella loro alterazione, avrebbero specificato «in *omnibus facendi obligationibus*», facendo quindi riferimento sia alle obbligazioni di *facere* fungibile che infungibile.

⁷⁴ A. GUARNERI CITATI, *Studi sulle obbligazioni indivisibili*, I, 1921, p. 14, nt. 1.

⁷⁵ E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, 1953, p. 103, nt. 13, ove affermava che il principio della condanna all’equivalente pecuniario di cui all’art. 1142 del *Code Civil* francese derivava da «un’anacronistica reminiscenza del diritto romano giustiniano (D. 42.1.13.1)».

che un ritorno a quanto si praticava in Roma prima del periodo formulare, allorquando il giudice, secondo quanto attesta Gaio, condannava a prestar ‘*ipsam rem*’».

Conclusivamente, ammettendo, pertanto, l’alterazione post classica o l’interpolazione giustiniana del frammento in esame, risulta evidente il sistema esecutivo sussistente nel diritto romano più tardo con riferimento alle obbligazioni di *facere* e *non facere*.

Esse, in particolare, non essendo dotate di alcuna misura esecutiva ai fini della soddisfazione diretta del creditore, dovevano essere necessariamente tutelate a mezzo di una stipulazione (come quella conclusa fra le parti in D. 42.1.13.1 (Cels. 6 *dig.*) che, nel caso di inadempimento, avrebbe determinato la debenza di una somma di denaro (predeterminato in ipotesi di clausola penale o da determinarsi a mezzo di giuramento estimatorio). Pertanto, maturata la condizione sospensiva negativa dell’inadempimento, la *stipulatio* sarebbe divenuta efficace e al posto dell’originaria obbligazione di *facere* il debitore-convenuto avrebbe dovuto elargire solamente una somma di denaro.

Alla luce di ciò si comprende appieno il significato chiuso del frammento, «*sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus*». Infatti, ove si ammetta l’alterazione del testo, risulta evidente che la presenza della stipulazione – e la deduzione in essa dell’originaria obbligazione di *facere* – comportasse in ipotesi di inadempimento la debenza della sola somma di denaro (predeterminata in ipotesi di stipulazione penale o all’*id quod interest*).

Pertanto, il debitore sarebbe stato condannato non più a un *facere*, bensì al pagamento di una somma di denaro, come avveniva in tutte le obbligazioni di *facere* cui fosse stata apposta una *stipulatio*.

Nel prossimo capitolo⁷⁶ si vedrà poi come un tale frammento, nella ricostruzione che ne ho fornito, sarebbe risultato funzionale alla formulazione – ad opera dei Glossatori prima e dei Commentatori poi – del principio ‘*nemo ad factum cogi potest*’. Cercherò di dimostrare, infatti, che esso non fu, come sostenuto da una certa dottrina⁷⁷, ascrivibile ad un errore di Accursio che non conosceva la regola della pecuniarietà della condanna per ogni tipologia di obbligazione, ma, piuttosto, esso rispecchiava pienamente il sistema post classico e giustiniano di esecuzione delle obbligazioni di *facere*.

⁷⁶ Si rinvia sul punto al cap. II, par. 4, p. 173 ss. di questa tesi.

⁷⁷ Specialmente J. GENICON, *Nemo ad factum cogi potest*, cit., p. 13, p. 44 e p. 82. Occorre citare anche L. FERRARA, *L’esecuzione processuale indiretta*, cit., p. 168; S. MAZZAMUTO, *L’attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978, p. 17 ss.; V. GIABARDO, *Effettività della tutela giurisdizionale e misure coercitive nei processi civili. Un’indagine di diritto comparato*, 2022, p. 130.

5.1. Esame di D. 45.1.72.pr. (Ulp. 20 ad ed.): «si non fuerit factum, pecuniam dari oportere».

Le conclusioni raggiunte nel paragrafo precedente, circa la necessità sul piano teorico e la usuale ricorrenza sul piano pratico ad una stipulazione per consentire la soddisfazione mediata delle pretese creditorie relative a un'obbligazione di *facere*, devono essere ora coordinate con l'analisi di un ulteriore frammento del Digesto.

D. 45.1.72.pr. (Ulp. 20 ad ed.): *Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt, veluti viae itineris actus aquae ductus ceterarumque servitutium. Idem puto et si quis faciendum aliquid stipulatus sit, ut puta fundum tradi vel fossam fodiri vel insulam fabricari, vel operas vel quid his simile: horum enim divisio corrumpit stipulationem. Celsus tamen libro trigensimo octavo digestorum refert Tuberone existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem: secundum quem Celsus ait posse dici iusta aestimatione facti dandam esse petitionem.*

Nel passo in questione Ulpiano si interrogava sulla possibilità di agire *ex stipulatu* per l'intero o solo *pro parte* nell'ipotesi di inadempimento parziale della prestazione dedotta in obbligazione. In altri termini, il giurista tentava di rispondere al quesito se l'adempimento solamente parziale dell'obbligazione da parte del promittente determinasse l'irrogazione dell'intera *poena* (che sarebbe stata, pertanto, integralmente '*commissa*') o solamente per la parte che rimaneva inadempita⁷⁸.

Erano due le opinioni che venivano in considerazione: la prima di Ulpiano, secondo il quale in ipotesi di inadempimento parziale di obbligazioni indivisibili la *stipulatio* dovesse essere applicata per l'intero; la seconda riconducibile (ammettendosi l'originarietà del testo) a Celso e Tuberone.

Infatti, Celso avrebbe riportato nei suoi *Digesta* che secondo Tuberone, quando si stipulava per l'adempimento di una obbligazione di *facere*, laddove il promittente fosse stato inadempiente, sarebbe

⁷⁸ Non rileva in tale sede la questione concernente la solidarietà attiva e passiva nelle obbligazioni indivisibili, strettamente collegata a quella oggetto di nostra analisi. Sul punto, ci limitiamo a rinviare a A. GUARNERI CITATI, *Studi sulle obbligazioni indivisibili*, cit., p. 14 ss.; P. BONFANTE, *La solidarietà classica nelle obbligazioni indivisibili*, in *Scritti giuridici vari*, III, 1921, p. 368 ss.; G. SEGRÈ, *Le obbligazioni divisibili e indivisibili (Contributo alla dottrina dell'oggetto dell'obbligazione)*, I, p. 18 ss.; J. GAUDEMET, *Étude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain*, 1934, p. 196 ss., p. 280 ss. e p. 466 ss.; G.G. ARCHI, *La funzione del rapporto obbligatorio solidale*, in *SDHI*, VIII, 1942 p. 237 ss.; ID., *Scritti di diritto romano*, I, *Metodologia e giurisprudenza. Studi di diritto privato*, 1, Milano, 1981, pp. 371 ss.; E. ALBERTARIO, *Le obbligazioni con particolare riferimento alle obbligazioni alternative generiche indivisibili. Corso di diritto romano*, Milano, 1945, p. 266 ss. R. BONINI, *Obbligazioni indivisibili e clausola penale*, 1961, p. 3 ss.; G. SACCONI, *Studi sulle obbligazioni solidali da contratto in diritto romano*, Milano, 1973, pp. 1-46; P. ZILLOTTO, *'Stipulatio poenae' inadempimento del coerede e divisibilità della poena*, in L. GAROFALO (a cura di). *'Actio in rem' e 'Actio in personam'*. In ricordo di Mario Talamanca, II, Padova, 2011, p. 787 ss.

sorto in capo a quest'ultimo il dovere di pagare una somma di denaro e – pertanto – la prestazione sarebbe risultata divisibile, in quanto l'obbligazione di *facere*, al verificarsi della condizione sospensiva negativa dell'inadempimento, si sarebbe convertita in obbligazione di *dare pecuniam*.

È evidente la somiglianza del frammento in questione con D. 42.1.13.1 (Cels. 6 *dig.*), esaminato nel paragrafo precedente. Infatti, anche in tale ipotesi, dall'inadempimento di una obbligazione di *facere*, tutelata a mezzo di stipulazione, sarebbe derivata la condanna del promittente all'*id quod interest* pecuniario.

Tuttavia, non bisogna 'gridare' immediatamente all'interpolazione⁷⁹. Difatti, sono due i punti che devono essere analizzati, tentando di ricondurli a una soluzione comune che possa giustificare la logica del frammento stesso:

In primis, la questione attinente alla divisibilità della stipulazione e, cioè, se essa si intendesse interamente o parzialmente 'commissa' successivamente all'inadempimento di una obbligazione di per sé indivisibile (quale l'obbligazione di *facere*);

In secundis, quella relativa alla espressione «*si non fuerit factum, pecuniam dari oportere*», che a prima lettura porrebbe sembrare analoga al «*si minus, quia non facit quod promisit, in pecuniam numeratam condemnatur, sicut evenit in omnibus facendi obligationibus*» di D. 42.1.13.1 (Cels. 6 *dig.*)⁸⁰.

⁷⁹ In particolare, l'interpolazione è sostenuta da G. BESELER, *Romanistische Studien*, in ZSS, 46, 1926, che ricostruisce il frammento in questi termini: *Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt, veluti viae itineris actus aquae ductus [ceterarumque servitutum]. idem puto et si quis faciendum aliquid stipulatus sit [ut puta fundum tradi vel fossam fodiri vel insulam fabricari, vel operas vel quid his simile: horum enim divisio corrumpit stipulationem]. Celsus tamen libro trigesimo octavo digestorum refert Tiberonem existimasse [ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere ideoque] etiam in hoc genere dividi stipulationem <eoque modo, nisi adiectum esset 'si non fuerit factum, pecuniam dari', inutilem fieri. sed alio iure utimur>.* [secundum quem Celsus ait posse dici iusta aestimatione facti dandam esse petitionem.]; ancora, A. GUARNERI CITATI, *Studi sulle obbligazioni indivisibili*, cit. p. 178, scriveva: «non è dubbio che in origine Ulpiano citasse Tiberone attraverso Celso, ma che cosa dicessero e Tiberone e Celso non possiamo congetturare: certo è che quanto nel testo si attribuisce ai due giuristi, deriva invece dai Compilatori, che alle parole di quei giureconsulti sostituirono il proprio insegnamento». Della stessa opinione C. ARNÒ, *Le obbligazioni divisibili e indivisibili*, 1901, p. 440;; E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, 2, 1922; A. GUARNERI CITATI, *Studi sulle obbligazioni indivisibili*, cit. p. 178; P. BONFANTE, *La solidarietà classica delle obbligazioni indivisibili*, in *Scritti giuridici vari*, III, *Obbligazioni comunione e possesso*, 1926, p. 372-373; E. KALINKA, *Digesternkritik und Philologie*, in ZSS, 47, 1927, p. 319; G. SEGRÈ, *Obligatio obligare obligare nei testi della giurisprudenza classica e al tempo di Diocleziano*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno di insegnamento*, III, 1930, p. 616; E. ALBERTARIO, *Elementi romano classici ed elementi romano giustiniane nel nostro diritto delle obbligazioni*, in *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, I, 1931, p. 9; A. MANZO, *Ubi quid fieri stipulemur*, cit., p. 20.

⁸⁰ Nello specifico, non appena accerterò che la soluzione prospettata da Tiberone e testimoniata da Celso risulta essere in controtendenza rispetto a quelle del diritto successivo (e afferenti al II e III sec. d.C.), mi interrogherò sulla possibilità

Pertanto, per affrontare adeguatamente la questione interpolazionistica proposta è imprescindibile e prioritario focalizzarsi sul problema sollevato da Ulpiano, relativo alla possibilità di agire *ex stipulatu* in caso di inadempimento parziale della prestazione oggetto dell'obbligazione.

Innanzitutto, occorre premettere che la risposta a un tale interrogativo era differente a seconda che l'obbligazione fosse divisibile o indivisibile⁸¹, nonché – come vedremo meglio successivamente – a seconda che concernesse una prestazione di *facere* o di *dare*.

A tal fine, preciso che nella letteratura romanistica si ammette pacificamente che le obbligazioni di *facere* o *non facere* siano tendenzialmente indivisibili. Infatti, come affermato da Manzo⁸², «senza dubbio la nozione di divisibilità/indivisibilità delle obbligazioni fu elaborata, nella sua astrazione, dalla dottrina medievale e moderna, tuttavia si può affermare che, in linea di massima, i *prudentes* nella risoluzione dei casi concreti seguirono la regola secondo cui erano generalmente divisibili le obbligazioni con prestazione *in dando* poiché i diritti sulle cose si potevano, di norma, costituire *pro quota*. Più complessa la situazione per le obbligazioni *in faciendo* o in *non faciendo* in quanto, nel primo caso, l'attività veniva considerata unitariamente, a meno che non si trattasse di prestazioni di opere fungibili, nel secondo era difficile intendere un *non facere* frazionato».

D'altronde, se si pensa a titolo esemplificativo alla realizzazione di un'opera, solamente nel momento in cui quest'ultima fosse stata completamente ultimata, l'obbligazione poteva considerarsi adempiuta. Diversamente, le molteplici attività che dovevano essere attuate per la realizzazione dell'*opus* – come le varie fasi della costruzione di un edificio – non assumevano alcuna rilevanza ai fini dell'estinzione del rapporto obbligatorio.

Pertanto, gettate le basi iniziali della mia indagine, posso ora esaminare quei testi fondamentali che – certamente per il periodo classico – fornivano una risposta al quesito iniziale (e propedeutico

di una alterazione post classica del passo stesso che potesse giustificare il tratto «*si non fuerit factum, pecuniam dari oportere*». Infatti, qualora si accertasse la reinterpretazione tardo-antica dell'opinione attribuita a Tuberone, sarebbe plausibile riconoscere anche una alterazione nella parte successiva del passo. In tal modo, in assenza di una tutela esecutiva in forma specifica per le obbligazioni di *facere*, la regola nel diritto post classico sarebbe stata quella della condanna necessariamente pecuniaria, da stabilirsi secondo una '*iusta aestimatio*'. Tuttavia, tale conclusione non risulta così priva di ostacoli. Infatti, se da un lato emergono segnali d'allarme che potrebbero suggerire un'interpolazione, dall'altro si rilevano elementi a sostegno dell'autenticità della formulazione classica del frammento.

⁸¹ Quanto alla nozione di indivisibilità si rinvia, in particolare, a G. SEGRÈ, *Corso di diritto romano – Le obbligazioni divisibili e indivisibili (Contributo alla dottrina dell'oggetto dell'obbligazione)*, I-II, Torino, 1932-1933. L'Autore sosteneva – senza dover superare particolari difficoltà testuali – che i romani, per determinare la divisibilità o l'indivisibilità d'una obbligazione si riferissero genericamente alla prestazione.

⁸² A. MANZO, '*Ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem*'. Nota a margine di Ulp. 20 ad ed. D. 45.1.72.pr., in TSDP, XIII, 2020, p. 9.

all'esame dell'interpolazione), concernente, cioè, la possibilità o meno di agire *ex stipulatu* per una sola parte della prestazione, qualora l'inadempimento fosse stato parziale.

5.1.1. Regime dell'*actio ex stipulatu* nell'ipotesi di inadempimento parziale dell'obbligazione di *facere*.

Come si diceva, al fine di comprendere la genuinità di D. 45.1.72.pr. (Ulp. 20 *ad ed.*) occorre prioritariamente soffermarsi sulla questione prospettata da Ulpiano e concernente la possibilità di agire *ex stipulatu* in caso di adempimento parziale dell'obbligazione. In altre parole, bisogna indagare se – in caso di inadempimento parziale – la *stipulatio* si intendesse integralmente '*commissa*' o solo in parte.

Fondamentale risulta, a tal proposito, la regola posta esposta in:

D. 45.1.2.1 (Paul. 12 *ad Sab.*): *Et harum omnium quaedam partium praestationem recipiunt, veluti cum decem dari stipulamur: quaedam non recipiunt, ut in his, quae natura divisionem non admittunt, veluti cum viam iter actum stipulamur: quaedam partis quidem dationem natura recipiunt, sed nisi tota dantur, stipulationi satis non fit, veluti cum hominem generaliter stipulor aut lancem aut quodlibet vas: nam si Stichus pars soluta sit, nondum in ulla parte stipulationis liberatio nata est, sed aut statim repeti potest aut in pendenti est, donec alius detur. Eiusdem condicionis est haec stipulatio: "Stichum aut Pamphilum dari?"*.

È evidente come il giurista Paolo distinguesse la disciplina delle stipulazioni – con riferimento alla possibilità di adempimento parziale –, a seconda che avessero ad oggetto obbligazioni divisibili o indivisibili.

Infatti, dopo aver precisato in D. 45.1.2.1 (Paul. 12 *ad Sab.*) che alcune obbligazioni consistevano in un *dare* ed altre consistevano in un *facere*, affermava che di queste soltanto alcune potevano essere suscettibili di adempimento parziale, come quelle al pagamento di una somma di denaro. Diversamente, le obbligazioni di *facere*, che di per sé non ammettevano divisione, non erano adempibili se non nella loro totalità. In altre ancora, pur essendo ammesso l'adempimento parziale (in quanto obbligazioni divisibili), l'*actio ex stipulatu* era nella pratica volta a conseguire la totalità della cosa. In tale ultima ipotesi, allora, sebbene l'oggetto dell'obbligazione fosse teoricamente divisibile, non lo era anche la stipulazione.

Pertanto, da un tale passo si deduce che, in generale, le obbligazioni divisibili, come quelle alla consegna di una somma di denaro, erano adempibili parziariamente. Ne conseguiva, allora, – e lo confermeremo in seguito – che in una tale ipotesi fosse possibile agire *ex stipulatu* anche solamente per la parte inadempita.

Al contrario, le obbligazioni indivisibili (come quelle di *facere*) non ammettevano l'adempimento parziale. Allora, il promittente avrebbe dovuto agire *ex stipulatu* per ottenere la condanna al pagamento dell'intera prestazione e non anche solamente della parte inadempita.

Ancora, un terzo genere di obbligazioni, sebbene facilmente divisibile, derogava a una tale regola. Infatti, pur essendo in teoria ammissibile l'adempimento di una sola parte, la *stipulatio* non era soddisfatta se non veniva data l'intera quantità della *res* (che era considerata nel suo intero e non *pro parte*). Anche in questa ipotesi, allora, l'*actio ex stipulatu* riguardava l'intera obbligazione, sebbene una parte fosse stata adempiuta⁸³.

Quanto al regime delle obbligazioni divisibili, una conferma della soluzione appena esposta può essere tratta da D. 12.6.26.13 (Ulp. 26 *ad ed.*), seppur nel contesto delle obbligazioni alternative.

D. 12.6.26.13 (Ulp. 26 *ad ed.*): *Si decem aut Stichum stipulatus solvam quinque, quaeritur, an possim condicere: quaestio ex hoc descendit, an liberer in quinque: nam si liberor, cessat condictio, si non liberor, erit condictio. Placuit autem, ut Celsus libro sexto et Marcellus libro vicensimo digestorum scripsit, non peremi partem dimidiam obligationis ideoque eum, qui quinque solvit, in pendenti habendum, an liberaretur, petique ab eo posse reliqua quinque aut stichum et, si praestiterit residua quinque, videri eum et priora debita solvisse, si autem Stichum praestitisset, quinque eum posse condicere quasi indebita. Sic posterior solutio comprobabit, priora quinque utrum debita an indebita solverentur. Sed et si post soluta quinque et Stichus solvatur et malim ego habere quinque et Stichum reddere, an sim audiendus, quaerit Celsus. Et putat natam esse quinque conductionem, quamvis utroque simul soluto mihi retinendi quod vellem arbitrium daretur.*

⁸³ Ritengo che ciò avvenisse in D. 19.1.47 (Paul. 24 *quaest.*), ove l'inadempimento parziale dell'obbligo di consegna di materiali da costruzione in perfetto stato e in un tempo predefinito determinasse comunque la 'commissione' totale della pena. Lo stesso immagino che avvenisse in D. 45.1.5.3 (Pomp. 26 *ad Sab.*).

Nonostante Ulpiano esaminasse in tale passo l'oggetto dell'obbligazione alternativa, disponendo che il debitore potesse liberarsi pagando dieci oppure consegnando lo schiavo, posso trarne argomenti utili con riferimento alla divisibilità o indivisibilità delle obbligazioni.

La prima possibilità che si prospettava al debitore, consistente nel pagamento di una somma di denaro, infatti, era sussumibile nella categoria delle obbligazioni divisibili. Diversamente, la consegna dello schiavo Stico rientrava entro il terzo *genus* che ho poc' anzi accennato, cioè quello in cui, pur essendo in teoria ammissibile l'adempimento di una sola parte, la *stipulatio* non veniva soddisfatta se non veniva data l'intera quantità della *res* (che era considerata nel suo intero e non *pro parte*).

Con riferimento alla prima delle due obbligazioni alternative, quella concernente il pagamento di dieci, Ulpiano riferiva come Celso e Marcello affermassero che l'adempimento parziale non liberasse immediatamente il debitore per la parte versata: il debitore rimaneva 'in sospeso' (*in pendenti*); quindi, egli non era liberato finché l'obbligazione non fosse stata adempiuta completamente. In definitiva, allora, il pagamento di una parte dell'obbligazione divisibile (cinque su dieci) estingueva proporzionalmente l'obbligazione: era possibile agire *ex stipulatu* per la parte residua. Era, pertanto, necessario l'adempimento totale per considerare la liberazione completa. Quindi, la *stipulatio* sarebbe risultata *commissa* solo per la parte non adempiuta.

Ulpiano continuava la sua disamina affermando – ma ai nostri fini non è particolarmente rilevante – che, se dopo aver pagato cinque monete, il debitore avesse adempiuto l'obbligazione con la consegna di Stico, l'obbligazione alternativa sarebbe stata considerata adempiuta. Per una tale ragione, il debitore poteva richiedere la restituzione delle cinque monete già consegnate. Infatti, avendo consegnato lo schiavo, la somma di denaro non era più dovuta. Allora, il debitore poteva agire in giudizio avverso il creditore per ottenere la ripetizione dell'indebito tramite la *condictio*.

Tornando, poi, al terzo *genus* di obbligazioni (cui era equiparato, quanto a conseguenze, il secondo, attinente cioè alle obbligazioni fin dal principio indivisibili) occorre segnalare:

D. 2.11.9.1 (Ulp. 77 *ad ed.*): *Si plurium servorum nomine iudicio sistendi causa una stipulatione promittatur, poenam quidem integram committi, licet unus status non sit, Labeo ait, quia verum sit omnes statos non esse: verum si pro rata unius offeratur poena, exceptione doli usurum eum, qui ex hac stipulatione convenitur.*

È evidente che il contesto fosse quello di una *cautio vadimonium sisti*, una delle poche ipotesi di stipulazioni pretorie alla quale veniva regolarmente annessa una clausola penale.

Per chiarire ulteriormente la fattispecie, occorre riportarsi alla disciplina del *vadimonium* nei processi nossali. Questo, come è noto, oltre a garantire la comparizione del *dominus*, comprendeva la promessa di esibire *in iure* lo schiavo accusato. Nel caso di specie, il *dominus* si era obbligato ad esibire non uno, ma più schiavi, convenendo – per l’ipotesi di mancato adempimento – il pagamento di una *poena*⁸⁴.

In particolare, analizzando la lettera del passo, si evince come, secondo Labeone, quand’anche uno solo degli schiavi non si fosse presentato, il promittente sarebbe incorso nell’intera penale. Viene così confermato il mio assunto iniziale: nelle obbligazioni indivisibili e in quelle che, pur ‘naturalmente’ divisibili, si comportavano come indivisibili, sebbene fosse maturato un adempimento parziale, la *poena* si intendeva *commissa* per l’intero.

Tuttavia, veniva aggiunto *iure praetorio* un correttivo a una tale severissima regola. Infatti, se il promittente avesse offerto il pagamento di una somma corrispondente alla penale per la parte dell’obbligazione inadempita, gli sarebbe stata concessa la possibilità di difendersi a mezzo dell’*exceptio doli* avverso l’*actio ex stipulatu* dello stipulante.

In definitiva, è possibile trarre dai passi analizzati un sistema generale di coercibilità in materia di obbligazioni divisibili o indivisibili vigente sicuramente nel II e nel III secolo d.C. Pertanto, se l’obbligazione divisibile era parzialmente inadempita, la *stipulatio* sarebbe stata ‘*commissa*’ solamente per la parte non adempiuta; se – invece – ad essere parzialmente adempiuta era l’obbligazione indivisibile o la ‘naturalmente divisibile’ che non ammetteva divisione (quello che abbiamo definito come ‘terzo *genus*’), la *stipulatio* sarebbe stata ‘*commissa*’ per l’intero, salvo – al ricorrere delle circostanze – la possibilità per il promittente di resistere con l’*exceptio doli*.

5.1.2. Confronto della soluzione in materia di divisibilità delle obbligazioni di *facere* con D. 45.1.72.pr. (Ulp. 20 ad ed.): la *duplex interpretatio* del frammento.

Il quadro appena delineato sembra – però, come si diceva all’inizio di tale paragrafo – essere messo in crisi, almeno apparentemente, con riferimento alla sole obbligazioni di *facere* da D. 45.1.72.pr.

⁸⁴ M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell’esperienza romana*, I, cit, p. 228 ss.

(Ulp. 20 *ad ed.*), dal quale frammento eravamo partiti, per le quali – a detta Tuberone – sarebbe valsa una regola totalmente differente.

Ai fini di una semplice comprensione, occorre dividere il testo in due parti, la prima ascrivibile all'opinione di Ulpiano («*puto*») e la seconda all'opinione più risalente di Tuberone, così come riportata da Celso⁸⁵.

È opportuno, tuttavia, sottolineare sin da ora che le opinioni dei giuristi citati erano ascrivibili a periodi storici completamente distinti. Tuberone, infatti, visse nel I secolo a.C., mentre Ulpiano operò tra il II e il III secolo d.C. Di conseguenza, potrebbe risultare difficile ricondurre le due opinioni a una visione unitaria, poiché le soluzioni da loro prospettate avrebbero potuto riflettere ideologie diverse e rispondere a esigenze giuridiche e sociali differenti.

Nelle prime righe, nello specifico, si legge che – secondo Ulpiano – le stipulazioni non potessero essere suscettibili di adempimento parziale ‘per quelle cose che non ricevevano divisione’. Pertanto, viene confermata la tesi poc’anzi analizzata in materia di obbligazioni indivisibili con la conseguenza che la soluzione di Ulpiano si pone in perfetta linea di continuità con quella delineata nei passi dedicati all’adempimento parziale delle obbligazioni delineata nel paragrafo precedente. Nel passo in esame, in particolare, si analizza il caso in cui oggetto di stipulazioni fossero obbligazioni di *facere* («*puta fundum tradi vel fossam fodiri vel insulam fabricari, vel operas vel quid his simile*»). Si è detto, infatti, che tutte le obbligazioni di *facere* fossero sempre indivisibili.

Successivamente, invece, si legge che, secondo Tuberone – così come riportato da Celso all’interno del libro trentottesimo dei suoi Digesta –, la *stipulatio* si intendeva *commissa* solamente per la parte inadempita e non per la sua totalità, in evidente antitesi con quanto affermato precedentemente.

Il contrasto fra le opinioni prospettate è evidente: secondo Ulpiano, infatti, l’inadempimento parziale di un’obbligazione di *facere* comportava comunque che la *stipulatio* si considerasse ‘*commissa*’ per

⁸⁵ Per rinfrescare la mente al lettore, la prima parte del frammento, riportante il pensiero di Ulpiano, recita: *Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt, veluti viae itineris actus aquae ductus ceterarumque servitutium. Idem puto et si quis faciendum aliquid stipulatus sit, ut puta fundum tradi vel fossam fodiri vel insulam fabricari, vel operas vel quid his simile: horum enim divisio corrumpit stipulationem*; la seconda, ascrivibile all’idea di Celso e Tuberone: *Celsus tamen libro trigensimo octavo digestorum refert Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem: secundum quem Celsus ait posse dici iusta aestimatione facti dandam esse petitionem.*

l'intero; al contrario, per Tuberone, la *stipulatio* relativa a un'obbligazione di *facere* si riteneva '*commissa*' solo limitatamente alla parte non adempiuta.

Qualora, poi, si ammetta ipoteticamente che l'opinione di Tuberone, così come testimoniata da Celso, non fosse originale, ma modificata in epoca successiva, si potrebbe concludere per la dimostrazione dell'interpolazione di «*ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem*».

In realtà, come già accennato, la soluzione della questione risulta meno semplice di quanto possa sembrare. Vi sono infatti diversi elementi che ostacolano la soluzione interpolazionistica.

Non vi è dubbio che, nella seconda parte del frammento, i due giuristi romani fondavano la loro opinione sull'idea che, in caso di inadempimento dell'obbligazione assunta mediante stipulazione, la conseguenza dovesse consistere nella condanna al pagamento di una somma di denaro. Nel diritto romano, infatti, la *stipulatio* comportava – qualora la prestazione promessa non fosse stata spontaneamente adempiuta – la nascita di un'obbligazione pecuniaria, spesso predeterminata dalle parti (o dal pretore) attraverso una clausola penale.

L'inadempimento della prestazione costituiva, dunque, la condizione sospensiva negativa che determinava la produzione degli effetti della *stipulatio*, obbligando il debitore al solo versamento della somma pattuita.

Il valore di tale somma di denaro poteva poi – ma non è questo il caso, facendosi riferimento alla '*iusta aestimatio*' – essere predeterminato dalle parti, annettendo alla stipulazione una clausola penale, sia all'interno delle stipulazioni convenzionali che in alcune stipulazioni pretorie, cosicché si prescindesse dall'onere della prova in capo allo stipulante circa la sussistenza di un danno verificabile e circa l'interesse attuale. In altre parole, non occorre più il giuramento estimatorio per la determinazione del valore della prestazione inadempita, ma ci si riferiva in ogni caso al *quantum* di pena concordato.

Esattamente in un tale contesto si pone la seconda parte del passo in esame. Infatti, secondo Tuberone e Celso, per il tramite della *stipulatio*, l'inadempimento dell'obbligazione di *facere* avrebbe comportato la debenza di una somma di denaro (da determinare nel *quantum* con giuramento estimatorio).

Pertanto, venendo in rilievo un'obbligazione prettamente pecuniaria, l'adempimento parziale sarebbe risultato assolutamente possibile: da un'obbligazione di *facere* indivisibile si giungeva a una

obbligazione al pagamento di una somma di denaro a mezzo di *actio ex stipulatu* perfettamente divisibile.

Occorre esaminare, infatti, il passaggio «*ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem*», che è possibile rendere ‘per questo motivo anche in questo tipo di obbligazioni è possibile che la stipulazione sia divisa’. Infatti, bisognerebbe considerare separatamente l’obbligo di *facere* e l’eventuale obbligo di pagare la somma di denaro. L’obbligazione stipulatoria, cioè, diveniva divisibile e, allora, adempibile anche parzialmente.

Quindi, in altre parole, per la parte non adempiuta si verificava la conversione in una diversa obbligazione pecuniaria, il cui valore si determinava con giuramento estimatorio. Pertanto, lo stipulante poteva agire *ex stipulatu* (con o senza predeterminazione della *poena*) solamente per la parte inadempita. La *stipulatio*, allora, risultava solo parzialmente *commissa*.

Dunque, esaminate distintamente le due diverse parti del passo ulpiano, occorre domandarsi in quale rapporto si ponessero. Sicuramente la prima parte conferma *in toto* quanto affermato in precedenza, circa la necessità di agire *ex stipulatu* per la totalità dell’inadempimento, anche se in parte, comunque, l’obbligazione fosse stata adempiuta. Si fa riferimento, in particolare, a D. 2.11.9 (Ulp. 77 *ad ed.*) che enuncia la regola della produzione integrale degli effetti della *stipulatio*, salvo – al verificarsi del presupposti – la possibilità di resistere con l’*exceptio doli*.

Si aggiunga, poi, che dal dato testuale sembra che Ulpiano sostenesse la tesi dell’impossibilità di adempimento parziale. Infatti, egli scriveva «*puto*» nell’espone la prima tesi in D. 45.1.72.pr. (Ulp. 20 *ad ed.*)

Invece, l’opinione di Celso e Tuberone, che vissero secoli prima di Ulpiano, è assolutamente in controtendenza, in quanto essi ammettono la possibilità, in virtù della conclusione della *stipulatio*, di dividere la stipulazione, cosicché essa potesse risultare parzialmente ‘*commissa*’.

Tuttavia, un tale contrasto di opinioni non necessariamente deve essere sintomo di interpolazione⁸⁶, anzi è potrebbe essere esattamente il contrario. In altri termini, laddove Tuberone e Ulpiano fossero vissuti nel medesimo periodo storico, sarebbe evidente una maggiore difficoltà di uniformazione delle soluzioni, (a meno che i due giuristi non avessero comunque maturato opinioni tra loro divergenti). Invece, poiché Ulpiano visse a cavallo fra il II e il III secolo d.C. e Tuberone in età repubblicana,

⁸⁶ Si rinvia alla nt. 79.

nulla impedisce di ritenere che le soluzioni da loro prospettate, in epoche storiche ben distinte e volte a rispondere ad esigenze di tutela differenti, potessero non essere fra loro conformi.

Allora, si potrebbe immaginare che il tratto «*si non fuerit factum, pecuniam dari oportere*» potesse essere oggetto di una *duplex interpretatio*. Infatti, una tale affermazione avrebbe assunto un significato differente in età classica e, poi, in età post classica e giustiniana, a seconda dei principi giuridici vigenti che venivano presi come riferimento.

La regola della condanna necessariamente pecuniaria per le obbligazioni di *facere* era dovuta, infatti, a ragioni differenti nelle due epoche storiche sovra citate.

Se nel procedimento formulare, infatti, essa discendeva dal principio della condanna pecuniaria, valevole per qualsiasi tipo di obbligazione, nel procedimento più tardo nasceva dalla necessità di rivenire una soluzione al *deficit* di tutela esecutiva delle obbligazioni di *facere*.

In altre parole, se durante la vigenza del procedimento formulare l'apposizione della stipulazione era funzionale a permettere l'esecuzione indiretta dell'obbligazione di *facere* (e dare), ove l'esecuzione in forma specifica sarebbe parsa impossibile a causa della regola della condanna necessariamente pecuniaria, nel periodo delle *cognitiones extra ordinem*, la previsione della stipulazione era volta – invece – a colmare il vuoto di tutela esecutiva delle sole obbligazioni di *facere*, le quali non erano sottoponibili ad esecuzione *manu militari*.

La *duplex interpretatio* tiene conto, infatti, esattamente di tale mutamento di esigenze in materia stipulatoria. Quindi, se per gli studiosi classici, quali Tuberone e Celso, sicuramente doveva farsi riferimento alla necessità, in ragione della regola della pecuniarietà della condanna, di convertire l'obbligazione di *facere* in una al pagamento di una somma di denaro, cosicché la stessa divenisse perfettamente esigibile e divisibile, per i giuristi postclassici l'attenzione si spostò sulla necessità di garantire una tutela esecutiva specifica esclusivamente alle obbligazioni di *facere*, che, a differenza di quelle di *dare*, soffrivano di una carenza strutturale in termini di tutela esecutiva in forma specifica.

Da un lato, allora, veniva in evidenza la regola della condanna necessariamente pecuniaria e, dall'altro, la consapevolezza di non poter sottoporre ad esecuzione in forma specifica alcuna obbligazione di *facere*.

Dunque, il passo, nella formulazione originale, dovette apparire per i lettori post classici perfettamente conforme allo stato del diritto loro contemporaneo, sebbene le ragioni sottese alla sua originale enunciazione fossero differenti.

Seguendo una tale logica, allora, si comprende come – effettivamente – una interpolazione potesse non esservi stata, giacché il passo nella formulazione originaria pareva già conforme ai principi post classici.

Deve pertanto escludersi, a mio avviso, la tesi avanzata da risalente dottrina⁸⁷, secondo cui i compilatori di Giustiniano, interpolando il frammento in esame, vi avrebbero inserito soluzioni proprie del diritto più tardo, sostituendole a quelle originariamente formulate da Celso e Tuberone.

In altre parole, poiché nulla esclude che Tuberone, che visse ben tre secoli prima rispetto ad Ulpiano, propendesse per una soluzione differente in materia di divisibilità delle stipulazioni indivisibili e poiché il tratto «*si non fuerit factum, pecuniam dari oportere*» si spiega in ragione di una *duplex interpretatio*, i compilatori giustinianei o altri giuristi post classici non avvertirono l'esigenza di modificarlo, in quanto la soluzione della pecuniarietà della condanna, in virtù della conclusione della *stipulatio*, era attuale e compatibile con lo stato del diritto tardo antico.

Difatti, la soluzione offerta da Tuberone avrebbe costituito, conformemente a quanto ritenuto da Savigny⁸⁸, una mera 'curiosità storica' che ben si giustificava con una regola (quella della pecuniarietà della condanna) che, sebbene dovuta a una *ratio* differente, sussisteva anche in età post classica e che i compilatori avrebbero accolto all'interno del Digesto in quanto da loro ritenuta non solo inoffensiva, ma anche attuale.

Si aggiunga che, diversamente opinando, non si comprenderebbe il perché un eventuale manipolatore avesse inserito l'espressione «*dari oportere*», che non si può ascrivere a un compilatore, perché riflesso di quel sistema formulare ormai in disuso da secoli. In più sarebbe difficile credere che un commissario di Giustiniano avesse inserito una interpolazione attribuendola ad un giurista, contribuendo così ad alimentare un dibattito che, al contrario, Giustiniano mirava a ridurre.

Pertanto, sono convinta che il passo in questione non sia stato interpolato. Infatti, esso, assumendo che l'opinione di Tuberone vada collocata in un contesto storico, ideologico e sociale differente rispetto a quella di Ulpiano, era testimone della necessità di rivenire una soluzione pratica alla difficoltà di fornire una tutela esecutiva per le obbligazioni di *facere*. Tale soluzione, come detto, consisteva nell'utilizzo di una stipulazione (con o senza clausola penale), così determinando la debenza – in ipotesi di inadempimento dell'originaria obbligazione di *facere* – di una obbligazione al pagamento di una somma di denaro, perfettamente eseguibile e divisibile, risolvendo

⁸⁷ Si rinvia alla nt. 79.

⁸⁸ K.F. SAVIGNY, *Le obbligazioni*, cit., pp. 334-341.

indirettamente la problematicità causata da una comminatoria di condanna necessariamente pecuniaria.

Come detto, però, una tale soluzione dovette apparire anche ai giuristi post classici assolutamente conforme ai principi del loro tempo. Infatti, poiché non esistevano misure esecutive in forma specifica volte a soddisfare il creditore di una obbligazione di *facere*, la previsione di una stipulazione permetteva di risolvere il *deficit* di tutela esecutiva.

6. Esiti dell'analisi dei frammenti: la stipulazione come strumento volto a colmare il *vulnus* di tutela esecutiva delle obbligazioni di *facere*. Confronto con l'opinione di Betti.

Dallo studio dei frammenti illustrati possono trarsi importanti deduzioni in merito alla necessità di individuare uno strumento di tutela che permettesse al creditore la soddisfazione della sua pretesa, sebbene in via 'mediata'.

Infatti, nel diritto post classico si assisteva a un *vulnus* di tutela esecutiva limitatamente alle obbligazioni di *facere* e *non facere*, a prescindere dalla loro fungibilità.

Allora, risultava assolutamente opportuno – come testimoniano D. 45.1.72.pr. (Ulp. 20 *ad ed.*) e D. 42.1.13.1 (Cels. 6 *dig.*) – garantire tali obbligazioni di *facere* a mezzo della *stipulatio*.

Quindi, laddove si fosse verificata la condizione sospensiva negativa, consistente nell'inadempimento dell'obbligazione di *facere*, il promittente sarebbe stato tenuto al pagamento di una somma di denaro, da determinarsi a mezzo di giuramento estimatorio (o predeterminata nel caso di apposizione di una clausola penale).

In altre parole, sarebbe venuta meno l'originaria prestazione di *facere* e al suo posto sarebbe emersa una nuova e differente obbligazione pecuniaria, in quanto tale eseguibile nelle vie ordinarie e, dunque, a mezzo di *pignus in causa iudicati captum*.

In tal modo, il creditore-stipulante «*sicut evenit in omnibus facendi obligationibus*», sarebbe stato destinatario di una sentenza di condanna pecuniaria.

Tuttavia, – giova ribadirlo – tale sentenza non era l'immediata conseguenza dell'inadempimento di una obbligazione di *facere*, ma sarebbe sussistita solo ove le parti (come risulta evidente in D. 45.1.72.pr. (Ulp. 20 *ad ed.*) e in D. 42.1.13.1 (Cels. 6 *dig.*) avessero convenuto fra loro una stipulazione.

Giunta, pertanto, a una tale conclusione occorre adesso provare a coordinarla con i risultati cui è pervenuto l'unico autore⁸⁹ che si è occupato del tema. In particolare, Emilio Betti ritiene che il convenuto – in deroga alla regola generale della condanna in forma specifica nel contesto delle *cognitiones extra ordinem* – potesse essere condannato al pagamento di una somma di denaro non solo qualora la domanda dell'attore fosse fin dall'inizio rivolta a una somma di denaro, ma anche quando la prestazione in natura non potesse essere realizzata.

⁸⁹ E. BETTI, *La 'condictio pretii' del processo civile giustiniano: contributo allo studio della 'condemnatio pecuniaria' postclassica*, cit., p. 1022 ss.

In particolare, vengono dall'Autore analizzate due ipotesi: a) la sopravvenuta impossibilità della restituzione della cosa in natura (D. 6.1.68⁹⁰ (Ulp. 51 *ad ed.*) e D. 42.2.3⁹¹ (Paul 9 *ad Plaut.*); b) le obbligazioni di *facere* e *non facere* (a prescindere dalla loro fungibilità). Il mio esame verte solamente sulla seconda di queste eventualità, in quanto è mio interesse riscontrare esclusivamente cosa si verificasse nel contesto dell'esecuzione di obbligazioni di *facere* e *non facere*.

L'opinione di Betti circa l'irrogazione di una condanna necessariamente pecuniaria (e non anche in forma specifica) per le obbligazioni di *facere* si basa su D. 42.1.13.1 (Cels. 6 *dig.*), analizzato da me al paragrafo quinto di questo capitolo, anche dall'Autore ritenuto giustamente interpolato e nel quale veniva sancita la regola della condanna pecuniaria «*sicut evenit in omnibus facendi obligationibus*».

Tuttavia, a differenza di Betti, non ritengo che una tale regola della condanna pecuniaria costituisse un mero residuo storico del procedimento formulare, da applicare qualora la prestazione in natura non fosse realizzabile.

Si aggiunga, poi, che l'Autore non ricollega la problematica della condanna pecuniaria delle obbligazioni di *facere* al loro *vulnus* di tutela esecutiva, testimoniando egli, invece, solo come – dalla lettura del frammento – emergesse un sistema di condanna prettamente pecuniaria.

Diversamente, nei paragrafi precedenti ho cercato di mostrare come di fatto potesse giungersi alla condanna pecuniaria per l'inadempimento dell'originaria obbligazione di *facere* solo ove le parti avessero fra loro contratto una stipulazione.

Si aggiunga, poi, – e ciò risulta essenziale per la prosecuzione di questa ricostruzione – che gli effetti di 'tutela indiretta' prestati dalla stipulazione si verificavano con ancora maggior evidenza qualora alla stessa fosse stata apposta una clausola penale.

Difatti, come risulterà evidente nei paragrafi della seconda sezione di questo capitolo⁹², la clausola penale produceva – ai fini coercitivi e di tutela indiretta – effetti favorevoli tanto per lo stipulante, in

⁹⁰ D. 6.1.68 (Ulp. 51 *ad ed.*): *Qui restituere iussus iudici non paret contendens non posse restituere, si quidem habeat rem, manu militari officio iudicis ab eo possessio transfertur et fructuum dumtaxat omnisque causae nomine condemnatio fit. Si vero non potest restituere, si quidem dolo fecit quo minus possit, is, quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum iuraverit, damnandus est. Si vero nec potest restituere nec dolo fecit quo minus possit, non pluris quam quanti res est, id est quanti adversarii interfuit, condemnandus est. Haec sententia generalis est et ad omnia, sive interdicta, sive actiones in rem sive in personam sunt, ex quibus arbitrato iudicis quid restituitur, locum habet.*

⁹¹ D. 42.2.3 (Paul. 9 *ad Plaut.*): *Iulianus ait confessum certum se debere legatum omnimodo damnandum, etiam si in rerum natura non fuisset et si iam a natura recessit, ita tamen, ut in aestimationem eius damnetur: quia confessus pro iudicato habetur.*

⁹² Si rinvia, specialmente, ai par. 9.1, 9.2, 10 e 11 della II sezione di questo capitolo.

particolare per l'inversione dell'onere della prova, quanto per il promittente, poiché la presenza della clausola rendeva *certa l'intentio* dell'*actio ex stipulatu*, escludendo così il ricorso al giuramento estimatorio.

Pertanto, la ricostruzione da me proposta si distingue da quella di Betti, in quanto valorizza il nesso condizionale fra la condanna pecuniaria e la preventiva stipulazione convenuta fra le parti, quale strumento di tutela indiretta dell'obbligazione di *facere*. Diversamente, Betti interpreta la condanna pecuniaria come espressione di una regola generale, applicabile anche in assenza di una stipulazione fra le parti e senza ricondurre tale meccanismo al *vulnus* di tutela esecutiva delle obbligazioni di *facere*.

La preferenza e la diffusione nella pratica per l'apposizione della clausola penale, laddove le parti si fossero vincolate all'adempimento di una obbligazione di *facere* o *non facere*, risulta più che evidente da un passo di Venuleio, nel quale viene riportata l'opinione di Labeone.

D. 45.1.137.7 (Ven. 1 *stip.*): *Si ut aliquid fiat stipulemur, et usitatus et elegantius esse Labeo ait sic subici poenam: "si ita factum non erit": at cum quid ne fiat stipulemur, tunc hoc modo: "si adversus ea factum erit": et cum alia fieri, alia non fieri coniuncte stipulemur, sic comprehendendum: "si non feceris, si quid adversus ea feceris".*

In questo frammento, quindi, Venuleio riprendeva il pensiero del giurista repubblicano Labeone, secondo il quale, nell'ipotesi di stipulazione di un'obbligazione di *facere*, era prassi abituale inserire una clausola penale.

Infatti, qualora il promittente si fosse positivamente obbligato a compiere un *facere*, la *stipulatio poenae* sarebbe stata formulata '*si ita factum non erit*'; al contrario, qualora l'obbligazione avesse avuto a oggetto un *non facere*, la *stipulatio poenae* avrebbe assunto la forma '*si adversus ea factum erit*'.

Ciò che merita particolare attenzione è la triplice stratificazione e trasmissione del pensiero che il passo rivela: l'opinione di Labeone, attivo in età augustea, viene, infatti, dapprima recepita da Venuleio, giurista tardo-classico vissuto nel III secolo d.C., e successivamente trasmessa ai compilatori della compilazione giustiniana.

Risulta pertanto evidente come l'esigenza di prevedere una stipulazione penale a tutela del creditore di un'obbligazione di *facere* fosse avvertita sia nel contesto del procedimento formulare, sia in quello

delle *cognitiones extra ordinem* (e in quello giustiniano che a quest'ultimo si ispirò), rispetto ai quali ho già evidenziato come la necessità di una stipulazione (intesa quale strumento di coazione all'adempimento) trovasse giustificazione in finalità differenti.

Nel processo formulare, infatti, data la pecuniarietà della condanna, la previsione della pena mirava a incentivare l'adempimento spontaneo dell'obbligazione in una fase anteriore alla *litis contestatio*; successivamente, nel procedimento per *cognitiones extra ordinem*, la stipulazione assicurava una tutela indiretta del creditore, il quale, in caso di inadempimento dell'obbligo di *facere*, avrebbe ottenuto il pagamento di una somma predeterminata di denaro, «*sicut evenit in omnibus facendi obligationibus*».

Si comprende così ancor più chiaramente come, ai fini esecutivi e per garantire l'effettiva soddisfazione della pretesa del creditore, fosse necessario procedere – e nei fatti fosse usuale procedere – alla conclusione di una stipulazione. La clausola penale conferiva, infine, alla stipulazione stessa un'ulteriore forza coercitiva.

Conclusivamente, alla luce di quanto appena esposto, è possibile cogliere con maggiore precisione la distanza fra la mia ricostruzione e quella avanzata da Emilio Betti.

Infatti, sebbene entrambe le prospettive riconoscano l'assenza nel diritto post classico di un'effettiva tutela in forma specifica delle obbligazioni di *facere*, la divergenza fra le due emerge con chiarezza nel modo in cui viene giustificata la trasformazione dell'originaria obbligazione di *facere* in una condanna pecuniaria. Mentre Betti individua nella condanna pecuniaria una soluzione generalizzata, la mia ricostruzione sottolinea, invece, come la condanna pecuniaria costituisse l'effetto di una scelta negoziale fra le parti ben precisa, consistente nella conclusione di una *stipulatio*. Quest'ultima, in ipotesi di inadempimento, dava luogo ad una obbligazione pecuniaria, da determinarsi a mezzo di giuramento estimatorio o predeterminata dalle stesse parti con *stipulatio poenae*.

Questa impostazione consente di cogliere con maggiore nitidezza la funzione concretamente coercitiva della *stipulatio* nel diritto romano più tardo, soprattutto quando accompagnata da una clausola penale. Esattamente ad una tale configurazione, nella quale la *stipulatio* è congegnata non solo al fine di supplire le conseguenze negative dell'inadempimento, ma anche di rafforzare in via preventiva l'interesse del creditore, che occorre adesso rivolgere l'attenzione nella prossima sezione.

Come si vedrà, infatti, la prassi di corredare l'obbligazione di *facere* con una clausola penale costituiva non solo una consuetudine ben radicata, come rilevato da Venuleio in D. 45.1.137.7, ma

anche una risposta coerente ed efficace all'esigenza di garantire l'adempimento del debitore in assenza di mezzi esecutivi diretti.

II SEZIONE

Stipulazioni, specialmente penali, quali misure di coazione indiretta all'adempimento delle obbligazioni di *facere* e *non facere*.

SOMMARIO: 7. Approccio metodologico e prospettive di indagine; 8. Preferenza ai fini coercitivi della *stipulatio poenae* rispetto all'instaurazione di una procedura esecutiva personale; 9. *Stipulatio poenae* come misura di coazione indiretta di comportamenti incoercibili e a scopo di garanzia; 9.1. La funzione coercitiva della stipulazione penale; 9.2. La funzione di tutela indiretta della stipulazione penale; 9.2.1. La tutela indiretta della stipulazione in materia pattizia e, in particolare, con riferimento al compromesso arbitrale; 10. La preferenza del debitore per l'apposizione della clausola penale. La predeterminazione del valore della pena: una prospettiva di diritto sostanziale; 11. La predeterminazione del valore della pena: una prospettiva di diritto processuale. In particolare, la corrispondenza fra *stipulatio* e *intentio*; 12. La clausola penale come scelta preferenziale del creditore: implicazioni sul piano probatorio; 12.1. Altre ragioni di preferenza del creditore per l'apposizione della clausola penale: la pretesa dell'adempimento del terzo e il regime 'improprio' di solidarietà passiva; 13. La struttura della stipulazione: il rapporto di alternatività o cumulabilità fra l'*actio ex stipulatu* e l'azione a tutela del rapporto principale. Nello specifico, le c.d. '*stipulationes simplici*'; 13.1. Rapporto di alternatività o cumulabilità fra l'*actio ex stipulatu* e l'azione a tutela del rapporto principale nelle stipulazioni duplici; 13.2. *Stipulatio poenae* annessa a patto; 13.3. *Stipulatio poenae* annessa a contratto consensuale. Struttura della '*novatio*' descritta in D. 17.2.71.pr. (Paul. 3 *epit. Alf. dig.*); 13.3.1. La struttura duplice della *stipulatio* contenuta in D. 17.2.71.pr. (Paul. 3 *epit. Alf. dig.*); 13.4. *Stipulatio poenae* annessa ad altra *stipulatio*: l'emersione del concetto di *quasi novatio* in D. 44.7.44.6. (Paul. 74. *ad ed. praet.*); 13.5. Confronto delle risultanze in materia di cumulo di *actiones ex stipulatu* con D. 45.1.115.2 (Pap. 2 *quaest.*) e D. 44.7.44.6 (Paul. 74 *ad ed. praet.*); 14. Riflessioni finali in tema di *stipulatio* novatoria; 15. Una possibile soluzione al *vulnus* di tutela esecutiva delle obbligazioni di *facere* nel procedimento delle *cognitiones extra ordinem*: la *stipulatio* duplice novatoria; 16. Conclusioni e anticipazioni delle questioni trattate nei prossimi capitoli.

7. Approccio metodologico e prospettive di indagine.

Nella sezione appena conclusa ho evidenziato come, in mancanza di fonti giuridiche sul punto, sia nel diritto romano classico sia, specialmente, in quello post classico si assistesse a un *vulnus* di tutela esecutiva per le obbligazioni di *facere* e *non facere*.

Se, infatti, queste ricevevano una tutela 'mediata' nel procedimento formulare, a causa della regola della pecuniarietà della condanna (cui conseguiva l'esecuzione nelle vie ordinarie), un più grave *deficit* di tutela incombeva sulle obbligazioni di *facere* nel contesto delle *cognitiones extra ordinem*. Queste, infatti, non avrebbero potuto essere eseguite in forma specifica, ma al più avrebbero ottenuto una tutela mediata di tipo pecuniario.

Infatti, attraverso l'apposizione di una *stipulatio* (specialmente se penale, come desunto da D. 45.1.137.7 (Ven. 1 *stip.*) era possibile per il creditore ottenere soddisfazione indiretta del proprio credito. In altre parole, al maturare dell'inadempimento, il debitore avrebbe dovuto adempiere non

più all'originaria obbligazione di *facere*, che si estingueva, ma a una diversa obbligazione, consistente nel pagamento di una somma di denaro. Pertanto, inadempita anche quest'ultima, il creditore avrebbe dapprima potuto agire *ex stipulatu*, ricevendo così a suo favore una sentenza di condanna pecuniaria e, *in secundis*, procedere all'esecuzione nelle vie ordinarie.

A mezzo della *stipulatio*, allora, era possibile per il creditore giungere alla 'medesima soluzione' del procedimento formulare: egli, quindi, avrebbe ottenuto soddisfazione indiretta del proprio credito attraverso l'irrogazione da parte del giudice di una sentenza al pagamento di una somma di denaro (predeterminata, nel caso di apposizione di una clausola penale, o altrimenti all'*id quod interest* da determinarsi a mezzo di giuramento estimatorio).

Prima di cominciare lo studio delle stipulazioni e, specialmente, di quelle penali, occorre ai fini prettamente metodologici precisare l'*iter* di conduzione dell'indagine.

In particolare, dopo aver indagato le ragioni di preferenza ai fini coercitivi per l'apposizione di una clausola penale rispetto all'istaurazione di una procedura esecutiva personale, mi soffermerò sull'analisi degli effetti peculiari della *stipulatio poenae*, sia coercitivi che indiretti.

Nello specifico, con 'forza coercitiva' si fa riferimento (ancora oggi) all'idoneità dello strumento processuale ad indurre il debitore allo spontaneo adempimento della prestazione dedotta in obbligazione, tramite la prospettazione di una sanzione particolarmente severa. Diversamente, con il termine 'efficacia indiretta' si intende la capacità dello strumento di colmare le lacune di tutela presenti nell'ordinamento, attraverso l'impiego di accorgimenti ingegnosi resi possibili dalla sua stessa struttura e natura.

Ancora, proseguirò con l'esame dei motivi di preferenza del debitore e del creditore per l'apposizione della clausola penale, con particolare riguardo al regime dell'onere probatorio e alla struttura dell'*intentio* dell'*actio ex stipulatu*, la quale – laddove fosse prevista una clausola penale – diveniva *certa*, impedendo così che si addivenisse al deferimento del giuramento estimatorio, assai lesivo degli interessi economici del debitore.

Successivamente, mi concentrerò sulla struttura della stipulazione che poteva rispondere a uno schema semplice o duplice. Nella prima ipotesi, quindi, il debitore si sarebbe direttamente vincolato al pagamento della penale, mentre l'inadempimento dell'obbligazione di *facere* rimaneva sullo sfondo come mera condizione di validità della *stipulatio* stessa. Diversamente, nello schema duplice, il debitore si vincolava contemporaneamente sia ad adempiere l'obbligazione di *facere* che al pagamento della somma di denaro in ipotesi di inadempimento. A seconda che l'obbligazione di

facere, poi, trovasse la propria causa un contratto consensuale, un patto o un'altra *stipulatio*, ne derivavano conseguenze profondamente differenti, che risultano di importanza essenziale per affrontare e risolvere il prospettato *vulnus* di tutela esecutiva delle obbligazioni di *facere*.

Senza la pretesa di anticipare alcunché, si evidenzia come le conclusioni desunte dall'esame di due passi paolini (D. 17.2.71.pr. (Paul. 3 *epit. Alf. dig.*) e D. 44.7.44.6 (Paul. 74 *ad ed. praet.*) mi permetteranno di individuare uno specifico strumento processuale che, determinando la debenza della sola obbligazione al pagamento di una somma di denaro (in sostituzione a quella originaria al *facere*), garantiva una soddisfazione indiretta delle pretese creditorie.

Confrontando, poi, tali risultati con il contenuto di D. 42.1.13.1 (Cels. 6 *dig.*) e D. 45.1.72.pr. (Ulp. 20 *ad ed.*), esaminati nei paragrafi 5 e 5.1 della prima sezione di questo capitolo, sarà possibile individuare una soluzione, alla quale fin ora nessuno ha pensato, al prospettato *deficit* di tutela di età post classica e giustiniana.

8. Preferenza ai fini coercitivi della *stipulatio poenae* rispetto all'instaurazione di una procedura esecutiva personale.

Ammettendo che la *stipulatio poeane* costituisse l'alternativa sul piano della coazione della *manus iniectio*⁹³, nonché delle altre misure esecutive con carattere anche personale⁹⁴, in quanto tutte erano idonee a indurre il debitore allo spontaneo adempimento della propria obbligazione sotto minaccia di irrogazione della sanzione, sembrerebbe, a prima vista, che per il creditore, avuto riguardo al solo ed esclusivo fine di sollecitare l'adempimento, fosse sostanzialmente indifferente optare per l'instaurazione di una procedura esecutiva oppure per la stipulazione di una clausola penale.

Infatti, la minaccia del pagamento della *poena*, della vendita di tutto il patrimonio o dell'assoggettamento personale al creditore, avrebbero avuto efficacia volta ad indurre similmente il debitore all'adempimento spontaneo della propria prestazione in un momento antecedente rispetto alla *litis contestatio*.

⁹³ Una tale costatazione è possibile anche aderendo alla ricostruzione storica della *stipulatio poenae* (e della *sponsio poenae*) proposta da E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano, 1955, p. 150 ss. (nonché ID., *Appunti di teoria dell'obbligazione in diritto romano*, Sezioni I, II e III, Roma, 1956, p. 141 ss.). Secondo l'Autore, infatti, la *stipulatio* (e ancor prima la *sponsio*) sarebbero sorte dall'evoluzione dell'antica *manus iniectio*, nel momento in cui si assistette al c.d. «trapasso dall'eterogaranzia all'autogaranzia». La tesi di Betti appare per un tale lavoro di ricerca particolarmente suggestiva, in quanto permette di cogliere come – individuando l'origine della *stipulatio poenae* nella *manus iniectio* – i due strumenti processuali condividessero la medesima finalità coercitiva, volta cioè ad indurre il debitore allo spontaneo adempimento della propria obbligazione, sotto minaccia di conseguenze particolarmente severe. In particolare, l'Autore faceva risalire il valore impegnativo della *stipulatio* a un negozio di garanzia personale, con cui nel contesto della *manus iniectio* il promittente, individuato nello *sponsor* (e, cioè, un soggetto terzo rispetto al rapporto obbligatorio che svolgeva funzioni analoghe a quelle del *vindex*) garantiva con la propria persona l'adempimento della promessa debitoria. In un tale contesto, la *poena* costituiva il prezzo del riscatto che lo *sponsor*-promittente espressamente pattuiva a suo favore per evitare, tramite il pagamento del prezzo stesso, le conseguenze estreme della propria responsabilità e dell'esecuzione forzata. In prosieguo di tempo, dalla supposta funzione di garanzia processuale si passò – sempre secondo Betti – a una forma dichiarativa e promissoria caratterizzata dalla formula '*spondeo*', con la quale era sufficiente che il garante promettesse l'*idem debitum* perché venisse assoggettato all'*actio in personam*, non più esecutiva, in caso di inadempimento. Nello specifico, in previsione dell'inadempimento, i contraenti pattuivano una penale (cioè la *stipulatio poenae*), fissando in una somma di denaro il compenso destinato ad indennizzare il creditore del pregiudizio che risentiva per la delusione della sua aspettativa. In una prima fase, secondo Betti, con probabilità lo *sponsor* fu un soggetto differente rispetto al debitore; successivamente, invece, si assistette a una unificazione dei due ruoli processuali, cosicché si verificò il c.d. «trapasso dall'etero garanzia e all'auto garanzia». Allora, la *sponsio-stipulatio* divenne «il mezzo per assumere garanzia per fatto proprio». In una tale nuova forma di *sponsio*, il garante-promittente «si riservava esplicitamente, in una clausola del contratto, la facoltà di riscattarsi pagando una somma di denaro forse pari al multiplo di quella mutuata o promessa. Tale somma da lui promessa a titolo di prezzo di riscatto della propria persona, si chiamava *poena*».

⁹⁴ Con carattere 'anche' personale si fa, naturalmente, riferimento alla *bonorum venditio* che – seppur qualificata certamente come misura esecutiva patrimoniale – per le conseguenze negative che comportava in capo al debitore esecutato, secondo G. PURPURA, *La pubblica rappresentazione dell'insolvenza*, cit., p. 4541 ss., essa condivideva i caratteri 'personali' delle altre procedure esecutive. Sul punto, si rimanda al cap. I, par. 2.2 della prima sezione.

In realtà, non si può in alcun modo ritenere che la *manus iniectio* (o la procedura esecutiva personale che successivamente la sostituì⁹⁵ nel procedimento formulare, nonché la *bonorum venditio*) potesse costituire una soluzione migliore o anche solamente analoga, all'apposizione di una clausola penale all'interno del negozio stipulatorio.

D'altronde, per il tramite della *stipulatio poenae* si offriva al debitore una ulteriore possibilità di adempimento. Egli avrebbe potuto semplicemente pagare la somma di denaro che era stata convenzionalmente predeterminata (o indicata dal pretore), in modo da evitare il proprio asservimento o la messa in vendita dell'intero patrimonio, l'infamia e la *proscriptio*.

Quindi, tramite la previsione della *stipulatio*, il debitore avrebbe potuto liberarsi dall'obbligazione attraverso il pagamento di una somma di denaro predeterminata, evitando così di giungere all'instaurazione delle procedure esecutive.

In ogni caso, qualora non avesse pagato neppure tale *poena* e fosse rimasto soccombente nel giudizio *ex stipulatu*, si dava comunque avvio alla procedura esecutiva per l'ottenimento della somma di denaro.

Quello che, però, in tale sede intendo evidenziare è che la previsione di una *stipulatio poenae* poteva offrire al debitore una possibilità ulteriore, potendo preferire egli – ad esempio – pagare una somma di denaro piuttosto che trasferire un bene o compiere una determinata opera. In un siffatto contesto, allora l'instaurazione della procedura esecutiva costituiva l'*extrema ratio*, applicabile solo quando il debitore fosse risultato sconfitto nel giudizio *ex stipulatu*.

Anche per il creditore poi, sebbene in maniera meno evidente, era preferibile l'apposizione di una clausola penale, in quanto avrebbe ingenerato sul debitore un ulteriore 'motivo di preoccupazione', consistente nell'essere convenuto *ex stipulatu* per il valore della *poena*, spesso di un valore maggiore rispetto al credito vantato. Si aggiunga, poi, che l'apposizione della clausola penale avrebbe determinato un'inversione dell'onere della prova, cosicché il creditore sarebbe stato esentato sia dalla prova dell'interesse attuale all'adempimento che dell'entità del danno.

È evidente, allora, che il mezzo stipulatorio fosse preferibile per entrambe le parti del rapporto obbligatorio. D'altronde, la *stipulatio* si poneva temporalmente in un contesto precedente rispetto

⁹⁵ Per l'evoluzione della *manus iniectio* nella procedura esecutiva personale conseguente ad *actio iudicati* e per il ruolo della *cautio iudicatum solvi* in una tale processo trasformativo si rinvia a F. LA ROSA, *La struttura della «cautio iudicatum solvi»*, in *Labeo*, 1956, p. 160 ss.; ID., *L'«actio iudicati»*, cit., p. 83; A. SALOMONE, *Iudicati velut obligatio*, cit., pp. 276-293.

all'instaurazione della procedura esecutiva: ancora il debitore poteva adempiere la propria obbligazione e, qualora fosse risultato inadempiente del pagamento della *poena* (il cui versamento poteva comunque costituire una prestazione preferibile e maggiormente realizzabile per il debitore), sarebbe stato convenuto *ex stipulatu*. Quindi, l'instaurazione di una procedura esecutiva sarebbe risultata solo successiva ed eventuale, in conformità con il principio di assolutorietà dei giudizi romani.

La conclusione della clausola penale, allora, avrebbe costituito un ulteriore mezzo che il creditore avrebbe potuto utilizzare per spronare il debitore allo spontaneo adempimento, ammesso che – comunque – al perdurante inadempimento del *dictum* giudiziale conseguente all'*actio ex stipulatu* conseguiva sempre l'esecuzione.

A titolo di esempio, per rendere la questione maggiormente comprensibile, il prestatore d'opera⁹⁶ che non avesse realizzato la *res* sarebbe stato condannato al pagamento di una somma di denaro e successivamente sottoposto alla misura esecutiva. Analogamente, qualora le parti avessero previsto una stipulazione penale a tutela del rapporto principale (nella forma, ad esempio: 'prometti di realizzare l'opera? Se non la realizzi, prometti di pagare una somma di denaro a titolo di *poena*?') e il debitore non avesse adempiuto l'obbligazione di pagare la *poena*, egli sarebbe stato convenuto *ex stipulatu* al pagamento di essa e, se ancora inadempiente, sottoposto all'azione esecutiva. Pertanto, in entrambe le evenienze l'instaurazione della procedura esecutiva costituiva la conclusione naturale del procedimento. Tuttavia, per il tramite della promessa del pagamento di una somma di denaro a titolo di pena, il debitore avrebbe potuto preferire adempiere a una tale *poena* pecuniaria – piuttosto che alla obbligazione di *facere* –, evitando così le gravi conseguenze dell'esecuzione.

In conclusione, per il tramite della clausola penale si voleva concedere al debitore una tutela ulteriore e al creditore una possibilità di soddisfazione aggiuntiva, sebbene in una forma mediata (cioè per il valore della *poena*). In altri termini, la clausola penale avrebbe potuto indurre il debitore allo spontaneo adempimento (al pari delle misure esecutive) senza però giungere necessariamente a una fase così avanzata del processo.

Se, allora, l'esecuzione costituiva la tappa finale tipica di quel percorso iniziato con l'inadempimento del convenuto, la previsione di una clausola penale all'interno del negozio stipulatorio – producendo,

⁹⁶ I frammenti del Digesto che si occupano, in particolare, della *stipulatio poenae* promessa dal prestatore d'opera per la sua realizzazione sono: D. 19.2.58.2 (Lab. 4 *post. a Iav. epit.*), D. 38.1.39 (Paul. 7 *ad Plaut.*), D. 45.1.72.1 (Ulp. 20 *ad ed.*) e D. 45.1.113 (Proc. 2 *epist.*).

al pari delle altre misure persuasive esaminate nella prima sezione,⁹⁷ quali il procedimento interdittale, la clausola arbitraria, le *cautiones* e il giuramento decisorio, una coazione ulteriore rispetto a quella della misura tipicamente esecutiva – poteva risolvere in via anticipata e mediata il problema dell'inadempimento.

In altri termini, ritengo che la clausola penale assumesse una 'forza coercitiva rafforzata' nella parte in cui si aggiungeva alla pressione psicologica già esercitata delle misure esecutive dotate di carattere anche personale, inducendo ulteriormente il debitore all'adempimento spontaneo della propria obbligazione.

⁹⁷ *Supra*, sezione I, par. 3.

9. Stipulatio poenae come misura di coazione indiretta di comportamenti incoercibili e a scopo di garanzia.

Nei paragrafi precedenti si è constatata la necessità, sia per il periodo classico che per il post classico, di rivenire delle misure di coazione indiretta che inducessero il debitore allo spontaneo adempimento della propria prestazione, così da risolvere il *vulnus* di tutela esecutiva delle obbligazioni di *facere*.

Ho individuato tali misure specialmente – dopo una brevissima analisi del sistema interdittale, della clausola arbitraria e del giuramento estimatorio – nelle stipulazioni, soprattutto se contenenti una clausola penale.

Risulta, allora, adesso opportuno verificare il perché tali stipulazioni costituissero una soluzione al *deficit* di tutela esecutiva nel procedimento formulare, consistente nell'impossibilità di assicurare una soddisfazione diretta e immediata del creditore, che non sarebbe mai stato destinatario di una sentenza di condanna pecuniaria.

Come si vedrà, la questione della tutela indiretta delle obbligazioni di *facere* (e non anche di *dare*) si porrà in maniera parzialmente diversa nel contesto del procedimento *extra ordinem*, nel quale la pattuizione di una stipulazione non era rivolta ad ottenere l'esatta soddisfazione dell'interesse creditorio, quanto un suo surrogato. La questione sarà approfondita nei paragrafi successivi⁹⁸.

Per adesso, invece, intendo soffermarmi solamente sul meccanismo stipulatorio nel contesto del procedimento formulare.

Occorre, allora, innanzitutto domandarsi il significato della dizione 'misura di coazione indiretta', certamente estranea alle fonti romanistiche, comprendendo la motivazione per la quale la stipulazione penale si inserisse nel sistema compulsorio civile.

Pertanto, nei due paragrafi seguenti esaminerò, *in primis*, il significato di 'misura coercitiva', soffermandomi sul significato del verbo '*committo*', utilizzato per designare il momento a partire dal quale la *stipulatio*, maturato l'inadempimento, produceva i suoi effetti (anche) coercitivi. Infatti, solo al momento in cui la *stipulatio* o la *poena* divenivano *commissae* sorgeva cioè l'obbligazione al pagamento di una somma di denaro.

In secundis, indagherò la funzione di tutela indiretta delle stipulazioni penali, anche in un contesto estraneo a quello proprio delle obbligazioni di *facere*. Come si vedrà, infatti, la stipulazione penale

⁹⁸ Sul punto, si rinvia al par. 14, sez. II di questo capitolo.

costituiva un brillante strumento processuale volto a fornire tutela a situazioni giuridiche che altrimenti ne sarebbero rimaste sfornite, in quanto non direttamente coercibili.

9.1. La funzione coercitiva della stipulazione penale.

Ogni misura coercitiva si contraddistingue per la sua particolare idoneità a indurre il debitore allo spontaneo adempimento della prestazione dovuta, tramite la minaccia di una pena particolarmente severa⁹⁹.

Nello specifico, il debitore preferisce (ora e allora) adempiere spontaneamente alla prestazione cui si era obbligato, piuttosto che soccombere al male prospettato.

L'inquadramento delle stipulazioni penali all'interno della categoria delle misure di coazione indiretta non è assolutamente nuovo nella letteratura romanistica¹⁰⁰. Infatti, ormai da secoli la dottrina, nel descrivere la forza persuasiva di tale istituto, lo qualifica come 'misura di coazione indiretta'.

⁹⁹ Si tratta di una lettura universalmente accolta nella dottrina. Una definizione dettagliata viene fornita da E. SILVESTRI, M. TARUFFO, voce *Esecuzione forzata e misure coercitive*, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1988, p. 4, secondo i quali: «In via di prima approssimazione, a tale concetto si può ricondurre qualsiasi istituto che abbia la funzione di costringere un soggetto, a ciò obbligato giuridicamente, ad adempiere alla obbligazione. In questa sede, peraltro, tale definizione va subito ulteriormente limitata con riferimento agli obblighi stabiliti in un provvedimento giurisdizionale dotato di efficacia esecutiva; «misura coercitiva» è allora qualsiasi strumento giuridico che miri a costringere un soggetto ad eseguire le prestazioni necessarie per l'attuazione di un ordine del giudice. In particolare, il riferimento è alla sentenza di condanna, pur potendosi porre anche il problema delle misure coercitive «endoprocessuali». Funzione tipica della misura coercitiva è dunque la coazione all'adempimento che si esercita sull'obbligato. Normalmente la coazione viene esercitata mediante la previsione di conseguenze negative, incidenti sul patrimonio e/o sulla persona dell'obbligato (v. infra, 3.), destinate a verificarsi nell'ipotesi in cui l'adempimento manchi. È in sostanza la minaccia di una sanzione a svolgere un effetto compulsorio sulla volontà dell'obbligato, inducendolo ad adempiere allo scopo di evitare di incorrere nella sanzione stessa. Perché ciò accada, occorre che si tratti di una sanzione in senso proprio, ossia di una conseguenza connessa all'inadempimento dell'obbligo, e tale da infliggere all'obbligato conseguenze negative ulteriori rispetto a quelle che verrebbe a subire adempiendo. Si tratta ovviamente di definizioni molto generiche, ma che già consentono di delimitare in modo significativo il campo dei fenomeni che possono denominarsi «misure coercitive».

¹⁰⁰ A favore dell'inquadramento espresso della *stipulatio poenae* fra le misure di coazione indiretta si veda E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, II, Padova, 1942, pp. 61 e 141 ss.; A. BISCARDI, *Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali*, estr. dagli *Studi Senesi*, 1947, p. 589; K. VISKY, *La pena convenzionale in diritto romano all'inizio del Principato*, in *Studi in onore di E. Volterra*, I, Milano, 1971, p. 597; P. VOCI, *La responsabilità del debitore da 'stipulatio poenae'*, in *Studi in onore di E. Volterra*, III, Milano, 1971, p. 327; A. SICARI, *Pena convenzionale e responsabilità*, Bari, 2001, p. 26 ss.; M. SCOGNAMIGLIO, *Ricerche sulla stipulatio poenae*, Torino, 2018, p. 21 ss.

Già Savigny, d'altronde, evidenziava come la pena convenzionale fosse «un'istituzione criminale in miniatura fondata sull'arbitrio privato, in cui chi fa la promessa dovrebbe essere indotto, per paura della pena, a omettere o compiere ciò che l'avversario richiede»¹⁰¹.

Anche Cesare Bertolini già nel 1894 si rendeva conto di come la stipulazione penale fosse finalizzata alla «costrizione indiretta all'adempimento della prestazione principale»¹⁰².

Tra i numerosi studi sull'argomento, merita particolare menzione l'analisi proposta da Rolf Knütel¹⁰³ il quale prende in esame la penale contrattuale come misura di coazione indiretta volta a risolvere il *vulnus* di tutela esecutiva determinato nel procedimento formulare dalla regola della condanna necessariamente pecuniaria. L'Autore, infatti, dopo aver paragonato il meccanismo della penale contrattuale alle misure coercitive processuali previste agli articoli 888 e 890 del ZPO, chiarisce che queste potevano garantire, in maniera più efficace rispetto a una semplice condanna pecuniaria per l'inadempimento, l'interesse creditorio ad ottenere una determinata prestazione, come il trasferimento di una certa *res*.

A questo punto, sembra opportuno interrogarsi sull'efficacia persuasiva della *stipulatio poenae*.

In particolare, le due parti del rapporto obbligatorio convenivano¹⁰⁴ che, qualora il promittente fosse risultato inadempiente all'originaria obbligazione cui si era vincolato (generalmente di *facere* o di *dare*), avrebbe dovuto corrispondere una somma di denaro predeterminata a titolo di *poena*.

La funzione coercitiva della clausola penale, finalizzata ad indurre il debitore all'adempimento spontaneo di una obbligazione di *facere* (o di *dare*), si deduce chiaramente da:

D. 45.1.71.pr. (Ulp. 13 *ad ed.*): *Cum, quid ut fiat, stipulemur poenam, sic recte concipiemus: "si ita factum non erit": cum quid ne fiat, sic: "si adversus id factum sit"*.

Si legge, infatti, che il motivo per il quale le parti del negozio decidevano di inserire una clausola penale consisteva nella necessità di adempiere o di non adempiere una determinata azione («*quid ut fiat*» e «*quid ne fiat*») e, cioè, l'obbligazione originaria di *facere* o *non facere*.

¹⁰¹ F.K. SAVIGNY, *Le obbligazioni*, II, Traduzione dall' originale in tedesco con appendici di Giovanni Pacchioni, Torino, 1912, p. 273.

¹⁰² C. BERTOLINI, *Teoria generale della pena convenzionale secondo il diritto romano*, Roma, 1894, p. 11.

¹⁰³ R. KNÜTEL, *Stipulatio poenae*, cit., p. 10 ss.

¹⁰⁴ In rare e sporadiche ipotesi, invece, la stipulazione alla quale era annessa la clausola penale era pretoria. Si pensi, a tal proposito, alla *cautio vadimonium sisti* e alla *stipulatio duplae* in caso di evizione.

Quanto agli effetti prodotti dalle stipulazioni, invece, occorre che io citi un altro frammento:

D. 46.5.6 (Paul. 14 *ad Plaut.*): *In omnibus praetoriis stipulationibus, in quibus primo fieri aliquid, deinde, si factum non sit, poenam inferimus, poenae nomine stipulatio committitur.*

Il passo si riferisce a una stipulazione pretoria penale, ma il suo significato (e la sua forza coercitiva) può senza dubbio essere esteso alle stipulazioni convenzionali penali.

Si evince come, in un momento iniziale fosse dovuta solamente l'obbligazione di *facere* e, successivamente – al maturare dell'inadempimento quale condizione sospensiva negativa dell'esplicazione degli effetti della *stipulatio* –, la somma di denaro prevista a titolo di pena. La *stipulatio*, allora, parafrasando Paolo, era '*commissa*' con riferimento alla *poena*.

Dunque, giova rilevare come l'inadempimento dell'originaria prestazione costituisca la condizione sospensiva negativa dell'efficacia della stipulazione penale. In altri termini, ove il promittente non avesse adempiuto l'obbligazione originaria di *dare* o *facere*, sarebbe sorto l'obbligo al pagamento di una somma di denaro e, solo a partire da un tale momento, la *poena* si intendeva '*commissa*'¹⁰⁵.

Il verbo '*committo*' alludeva evidentemente alla produzione degli effetti (anche coercitivi) della penale contrattuale¹⁰⁶ e, cioè, a un suo perfezionamento. Infatti, la *poena* era dovuta solamente al momento dell'inadempimento dell'obbligazione originaria.

¹⁰⁵ Fra i passi della compilazione giustiniana che testimoniano con maggiore chiarezza tale meccanismo di produzione degli effetti della *stipulatio* al maturare dell'inadempimento, tale per cui la *poena* si intendeva '*commissa*', devono essere citati: D. 2.11.9.1 (Ulp. 77 *ad ed.*), D. 4.8.21.9-10-12 (Ulp. 13 *ad ed.*), D. 4.8.23.pr.-1-3 (Ulp. 13 *ad ed.*), D. 4.8.27.1-4 (Ulp. 13 *ad ed.*), D. 4.8.30 (Paul. 13 *ad ed.*), D. 4.8.31 (Ulp. 13 *ad ed.*), D. 4.8.34.1 (Paul. 13 *ad ed.*), D. 4.8.37 (Cels. 2 *dig.*), D. 4.8.39.pr.-1 (Iav. 11 *ex Cass.*), D. 4.8.40 (Pomp. 11 *ex variis lect.*), D. 4.8.42 (Pap. 2 *resp.*), D. 12.1.40 (Paul. 3 *quaest.*), D. 19.1.47 (Paul. 6 *resp.*), D. 21.2.57.1 (Gai. 2 *ad ed. aed. cur.*), D. 22.2.9 (Lab. 5 *pith. a Paul. epitom.*), D. 35.1.24 (Iul. 55 *dig.*), D. 44.4.4.2 (Ulp. 76 *ad ed.*), D. 44.7.23 (Afr. 7 *quaest.*), D. 45.1.2.6 (Paul. 12 *ad Sab.*), D. 45.1.3 (Ulp. 49 *ad Sab.*), D. 45.1.4.1 (Paul. 12 *ad Sab.*), D. 45.1.5.3a (Pomp. 26 *ad Sab.*), D. 45.1.8 (Paul. 2 *ad Sab.*), D. 45.1.38.17 (Ulp. 49 *ad Sab.*), D. 45.1.69 (Ulp. 7 *ad ed.*), D. 45.1.77 (Paul. 58 *ad ed.*), D. 45.1.81 (Ulp. 77 *ad ed.*), D. 45.1.85.6 (Paul. 75 *ad ed.*), D. 45.1.113 (Proc. 2 *ep.*), D. 45.1.115.pr.-1-2 (Pap. 2 *quaest.*), D. 45.1.121.2 (Pap. 11 *resp.*), D. 45.1.122 (Scaev. 28 *dig.*), D. 45.1.137 (Ven. 1 *stip.*), D. 45.3.1.6 (Iul. 52 *dig.*), D. 46.5.6 (Paul. 14 *ad Plaut.*), C. 2.55.1 (a. 213), C. 4.55.2 (a. 200).

¹⁰⁶ Per una analisi dettagliata del significato del verbo '*committo*' fra diritto classico e bizantino, si rinvia a S. SCIORTINO, *La litterarum obligatio nella legislazione di Giustiniano e nella interpretazione degli antecessores*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 2024, p. 87 ss., nt. 124, secondo il quale «l'impiego del verbo *committo* da parte dei giuristi bizantini corrisponde a quello dei giuristi classici, segnalato dal VIR, I, Berlino, 1903, 817 s., in materia contrattuale e, precisamente, con riferimento alla *stipulatio*; l'espressione *committere stipulationem* significa *stipulatio vim habere incipit*, sulla base del presupposto del suo regolare perfezionamento».

Occorre, però, precisare che il meccanismo di produzione degli effetti coercitivi si verificasse in seno alla *stipulatio* anche nel caso in cui non fosse convenuta alcuna penalità. Ove, però, la clausola penale non fosse stata apposta alla stipulazione, l'ammontare della condanna sarebbe stato all'*id quod interest*, da determinarsi attraverso giuramento estimatorio, e a dirsi '*commissa*' sarebbe stata la *stipulatio* (e non anche la *poena*).

Di conseguenza, nel momento in cui la *poena* (o persino la sola *stipulatio*) fosse divenuta *commissa*, al promittente ne sarebbero derivati effetti così sfavorevoli da indurlo a evitare tale eventualità adempiendo spontaneamente all'obbligazione assunta in origine.

Per rendere la questione più comprensibile, la minaccia di produzione degli effetti della *poena* (o della *stipulatio*) induceva il debitore ad adempiere all'obbligazione di *facere* o *dare*, così risolvendo in via anticipata il *vulnus* di tutela esecutiva riscontrabile nel procedimento formulare per ambedue le *species* di obbligazioni.

Una costituzione imperiale emanata da Antonino Caracalla nel 213 d.C. evidenzia questa forma di incentivo all'adempimento, basata sul timore derivante dall'irrogazione della *poena*.

*C. 2.55.1: Imperator Antoninus. Ex sententia arbitri ex compromisso iure perfecto aditi appellari non posse saepe rescriptum est, quia nec iudicati actio inde praestari potest et ob hoc invicem poena promittitur, ut metu eius a placitis non recedatur. Sed si ultra diem compromisso comprehensum iudicatum est, sententia nulla est, nec ullam poenam committit qui ei non paruerit. ANT. A. NEPOTIANAE. * < A 213 PP. VIII K. AUG. ROMAE ANTONINO A. IIII ET BALBINO CONSS. >.*

Tralasciando la questione iniziale inerente all'impossibilità di appellare la sentenza dell'arbitro, da tale provvedimento si deducono due informazioni particolarmente significative. La prima, che verrà ripresa nel paragrafo 9.2.1 quando mi occuperò più attentamente del compromesso arbitrale, attiene alla tutela indiretta offerta dalla *stipulatio poenae* nell'ambito dell'arbitrato privato, privo di efficacia esecutiva diretta (tale per cui non era possibile agire con l'*actio iudicati*). La seconda, invece, riguarda l'utilizzo del termine '*metus*' per indicare lo stato di soggezione cui era sottoposto il promittente al momento della produzione degli effetti della *poena*.

Si legge, infatti, che la penale veniva pattuita reciprocamente affinché le parti (entrambe in tale specifica ipotesi), per timore degli effetti della stessa, non si sottraessero agli impegni presi e costituenti l'obbligazione originale cui si erano vincolate.

La funzione coercitiva della stipulazione penale è evidente. Pertanto, maturato l'inadempimento, la stessa sarebbe stata '*commissa*' e avrebbe esplicato quegli effetti negativi che il promittente avrebbe preferito evitare.

Allora, in definitiva, si può certamente ritenere che la coercizione fosse finalizzata ad evitare il perfezionamento degli effetti della clausola penale stessa.

Constatata la funzione coercitiva della pena convenzionale, occorre adesso concentrarsi sulla tutela indiretta apprestata dalla stessa. Come si dirà a breve, infatti, la *stipulatio poenae* costituiva uno strumento processuale finalizzato ad offrire tutela giuridica a quelle situazioni che, per loro natura, ne erano prive, fra le quali – specialmente – le obbligazioni di *facere* e *non facere*.

9.2. La funzione di tutela indiretta della stipulazione penale.

Le stipulazioni penali, come più volte anticipato, apprestavano una tutela indiretta a quelle situazioni giuridiche che, per loro natura, ne erano sfornite.

Secondo Betti¹⁰⁷, infatti, «la forma solenne della promessa accompagnata da un'assunzione di garanzia da parte dello stesso promittente [...] venne adottata via via per ricollegare una responsabilità personale a certi assetti di interessi, i quali, senza la forma della *stipulatio*, sarebbero stati del tutto sforniti di sanzione giuridica».

In altri termini, il diritto romano spesso non tutelava, non munendo un comportamento di una congrua sanzione o di un meccanismo di esecuzione, determinate fattispecie giuridiche che solamente tramite l'apposizione di una clausola penale riuscivano ad esplicare 'indirettamente' gli effetti che ne erano propri.

Quindi, la pena convenzionale costituiva un abile strumento processuale che permetteva di munire di coazione situazioni giuridiche che ne erano sfornite.

In questo paragrafo e nei successivi sottoparagrafi mi soffermerò rapidamente non solo sulla tutela esecutiva indiretta offerta dalla stipulazione penale alle obbligazioni di *facere* e *dare* nel procedimento formulare, ma anche sulla protezione attribuita in materia pattizia, ove – in assenza di

¹⁰⁷ E. BETTI, *Appunti di teoria dell'obbligazione in diritto romano*, Sezioni I, II e III, Roma, 1956, p. 141.

un'azione specifica, ma solamente dell'*exceptio pacti conventi* – era consigliabile rivestire il patto della forma della *stipulatio*. Inoltre, esaminerò brevemente anche una specifica ipotesi di patto, avente ad oggetto la volontà delle parti di rimettere la controversia ad un arbitro.

In realtà, la *stipulatio poenae* trovava applicazione in numerosi ambiti, garantendo una tutela indiretta a situazioni giuridiche che, altrimenti, ne sarebbero state prive. Tuttavia, per ragioni di sintesi e per mantenere il *focus* dell'analisi, mi limiterò a esaminare esclusivamente i casi di maggiore rilevanza per il presente lavoro¹⁰⁸.

Con riferimento alla tutela indiretta prestata dalla stipulazione penale alle obbligazioni di *facere* e di *dare* nel procedimento formulare, già in parte anticipata nei paragrafi precedenti, giova ricordare che, a causa del principio della pecuniarietà della condanna, il creditore non avrebbe mai ottenuto l'esatta soddisfazione della propria pretesa, ma un mero equivalente pecuniario. In un tale contesto, la stipulazione penale – tramite la minaccia di applicazione della sanzione –, al pari degli altri mezzi deflattivi brevemente esaminati nella sezione precedente, avrebbe avuto la funzione di indurre il debitore allo spontaneo adempimento in una fase antecedente alla *litis contestatio*. In tal modo, la lite non sarebbe proseguita nella fase *apud iudicem* – ammesso che il processo fosse stato incardinato – e non sarebbe stata emessa alcuna sentenza per il mero equivalente pecuniario.

La tutela offerta dalla stipulazione, allora, era duplice. Essa, infatti, era rivolta sia al debitore, che non avrebbe così subito gli effetti né della penale né dei mezzi esecutivi, qualora avesse volontariamente adempiuto l'obbligazione originaria di *dare* o *facere*, sia al creditore che avrebbe ottenuto soddisfazione 'immediata' della propria pretesa.

Inoltre, la forza coercitiva indiretta della stipulazione penale si manifestava in modo ancora più significativo nel contesto delle *cognitiones extra ordinem*.

Infatti, in totale assenza di qualsiasi forma di tutela giuridica per il creditore di una obbligazione di *facere*, che non sarebbe mai stato destinatario di una sentenza in forma specifica a lui favorevole¹⁰⁹,

¹⁰⁸ Non essendo possibile, in questa sede, condurre un'analisi approfondita di tutte le ipotesi in cui risultava vantaggioso inserire una *stipulatio poenae*, rimando a C. BERTOLINI, *Teoria generale della pena convenzionale*, cit., p. 15 ss., per un approfondimento sul ruolo della stipulazione penale anche nel contesto della stipulazione a favore di terzo, nonché nella costituzione di servitù e usufrutto su fondi provinciali. Per l'analisi della stipulazione a favore di terzo, se contenuta una clausola penale, rinvio anche a R. KNÜTEL, *Stipulatio poenae*, cit., p. 46 ss.

¹⁰⁹ Per approfondire la questione, si rimanda al paragrafo 5 della prima sezione di questo capitolo, con particolare riferimento all'analisi di D. 42.1.13.1 (Cels. 6 dig.) e D. 45.1.72.pr. (Ulp. 20 ad ed.). Da tale esame ho dedotto la necessità

la stipulazione (anche non penale) permetteva la debenza non più dell'originaria obbligazione di *facere* cui le parti si erano originariamente vincolate, ma dell'obbligazione al pagamento di una somma di denaro, suscettibile di condanna pecuniaria ed eseguibile nelle forme del *pignus in causa iudicati captum*.

Il creditore, allora, sebbene non ottenesse esattamente la prestazione originariamente pattuita, sarebbe stato indirettamente soddisfatto. Si tornava, in questo modo, al sistema tipicamente formulare, che – a causa del principio della condanna necessariamente pecuniaria – offriva solamente una tutela mediata al creditore¹¹⁰.

Ammessa, così, la forza coercitiva indiretta tipica delle stipulazioni nel contesto del *vulnus* di tutela esecutiva delle obbligazioni di *facere* (specialmente nel diritto delle *cognitiones extra ordinem*), non resta che esaminare – seppur celermente – le altre forme di tutela indiretta che derivavano dall'apposizione della stipulazione penale, con particolare riferimento ai patti e ai compromessi arbitrari, che pur costituendo accordi fra le parti non erano tutelati neppure dall'*exceptio pacti conventi*.

di inserire una stipulazione per offrire tutela indiretta alle obbligazioni di *facere* che, altrimenti, non sarebbero mai state suscettibili di esecuzione in forma specifica.

¹¹⁰ Come si diceva poc'anzi, la tutela indiretta apprestata dalla stipulazione alle obbligazioni di *facere* nel contesto delle *cognitiones extra ordinem* deve essere interpretata conformemente alla concezione attuale di 'misura di coazione indiretta'. Difatti, una tale nozione è stata creata in via pretoria (dapprima con la giurisprudenza francese delle *astreintes*) per risolvere in via indiretta il *vulnus* di tutela esecutiva delle obbligazioni di *facere* e *non facere*, in quanto 'nemo ad factum cogi potest'. Rinviando al prossimo capitolo per uno studio maggiormente approfondito di un tale brocardo, esso venne coniato nei secoli del Medioevo e dell'età moderna, esattamente con riferimento a quei passi del Digesto dai quali si deduceva la necessità di ricorrere a una stipulazione al fine di rendere eseguibile l'obbligazione di *facere* e *non facere*. Si aggiunga, poi, che lo stesso significato di 'tutela indiretta' viene oggi utilizzato all'interno dell'art. 614-bis c.p.c. che concede al creditore di ottenere in via mediata la soddisfazione della propria pretesa a un *facere* infungibile. Infatti, in un contesto nel quale solamente le obbligazioni di *facere* fungibili ricevono tutela diretta a mezzo dell'art. 612 c.p.c., è sorta nei primi decenni del secolo scorso (con la c.d. 'crisi dell'obbligazione'), la necessità di escogitare un abile strumento processuale che, premendo sulla volontà del debitore a mezzo di minaccia di una penalità, determinasse la trasformazione di un'obbligazione di *facere* in una al pagamento di una somma di denaro. D'altronde, solamente nel 2009 si è giunti in Italia alla normazione di un tale mezzo di coercizione indiretta, ponendo fine sia alla c.d. crisi dell'obbligazione che al problema della correlazione necessaria fra sentenza di condanna ed esecuzione forzata. Infatti, all'interno dell'art. 614-bis c.p.c. è stata prevista per la parte attrice la possibilità di richiedere al giudice della cognizione (e oggi anche dell'esecuzione) di condannare il debitore di una obbligazione di *facere* al pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o ritardo nell'adempimento del provvedimento giudiziale. Sebbene ovviamente le fattispecie della stipulazione e delle misure di coazione indiretta non siano esattamente sovrapponibili (in quanto la prima si riferisce a ogni obbligazione di *facere*, anche non fungibile, e agisce in una fase precedente rispetto all'emanazione del *dictum* giudiziale), è evidente che condividano la medesima *ratio*. Infatti, entrambe sono volte – in virtù della loro forza eminentemente coercitiva – ad indurre il debitore all'adempimento spontaneo dell'obbligazione di *facere*.

9.2.1. La tutela indiretta della stipulazione in materia pattizia e, in particolare, con riferimento al compromesso arbitrale.

Al fine di delineare nel modo più completo possibile la portata coercitiva indiretta della *stipulatio*, è opportuno accennare brevemente alla tutela che essa assicurava anche nell'ambito dei *nuda pacta*¹¹¹.

È importante sottolineare che il contenuto di questo paragrafo sia strettamente funzionale all'analisi del compromesso arbitrale, che rileva particolarmente in un'ottica comparatistica con il diritto attuale, in quanto rappresenta un significativo esempio di tutela indiretta esperibile in sede propriamente processuale (ossia finalizzata a sollecitare l'adempimento spontaneo del *dictum* giudiziale). Proprio per questa ragione, ho ritenuto opportuno accennare, seppur in modo estremamente sintetico, alla tutela indiretta che le stipulazioni offrivano ai nudi patti.

Come risaputo, nel diritto romano i patti puri e semplici, che non era possibile inquadrare nello schema di alcun contratto consensuale, non generavano azione ma solamente eccezione.

Tuttavia, un patto privo di una causa giuridicamente valida – non rientrando tra i contratti tipici consensuali – non dava origine a un'azione, ma solo a un'eccezione opponibile da chi subiva la violazione dell'accordo e intendeva difendersi in giudizio contro l'azione promossa dalla controparte in contrasto con il patto stesso.

D. 2.14.7.4 (Ulp. 4 *ad ed.*): *Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.*

In ragione di un tale *vulnus* di tutela della parte che pretendeva il rispetto del patto, Ulpiano evidenziava come fosse usuale accompagnare il patto con una stipulazione, così da munire di tutela giuridica lo stipulante a mezzo di *actio ex stipulatu*.

D. 2.14.7.12 (Ulp. 4 *ad ed.*): *Quod fere novissima parte pactorum ita solet inseri "rogavit titius, spopondit Maevius", haec verba non tantum pactionis loco accipiuntur,*

¹¹¹ Per la disciplina generale sui *nuda pacta*, con citazioni fonti e letteratura, cfr., per tutti, M. KASER, *Das römische Privatrecht*, 1975, II, p. 364 ss. Si aggiungono, poi, M. TALAMANCA, *Contratto e Patto nel diritto romano*, in A. BURDESE (a cura di), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova, 2006, p. 63 ss.; S. PARINI VINCENTI, *Pacta Servabo. Riflessioni sulla categoria generale del contratto*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, LXXXIII, 2017, p. 433 ss.

sed etiam stipulationis: ideoque ex stipulatu nascitur actio, nisi contrarium specialiter adprobetur, quod non animo stipulantium hoc factum est, sed tantum paciscentium.

Pertanto, lo stipulante non si sarebbe limitato a opporre un'*exceptio pacti conventi* per difendersi da un'eventuale richiesta infondata, ma avrebbe potuto far valere attivamente, mediante un'azione *ex stipulatu*, il diritto al rispetto del patto stesso.

Le stesse conclusioni si desumono dalla lettura di C. 2.3.28 (a. 294) e C. 4.64.3, costituzioni imperiali emesse dall'Imperatore Diocleziano.

C. 2.3.28: *Imperatores Diocletianus, Maximianus. Si certis annis quod nudo pacto convenerat datum fuit, ad praestandum in posterum indebitum solutum obligare non potuit eum qui pactum fecit, nisi placitis stipulatio intercessit. * DIOCL. ET MAXIM. AA. ET CC. LEONTIO. * <A 294 S. III NON. DEC. BURTUDIZI CC. CONSS.>*

C. 4.64.3: *Imperatores Diocletianus, Maximianus. Ex placito permutationis re nulla secuta constat nemini actionem competere, nisi stipulatio subiecta ex verborum obligatione quaesierit partibus actionem. * DIOCL. ET MAXIM. AA. ET CC. BARCIO LEONTIO.*

Quindi, per munire di efficacia giuridica (e, quindi, di azionabilità) sia un patto spontaneamente adempiuto da diversi anni che la permuta era opportuno e conveniente inserire una stipulazione, la quale avrebbe conferito alle parti il diritto di agire legalmente per ottenere la prestazione dovuta, oltre alla possibilità di opporre l'eccezione.

Una delle ipotesi nella quale la stipulazione penale manifestava più chiaramente la sua funzione coercitiva indiretta riguardava, come anticipato, il compromesso arbitrale¹¹².

¹¹² La vastità della produzione bibliografica sull'argomento impone una selezione: si menzionano pertanto solo i contributi ritenuti più rilevanti ai fini della presente trattazione. M. TALAMANCA, *Ricerche in materie di 'compromissum'*, Milano, 1958, p. 1 ss.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., p. 384; M. MARRONE, *Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana*, in *Rivista dell'arbitrato*, VI, 1, 1996, p. 1 ss., online su https://sites.unipa.it/dipstdir/pub/marrone/arbitrato_privato.htm; L. DE GIOVANNI, *L'arbitro nell'esperienza giuridica romana*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 333 ss.; N. RAMPAZZO, *Sententiam dicere cogendum esse. Consenso e imperatività nelle funzioni giudicanti in diritto romano classico*, Napoli, 2012, p. 7 ss.

In questo contesto, la stipulazione penale non solo forniva alla parte interessata un'azione per ottenere il rispetto del compromesso, ma garantiva anche una forma di tutela esecutiva indiretta della sentenza arbitrale.

Occorre premettere che la violazione del compromesso, pur essendo esso un semplice patto, non avrebbe dato luogo ad alcuna eccezione, ma solamente all'azione per la *poena* (così come desumibile da D. 4.8.2 (Ulp. 4 *ad ed.*)¹¹³). In questa prospettiva, la *stipulatio poenae* era lo strumento volto a consentire a una parte di agire *ex stipulatu* contro l'altra, sia nel caso in cui quest'ultima si fosse rifiutata di sottoporre la controversia all'arbitro, sia qualora non si fosse presentata in giudizio nel giorno stabilito.

Inoltre, si aggiunga un'ulteriore funzione della *stipulatio poenae* nell'ambito del compromesso: l'inserimento di una clausola penale costituiva un abile *escamotage* volto a colmare il grave *vulnus* di tutela esecutiva¹¹⁴. Infatti, non solamente il compromesso non sarebbe stato dotato di azione e di eccezione, ma la sentenza dell'arbitro – successiva al compromesso – non sarebbe stata neppure suscettibile di esecuzione forzata. Quindi, pur ammettendo che le parti avessero, conformemente a quanto pattuito nel compromesso, rimesso la controversia all'arbitro e si fossero presentate in giudizio, un problema ancora ulteriore sarebbe sorto nell'ipotesi in cui non avessero ottemperato alla decisione arbitrale. A sovrintendere a una tale difficoltà, offrendo una tutela indiretta al compromesso, era la clausola penale.

Alla luce di quanto esposto, l'inserimento di una stipulazione penale produceva due effetti indiretti distinti: da un lato, conferiva alla parte che esigeva l'adempimento dell'obbligo di sottoporre la controversia all'arbitro – inclusa la comparizione in giudizio nel giorno stabilito – la legittimazione attiva ad agire *ex stipulatu*; dall'altro, garantiva un'efficacia esecutiva indiretta alla sentenza arbitrale.

In un tale contesto, allora la clausola penale assumeva una forza 'coercitiva rafforzata'. Infatti, essa non si limitava a dotare indirettamente di efficacia il compromesso, al pari della *stipulatio* con riferimento ai *nuda pacta*, cosicché la parte potesse agire *ex stipulatu* qualora l'altra non avesse rimesso la questione all'arbitro o non si fosse presentata in giudizio il giorno convenuto. Essa avrebbe

¹¹³ D. 4.8.2 (Ulp. 4 *ad ed.*): *Ex compromisso placet exceptionem non nasci, sed poenae petitionem*. Per un esame della questione, si rinvia specialmente a M. TALAMANCA, *Ricerche in materie di 'compromissum'*, cit., p. 126 ss.; ID., *L'arbitrato romano dai 'veteres' a Giustiniano*, in *Labeo*, XX, 1974, p. 96 ss.; ID., *Sull'interpretazione di Ulpiano, l. 13 ad ed., D. 4.8.21.9-11*, in *Studi in onore di G. Chiarelli*, IV, 1974, p. 4227 ss.

¹¹⁴ M. TALAMANCA, s.v. *Pena privata (dir. romano)*, in *ED*, XXXII, Milano, 1982, p. 725.

avuto uno scopo ulteriore e consistente nell'esecuzione indiretta della sentenza emessa dall'arbitro: qualora una delle due parti non si fosse ad essa conformata, l'altra avrebbe avuto legittimazione attiva ad agire *ex stipulatu* per la pena e, ove fosse seguito un ulteriore inadempimento, sarebbe seguita l'esecuzione vera e propria.

Una tale considerazione circa la tutela esecutiva è facilmente deducibile da C. 2.55.1, costituzione imperiale del 213 d.C. – brevemente accennata nel paragrafo precedente – con la quale Antonino Caracalla prescriveva di inserire una stipulazione penale, non potendosi esperire l'*actio iudicati* a tutela della sentenza emessa dall'arbitro, cui le parti si erano vincolate a sottostare in virtù del compromesso.

*C. 2.55.1.: Imperator Antoninus. Ex sententia arbitri ex compromisso iure perfecto aditi appellari non posse saepe rescriptum est, quia nec iudicati actio inde praestari potest et ob hoc invicem poena promittitur, ut metu eius a placitis non recedatur. Sed si ultra diem compromisso comprehensum iudicatum est, sententia nulla est, nec ullam poenam committit qui ei non paruerit. ANT. A. NEPOTIANAE. * < A 213 PP. VIII K. AUG. ROMAE ANTONINO A. III ET BALBINO CONSS. >.*

Si legge, d'altronde, che – tralasciando la questione dell'appellabilità – non essendo possibile esperire l'*actio iudicati* per l'esecuzione del lodo arbitrale, veniva reciprocamente promessa una penale. Infatti, per il timore degli effetti negativi derivanti da quest'ultima, le parti sarebbero state indotte spontaneamente ad adempiere l'obbligo insito nel compromesso di adeguarsi alla sentenza dell'arbitro.

Anche qui, allora, la clausola penale era finalizzata a colmare un grave *vulnus* di tutela esecutiva.

Infatti, il pretore non attribuì alcuna tutela diretta alla mera convenzione con la quale due parti in via stragiudiziale avessero concordato di affidare a un soggetto determinato e di comune fiducia la risoluzione di una controversia fra loro in atto¹¹⁵.

In altre parole, la parte che avesse subito la condotta inadempiente dell'altra (che cioè non avesse ottemperato all'obbligo di conformarsi alla decisione arbitrale, costituente certamente una obbligazione di *facere*) non avrebbe disposto di una azione esecutiva a tutela della propria pretesa.

¹¹⁵ M. MARRONE, *Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana*, cit., p. 1 ss.

Per tale motivo, allora, la giurisprudenza romana escogitò un complesso espediente di tutela indiretta, attraverso reciproche *stipulationes*: ciascuna parte prometteva all'altra il pagamento di una somma determinata di denaro, cioè la *poena*, qualora non avesse rispettato la decisione arbitrale.

In particolare, la stipulazione acquisiva efficacia nei casi in cui la mancata osservanza della decisione arbitrale riguardasse il pagamento di una somma di denaro, poiché, analogamente al procedimento formulare, la condanna era sempre di natura pecuniaria. Allo stesso modo, la stipulazione trovava applicazione nell'inadempimento di obblighi procedurali, come l'omissione della comparizione in giudizio da parte di uno dei soggetti coinvolti.

Ciò si desume chiaramente da:

D. 4.8.39.pr. (Iov. 11 *ex Cass.*): *Non ex omnibus causis, ex quibus arbitri paritum sententiae non est, poena ex compromisso committitur, sed ex his dumtaxat, quae ad solutionem pecuniae aut operam praebendam pertinent. Idem contumaciam litigatoris arbiter punire poterit pecuniam eum adversario dare iubendo: quo in numero haberi non oportet, si testium nomina ex sententia arbitri exhibita non sunt.*

Pertanto, intimorita dalla sanzione prospettata e dalla possibilità di essere convenuta in giudizio *ex stipulatu*, ciascuna delle parti sarebbe stata indotta a conformarsi al giudizio dell'arbitro¹¹⁶.

La natura coercitiva di tale stipulazione emerge indirettamente anche da un altro passo del Digesto, in cui si afferma che la *poena* non diveniva '*commissa*' qualora l'adempimento fosse avvenuto prima della *litis contestatio*:

D. 4.8.21.12 (Ulp. 13 *ad ed.*): *Intra quantum autem temporis, nisi detur quod arbiter iusserit, committatur stipulatio, videndum est. et si quidem dies adiectus non sit, Celsus scribit libro secundo digestorum inesse quoddam modicum tempus: quod ubi praeterierit, poena statim peti potest: et tamen, inquit, et si dederit ante acceptum iudicium, agi ex stipulatu non poterit.*

Tralascio la questione inerente al *modicum tempus* entro il quale le parti avrebbero dovuto conformarsi alla decisione dell'arbitro, che in tale sede non rileva. Quel che, invece, mi preme

¹¹⁶ D. 4.8.23.2 (Ulp. 13 *ad ed.*): *Idem ait nihil aliud esse sententiae stare posse, quam id agere, quantum in ipso sit, ut arbitri pareatur sententiae..*

evidenziare attiene alla possibilità per la parte di adempiere alla obbligazione di *facere* (concernente la conformazione alla decisione arbitrale) entro la fase dell'accettazione del giudizio. Ciò suggerisce, allora, che fino a tale momento la parte obbligata avrebbe potuto ancora soddisfare il creditore, senza incorrere nelle conseguenze della stipulazione penale.

In altri termini, la forza coercitiva della *poena* era volta ad indurre l'adempimento spontaneo dell'obbligazione di conformarsi alla sentenza arbitrale in un momento anteriore alla *litis contestatio*, cosicché la stessa *poena* non divenisse '*commissa*'.

Si aggiunga, poi – come si accennava –, che la tutela apprestata dalla stipulazione non era solo esecutiva, in quanto, in assenza anche della possibilità di opporre un'eccezione, essa garantiva tramite la minaccia di pena, che le parti deferissero la decisione all'arbitro e che si presentassero in giudizio il giorno stabilito¹¹⁷.

La forza coercitiva indiretta della stipulazione penale annessa al compromesso arbitrale risulta, così, assolutamente evidente.

Con il tempo, l'inserimento della clausola penale nel compromesso arbitrale divenne una prassi sempre più rilevante. Di conseguenza, probabilmente non oltre l'inizio del I secolo, il pretore – pur continuando a privilegiare il processo ufficiale e senza accordare una tutela diretta alla convenzione arbitrale – emanò l'*edictum de receptis*¹¹⁸. In esso stabiliva in particolare che «*qui arbitrium pecunia compromissa receperit, eum sententiam dicere cogam*». Ciò implicava che l'arbitro, una volta che le parti avessero reciprocamente prestato *stipulationes poenae*, sarebbe stato soggetto alla forza

¹¹⁷ P. VOCI, *La responsabilità del debitore da stipulatio poenae*, in *Studi in onore di E. Volterra*, III, Milano, 1969, p. 380, individua la natura del *compromissum*, tutelato a mezzo di *stipulatio poenae*, come sommatoria della *cautio vedimonium sisti* e della *cautio iudicatum solvi*.

¹¹⁸ D. 4.8.11.1 (Ulp. 13 *ad ed.*): *Arbitrum autem cogendum non esse sententiam dicere, nisi compromissum intervenerit*. O. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu Dessen Wiederherstellung*, Leipzig, 1927, rist. anast. Aalen, 1985, p. 130 s. Il testo della *formula* è stato ricavato dalla lettura congiunta di D. 4.8.3.2 (Ulp. 13 *ad ed.*): *Ait praetor: "Qui arbitrium pecunia compromissa receperit"* e D. 4.8.15 (Ulp. 13 *ad ed.*): *Licet autem praetor destricto edicat sententiam se arbitrum dicere coacturum...* Sul punto, mi limito a citare M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di "compromissum"*, Milano, 1958, pp. 116, 122 s.; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano, I, Le garanzie personali*, Padova, 1962, p. 311; M. MARRONE, *Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana*, cit., p. 1 ss.; M. HUMBERT, *Deux notes en marge de l'arbitrage romain*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, IV, Napoli, 2001, p. 393, nt. 9; T. DALLA MASSARA, *Reciproche relazioni e integrazioni tra arbitrato e 'iudicium': un itinerario nella giurisprudenza classica*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, II, Padova, 2012, p. 128, nt. 30; N. RAMPAZZO, *"Sententiam dicere cogendum esse"*, cit., p. 7 ss.; M. SCOGNAMIGLIO, *Ricerche*, cit., p. 22 ss.

coercitiva dell'editto, che prevedeva l'irrogazione di una multa¹¹⁹ nel caso in cui si fosse rifiutato di *dicere sententiam*.

Allora, è possibile dedurre come il sistema coercitivo previsto a tutela del compromesso arbitrale fosse duplice: da un lato le reciproche stipulazioni penali delle parti e dall'altro l'*edictum de receptis*, con la prospettazione della multa, per l'arbitro.

In tal modo, allora, certamente in via indiretta si sarebbe assicurata sia l'emissione della sentenza arbitrale che il suo ottemperamento ad opera delle parti.

Giova, infine, rilevare come il sistema stipulatorio nel contesto del compromesso arbitrale richiami, maggiormente rispetto alle altre stipulazioni penali, il meccanismo delle misure di coazione indiretta che conosciamo oggi.

Si pensi, a tal proposito, alla fattispecie descritta da Papiniano in:

D. 4.8.42 (Pap. 2 *resp.*): *Arbiter intra certum diem servos restitui iussit, quibus non restitutis poenae causa fisco secundum formam compromissi condemnavit: ob eam sententiam fisco nihil acquiritur, sed nihilo minus stipulationis poena committitur, quod ab arbitro statuto non sit obtemperatum.*

È evidente, infatti, come la condanna al pagamento della *poena* fosse conseguente all'inadempimento della sentenza dell'arbitro, consistente nella dazione di uno schiavo.

Difatti, in tale contesto la coazione indiretta, era volta all'adempimento spontaneo di una sentenza e non semplicemente di una obbligazione cui le parti si erano vincolate. In altre parole, in una tale ipotesi la coazione aveva natura processuale e non solo eminentemente sostanziale¹²⁰.

Diversamente, le stipulazioni penali generalmente avevano forza coercitiva indiretta nella parte in cui riuscivano a indurre il promittente-debitore all'adempimento spontaneo della propria obbligazione,

¹¹⁹ D. 4.8.32.12 (Paul. 13 *ad ed.*): *Si arbiter sese celare temperaverit, praetor eum investigare debet, et si diu non paruerit, multa adversus eum dicenda est.*

¹²⁰ Un tale sistema di coazione eminentemente processuale era analogo a quello oggi vigente con riferimento al sistema delle *astreintes* e dell'art. 614-*bis* c.p.c. Infatti, il sistema compulsorio civile attuale permette solamente l'adeguamento del debitore al provvedimento giudiziale. In un sistema giuridico nel quale non esiste una forma esecutiva in forma specifica per le obbligazioni di *facere* infungibili, infatti, l'unica soluzione rimane quella di coartare il debitore, tramite minaccia di pena, a conformarsi alla sentenza.

in modo da evitare l'emissione di una sentenza di condanna che, in quanto pecuniaria, non avrebbe mai pienamente soddisfatto il creditore-stipulante.

Anche nel procedimento arbitrale la condanna era necessariamente pecuniaria, ma la coazione non era finalizzata alla soddisfazione immediata e anticipata del creditore, quanto piuttosto all'adempimento del *dictum* dell'arbitro.

10. La preferenza del debitore per l'apposizione della clausola penale. La predeterminazione del valore della pena: una prospettiva di diritto sostanziale.

Si è già accennato all'interno dell'ottavo paragrafo di questa sezione alle ragioni per le quali il debitore avrebbe dovuto preferire per l'apposizione della clausola penale rispetto all'instaurazione della procedura esecutiva.

Occorre, adesso, far riferimento ad un'altra e fondamentale ragione di preferenza: le parti, inserendo all'interno della *stipulatio* fra loro conclusa una clausola penale, avrebbero predeterminato l'entità del risarcimento in caso di inadempimento.

Difatti, il rischio maggiore per il debitore di una obbligazione di *facere* o di *dare* indeterminata consisteva nell'essere condannato dal giudice a una sanzione sproporzionata, corrispondente essenzialmente all'interesse del creditore (*id quod interest*)¹²¹.

Tale affermazione trova fondamento, in particolare, in due passi:

D. 42.1.11 (Cels. 6 dig.): *Si kalendis fieri aliquid stipulatus sum, nempe quandocumque post kalendas accepto iudicio tanti tamen aestimanda lis est, quanti interfuit mea kalendis id fieri: ex eo enim tempore quidque aestimatur, quod novissime solvi poterit.*

D. 42.1.13.pr. (Cels. 6 dig.): *Si quis ab alio decem, ab alio satisdari stipulatus est, aestimandum erit, quantum stipulatoris intersit satisdari, idque aut tantundem erit aut minus aut interdum etiam nihil: neque enim vani timoris ulla aestimatio est. Verum sorte soluta nullum iam pretium aestimationis est, aut quantum ex sorte fuerit solutum, tantundem ex aestimatione decedet.*

I due frammenti vanno necessariamente esaminati congiuntamente, in quanto collocati accanto all'interno della Palingenesi di Lenel¹²².

Da quest'ultima emerge, in particolare, che Celso, dopo aver esaminato la *stipulatio praetoria* priva di clausola penale nel contesto della *lex Falcidia*, in cui era necessaria la stima del valore della cosa

¹²¹ Sulla condanna all'*id quod interest* e al *quanti ea res erit*, si rinvia a M. KASER, *Quanti ea res est*, München, 1935, p. 206 ss.; S. TAFARO, *La interpretatio ai verba 'quanti ea res est' nella giurisprudenza romana. L'analisi di Ulpiano*, Napoli, 1980, p. 5 ss.

¹²² O. LENEL. *Palingenesia iuris civilis: iuris consultorum reliquiae quae iustiniani Digestis continentur, ceteraque iuris prudentiae civilis fragmenta minora secundum auctores et libros*, I, Leipzig, 1887, p. 137.

richiesta in giudizio¹²³, proseguiva illustrando le ipotesi nelle quali risultava essenziale determinare il valore della lite. Tra queste, D. 42.1.11 (Cels. 6 *dig.*) menziona l'obbligazione di *facere* una specifica prestazione entro le calende, mentre in D. 42.1.13.pr. (Cels. 6 *dig.*) si fa riferimento alla prestazione di *facere* consistente nel fornire la *satisfactio*.

In entrambe tali fattispecie, come in tutte le obbligazioni di *facere*, difatti, si poneva la necessità di stimare il valore della prestazione, in quanto l'obbligazione era *incerta*¹²⁴.

Allora, dalla lettura dei due passi, D. 42.1.11 (Cels. 6 *dig.*) e D. 42.1.13.pr. (Cels. 6 *dig.*), si comprende l'opportunità, se non la necessità in tutte le obbligazioni di *facere* – sia per il periodo classico che per il post classico e giustiniano – di inserire una clausola penale al fine di rendere *certa* una stipulazione che altrimenti sarebbe stata *incerta* e, pertanto, passibile di una condanna all'*id quod interest*. Soltanto, quindi, utilizzando la pena convenzionale sarebbe stato possibile rendere *certa* la *stipulatio* stessa e la condanna sarebbe stata irrogata per un valore predeterminato.

Un tale principio si coglie da:

D. 45.1.68 (Paul. 2 *ad ed.*): *Si poenam stipulatus fuero, si mihi pecuniam non credidisses, certa est et utilis stipulatio. Quod si ita stipulatus fuero: "pecuniam te mihi crediturum spondes?", incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem, quod mea interest.*

D. 46.5.11 (Ven. 8 *act.*): *In eiusmodi stipulationibus, quae "quanti ea res est" promissionem habent, commodius est certam summam comprehendere, quoniam*

¹²³ D. 22.3.17 (Cels. 6 *dig.*): *Cum de lege Falcidia quaeritur, heredis probatio est locum habere legem Falcidiam: quod dum probare non potest, merito condemnabitur*; D. 13.3.3 (Ulp. 27 *ad ed.*): *In hac actione si quaeratur, res quae petita est cuius temporis aestimationem recipiat, verius est, quod servius ait, condemnationis tempus spectandum: si vero desierit esse in rebus humanis, mortis tempus, sed en platei secundum Celsum erit spectandum: non enim debet novissimum vitae tempus aestimari, ne ad exiguum pretium aestimatio redigatur in servo forte mortifere vulnerato. In utroque autem, si post moram deterior res facta sit, Marcellus scribit libro vicensimo habendam aestimationem, quanto deterior res facta sit: et ideo, si quis post moram servum eluscatum dederit, nec liberari eum: quare ad tempus morae in his erit reducenda aestimatio.*

¹²⁴ Sulla natura *incerta* di tutte le obbligazioni di *facere*, D. 45.1.75.7 (Ulp. 22 *ad ed.*): *Qui id, quod in faciendo aut non faciendo consistit, stipulatur, incertum stipulari videtur: in faciendo, veluti "fossam fodiri" "domum aedificari" "vacuam possessionem tradi": in non faciendo, veluti "per te non fieri, quo minus mihi per fundum tuum ire agere liceat" "per te non fieri, quo minus mihi hominem erotem habere liceat". Invece, per la definizione di 'certum', riconducibile alle obbligazioni di *dare* determinato, D. 45.1.74 (Gai. 8 *ad ed. prov.*): *Stipulationum quaedam certae sunt, quaedam incertae. certum est, quod ex ipsa pronuntiatione apparet quid quale quantumque sit, ut ecce aurei decem, fundus Tusculanus, homo Stichus, tritici Africi optimi modii centum, vini Campani optimi amphorae centum.**

plerumque difficilis probatio est, quanti cuiusque intersit, et ad exiguam summam deducitur.

Dunque, solamente le stipulazioni di *facere* cui era annessa una clausola penale erano certe. Le altre, nelle quali il promittente avrebbe garantito, in ipotesi di inadempimento dell'originaria obbligazione di *facere*, la dazione di una somma indeterminata di denaro, invece, erano incerte.

Pertanto, risultava conveniente per le parti annettere alla propria *stipulatio* una clausola penale, che avrebbe determinato – oltre la certezza della *stipulatio* stessa – anche, come si dirà, un'inversione dell'onere probatorio, così da esonerare lo stipulante dalla prova del danno e dell'interesse attuale all'adempimento.

Tali conclusioni erano, inoltre, certamente condivise ancora in epoca giustiniana. Ciò si desume chiaramente da:

I. 3.15.7: *Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta: ut si stipulemur fieri aliquid vel non fieri. et in huiusmodi stipulationibus optimum erit poenam subicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit ac necesse sit actori probare, quid eius intersit. itaque si quis ut fiat aliquid stipuletur, ita adici poena debet: ' si ita factum non erit, tum poenae nomine decem aureos dare spondes? ' sed si quaedam fieri, quaedam non fieri una eademque conceptione stipuletur, clausula erit huiusmodi adicienda: ' si adversus ea factum erit sive quid ita factum non fuerit, tunc poenae nomine decem aureos dare spondes? '*

Si evince come l'imperatore Giustiniano consigliasse nelle stipulazioni di *facere* e *non facere* di inserire una *poena*, affinché la quantificazione della condanna non rimanesse *incerta* e l'attore non dovesse dimostrare il suo interesse all'adempimento.

La preferenza per la *stipulatio poenae*, al fine di rendere *certa* una *stipulatio* che era *incerta*, allo scopo di predeterminare il valore della condanna, allora, sussisteva anche nel diritto romano più tardo.

Analizzata così in una prospettiva prettamente sostanziale la rilevanza che assumeva la clausola penale nella *stipulatio incerta*, tale da renderla *certa*, nel prossimo sottoparagrafo sottolineerò il collegamento fondamentale con il diritto processuale. Infatti, come evidenzierò a breve, la circostanza che la *stipulatio* fosse *certa* determinava anche che l'*intentio* dell'*actio* a tutela del rapporto fosse *certa* e, pertanto, priva di *demonstratio*.

11. La predeterminazione del valore della pena: una prospettiva di diritto processuale. In particolare, la corrispondenza fra *stipulatio* e *intentio*.

All'esame prettamente sostanzialistico condotto nel paragrafo precedente, occorre adesso aggiungere un dato ulteriore, sotto il profilo processuale.

In particolare, poiché tutte le obbligazioni di *facere* e di *dare* indeterminato erano incerte, allora, qualsiasi azione finalizzata alla loro tutela avrebbe avuto una formula con *intentio incerta* e, quindi, con *demonstratio*¹²⁵.

Una tale corrispondenza, in termini di certezza e incertezza, fra *stipulatio* ed *intentio* è stata attentamente analizzata in letteratura¹²⁶.

In proposito, risulta indispensabile un articolo di Giuseppe Provera del 1955¹²⁷, nel quale l'Autore dimostra come vi fosse una assoluta coincidenza fra la natura più o meno *incerta* della *stipulatio* e dell'*intentio* dell'azione *ex stipulatu*.

Sebbene Provera si sia incentrato specialmente sulle obbligazioni di *dare* alternative e generiche, non vi è dubbio che il principio da lui affermato valesse anche per le obbligazioni di *facere* che, in quanto indeterminate nell'oggetto, ne condividevano la natura *incerta*.

¹²⁵ Per la formula della *stipulatio incerta*, avente ad oggetto un *facere* o un *dare* indeterminato, cfr. Gai. 4.136: *Item admonendi sumus, si cum ipso agamus, qui incertum promiserit, ita nobis formulam esse propositam, ut praescriptio inserta sit formulae loco demonstrationis hoc modo: IVDEX ESTO. QVOD AVLVS AGERIVS DE NVMERIO NEGIDIO INCERTVM STIPVLATVS EST, CVIVS REI DIES FVIT, QVIDQVID OB EAM REM NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO DARE FACERE OPORTET et reliqua*. Sul punto, M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 315, specialmente nt. 27; D. MANTOVANI, *Le formule nel processo privato romano: per la didattica delle istituzioni di diritto romano*, Padova, 1999, p. 103 ss.

¹²⁶ In particolare, si rinvia a C. ACCARIAS, *Précis de droit romain*, II, Parigi, 1891, p. 66, secondo il quale ad una *stipulatio certa* doveva corrispondere una *intentio certa* e ad una *stipulatio incerta* una *intentio incerta*; E. BETTI, *Diritto romano*, I, Padova, 1935, p. 509, per il quale esisteva una correlazione fra i termini del negozio diretto a creare il rapporto ed i termini dell'*intentio* destinata a farlo valere.

¹²⁷ G. PROVERA, *Corrispondenze fra intentio e stipulatio (riflessioni su Gaio, 4.53.d)*, in *Annali dell'Università di Camerino*, 1955, p. 197 ss., 213, secondo il quale la corrispondenza non varrebbe solamente fra *stipulatio certa* e *intentio certa*, ma anche fra *stipulatio incerta* e *intentio incerta*.

Infatti, la regola dell'incertezza della stipulazione valeva sia per le obbligazioni di *dare* indeterminato che per quelle di *facere*. Così, d'altronde, emerge da Gai. 4.53d¹²⁸, ampiamente esaminato dall'Autore, con riferimento alle obbligazioni di *dare* generiche e alternative.

Assumendo, allora, che sia le stipulazioni di *facere* che di *dare* indeterminato condividessero la medesima natura, per entrambe doveva valere il principio «*sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulae concipi debet*» riportato nel passo appena citato¹²⁹.

Pertanto, l'*actio ex stipulatu* conseguente all'inadempimento della stipulazione priva di clausola penale doveva sicuramente essere *incerta*.

Diversamente, ove fosse stata apposta una clausola penale, che avrebbe reso la *stipulatio certa*, anche l'*actio ex stipulatu* diveniva *certa*¹³⁰: in una tale ipotesi l'*actio ex stipulatu* avrebbe assunto le fattezze dell'*actio certae creditae pecuniae*. Pertanto, avrebbe avuto una *intentio certa* e sarebbe stata priva di *demonstratio*.

Ciò risulta assolutamente evidente da un passo del Digesto in materia di *cautio vadimonium sisti*, stipulazione pretoria alla quale generalmente era apposta una clausola penale.

D. 2.5.3 (Ulp. 47 *ad Sab.*): *Cum quis in iudicio sisti promiserit neque adiecerit poenam, si status non esset: incerti cum eo agendum esse in id quod interest verissimum est, et ita Celsus quoque scribit.*

Dalla lettura di un tale frammento è possibile distinguere due diverse ipotesi. Nello specifico, qualora venisse annessa alla stipulazione di *facere* (in tal caso, di presentarsi in giudizio) una clausola penale,

¹²⁸ Gai. 4.53d: *Causa plus petitur, uelut si quis in intentione tollat electionem debitoris, quam is habet obligationis iure, uelut si quis ita stipulatus sit: SESTERTIVM X MILIA AVT HOMINEM STICHVM DARE SPONDES? deinde alterutrum eorum [ex his] petit; nam quamvis petit, quod minus est, plus tamen petere uidetur, quia potest aduersarius interdum facilius id praestare, quod non petitur. similiter si quis genus stipulatus sit, deinde speciem petit, uelut si quis purpuram stipulatus sit generaliter, deinde Tyriam specialiter petit; quin etiam licet uilissimam petit, idem iuris est propter eam rationem, quam proxime diximus. idem iuris est, si quis generaliter hominem stipulatus sit, deinde nominatim aliquem petit, uelut Stichum, quamvis uilissimum. itaque sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulae concipi debet.*

¹²⁹ Un tale passo – e il principio che ne conseguiva – era stato, secondo G. BESELER, *Miszellen*, in ZSS, XLV, 1925, p. 434, oggetto di interpolazione.

¹³⁰ La regola così esposta era la conseguenza logica del più generale principio per cui la formula doveva rispecchiare esattamente la pretesa dedotta in giudizio, cosicché l'onere della prova incombeva generalmente sull'attore. In tal senso, si rinvia a E. BETTI, *Diritto romano*, I, Padova, 1935, p. 442 ss.

al maturare dell'inadempimento, si sarebbe agito con un'azione avente *intentio certa*. Diversamente, nella fattispecie contemplata dal passo, laddove le parti non avessero concordato una penale, l'eventuale azione *ex stipulatu* avrebbe avuto senz'altro *intentio incerta*.

Allora, la formula dell'*actio ex stipulatu* per l'ipotesi di obbligazione di *facere* sfornita di clausola penale si sarebbe anche composta di *demonstratio*, attribuendo così al giudice un'ampia elasticità nel valutare i doveri del convenuto. Pertanto, non essendovi una predeterminazione convenzionale del valore della condanna, egli avrebbe potuto con discrezionalità valutare a quanto corrispondesse l'interesse dell'attore all'adempimento della prestazione (essendosi il promittente, all'atto della stipulazione, obbligato al pagamento dell'*id quod interest*).

Il mezzo di prova che più facilmente e più velocemente avrebbe permesso la dimostrazione dell'ammontare dell'interesse attoreo era il giuramento estimatorio¹³¹, assai rischioso per il debitore. Infatti, la parte attrice avrebbe ben potuto sovrastimare il valore dell'obbligazione, così da assicurarsi un risarcimento assai maggiore.

Allora, il debitore avrebbe certamente preferito apporre una clausola penale, rendendo la *stipulatio* e la conseguente *actio certa* ed evitando il deferimento del giuramento estimatorio, con il rischio che l'interesse dell'attore venisse sovrastimato.

Si coglie, in tal modo, come la corrispondenza fra *stipulatio* e *intentio* venisse salvaguardata.

La preferenza, quindi, nel diritto classico così come nel più giustiniano (come dimostra I. 3.15.7) del debitore per l'apposizione della clausola penale, evitando così la sottoposizione del valore della prestazione inadempita al giuramento estimatorio, è palese.

Pertanto, da quanto rilevato all'interno di un questo paragrafo si coglie come, accanto alla motivazione fondata sull'opportunità di evitare una procedura esecutiva assai severa, premeva al debitore l'interesse a predeterminare il valore dell'inadempimento e al creditore quello di servirsi di uno strumento processuale privo di *demonstratio*, che non lo impegnasse nella esposizione (e conseguente dimostrazione *in iudicio*) del titolo fatto valere.

¹³¹ In tal senso, M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 95 e 316.

12. La clausola penale come scelta preferenziale del creditore: implicazioni sul piano probatorio.

È stata più volte evidenziata la preferenza del creditore per l'apposizione della clausola penale, in quanto essa avrebbe indirettamente coartato il debitore nel procedimento formulare all'adempimento della prestazione in un momento precedente alla *litis contestatio*, così da evitare il *vulnus* di tutela esecutiva delle obbligazioni di *facere*, derivante dalla regola della pecuniarietà della condanna.

Diversamente si è rilevato come l'apposizione della clausola penale nel procedimento delle *cognitiones extra ordinem* avrebbe potuto assicurare al creditore una soddisfazione mediata in quanto, al maturare dell'inadempimento, avrebbe comportato la debenza di una obbligazione al pagamento di una somma di denaro, eseguibile a mezzo di *pignus in causa iudicati captum*.

In questo contesto, è utile concentrare l'attenzione sulle ulteriori ragioni che inducevano il creditore a privilegiare l'inserimento della clausola penale.

Mi soffermerò in particolare sul regime dell'onere probatorio, accennando brevemente ad altri fattori di preferenza, quali la possibilità per il creditore di esigere l'adempimento da parte di un terzo, in deroga alla regola generale sancita in D. 45.1.38.pr. (Ulp. 49 *ad Sab.*) e D.45.1.38.1 (Ulp. 49 *ad Sab.*), nonché il regime di solidarietà attiva e passiva derivante dall'inserimento della pena convenzionale.

La scelta del creditore tra il ricorso a una *stipulatio* pura e semplice (al *quanti ea res erit*) e l'inserimento di una clausola penale dipendeva non solo dalla possibilità di predeterminare convenzionalmente l'entità del risarcimento, ma anche dall'inversione dell'onere della prova che tale clausola avrebbe comportato.

Infatti, come già accennato e come sarà ulteriormente approfondito, anche una stipulazione priva di clausola penale avrebbe esplicitato la sua efficacia coercitiva (sebbene in maniera limitata), sia nel procedimento formulare, dove la sanzione prevista si limitava all'*id quod interest*, sia nel procedimento *extra ordinem*, nel quale, indipendentemente dall'apposizione della penale, la condanna avrebbe avuto natura pecuniaria.

L'aspetto decisivo che avrebbe, allora, orientato in modo determinante la preferenza del creditore verso l'inserimento della clausola penale era senza dubbio il regime dell'onere probatorio, strettamente legato alla predeterminazione del valore della pena.

Analogamente alla previsione di cui all'art. 1382 co. 2 c.c., ai sensi del quale la penale è oggi dovuta indipendentemente dalla prova del danno, anche la *stipulatio poenae* determinava un simile regime probatorio. Infatti, una volta che le parti (o il pretore nelle rare ipotesi) avessero convenzionalmente predeterminato il valore dell'inadempimento, il creditore era esonerato dalla prova dell'entità del danno e dell'attualità dell'interesse, dovendo però comunque dimostrare l'inadempimento del debitore.

D'altronde, al maturare dell'inadempimento solamente l'obbligazione al pagamento di una somma di denaro sarebbe stata dovuta e non anche quella originaria ad un *facere*. Solo al maturare di un tale inadempimento, infatti, il creditore avrebbe potuto esigere la penalità, in quanto la *poena* diveniva 'commissa'. Allora, decorso inutilmente anche il termine (il *modicum tempus*¹³²) per l'adempimento della *poena*, sarebbe stato attivamente legittimato ad agire *ex stipulatu*. Si è detto, poi, che tale *actio ex stipulatu*, avendo *intentio certa*, avrebbe assunto la forma dell'*actio certae creditae pecuniae*.

Pertanto, se il creditore doveva solamente provare l'inadempimento, sul debitore sarebbe incorso l'onere di provare l'adempimento¹³³. La sussistenza del danno era invece presunta. Lo stesso valeva con riguardo al requisito dell'interesse attuale all'adempimento.

Si aggiunga poi che la predeterminazione dell'interesse attuale all'adempimento ingenerava una serie di conseguenze particolari e favorevoli, offrendo una tutela indiretta a situazioni giuridiche che altrimenti ne sarebbero risultate prive.

Si pensi, a tal proposito, al generale divieto, vigente nel diritto romano, di stipulare a favore di terzi¹³⁴. Una tale regola poteva essere derogata senza alcuna difficoltà laddove alla *stipulatio* fosse annessa una penalità, con la quale si presumeva l'interesse della parte attrice all'adempimento. Ciò risulta da:

D. 45.1.38.17 (Ulp. 49 *ad Sab.*): *Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur: inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest: ceterum ut alii detur, nihil interest mea. Plane si velim hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut, si ita factum non sit, ut*

¹³² La questione del *modicum tempus* è affrontata in D. 4.8.21.12 (Ulp. 13 *ad ed.*).

¹³³ Per quanto concerne, invece, la possibilità di provare la forza maggiore o il caso fortuito che escludevano la 'commissio' della *poena* e, quindi, la responsabilità del promittente-debitore, secondo un regime di responsabilità soggettivo o oggettivo, si rimanda a A. SICARI, *Pena convenzionale e responsabilità*, cit., p. 23 ss.

¹³⁴ Gai. 3.103, D. 2.11.14 (Ner. 2 *membr.*), D. 12.1.9.4 (Ulp. 26 *ad ed.*), D. 45.1.38.18 (Ulp. 49 *ad Sab.*), D.45.1.110 pr. (Pomp. 4 *ad Quint. Muc.*), I. 3.19.4, I. 3.19.19, C.8.38(39).3.pr. (a. 290).

comprehensum est, committetur stipulatio etiam ei, cuius nihil interest: poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit, sed quae sit quantitas quaeque condicio stipulationis.

Si evince da un tale frammento che la clausola penale, predeterminando l'interesse della parte stipulante, derogasse al generale divieto di stipulazione a favore di terzo. Se, infatti, la *ratio* che giustificava tale proibizione risiedeva nella mancanza dell'interesse creditorio, un tale interesse doveva essere esistente (non dovendo in nessun modo essere provato) qualora fosse predeterminato all'interno della penale¹³⁵.

Rileva, infine, l'inciso finale, secondo il quale, quando si stipulava una penale, non occorre considerare l'interesse, quanto solamente la quantità della pena da irrogare (anch'essa predeterminata) e la verifica della condizione sospensiva negativa dell'inadempimento, che rendeva la *poena* produttiva di effetti.

Ancora, la predeterminazione dell'interesse all'adempimento permetteva la configurazione di un regime di solidarietà attiva fra lo stipulante e i suoi eredi¹³⁶. In particolare, nell'ipotesi in cui il creditore avesse stipulato affinché sia lui che i suoi eredi agissero *ex stipulatu* per far valere i loro pretesi diritti e uno degli eredi fosse impedito nell'azione (ad esempio, per malattia) la presenza o meno della clausola penale avrebbe determinato conseguenze differenti sul piano dell'esigibilità.

In presenza di una penalità, la *stipulatio* si realizzava per intero (*in solidum*), ma il promittente – e ciò veniva previsto dal pretore allo scopo di evitare abusi ad opera dei coeredi – avrebbe potuto resistere con l'*exceptio doli*. Diversamente, in assenza di penalità, la *stipulatio* si sarebbe realizzata solamente per la parte dell'erede che era stato impedito (*pro parte*).

¹³⁵ R. KNÜTEL, *Stipulatio poenae*, cit., p. 45.

¹³⁶ La disciplina della solidarietà attiva fra lo stipulante e i suoi eredi viene esaminata da A. GUARNERI CITATI, *Studi sulle obbligazioni indivisibili*, cit., p. 14 ss.; P. BONFANTE, *La solidarietà classica nelle obbligazioni indivisibili*, cit., p. 368 ss.; G. SEGRÈ, *Le obbligazioni divisibili e indivisibili (Contributo alla dottrina dell'oggetto dell'obbligazione)*, cit., I, p. 18 ss.; J. GAUDEMET, *Étude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain*, cit., p. 196 ss., p. 280 ss. e p. 466 ss.; G.G. ARCHI, *La funzione del rapporto obbligatorio solidale*, cit., p. 237 ss., ID., *Scritti di diritto romano*, I, cit., pp. 371 ss.; E. ALBERTARIO, *Le obbligazioni con particolare riferimento alle obbligazioni alternative generiche indivisibili*, cit., p. 266 ss. R. BONINI, *Obbligazioni indivisibili e clausola penale*, cit., p. 3 ss.; G. SACCONI, *Studi sulle obbligazioni solidali da contratto in diritto romano*, cit., pp. 1-46; P. ZILLOTTO, *'Stipulatio poenae' inadempimento del coerede e divisibilità della poena*, in L. GAROFALO (a cura di), *'Actio in rem' e 'Actio in personam'. In ricordo di Mario Talamanca*, II, Padova, 2011, p. 787 ss.

Ciò emerge chiaramente da:

D. 45.1.2.6 (Paul. 12 *ad Sab.*): *Contra autem si stipulator decesserit, qui stipulatus erat sibi heredique suo agere licere, et unus ex heredibus eius prohibeatur, interesse dicemus, utrum in solidum committatur stipulatio an pro parte eius, qui prohibitus est. Nam si poena stipulationi adiecta sit, in solidum committetur, sed qui non sunt prohibiti, doli mali exceptione summovebuntur: si vero poena nulla posita sit, tunc pro parte eius tantum qui prohibitus est committetur stipulatio.*

Lo stretto collegamento fra il regime della solidarietà attiva e la predeterminazione dell'interesse all'adempimento si comprende dall'analisi di D. 45.1.3.pr.

D. 45.1.3.pr. (Ulp. 49 *ad ed.*): *Sed haec differentia illam habet rationem, quod, ubi unus ex heredibus prohibetur, non potest coheres ex stipulatu agere, cuius nihil interest, nisi poena subiecta sit: nam poena subiecta efficit, ut omnibus committatur, quia hic non quaerimus, cuius intersit. Enimvero ubi unus ex heredibus prohibet, omnes tenentur heredes: interest enim prohibiti a nemine prohiberi.*

Un tale frammento ribadisce quanto poc'anzi esaminato, modificando però la prospettiva di indagine. In entrambi i passi, infatti, l'apposizione della penale rendeva 'commissa' la *stipulatio* per tutti gli eredi, *in solidum*, e non solamente per l'erede impedito *pro quota*.

Nel primo caso, Paolo intendeva sottolineare il ruolo dell'*exceptio doli* come strumento per prevenire l'abuso da parte degli eredi, i quali, a causa della solidarietà attiva derivante dall'inserimento della clausola penale, avrebbero potuto trarre vantaggio dalla situazione; nel secondo caso, invece, Ulpiano focalizzava l'attenzione sull'idea che, in presenza di una penalità, non fosse necessario indagare quale delle parti avesse interesse all'azione, poiché tale interesse risultava già predeterminato.

Se ne deduce, pertanto, che la solidarietà attiva fra lo stipulante e i suoi eredi, qualora uno di essi fosse impedito, si avverasse solamente in ragione della predeterminazione dell'interesse attuale all'adempimento, conseguente all'apposizione della clausola penale. Si tratta, allora, dell'ennesima dimostrazione della efficacia indiretta della stipulazione penale a situazioni che, di per sé, erano sfinite di tutela.

12.1. Altre ragioni di preferenza del creditore per l'apposizione della clausola penale: la pretesa dell'adempimento del terzo e il regime 'improprio' di solidarietà passiva.

Oltre alla preferenza del creditore basata sulla soluzione al *vulnus* di tutela esecutiva e sull'inversione dell'onere probatorio, è opportuno menzionare brevemente altre due situazioni nelle quali la *stipulatio poenae* svolgeva un'efficace funzione di tutela indiretta, risultando particolarmente vantaggiosa per le esigenze dello stipulante.

In particolare, occorre concentrare l'attenzione sulla possibilità concessa dalla clausola penale di pretendere da parte del creditore l'adempimento del terzo, nonché su un particolare regime di solidarietà passiva instauratosi fra gli eredi del promittente-debitore.

Quanto al primo profilo, in deroga alla regola generale espressa da D. 45.1.38.pr. (Ulp. 49 *ad. Sab.*)¹³⁷ e D. 45.1.38.1¹³⁸ (Ulp. 49 *ad Sab.*), qualora le parti avessero previsto l'inserimento di una clausola penale all'interno della loro stipulazione, il creditore avrebbe potuto pretendere l'adempimento del terzo.

Ciò risulta chiaramente da:

D. 45.1.38.2 (Ulp. 49 *ad Sab.*): *At si quis velit factum alienum promittere, poenam vel quanti ea res sit potest promittere. Sed quatenus habere licere videbitur? Si nemo controversiam faciat, hoc est neque ipse reus, neque heredes eius heredumve successores.*

D. 2.11.10.pr. (Paul. 1 *ad Plaut.*): *Si eum iudicio sisti promisero, qui iam tempore liberatus esse dicebatur, quia iam actione forte non tenebatur: actio in me danda est, ut vel exhibeam eum vel defendam, ut veritas inquiratur.*

È evidente come entrambe le *stipulationes*, la prima *habere licere* e la seconda una *cautio vadimonium sisti*, contenessero al loro interno una clausola penale.

¹³⁷ D. 45.1.38.pr. (Ulp. 49 *ad Sab.*): *Stipulatio ista: "Habere licere spondes?" Hoc continet, ut liceat habere, nec per quemquam omnino fieri, quo minus nobis habere liceat. Quae res facit, ut videatur reus promisisse per omnes futurum, ut tibi habere liceat: videtur igitur alienum factum promisisse, nemo autem alienum factum promittendo obligatur, et ita utimur: Sed se obligat, ne ipse faciat, quo minus habere liceat: obligatur etiam, ne heres suus faciat vel quis ceterorum successorum efficiat, ne habere liceat.*

¹³⁸ D. 45.1.38.1 (Ulp. 49 *ad Sab.*): *Sed si quis promittat per alium non fieri, praeter heredem suum dicendum est inutiliter eum promittere factum alienum.*

Di conseguenza, il debitore-promittente, in presenza di essa, avrebbe potuto vincolarsi affinché un terzo eseguisse una determinata prestazione, in entrambe le ipotesi esaminate di *facere*. Come evidenziato in D. 45.1.137 (Ven. 1 *stip.*), infatti, era prassi comune includere una penale nelle stipulazioni di tale natura.

Allora, il creditore avrebbe avuto legittimazione ad agire *ex stipulatu* per il valore della *poena* avverso il debitore, successivamente al maturare dell'inadempimento del soggetto terzo.

Infatti, come rilevato in dottrina¹³⁹, il fatto cui si era vincolato il terzo non sarebbe stato assunto quale oggetto della promessa, ma quale mera condizione sospensiva di produzione degli effetti della *poena* stessa.

Con un tale *escamotage*, cioè quello di riferire il fatto del terzo solamente alla condizione e non all'oggetto della stipulazione, si concedeva al creditore di agire *ex stipulatu* contro il debitore che avesse promesso la prestazione del terzo. Si trattava, evidentemente, di un'altra ipotesi in cui la *stipulatio poenae* esplicava i suoi effetti indiretti.

Ancora, proseguendo con i vantaggi per il creditore derivanti dall'apposizione della clausola penale, questa avrebbe determinato l'instaurazione di un particolare regime di responsabilità con riguardo alle obbligazioni indivisibili, cosicché della stipulazione di *facere* avrebbero risposto tutti i coeredi del promittente e non già solo alcuni di essi.

Infatti, poiché tutte le obbligazioni di *facere* erano considerate indivisibili¹⁴⁰, l'inserimento della clausola penale avrebbe comportato conseguenze peculiari. In particolare, l'inadempimento da parte di un solo erede avrebbe determinato l'applicazione della pena anche a carico degli altri coeredi. Un tale assunto si giustifica dalla lettura congiunta di D. 45.1.4.1 (Paul. 12 ad Sab.)¹⁴¹, D. 45.1.85.3 (Paul.

¹³⁹ E. BETTI, *Appunti di teoria delle obbligazioni*, cit, p. 143: «in queste forme di *stipulationes*, infatti, il fatto del terzo non viene assunto come oggetto della promessa: oggetto della promessa è il pagamento della penale o del valore della cosa, mentre il fatto del terzo funge semplicemente come condizione. Con che era dato realizzare pienamente lo scopo pratico già attuato in passato mediante la *stipulatio habere licere*, ma senza contravvenire al principio posteriormente invalso, diretto a circoscrivere l'oggetto della promessa alla sfera di potere dello stesso promittente».

¹⁴⁰ Per l'analisi dell'indivisibilità delle obbligazioni di *facere* si rinvia al cap. 2, par. 4.3 di questa tesi.

¹⁴¹ D. 45.1.4.1 (Paul. 12 ad Sab.): *Cato libro quinto decimo scribit poena certae pecuniae promissa, si quid aliter factum sit, mortuo promissore si ex pluribus heredibus unus contra quam cautum sit fecerit, aut ab omnibus heredibus poenam committi pro portione hereditaria aut ab uno pro portione sua: ab omnibus (committi poenam), si id factum, de quo cautum est, individuum sit, veluti "iter fieri", quia quod in partes dividi non potest, ab omnibus quodammodo factum videretur: at si de eo cautum sit, quod divisionem recipiat, veluti "amplius non agi", tum eum heredem, qui adversus ea fecit, pro portione sua solum poenam committere. Differentiae hanc esse rationem, quod*

75 *ad ed.*)¹⁴², D. 45.1.85.5 (Paul. 75 *ad ed.*)¹⁴³, D. 45.1.139 (Ven. 6 *stip.*)¹⁴⁴ e D. 45.1.5.4 (Pomp. 26 *ad Sab.*)¹⁴⁵.

Infatti, clausola penale cagionava conseguenze diverse in materia di responsabilità a seconda che le obbligazioni fossero divisibili o indivisibili.

Qualora fossero state divisibili (e, cioè, generalmente obbligazioni di *dare*), sarebbe valsa la regola della parziarietà delle stesse: l'inadempimento di un erede del promittente non avrebbe determinato la responsabilità anche degli altri coeredi. In altri termini, il creditore-stipulante avrebbe potuto agire solamente contro di esso.

Diversamente, qualora l'obbligazione fosse stata indivisibile (e ciò accadeva soprattutto nelle obbligazioni di *facere* e *non facere*), poiché l'oggetto della cautela non avrebbe potuto essere diviso fra tutti i condebitori, allora ne avrebbe risposto ciascuno di essi per la propria quota.

I frammenti in esame evidenziano chiaramente una forma di responsabilità solidale, sebbene modulata in proporzione alle rispettive quote del debito. In altre parole, si trattava di una responsabilità solidale 'impropria', poiché, in questo caso, il creditore non avrebbe potuto esigere

in priore casu omnes commisisse videntur, quod nisi in solidum peccari non poterit, illam stipulationem "per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat?" Sed videamus, ne non idem hic sit, sed magis idem, quod in illa stipulatione "Titium heredemque eius ratum habiturum": nam hac stipulatione et solus tenebitur, qui non habuerit ratum, et solus (qui) aget, a quo fuerit petitum: idque et Marcello videtur, quamvis ipse dominus pro parte ratum habere non potest.

¹⁴² D. 45.1.85.3 (Paul. 75 *ad ed.*): *Quod si stipulatus fuero: "per te heredemve tuum non fieri, quo minus eam agam: si adversus ea factum sit, tantum dari?" et unus ex pluribus heredibus promissoris me prohibeat, verior est sententia existimantium unius facto omnes teneri, quoniam, licet ab uno prohibeor, non tamen in partem prohibeor: sed ceteri familiae erciscundae iudicio sarcient damnum.*

¹⁴³ D. 45.1.85.5 (Paul. 75 *ad ed.*): *In solidum vero agi oportet et partis solutio adfert liberationem, cum ex causa evictionis intendimus: nam auctoris heredes in solidum denuntiandi sunt omnesque debent subsistere et quolibet defugiente omnes tenebuntur, sed unicuique pro parte hereditaria praestatio iniungitur.*

¹⁴⁴ D. 45.1.139 (Ven. 6 *stip.*): *Cum ex causa duplae stipulationis aliquid intendimus, venditoris heredes in solidum omnes conveniendi sunt omnesque debent subsistere, et quolibet eorum defugiente ceteris subsistere nihil prodest, quia in solidum defendenda est venditio, cuius indivisa natura est. Sed cum uno defugiente omnes defugisse videantur ideoque omnes teneantur, unicuique pro parte hereditaria praestatio incumbit.*

¹⁴⁵ D. 45.1.5.4 (Pomp. 26 *ad Sab.*): *Idemque est de poena ex compromisso, si unus paruerit, alter non paruerit sententiae iudicis: sed a coherede ei satisfieri debet. Nec enim aliud in his stipulationibus sine iniuria stipulatoris constitui potest.*

l'intero importo della penalità da un solo debitore (fatta salva la possibilità di regresso), ma avrebbe richiesto a ciascun condebitore il pagamento limitatamente alla propria quota ereditaria¹⁴⁶.

Ammettendo, dunque, il carattere improprio di tale forma di solidarietà passiva, non poteva sussistere alcun dubbio sulla natura reipersecutoria dell'*actio ex stipulatu* relativa alla clausola penale. Infatti, sebbene l'azione potesse essere esercitata cumulativamente nei confronti di più debitori, essa non operava *in solidum* contro ciascuno di essi, ma esclusivamente *pro quota*. Si aggiunga poi – ed è evidente – che l'azione in questione era passivamente trasmissibile agli eredi. Pertanto, non vi sono dubbi sulla sua natura reipersecutoria.

Termina con questo paragrafo la disamina dei vantaggi in capo a stipulante e promittente derivanti dall'apposizione della clausola penale.

In definitiva, si può certamente affermare che – riprendendo nuovamente le parole di Emilio Betti – «la forma solenne della promessa accompagnata da un'assunzione di garanzia da parte dello stesso promittente [...] venne adottata via via per ricollegare una responsabilità personale a certi assetti di interessi, i quali, senza la forma della *stipulatio*, sarebbero stati del tutto sforniti di sanzione giuridica [...] La funzione di apprestare una sanzione giuridica ad assetti d'interessi che ne erano sforniti verrà, in processo di tempo, messa a profitto dal pretore con l'imporre agli interessati stipulazioni di garanzia atte a comporre certi tipici conflitti e troverà larga applicazione con la *stipulatio poenae* come coazione indiretta a comportamenti incoercibili e in generale a scopo di garanzia»¹⁴⁷.

Appurata così la funzione coercitiva indiretta della *stipulatio*, specialmente se munita di clausola penale, nel prosieguo di un tale lavoro di tesi mi concentrerò sulla struttura della stipulazione penale, traendo dai passi che mi accingo ad esaminare dei principi valevoli anche al di fuori del contesto della pena convenzionale.

¹⁴⁶ In maniera analoga rilevava R. BONINI, *Obbligazioni indivisibili e clausola penale*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, 1961, p. 114 ss.

¹⁴⁷ E. BETTI, *Appunti di teoria dell'obbligazione in diritto romano*, cit., p. 141 ss.

13. La struttura della stipulazione: il rapporto di alternatività o cumulabilità fra l'*actio ex stipulatu* e l'azione a tutela del rapporto principale. Nello specifico, le c.d. '*stipulationes simplici*'.

Questione di estrema importanza concerne il rapporto, descritto in termini di cumulabilità o alternatività, fra l'*actio ex stipulatu* per il valore della *poena* e l'azione a tutela del rapporto principale, in quanto è all'interno di un tale contesto che si individua un meccanismo che poteva colmare il *vulnus* di tutela delle obbligazioni di *facere*.

Giova, innanzi tutto, differenziare, quanto alla struttura, fra 'stipulazioni semplici e 'stipulazioni duplici'. Peraltro, va precisato che una simile distinzione tra semplicità e duplicità non trova un riscontro esplicito nelle fonti giunte fino a noi. Si tratta, piuttosto, di una categorizzazione elaborata e condivisa dalla dottrina¹⁴⁸, la quale, tuttavia, si rivela pienamente efficace nel descrivere le diverse modalità di funzionamento delle due tipologie di stipulazioni, differenziate in relazione all'oggetto dell'obbligazione e alla possibilità di cumulo delle azioni poste a loro tutela.

Si aggiunga, poi, che la denominazione 'semplice' e 'duplice' non è neppure universalmente accolta, in quanto alcuni autori in passato hanno preferito utilizzare le definizioni, simili ma non equivalenti, di '*stipulatio propria*' e '*stipulatio impropria*'¹⁴⁹, rispettivamente indicanti le stipulazioni a struttura duplice e semplice.

¹⁴⁸ C. BERTOLINI, *Teoria generale della pena convenzionale secondo il diritto romano*, cit., p. 67; M. PERGAMENT, *Konventionalstrafe und Interesse in ihrem Verhältniss zu einander*, Berlino, 1896, p. 14 ss.; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, Firenze, 1908, p. 138; A. MARCHI, *Le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, in *Bullettino dell'istituto di diritto romano*, XXI, 1909, p. 86 ss.; F.K. SAVIGNY, *Le obbligazioni* (traduzione italiana con appendici a cura di G. Pacchioni), I-II, Torino, 1912, p. 281; G. SEGRÈ, *Obligatio obligare obligari nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, III, 1930, p. 616; G. DONATUTI, *Di un punto controverso in materia di stipulatio poenae*, in *Studia et documenta historiae et iuris*, 1935, II, p. 567; E. BETTI, *Istituzioni di diritto privato*, II, Padova, 1942, p. 142 ss.; ID., *Appunti di teoria dell'obbligazione in diritto romano*, 1958, p. 165; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, *Corso di diritto romano, I, Le garanzie personali*, Padova, 1962., p. 310 ss.; ID., *La clausola penale*, in *Studi in memoria di L. Mossa*, II, Padova, 1961, p. 271 ss., ora in ID., F. AMARELLI e E. GERMINO (a cura di), *Scritti*, II, a cura di, Roma, 2000; P. VOCI, *La responsabilità del debitore da stipulatio poenae*, cit., p. 365 ss.; ID., *Una quaestio di Papiniano in tema di stipulatio poenae: D. 45, I, 115*, in *Studi di diritto romano*, I, Padova, 1985, p. 345 ss.; R. KNÜTEL, *Stipulatio poenae*, cit., p. 27 s.; M. TALAMANCA, voce *pena*, cit., 714, e nt. 200; G. SACCONI, *Stipulatio poenae e quasi novatio in D. 44.7.44.6, Paul. 74 ad ed. praet.*, in *Archivio Giuridico 'Filippo Serafini'*, CCIV, 1984, p. 53 ss.; ID. *Ricerche sulla stipulatio poenae*, Napoli, 1989, p. 3 ss.; A. SICARI, *Pena convenzionale e responsabilità*, cit., p. 82 ss.; M. SCOGNAMIGLIO, *Ricerche sulla stipulatio poenae*, cit., p. 25 ss.

¹⁴⁹ C.G. MAYNZ, *Cours de droit romain*, II, Bruxelles, 1877, p. 418; H. SIBER, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*, II, *Römisches Privatrecht*, Berlin, 1928, p. 260; e si vedano anche gli influssi sulla letteratura posteriore in P. JÖRS, W. KUNKEL, *Römisches Privatrecht*, Berlin, 1935, p. 180 ss.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, cit., p. 519 ss. Per la manualistica più recente H. HONSELL, *Römisches Recht*, Berlin-Heidelberg, 2010, p. 92 ss. La distinzione tra *stipulatio propria* e *stipulatio impropria* nacque nel diritto medievale e fu sviluppata ulteriormente dalla Pandettistica tedesca, influenzando profondamente le ricostruzioni successive. Tuttavia, tale bipartizione ha spesso determinato

In particolare, si definisce a struttura semplice quella *stipulatio* nella quale il promittente si obbligava al compimento nei confronti dello stipulante di una determinata prestazione, senza l'intenzione di estinguerne una preesistente. Si trattava di una promessa diretta che determinava la creazione di un solo obbligo e non anche la sostituzione o la trasformazione di una obbligazione precedente. In altri termini, il promittente si vincolava direttamente al pagamento della somma di denaro pattuita dalle parti in via convenzionale (o determinata dal pretore) e l'obbligazione preesistente rimaneva sullo sfondo quale semplice condizione di efficacia della *stipulatio poenae* stessa, secondo un tale schema: 'Prometti di pagare, in caso di inadempimento dell'obbligazione di dare o di fare, una somma di denaro? Prometto'.

Pertanto, l'unica obbligazione che veniva in rilievo era quella al pagamento di una penale. Si comprende, allora, perché in questo contesto non si ponesse alcun problema di alternanza o di cumulo dell'azione a tutela dell'obbligazione principale e dell'*actio ex stipulatu* per il valore della *poena*, in quanto lo stipulante era legittimato ad esperire solamente quest'ultima.

Un tale regime si desume specialmente da due frammenti:

D. 44.7.44.5 (Paul. 74 *ad ed. praet.*): *Si ita stipulatus sim: "Si fundum non dederis, centum dare spondes?" sola centum in stipulatione sunt, in exsolutione fundus.*

sovrapposizioni tra il pensiero dei giuristi romani e la dogmatica moderna, generando confusioni interpretative. Sul punto, E. BETTI, *Istituzioni di diritto privato*, cit., p. 143; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., p. 310; P. VOCI, *La responsabilità del debitore da stipulatio poenae*, cit., p. 365; M. TALAMANCA, s.v. *Pena privata (dir. romano)*, cit., p. 713 nt. 9; M. SCOGNAMIGLIO, '*Stipulatio poenae*' concorso di azioni e poteri del giudice, in L. GAROFALO (a cura di), '*Actio in rem*' e '*Actio in personam*'. In ricordo di Mario Talamanca, Padova, 2011, p. 737 ss.; ID. *Ricerche sulla stipulatio poenae*, cit., p. 17. La differenza essenziale tra le due tipologie di stipulazione riguardava il ruolo della *poena* nell'ambito dell'obbligazione assunta. In particolare, nella *stipulatio poenae* propria, la promessa della *poena* si aggiungeva a un'obbligazione già esistente, che aveva come contenuto l'*id quod interest*. In questo caso, la *poena* aveva natura accessoria rispetto all'obbligazione principale e si configurava come una sanzione aggiuntiva in caso di violazione del rapporto obbligatorio preesistente. Diversamente, nella *stipulatio poenae* impropria l'unica obbligazione assunta era direttamente quella della *poena*, senza un rapporto principale sottostante. In questa ipotesi, la *poena* non costituiva una garanzia accessoria, ma rappresentava un puro mezzo di coercizione per indurre il debitore a compiere o evitare una determinata azione, indipendentemente dall'esistenza di un obbligo giuridico pregresso. Pertanto, il rapporto obbligatorio si instaurava solo in funzione della *poena* promessa. Tuttavia, questa bipartizione non coincide perfettamente con la distinzione tra *stipulatio* semplice e *stipulatio* duplice. I giuristi romani, infatti, si suppone che non fondassero le loro soluzioni sulla classificazione propria-impropria, bensì sulla relazione tra la *stipulatio poenae* e le convenzioni sottostanti. La Pandettistica assimilava invece la *poena* a una clausola accessoria rispetto all'obbligazione principale, ignorando che la vera chiave interpretativa della *stipulatio poenae* nei testi classici risiedeva nel nesso condizionale con il rapporto obbligatorio sottostante. In effetti, la pena convenzionale propria poteva ricorrere sia nel caso di una *stipulatio poenae* doppia che di una *stipulatio poenae* semplice, a condizione che essa fosse legata a un contratto consensuale o a una convenzione obbligatoria. Se invece la *stipulatio poenae* costituiva l'unico obbligo assunto, si trattava di pena convenzionale impropria, priva di funzione di garanzia in senso stretto.

Un tale passo risulta ai fini che mi sono prospettata particolarmente importante, in quanto da esso si comprende la differenza fra ciò che costituiva l'oggetto della stipulazione e la sua condizione di efficacia.

Si legge, infatti, che nel caso di *stipulatio* semplice alla consegna di un fondo, solamente la somma di cento apparteneva alla *stipulatio*; la consegna del fondo, invece, ineriva alla liberazione del debito.

In altri termini, qualora il promittente avesse deciso di adempiere l'obbligazione originaria di consegna del fondo (che costituiva mera condizione e non oggetto di stipulazione), la *poena* per cento non sarebbe stata '*commissa*'¹⁵⁰. In tal modo, lo stipulante non avrebbe avuto legittimazione attiva ad agire *ex stipulatu*.

Se ne deduce, inevitabilmente, che nell'ipotesi di *stipulatio* semplice, fosse dovuta solamente la pena e non anche la prestazione originaria, che costituiva semplice condizione di efficacia della *stipulatio* stessa.

Si aggiunga, poi, che la dottrina¹⁵¹ ha spesso tentato di ricondurre la *stipulatio* in questione e, cioè, quella a struttura semplice nell'ambito delle *stipulationes* con facoltà alternativa, ove fosse possibile agire per la *poena* (in via principale) e solo eventualmente per l'obbligazione costituente condizione di perfezionamento della *poena*. Quindi, il promittente avrebbe dovuto prioritariamente pagare la somma di denaro, ma avrebbe potuto liberarsi anche con l'esecuzione dell'obbligazione (generalmente di *facere* o di *dare*) che rappresentava la condizione di efficacia della stessa *stipulatio*.

Ne sarebbe derivata, seguendo questa impostazione teorica, l'opportunità per lo stipulante di agire alternativamente con l'*actio ex stipulatu* o con l'azione a tutela del rapporto principale.

Quanto detto si deduce altresì dallo studio di un frammento molto complesso, che sarà oggetto di analisi anche con riguardo alle stipulazioni duplici:

¹⁵⁰ La medesima regola si deduce da D. 36.2.24 (Paul. 6 *ad leg. Iul. et Pap.*), però con riguardo al legato penale, fattispecie di pena convenzionale analoga alla *stipulatio poenae* nell'ambito della disciplina delle successioni. Altra ipotesi di *stipulatio* semplice è, invece, contenuta in D. 45.1.115.pr.-1-2 (Pap. 2 *quaest.*) ove però il *focus* del frammento attiene al tempo di efficacia della *stipulatio* e all'esecutività della pena in mancanza di previsione di un termine.

¹⁵¹ P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., p. 310 ss.; N. SCAPINI, *Appunti per la storia del 'mandatum incertum'*, in *Studi in memoria di Guido Donatuti*, III, Milano, 1973, p. 1201 nt. 23; M. TALAMANCA, voce *pena*, cit., p. 714, e nt. 200; A. SICARI, *Pena convenzionale e responsabilità*, cit., 82 ss.; M. SCOGNAMIGLIO, *Ricerche sulla stipulatio poenae*, cit., p. 25 ss. Una tale ricostruzione è giustificata dal raffronto con D. 17.1.46 (Paul. 74 *ad ed.*), da Lenel collocato accanto a D. 44.7.44.5 (Paul. 74 *ad ed.*) nella ricostruzione palinogenetica (O. LENEL, *Palinogenesia iuris civilis*, cit., I, p. 1091).

D. 17.2.71.pr. (Paul. 3 epit. Alf. dig.): *Duo societatem coierunt, ut grammaticam docerent et quod ex eo artificio quaestus fecissent, commune eorum esset: de ea re quae voluerunt fieri in pacto convento societatis proscripserunt, deinde inter se his verbis stipulati sunt: "Haec, quae supra scripta sunt, ea ita dari fieri neque adversus ea fieri? Si ea ita data facta non erunt, tum viginti milia dari?" Quaesitum est, an, si quid contra factum esset, societatis actione agi posset. Respondet, si quidem pacto convento inter eos de societate facto ita stipulati essent, "haec ita dari fieri spondes?", futurum fuisse, ut, si novationis causa id fecissent, pro socio agi non possit, sed tota res in stipulationem translata videretur. Sed quoniam non ita essent stipulati "ea ita dari fieri spondes?" sed "si ea ita facta non essent, decem dari?" non videri sibi rem in stipulationem pervenisse, sed dumtaxat poenam (non enim utriusque rei promissorem obligari, ut ea daret faceret et, si non fecisset, poenam sufferret) et ideo societatis iudicio agi posse.*

La questione affrontata da Paolo riguardava un accordo di società in cui i due soci si impegnavano a condividere i profitti derivanti dall'insegnamento della grammatica. L'accordo era formalizzato da un *pactum conventum societatis*, al quale era annessa una *stipulatio poenae*. In particolare, il giurista si domandava se, in caso di violazione del patto, lo stipulante potesse agire con l'azione di società o solamente a mezzo di *actio ex stipulatu*.

Nel rispondere a un tale interrogativo, il giurista ricostruiva due differenti ipotesi, se cioè fosse stata conclusa una *stipulatio* a struttura semplice o una *stipulatio* a struttura duplice. Laddove si fosse trattato di una *stipulatio* a struttura duplice¹⁵², valeva la regola della *novatio*¹⁵³ per la debenza della sola *poena*: «*si novationis causa id fecissent*», con la conseguenza che l'obbligazione originaria era da considerare estinta.

In questa sede, invece, occorre solamente soffermarsi sulla *stipulatio* semplice e, in particolare, sulla frase: «*sed quoniam non ita essent stipulati "ea ita dari fieri spondes?" sed "si ea ita facta non essent, decem dari?" non videri sibi rem in stipulationem pervenisse, sed dumtaxat poenam (non enim*

¹⁵² Si rinvia, sul punto, al par. 13.3 di questo capitolo e, in particolare, a p. 123 ss.

¹⁵³ La questione concernente la possibilità di riscontrare un fenomeno novatorio (*novatio*) al fine di descrivere il meccanismo mediante il quale operata la stipulazione penale risulta decisiva ai fini del mio lavoro. Infatti, – rinviandosi al par. 12.3 di tale capitolo per una migliore definizione – essa giustificava la ‘*translatio*’ della prima obbligazione di fare in una al pagamento di una somma di denaro, permettendo in tal modo di risolvere in via indiretta il vulnus di tutela esecutiva delle obbligazioni di *facere* e *non facere*.

utriusque rei promissorem obligari, ut ea daret faceret et, si non fecisset, poenam sufferret) et ideo societatis iudicio agi posse.»

Dunque, Paolo riteneva che la *stipulatio* oggetto di analisi dovesse essere più correttamente classificata tra quelle semplici, escludendo così la possibilità di un cumulo tra l'*actio ex stipulatu* e l'*actio pro socio*. Di conseguenza, l'oggetto della *stipulatio* non era la prestazione in sé, ma esclusivamente la *poena*.

Infatti, analogamente, a D. 44.7.44.5 (Paul. 74 *ad ed. praet.*), analizzato all'inizio di tale paragrafo, la conclusione è quella secondo la quale nella stipulazione non fosse dedotto il rapporto originario, cioè il patto di società che rimaneva sullo sfondo quale mera condizione negativa di efficacia della stipulazione penale, ma esclusivamente la penale.

La soluzione prospettata sembra essere coerente con l'inquadramento dell'obbligazione semplice fra quelle a facoltà alternativa, poiché allo stipulante era riconosciuta la possibilità di agire tanto con l'*actio pro socio* quanto con l'*actio ex stipulatu*¹⁵⁴.

Soluzione differente, altrettanto suggestiva, ma da me preferita in quanto maggiormente coerente con quanto precedentemente esposto, viene offerta da Knütel¹⁵⁵. Egli, in particolare, ritiene che il rapporto fra l'*actio* a tutela dell'obbligazione principale e quella *ex stipulatu* non fosse qualificabile in termini di 'alternatività', ma di 'concorso successivo'.

In altri termini, dalla lettura congiunta di D. 44.7.44.5 (Paul. 74 *ad ed. praet.*) e D. 17.2.71.pr. (Paul. 3 *epit. Alf. dig.*) lo studioso deduce come fino al maturare dell'inadempimento fosse dovuta solamente la prestazione originaria (e fosse a tal fine possibile agire con l'*actio pro socio*) e, al momento della '*commissio*' della *stipulatio*, il pagamento della sola *poena*.

¹⁵⁴ In realtà, una tale ricostruzione è stata ampiamente criticata da M. TALAMANCA s.v. *Pena privata (dir. romano)*, cit., p. 714, nt. 20, 21, 22, secondo il quale la regolamentazione dell'obbligazione con facoltà alternativa si sarebbe potuta applicare solo in parte alla *stipulatio poenae* a struttura semplice, basandosi sui diversi effetti che l'impossibilità del fatto dedotto in condizione avrebbe prodotto sull'obbligazione: mentre nella *stipulatio poenae* il fatto impossibile costituiva la prestazione principale, nell'obbligazione facoltativa rappresentava unicamente una *res in exsolutione*. Una tale conclusione veniva dall'Autore tratta da D. 45.1.69 (Ulp. 7 *ad ed.*). M. SCOGNAMIGLIO, *Ricerche sulla stipulatio poenae*, cit., p. 28, invece, ritiene un tale frammento non probante di regole differenti tra la *stipulatio poenae* e l'obbligazione con facoltà alternativa in tema di impossibilità originaria della prestazione dedotta in condizione, in quanto Ulpiano avrebbe in esso discusso di stipulazioni a struttura duplice. Il passo che, invece, si pone a giustificazione di una tale critica è D. 45.1.8 (Paul. 2 *ad Sab.*). Sul punto anche C. BERTOLINI, *Teoria generale della pena convenzionale secondo il diritto romano*, cit., p. 39 nt. 1.

¹⁵⁵ R. KNÜTEL, *Stipulatio poenae*, cit., p. 274 ss.

Secondo questa impostazione, dunque, la facoltà di scegliere tra l'*actio ex stipulatu* e l'azione a tutela del rapporto principale non era rimessa alla discrezione dello stipulante, ma dipendeva dal verificarsi o meno dell'elemento perfezionativo della *stipulatio*, ovvero l'inadempimento.

Di conseguenza, se si decide di aderire a questa interpretazione, sembrerebbe che, nella situazione delineata in D. 17.2.71.pr. (Paul. 3 *epit. Alf. dig.*) – certamente riconducibile a una *stipulatio* a struttura semplice (o 'autonoma', secondo la terminologia adottata da Knütel) –, fosse esperibile unicamente l'*actio pro socio* poiché l'inadempimento e, dunque, la '*commissio*' della *poena* non si erano ancora verificati.

In ogni caso, indipendentemente dalla teoria accolta, si giunge comunque alla conclusione che (quantomeno a partire dal momento del perfezionamento della *stipulatio*, mentre fino a tale istante era possibile agire con l'azione a tutela del rapporto originario) solo l'*actio ex stipulatu* fosse esperibile, poiché esclusivamente la *poena* era stata oggetto della stipulazione. L'altra obbligazione, invece, rimaneva in secondo piano, fungendo unicamente da condizione di efficacia della *stipulatio* stessa. Pertanto, il regime era quello dell'alternatività o, meglio, del concorso successivo.

Questione assai più problematica, come si dirà, si poneva per le stipulazioni a struttura duplice, per le quali il rischio di concorso delle due azioni era evidente.

13.1. Rapporto di alternatività o cumulabilità fra l'*actio ex stipulatu* e l'azione a tutela del rapporto principale nelle stipulazioni duplici.

Argomento assai più complesso attiene all'inquadramento delle stipulazione a struttura duplice, poiché per esse non è possibile rinvenire una soluzione unitaria quanto al regime di cumulabilità o di alternatività delle azioni poste a tutela della *stipulatio* e del rapporto originario.

Tuttavia, prima di procedere con l'esposizione di un siffatto regime differenziato, è assolutamente necessario fornire una definizione di stipulazione a struttura duplice.

Come visto, nella stipulazione semplice il promittente si vincolava direttamente al pagamento della somma di denaro pattuita dalle parti in via convenzionale (o determinata dal pretore) e l'obbligazione preesistente rimaneva sullo sfondo quale semplice condizione di efficacia della *stipulatio poenae*. Diversamente, nella stipulazione duplice il promittente si vincolava sia all'originaria obbligazione di *facere* o di *dare* sia alla successiva obbligazione tutelata a mezzo di clausola penale, secondo un tale

schema: ‘Prometti di adempiere all’obbligazione di *facere* o di dare? Se sarai inadempiente, prometti che pagherai la somma di denaro a titolo di pena? Prometto.’

In altri termini, la prima obbligazione non costituiva solo una condizione di efficacia della stipulazione, ma anche oggetto della stessa. Solamente nel caso in cui la prima obbligazione non fosse stata adempiuta, allora si assisteva – secondo la terminologia di Paolo contenuta in D. 17.2.71.pr. (Paul. 3 *epit. Alf. dig.*) – alla ‘*translatio*’¹⁵⁶ della prima alla seconda: «*sed tota res in stipulationem translata videretur*». Quindi, la prima prestazione di *facere* o di *dare* avrebbe costituito oggetto della obbligazione fino a che non fosse stata inadempita. A partire da un tale momento, essa diveniva la condizione sospensiva negativa di efficacia della seconda stipulazione.

Tanto è vero che con riferimento alla *stipulatio* a struttura duplice, secondo la dottrina¹⁵⁷, era adatta anche la denominazione ‘*stipulatio novativa*’, in quanto essa era finalizzata a sostituire una

¹⁵⁶ La questione della ‘*translatio*’ dell’obbligazione di *facere* in un’obbligazione pecuniaria, per effetto della conclusione di una *stipulatio* a struttura duplice, riveste un ruolo centrale all’interno di questo lavoro di tesi. Con il termine ‘*translatio*’ intendo riferirmi al tipico effetto novativo delle stipulazioni duplici, le quali consentivano la trasformazione dell’originaria obbligazione di *facere* in una nuova obbligazione avente ad oggetto il pagamento di una somma di denaro, pienamente eseguibile nelle forme ordinarie, qualora si fosse verificata la condizione sospensiva negativa rappresentata dall’inadempimento. In altri termini, se il debitore-promittente non avesse adempiuto alla prestazione oggetto della *stipulatio*, sarebbe sorto a suo carico un obbligo alternativo, consistente nel pagamento di una somma di denaro, rispetto al quale lo stipulante avrebbe potuto agire tramite l’*actio ex stipulatu*. Nel caso in cui il promittente fosse risultato inadempiente anche a tale condanna pecuniaria, derivata dall’azione contrattuale, egli sarebbe stato assoggettato alla procedura esecutiva ordinaria. In ogni caso, la ‘*translatio*’ costituisce anche l’effetto della novazione, così come descritta in D. 46.2.1.pr. (Ulp. 46 *ad Sab.*): *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio, hoc est cum ex praecedenti causa ita nova constituitur, ut prior perematur. Novatio enim a novo nomen accipit et a nova obligatione*. Inoltre, occorre evidenziare come il meccanismo traslativo utilizzato per risolvere il *vulnus* di tutela esecutiva delle obbligazioni di *facere* nel diritto medievale (descritto con il brocardo ‘*nemo ad factum cogi potest*’) veniva descritto da Donello nel suo commento a D. 45.1.72.pr. (Ulp. 20 *ad ed.*) in *Opera omnia*, XI, 1857 p. 1269, n. 49. In una tale sede, egli esaminò la ‘*translatio*’ dell’obbligazione di *facere* in una di *dare* esattamente eseguibile, utilizzando espressamente il termine ‘*novatio*’: «*quod si cum fieri posset, quod promissum est factum non sit; docui pluribus exinde pecuniam deberi ex sententia contrahentium jure quodam novationis*». Di tale *translatio* rendeva conto, inoltre, esattamente nel suo commento al corrispettivo D. 42.1.13.1 (Cels. 6 *dig.*). Infatti, dopo aver precisato che l’*id quod interest* apparteneva allo stesso contenuto della stipulazione ed assumeva vigore al momento dell’avverarsi della condizione sospensiva negativa, consistente nell’inadempimento, Donello scriveva «*ideo postquam factum non est, quod debuit transfunditur obligatio in id quod interest, eadem illa lege scilicet, ut factum sit in praestatione usque ad litem contestatam, idest ante id tempus faciendo promissor liberetur*». Aggiungeva, poi, a titolo esemplificativo un’ipotesi di legato penale, avente struttura assimilabile a quella della *stipulatio poenae* duplice: «*itaque idem hic accidit, quod in illo legato: heres meus penum dato: si penum non dederit, decem dato. Nam hic si heres in penum danda moram fecerit, transfunditur legatum in decem; id est incipiunt iam sola decem deberi, quasi haec fuerit condicio, sub qua deberentur; si penus soluta non esset: quae tamen sic incipiunt deberi, ut poena usque ad litem contestatam sit in praestatione*».

¹⁵⁷ Si rinvia alla nt. 148.

precedente obbligazione informale in una nuova e formale, offrendo così la sua protezione indiretta¹⁵⁸.

Se, allora, la prima obbligazione non costituiva solo una condizione di efficacia della stipulazione, ma anche oggetto della stessa, ne conseguiva inevitabilmente, che – almeno teoricamente – fossero dovute al contempo sia l'obbligazione di *facere* o di *dare* che l'obbligazione al pagamento della penale.

Allora, lo stipulante (sempre teoricamente) avrebbe avuto legittimazione attiva sia all'esperibilità dell'*actio ex stipulatu* che all'azione a tutela dell'obbligazione originaria.

Tuttavia, dalle fonti non è possibile tranne una disciplina unitaria in termini di cumulabilità o alternatività nell'esperibilità delle due azioni.

Per questo motivo, la dottrina¹⁵⁹, attraverso un'analisi dettagliata dei frammenti del *Digesto*, ha individuato – sebbene permangano alcune perplessità – tre diverse ipotesi, ciascuna delle quali soggetta alla regola dell'alternatività, della cumulabilità e del concorso successivo.

In particolare, si differenzia a seconda che l'originaria obbligazione fosse un contratto consensuale tutelato da azione di buona fede, un nudo patto o una *stipulatio*.

(1) Con riferimento al contratto consensuale cui era apposta la stipulazione, si pensi all'ipotesi riportata in D. 17.2.71.pr. (Paul. 3 *epit. Alf. dig.*)¹⁶⁰, ove la *stipulatio* assumeva una tale forma: 'Prometti di adempiere all'obbligazione di mettere in comune i guadagni derivanti dalla lezione di grammatica, così come previsto nel contratto di società? Prometti che, in caso di inadempimento dell'obbligazione derivante dal contratto di società, pagherai una somma di denaro a titolo di *poena*?' Pertanto, l'obbligazione derivante del contratto di società, se in adempiuta, veniva 'traslata' – a mezzo

¹⁵⁸ M. TALAMANCA, s.v. *Pena privata (dir. romano)*, cit., p. 713 ss. faceva riferimento a una funzione 'congiunta' della *stipulatio* duplice o novativa, volta cioè a rendere più solida e vincolante, quanto alla forma, l'obbligazione originaria che si trasformava nella novata.

¹⁵⁹ Si rinvia alla nt. 148 e, specialmente, a R. KNÜTEL, *Stipulatio poenae*, cit., p. 65 ss., p. 262 ss.

¹⁶⁰ D. 17.2.71.pr. (Paul. 3 *epit. Alf. dig.*): *Duo societatem coierunt, ut grammaticam docerent et quod ex eo artificio quaestus fecissent, commune eorum esset: de ea re quae voluerunt fieri in pacto convento societatis proscripserunt, deinde inter se his verbis stipulati sunt: "Haec, quae supra scripta sunt, ea ita dari fieri neque adversus ea fieri? Si ea ita data facta non erunt, tum viginti milia dari?" Quaesitum est, an, si quid contra factum esset, societatis actione agi posset. Respondet, si quidem pacto convento inter eos de societate facto ita stipulati essent, "haec ita dari fieri spondes?", futurum fuisse, ut, si novationis causa id fecissent, pro socio agi non possit, sed tota res in stipulationem translata videretur...*

di *novatio* («*si novationis causa id fecissent*») – in una al pagamento di una somma di denaro predeterminata. Conseguentemente, ad essere esperibile sarebbe stata solo l'*actio ex stipulatu*.

(2) Ancora, la *stipulatio* poteva essere annessa a un precedente patto concluso fra le stesse parti. Si pensi, a titolo di esempio, alla fattispecie descritta in D. 23.4.12.2 (Paul. 35 *ad ed.*)¹⁶¹, ove un patto con il quale si conveniva di non richiedere più della metà della dote veniva tutelato a mezzo di *stipulatio poenae* nell'ipotesi di inadempimento. La struttura della *stipulatio* doveva assumere una tale forma: 'Prometti che, in adempimento del patto, non richiederai più di metà della dote'? Prometti che, se richiederai più di metà della dote, pagherai una somma di denaro a titolo di *poena*?. Come emergerà nel prossimo sottoparagrafo, non si rinvencono in una tale ipotesi fonti che affermino la presenza di una vera e propria novazione. Infatti, sembra che – in astratto – fosse possibile agire sia a mezzo dell'*exceptio pacti conventi* che tramite l'*actio ex stipulatu*, sebbene questa – in concreto – potesse essere paralizzata a mezzo di rimedi pretori.

(3) Ultima fattispecie era quella della *stipulatio* duplice nella quale una *stipulatio poenae* era annessa ad altra *stipulatio*. In una tale evenienza, la forma della promessa doveva apparire: 'Prometti di adempiere a una obbligazione di *facere* in virtù della *stipulatio* che stiamo contraendo? Prometti che, in caso di inadempimento, pagherai una somma di denaro a titolo di *poena*?. Una siffatta ipotesi appare molto più complessa delle precedenti, in quanto è evidente che la prestazione di *facere* e quella di pagare una somma di denaro derivassero dalla medesima *causa obligationis* e, cioè, da una *stipulatio*. Per queste ragioni, la questione sarà analizzata nel dettaglio nel par. 12.4 di questo capitolo. Tuttavia, occorre precisare – per fornire al lettore una prima comparazione con le due fattispecie di *stipulationes* poc'anzi brevemente esposte – che secondo la ricostruzione di Paolo contenuta in D. 44.7.44.6 (Paul. 74 *ad ed. praet.*)¹⁶² dovesse parlarsi non di *novatio*, ma di '*quasi novatio*', esattamente per indicare l'assenza, in questa fattispecie di *stipulatio-stipulatio poenae*, di uno dei requisiti essenziali (cioè l'*aliquid novi*) perché si producesse la novazione. In altri termini, l'effetto traslativo si sarebbe ugualmente prodotto, talché sarebbe stato possibile agire solamente per la *poena* e non anche *ex stipulatu* per l'obbligazione di *facere*, ma non poteva parlarsi di '*novatio*' vera e propria, mancando uno dei requisiti essenziali per il suo perfezionamento.

¹⁶¹ D. 23.4.12.2 (Paul. 35 *ad ed.*): *Si mulier pacta sit, ne amplius quam pars dimidia dotis a se petatur et poenam stipulata sit, mela ait alterutro eam contentam esse oportere: vel exceptione pacti et acceptam facere poenae obligationem, vel, si ex stipulatu agat, denegandam ei exceptionem.*

¹⁶² D. 44.7.44.6 (Paul. 74 *ad ed. praet.*): *Sed si navem fieri stipulatus sum et, si non feceris, centum, videndum, utrum duae stipulationes sint, pura et condicionalis, et existens sequentis condicio non tollat priorem? An vero transferat in se et quasi novatio prioris fiat? Quod magis verum est.*

Delineate così, seppur brevemente, le tre diverse strutture che la *stipulatio* duplice poteva assumere, procederò nei prossimi sottoparagrafi ad esaminare dapprima la *stipulatio* annessa a patto e, successivamente, quella connessa a contratto consensuale e, infine, quella annessa ad altra *stipulatio*. L'accostamento di tali ultime due ipotesi, infatti, non è causale. Come ho avuto, d'altronde, occasione di accennare, in queste si verificava – e ne era testimone Paolo – un meccanismo novatorio o quasi novatorio, che risulta interessante confrontare quanto ai presupposti e agli effetti.

13.2. Stipulatio poenae annessa a patto.

La prima conformazione che la *stipulatio* a struttura duplice poteva assumere era quella di una *stipulatio poenae* annessa ad un patto.

Sull'opportunità di apporre a un patto una clausola penale al fine di apprestare una tutela indiretta è già stato detto¹⁶³.

In questa sede occorre, invece, incentrarsi sulla possibilità di agire *ex stipulatu* per la *poena* e di difendersi contestualmente con l'*exceptio pacti conventi* al fine di paralizzare l'altrui pretesa. Ovviamente, la questione che mi accingo ad esaminare non può riferirsi in alcun modo al compromesso arbitrale, a tutela del quale non era esperibile alcuna eccezione.

I due rimedi processuali erano volti – è evidente – a due scopi differenti: l'*actio ex stipulatu* era finalizzata ad indurre in via coattiva il debitore all'adempimento spontaneo della prestazione sotto minaccia di subire la *poena*; l'*exceptio pacti conventi*, con forza coercitiva assai minore, semplicemente alla paralisi dell'infondata pretesa attrice.

La soluzione al quesito in materia di cumulabilità o alternatività non era limpida. Infatti, fra gli stessi giuristi romani emergevano contrasti interpretativi, così come risulta da:

D. 2.14.10.1 (Ulp. 4 *ad ed.*): *Si pacto subiecta sit poenae stipulatio, quaeritur, utrum pacti exceptio locum habeat an ex stipulatu actio. Sabinus putat, quod est verius, utraque via uti posse prout elegerit qui stipulatus est: si tamen ex causa pacti exceptione utatur, aequum erit accepto eum stipulationem ferre.*

Ulpiano, quindi, poneva la questione se, nel caso in cui a un patto fosse stata aggiunta una stipulazione, si dovesse agire per la penale o opporre l'*exceptio pacti conventi*.

¹⁶³ Si rinvia al par. 9.2.1 di questa sezione, p. 88 ss.

Concordando con Sabino, il giurista dell'età severiana ammise che la 'scelta più verosimile' fosse quella dell'alternatività (o della c.d. concorrenza 'elettiva'¹⁶⁴). Pertanto, lo stipulante avrebbe potuto in astratto sia difendersi con l'eccezione che agire con l'*actio ex stipulatu* per il valore della *poena*.

Laddove, poi, avesse optato per l'*exceptio pacti conventi*, sarebbe risultato equo compiere la remissione formale, mediante *acceptilatio*, dell'obbligazione nascente dalla stipulazione. In tal modo, veniva meno la legittimazione attiva del creditore all'azione *ex stipulatu*.

Alla stessa soluzione in termini di concorrenza elettiva si giunge dalla lettura di:

D. 23.4.12.2 (Paul. 35 *ad ed.*): *Si mulier pacta sit, ne amplius quam pars dimidia dotis a se petatur et poenam stipulata sit, mela ait alterutro eam contentam esse oportere: vel exceptione pacti et acceptam facere poenae obligationem, vel, si ex stipulatu agat, denegandam ei exceptionem.*

Si tratta dell'ipotesi in cui una donna, al momento della costituzione della dote, avesse pattuito che non le fosse richiesto in giudizio più della metà della stessa, apponendo a tale patto una clausola penale.

Paolo, concordando con Mela, riteneva che la donna – qualora il patto fosse stato violato – dovesse accontentarsi 'dell'una o dell'altra cosa'. Pertanto, avrebbe potuto alternativamente opporre l'*exceptio pacti conventi* avverso l'azione del promittente oppure direttamente agire *ex stipulatu* per il valore della penale.

Si aggiunge, rispetto al frammento precedentemente esaminato, un dato ulteriore.

Infatti, qualora avesse preventivamente agito *ex stipulatu* e poi opposto l'eccezione, quest'ultima sarebbe stata denegata dal pretore. Rimaneva ferma la necessità (espressa in D. 2.14.10.1 (Ulp. 4 *ad ed.*) in termini di 'equità') di compiere *acceptilatio* della penale.

La dottrina¹⁶⁵, inoltre, ritiene che qualora il pretore non avesse denegato l'azione, al promittente rimaneva la possibilità di opporre l'*exceptio doli*, in quanto – analogamente a quanto si dirà nel prossimo paragrafo con riferimento alle clausole penali annesse ai contratti consensuali presidiati da

¹⁶⁴ P. FREZZA, Le garanzie delle obbligazioni, cit., p. 334; R. KNÜTEL, *Stipulatio poenae*, cit., p. 291; M. SCOGNAMIGLIO, *Ricerche sulla stipulatio poenae*, cit., p. 174 ss.

¹⁶⁵ E. LEVY, *Die konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, vol. II, Berlino, 1922, p. 125; M. TALAMANCA, *Ricerche in materia di 'compromissum'*, cit., p. 51 ss., specialmente nt. 33; M. SCOGNAMIGLIO, *Ricerche sulla stipulatio poenae*, cit., p. 176.-177.

azioni di buona fede – l’esperibilità di entrambi i rimedi avrebbe raddoppiato le poste attive del credito. Un tale comportamento dello stipulante sarebbe stato certamente compiuto in malafede e, quindi, passibile di *exceptio doli*.

La conseguenza evidente è che in astratto la possibilità di cumulare i due rimedi fosse possibile; tuttavia, nella pratica una tale opportunità veniva paralizzata dal pretore.

Di una tale astratta configurabilità del cumulo dei due rimedi è testimone anche:

D. 2.15.16 (Herm. 1 *iur. epit.*): *Qui fidem licitae transactionis rupit, non exceptione tantum summovebitur, sed et poenam, quam, si contra placitum fecerit rato manente pacto, stipulanti recte promiserat, praestare cogetur.*

Si legge, infatti, che il promittente che avesse violato il patto non soltanto sarebbe stato impedito nell’azione tramite eccezione, ma avrebbe avuto anche legittimazione attiva *ex stipulatu* per la *poena*.

Da questo passo, inoltre, la dottrina¹⁶⁶ ha tratto la conclusione secondo la quale la cumulabilità dei due rimedi fosse ammissibile qualora vi fosse una volontà concorde delle parti in tal senso. Tale intento comune si desumerebbe dall’inciso «*rato manente pacto*», il quale sembrerebbe fare riferimento a una clausola espressamente pattuita dalle parti a favore della cumulabilità.

Si comprende come, teoricamente, un cumulo delle due azioni fosse possibile. Ciò si evince chiaramente anche da D. 45.1.122.6 (Scaev. 28 *dig.*), frammento molto discusso nella letteratura romanistica¹⁶⁷:

D. 45.1.122.6 (Scaev. 28 *dig.*): *Duo fratres hereditatem inter se diviserunt et caverunt sibi nihil se contra eam divisionem facturos et, si contra quis fecisset, poenam alter alteri promisit: post mortem alterius qui supervixit petit ab heredibus eius hereditatem quasi ex causa fideicommissi sibi a patre relictis debitam et adversus eum pronuntiatum est, quasi*

¹⁶⁶ R. KNÜTEL, *Stipulatio poenae*, cit., p. 313, secondo il quale lo stesso principio della necessità di una clausola del tenore di ‘*rato manente pacto*’ o ‘*manente transactionis placito*’ si dedurrebbe da C. 2.4.17 (a. 293): *Imperatores Diocletianus, Maximianus. Cum proponas ab ea, contra quam supplicas, litem quam tecum habuit transactione decisam eamque acceptis quae negotii dirimendi causa placuerat dari nunc de conventionem resiluisse, ac petas vel pacto stari vel restitui data, perspicis, si quidem de his reddendis manente transactionis placito statim stipulatione, si contra fecerit, prospexisti et quinque et viginti annis maior fuit, quod exceptionem pacti et actionem datorum habeas: quod si nihil tale convenit, exceptio tibi, non etiam eorum quae dedisti repetitio competit securitate parta.*

¹⁶⁷ Si rinvia, specialmente, a R. KNÜTEL, *Stipulatio poenae*, cit., p. 316 ss., secondo il quale a «*nihil se contra eam divisionem facturos*» era attribuibile la stessa portata della clausola ‘*rato manente pacto*’. Pertanto, se ne sarebbe dedotta la cumulabilità in virtù di un consenso delle parti in tal punto; M. SCOGNAMIGLIO, *Ricerche sulla stipulatio poenae*, cit., p. 178 ss.

de hoc quoque transactum fuisset: quaesitum est, an poena commissa esset. Respondit poenam secundum ea quae proponuntur commissam.

Scevola descriveva l'ipotesi in cui due fratelli avessero convenuto di non agire contro la divisione ereditaria del *de cuius*, apponendo a tale patto una *stipulatio poenae*. Successivamente, alla morte di uno dei due fratelli, l'altro chiese agli eredi del primo l'eredità, sostenendo che gli era dovuta in virtù di un fedecommesso.

Il giurista, dunque, riportava che nella sentenza (non ben specificata) la questione fosse stata risolta in virtù del patto stipulato dai fratelli.

In mancanza di altri dettagli sul punto, ritengo che un tale provvedimento fosse quello con cui il giudice rigettava la domanda ereditaria del promittente, in virtù dell'*exceptio pacti conventi*. In altri termini, ipotizzo che, a fronte dell'azione ereditaria del fratello superstite contro gli eredi dell'altro, questi ultimi avessero opposto l'*exceptio pacti conventi*, cosicché il giudice non avesse dato seguito alla domanda attorea.

Pertanto, Scevola concludeva ammettendo la produzione degli effetti della pena, che si intendeva '*commissa*'.

Sulla base di quanto analizzato nel presente sottoparagrafo, non si può concludere ammettendo né la '*translatio*' dell'originaria obbligazione prevista all'interno del patto in una differente e consistente nel pagamento di una somma di denaro, né la '*novatio*', accennata nel paragrafo precedente con riferimento alle altre due categorie di stipulazioni a struttura duplice. Infatti, né si rinvencono fonti giuridiche sul punto, né sarebbe possibile parlare di novazione ove in astratto l'*actio ex stipulatu* e l'*exceptio pacti conventi* potessero fra di loro cumularsi. In altri termini, non si assisteva alla '*translatio*' della prima obbligazione nella seconda e alla debenza solamente di quest'ultima se lo stipulante poteva difendersi sia a mezzo dell'*exceptio* che agire *ex stipulatu*: astrattamente (salvo la paralisi a mezzo di rimedi pretori) erano dovute congiuntamente sia l'obbligazione derivante dal patto che quella derivante dalla *stipulatio*.

13.3. Stipulatio poenae annessa a contratto consensuale.

Non si pongono particolari difficoltà ricostruttive con riferimento ai contratti consensuali tutelati da azioni di buona fede e ai quali era annessa una clausola penale. Infatti, come risulta evidente dalle fonti, la regola era quella dell'alternatività e, cioè, della possibilità di agire con l'azione di buona fede per l'obbligazione originale, prevista nel contratto consensuale, ovvero di agire *ex stipulatu*, come dimostra:

D. 19.1.28 (Iul. 3 *ad Urs. Fer.*): *Praedia mihi vendidisti et convenit, ut aliquid facerem: quod si non fecissem, poenam promisi. Respondit: venditor antequam poenam ex stipulatu petat, ex vendito agere potest: si consecutus fuerit, quantum poenae nomine stipulatus esset, agentem ex stipulatu doli mali exceptio summovebit: si ex stipulatu poenam consecutus fueris, ipso iure ex vendito agere non poteris nisi in id, quod pluris eius interfuerit id fieri.*

In un tale frammento Giuliano esaminava la stipulazione posta a presidio di un contratto di compravendita. In particolare, il promittente-compratore si impegnavano a realizzare una determinata prestazione e, in caso di inadempimento, avrebbe dovuto pagare una *poena*. Ci si domandava, quindi, se il venditore potesse agire con l'*actio venditi* e congiuntamente con l'*actio ex stipulatu* per il valore della *poena*.

Il giurista riteneva che, ove il venditore avesse precedentemente agito con l'*actio venditi* e fosse stato integralmente soddisfatto, una successiva *actio ex stipulatu* sarebbe stata paralizzata a mezzo di *exceptio doli*. Diversamente, ove avesse già agito *ex stipulatu*, non avrebbe potuto esperire *ipso iure* l'*actio venditi*. Infatti, poiché l'azione per la vendita era una azione di buona fede, il giudice avrebbe dovuto già considerare il dolo delle parti, senza necessità del compratore di difendersi a mezzo di eccezioni. Tuttavia, il venditore sarebbe stato legittimato all'*actio venditi*, ove la *poena* ottenuta *ex stipulatu* non lo avesse integralmente soddisfatto.

Medesima regola viene tratta da altri due passi del Digesto, che meritano di essere letti congiuntamente:

D. 17.2.41 (Ulp. 20 *ad ed.*): *Si quis a socio poenam stipulatus sit, pro socio non aget, si tantundem in poenam sit, quantum eius interfuit.*

D. 17.2.42 (Ulp. 45 *ad Sab.*): *Quod si ex stipulatu eam consecutus sit, postea pro socio agendo hoc minus accipiet poena ei in sortem imputata.*

Dunque, i frammenti illustrano il rapporto fra l'*actio ex stipulatu* e l'*actio pro socio*, confermando la medesima regola già desunta da D. 19.1.28 (Iul. 3 *ad Urs. Fer.*). Infatti, dopo che il socio-stipulante avesse ottenuto la *poena* attraverso l'*actio ex stipulatu*, avrebbe potuto agire *pro socio* solamente per la parte residua del suo interesse e, cioè, per la differenza fra il valore del danno subito e l'importo già percepito a titolo di *poena*.

Pertanto, dallo studio dei frammenti sopra riportati si deduce come la cumulabilità fra l'*actio ex stipulatu* e l'azione di buona fede fosse tendenzialmente esclusa¹⁶⁸.

In particolare, laddove lo stipulante avesse già agito con l'azione di buona fede, il promittente avrebbe potuto difendersi con l'*exceptio doli* avverso la successiva *actio ex stipulatu*.

D'altronde, risulta evidente come, se lo stipulante avesse già ottenuto l'*id quod interest* tramite la proposizione della prima azione, sarebbe stato in dolo se avesse agito nuovamente *ex stipulatu* per un importo di valore simile.

In altri termini, se lo stipulante fosse già stato 'economicamente soddisfatto' dalla prima azione, sarebbe stato in malafede se avesse richiesto nuovamente il pagamento della somma di denaro a titolo di *poena*. Analogamente, il pretore poteva denegare la seconda azione.

Dunque, in un contesto in cui *iure civili* la seconda pretesa del creditore era pienamente valida – poiché egli era legittimato ad agire *ex stipulatu* –, per ragioni di equità il pretore concedeva un rimedio volto a paralizzare la seconda azione. Ciò avveniva in quanto, a seguito dell'esperimento della prima azione, lo stipulante risultava già soddisfatto e l'eventuale proposizione di una seconda azione avrebbe determinato un'ingiusta duplicazione delle poste attive del credito.

Diversamente, qualora lo stipulante avesse dapprima esperito l'*actio ex stipulatu*, la successiva azione di buona fede non avrebbe comportato alcuna condanna, in quanto il giudice avrebbe autonomamente

¹⁶⁸ I passi in materia sono, in realtà, molteplici. La mia intenzione, tuttavia, – in un'ottica semplificativa e riassuntiva – è quella di riportare solamente i frammenti dai quali inequivocabilmente si deduca la soluzione prospettata in termini di alternatività, salvo i maggiori interessi. Altro passo, poi, particolarmente interessante, ma che genera tanti dubbi è D. 19.1.47 (Paul. 6 *resp.*), da R. KNÜTEL, *Stipulatio poenae*, cit., p. 65 ss., p. 355, inquadrato quale ipotesi di 'inadempimento improprio'.

valutato la malafede di una delle parti, senza necessità che il convenuto sollevasse alcuna eccezione¹⁶⁹.

Era data, in ogni caso, la possibilità di agire (in via cumulativa) per il maggior danno, consistente nella differenza fra il valore della penale e degli interessi giuridicamente lesi.

13.3.1. La struttura duplice della *stipulatio* contenuta in D. 17.2.71.pr (Paul. 3 epit. Alf. dig.).

Di un siffatto regime di alternatività rendeva testimonianza Paolo in un frammento nel quale teorizzava il verificarsi di una novazione, che avrebbe operato una ‘*translatio*’ della prima obbligazione, derivante dal contratto di società, in una al pagamento della penale. Ne risultava, inevitabilmente, che solamente la penale fosse dovuta.

Occorre, però, premettere che il passo era già stato esaminato in parte quando ho trattato della disciplina della stipulazione con struttura semplice (al par. 12). In questo sottoparagrafo, tuttavia, è utile soffermarsi sulla struttura della doppia stipulazione per dedurre le prime fondamentali considerazioni in materia di novazione.

D. 17.2.71.pr. (Paul. 3 epit. Alf. dig.): *Duo societatem coierunt, ut grammaticam docerent et quod ex eo artificio quaestus fecissent, commune eorum esset: de ea re quae voluerunt fieri in pacto convento societatis proscripserunt, deinde inter se his verbis stipulati sunt: "Haec, quae supra scripta sunt, ea ita dari fieri neque adversus ea fieri? Si ea ita data facta non erunt, tum viginti milia dari?" Quaesitum est, an, si quid contra factum esset, societatis actione agi posset. Respondet, si quidem pacto convento inter eos de societate facto ita stipulati essent, "haec ita dari fieri spondes?", futurum fuisse, ut, si novationis causa id fecissent, pro socio agi non possit, sed tota res in stipulationem translata videretur. Sed quoniam non ita essent stipulati "ea ita dari fieri spondes?" sed "si ea ita facta non essent, decem dari?" non videri sibi rem in stipulationem pervenisse, sed dumtaxat poenam (non enim utriusque rei promissorem obligari, ut ea daret faceret et, si non fecisset, poenam sufferret) et ideo societatis iudicio agi posse.*

Paolo, riprendendo il pensiero di Alfeno, si interrogava sulla natura della stipulazione penale che accompagnava il contratto di società tra due soci per l’insegnamento della grammatica, cercando di

¹⁶⁹ M. TALAMANCA, s.v. *Pena privata (dir. romano)*, cit., p. 717.

comprendere se esso fosse a struttura semplice o duplice. Dopo aver considerato le possibili implicazioni di una configurazione duplice, è giunto alla conclusione che si trattasse di una stipulazione semplice.

Prima di procedere con l'analisi del frammento, è necessaria una precisazione: se la stipulazione oggetto della società di grammatici fosse stata duplice, essa avrebbe incluso un contratto consensuale¹⁷⁰, tutelato da un'azione di buona fede, e una stipulazione penale. Pertanto, solo ammettendo la sua configurazione alla stregua di una stipulazione a struttura duplice, si sarebbe posto il problema del cumulo e della novazione.

Il dubbio, quindi, riguardava la possibilità – se la stipulazione fosse stata duplice – di agire esclusivamente con l'*actio ex stipulatu* o se bisognasse ricorrere cumulativamente sia all'*actio ex stipulatu* che all'*actio pro socio*.

Nell'offrire la soluzione a siffatto interrogativo, il giurista affermava che se la stipulazione penale fosse stata conclusa a titolo di novazione («*si novationis causa id fecissent*»), non si sarebbe potuta esperire l'azione a favore del socio, poiché l'intero rapporto si sarebbe trasferito nella stipulazione («*tota res in stipulationem translata videretur*»).

Allora, in virtù degli effetti novatori della *stipulatio (novationis causa)*, l'unica prestazione dovuta sarebbe stata la *poena*. Infatti, al momento dell'inadempimento (quando, cioè, la *stipulatio* fosse divenuta '*commissa*', in quanto l'inadempimento costituiva la condizione sospensiva negativa per la produzione degli effetti della *poena*) l'obbligazione tutelata da *actio pro socio* si sarebbe 'traslata', utilizzando la definizione paolina, in quella al pagamento della somma di denaro convenzionalmente determinata.

Ritengo, in controtendenza con la dottrina¹⁷¹ che si è espressa sulla questione, che quella descritta in D. 17.2.71.pr. (Paul. 3 *epit. Alf. dig.*) con riferimento alla *stipulatio* duplice fosse una vera e propria

¹⁷⁰ Restano aperti alcuni dubbi, ad oggi non affrontati dalla dottrina, circa la possibilità che, in una simile ipotesi, la *stipulatio poenae* potesse essere annessa a un patto («*si quidem pacto convento inter eos de societate facto ita stipulati essent, "haec ita dari fieri spondes?"*»). Ciononostante, anche qualora si ammetta una tale configurazione, ciò non inciderebbe sulle conclusioni cui pervengo in questa ricerca riguardo all'impiego della stipulazione penale a struttura duplice come strumento di coercizione indiretta 'in senso lato', funzionale a colmare il *deficit* di tutela esecutiva delle obbligazioni di *facere*. Va altresì osservato che, nell'eventualità in cui la *stipulatio* fosse effettivamente collegata a un patto, non sussisterebbero perplessità in merito alla presenza del requisito dell'*aliquid novi*, necessario per configurare una novazione. In tal caso, infatti, si avrebbe un effettivo mutamento delle rispettive *causae obligationis*, a differenza di quanto accade nell'ipotesi in cui ricorre una *quasi novatio* – per usare le parole di Paolo in D. 44.7.44.6 (Paul. 74 *ad ed. praet.*) – nella quale tale mutamento risulta assente, come sarà illustrato nel prosieguo del paragrafo, in particolare alle pp. 128 ss.

¹⁷¹ Specialmente, M. SCOGNAMIGLIO, *Ricerche sulla stipulatio poenae*, cit., p. 173, secondo la quale «la logica generale sembra essere coerente con l'impianto presentato da Paolo e prima esposto: nel primo caso ipotizzato da Alfeno,

novazione. Nello specifico, è stato negato un tale riconoscimento, assimilando una questa ipotesi alla quasi novazione contenuta in D. 44.7.44.6 (Paul. 74 *ad ed. praet.*), che analizzerò a breve con riferimento alle stipulazioni duplici, costituite da una *stipulatio poenae* annessa ad altra *stipulatio*.

In realtà, secondo me, la fattispecie descritta in D. 17.2.71.pr. (Paul. 3 *epit. Alf. dig.*) costituirebbe effettivamente una novazione oggettiva. D'altronde, essa non solo ne avrebbe generato gli effetti tipici, desumibili da D. 46.2.1.pr.¹⁷² (Ulp. 46 *ad Sab.*), ma ne avrebbe soddisfatto anche i requisiti essenziali, che, nel contesto del diritto romano classico¹⁷³, si riducevano all'*aliquid novi* e all'*idem debitum*. Vediamo la questione posta dal frammento più nel dettaglio.

la *stipulatio* assorbe il contratto di società e la pena è aggiunta alla stipulazione principale. Trattandosi di due *stipulationes*, si attiverebbe il meccanismo della *quasi novatio*, per cui non sarà esperibile l'azione di società né tantomeno quella per l'obbligazione principale *ex stipulatu*, in quanto quasi novata nella penale». Rileva, ancora, all'interno della nt. 79: «è solo supponendo una certa coerenza nel pensiero di Paolo circa il meccanismo funzionale della *stipulatio* doppia che si può ipotizzare che anche nell'ipotesi descritta nell'epitome alfeniana il passaggio logico successivo debba essere la *quasi novatio* della stipulazione principale in quella penale». Sul punto, anche R. KNÜTEL, *Stipulatio poenae*, cit., 68 ss., il quale riteneva che la '*novatio*' in D. 17.2.71.pr. noi sia altro che una versione epitomata e abbreviata della '*quasi novatio*' che Paolo avrebbe operato sulla formulazione originaria di Alfeno.

¹⁷² D. 46.2.1.pr. (Ulp. 46 *ad Sab.*): *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio, hoc est cum ex praecedenti causa ita nova constituitur, ut prior perematur. Novatio enim a novo nomen accepit et a nova obligatione.*

¹⁷³ Nel diritto romano classico, tendenzialmente, si esclude la sussistenza del requisito dell'*animus novandi*, che sarebbe sorto solamente in età post classica. In tal senso, cfr., F. BONIFACIO, *La novazione nel diritto romano*, cit., p. 173 ss.: «L'esposizione di Gaio (da 3.177 a 3.179) non solo non fa menzione dell'*animus novandi*, ma esclude, sia pure in modo implicito, che accanto agli altri elementi descritti sia necessaria una particolare volontà delle parti diretta all'estinzione della *prior obligatio* [...]. Dopo aver precisato che iure civili la stipulatio debiti condizionale produce novazione solo se e quando *condictio extiterit* Gaio prende appunto in considerazione la volontà delle parti: queste evidentemente intendono sostituire all'obbligazione pura un'obbligazione condizionale, ma a siffatta volontà, della quale Gaio si mostra pienamente cosciente (*videtur inter eos id actum, ut ita ea res peteretur, si posterioris stipulationis extiterit condictio*), vien data rilevanza esclusivamente sul piano del *ius honorarium* con la concessione di una *exceptio*. È chiaro che la valutazione che del negozio fa il *ius civile* è fermamente ancorata alla formulazione obiettiva della stipulatio debiti.» Diversamente, oggi la dottrina ammette pacificamente che l'*animus novandi*, sebbene non ancora a tutti gli effetti requisito essenziale della novazione, in età classica potesse assurgere a criterio interpretativo da utilizzare in ipotesi dubbie. Da ultimo, in maniera più evidente, P. LAMBRINI, *La novazione. Pensiero classico e disciplina giustiniana*, cit., p. 34 ss.: «Secondo la migliore ricostruzione, l'*animus novandi* in epoca classica non costituiva un requisito essenziale della novazione, da ricercarsi nella volontà effettiva dei contraenti, ma si trattava piuttosto di un criterio di interpretazione da utilizzarsi solo in caso di dubbio, ricavabile dall'intenzione oggettivata nelle circostanze concrete della vicenda». Sul punto, anche A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino, 1968, p. 267: «non si può certo escludere che i classici si preoccupassero dell'elemento volontaristico nell'analisi delle singole fattispecie negoziali, anche se vi ricorrevano come ad un criterio interpretativo del negozio, senza affatto considerarlo, come invece accadrà in seguito, un elemento essenziale per la esistenza del negozio. Basti al riguardo considerare che altrimenti essi non avrebbero avuto in alcuni casi la possibilità di distinguere fra negozi strutturalmente identici»; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 649: «Non è requisito a sé stante della *novatio* classica l'*animus novandi*. [...] bisogna, però, tener conto che i *prudentes* si riferivano all'intenzione delle parti per valutare, nei casi ambigui, se i *verba* adoperati esprimessero la volontà di sostituire la precedente con la nuova obbligazione»; G. SACCONI, '*Stipulatio poenae*' e '*quasi*

Comincio dall'esame del requisito dell'*aliquid novi* con riferimento a D. 17.2.71.pr. (Paul. 3 *epit. Alf. dig.*).

In particolare, è evidente che in tale frammento le due *causae obligationis* fossero distinte: la prima obbligazione trovava la propria fonte nella società, pur essendo rafforzata da una *stipulatio*, mentre la seconda derivava direttamente dalla stipulazione penale. In altri termini, la prima obbligazione traeva la propria causa dal rapporto societario, mentre la seconda aveva come causa esclusiva la *stipulatio* penale.

Diversamente, invece, avveniva in D. 44.7.44.6 (Paul. 74 *ad ed. praet.*), nel quale è evidente come il requisito dell'*aliquid novi* fosse assente, in quanto le due obbligazioni derivavano dalla medesima causa:

D. 44.7.44.6 (Paul. 74 *ad ed. praet.*): *Sed si navem fieri stipulatus sum et, si non feceris, centum, videndum, utrum duae stipulationes sint, pura et condicionalis, et existens sequentis condicio non tollat priorem? An vero transferat in se et quasi novatio prioris fiat? Quod magis verum est.*

In questo paragrafo intendo solamente accennare brevemente al contenuto di un tale frammento, in quanto la sua analisi è essenziale per comprendere la natura effettivamente novatoria di D. 17.2.71.pr. (Paul. 3 *epit. Alf. dig.*). Infatti, D. 44.7.44.6 (Paul. 74 *ad ed. praet.*) verrà ripreso anche nel paragrafo successivo, quando mi concentrerò precipuamente sulla *stipulatio poenae* annessa ad altra *stipulatio*.

Innanzitutto al dubbio se fosse possibile agire cumulativamente con le due *actiones ex stipulatu*, per la stipulazione posta a tutela dell'obbligazione di *facere* e per la stipulazione penale, Paolo rispondeva che solamente la *poena* fosse dovuta, in quanto si verificava una *quasi novatio* della prima obbligazione nella seconda.

La questione da analizzare concerne la differenza intercorrente fra le fattispecie prospettate da D. 17.2.71.pr. (Paul. 3 *epit. Alf. dig.*) e da D. 44.7.44.6 (Paul. 74 *ad ed. praet.*). Nel primo caso, infatti, Paolo, condividendo l'opinione di Alfeno, faceva riferimento a una novazione vera e propria e nel secondo a una *quasi novatio*. Cerchiamo di capire perché.

novatio', cit., p. 95; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., p. 816.: «a nostro parere è più una questione di prospettive dell'interpretazione negoziale che un problema di requisiti».

Come si diceva, parte della dottrina¹⁷⁴ ha ritenuto che in entrambe le fattispecie vi fosse un meccanismo quasi novatorio e non una vera e propria novazione, in quanto in entrambe sarebbe difettato il requisito dell'*idem debitum*. Si è tentato di giustificare la differenza terminologica utilizzata da Paolo in D. 17.2.71.pr. (Paul. 3 epit. Alf. dig.) sulla scorta di un'epitome che quest'ultimo avrebbe apportato alla versione originaria di Alfeno.

Secondo me, invece, Paolo era ben consapevole della differenza sussistente fra le fattispecie prospettate nei due passi in esame, di guisa da impiegare una apposita, adatta, diversa terminologia, tanto da qualificare il fenomeno descritto in D. 17.2.71.pr. (Paul. 3 epit. Alf. dig.) nei termini di una novazione e quello contenuto in D. 44.7.44.6 (Paul. 74 ad ed. praet.) con la denominazione di '*quasi novatio*'.

Infatti, secondo me, la differenza fra le strutture novatorie dei due passi consisteva nella presenza o nell'assenza di un requisito essenziale per il perfezionamento della novazione e, cioè, l'*aliquid novi*¹⁷⁵ (ma non anche dell'*idem debitum* che, come emergerà fra pochissimo, era presente in entrambi i frammenti).

L'*aliquid novi*, come risaputo, sussisteva o laddove fosse stata aggiunta nella seconda obbligazione una condizione, un termine o uno *sponsor*¹⁷⁶, non previsti nella prima, oppure qualora si fosse assistito a un cambiamento della *causa obligationis*.

Con riferimento ai passi in questione, se in D. 17.2.71.pr. (Paul. 3 epit. Alf. dig.) il cambiamento di causa è palese, poiché la causa dell'obbligazione di *facere* risiedeva nel contratto di società e la causa

¹⁷⁴ Si rinvia alla nt. 171.

¹⁷⁵ È particolarmente interessante osservare come già ACCURSIUS, *Institutionum civilium libri quatuor, una cum Accursii*, Parigi, 1550, col. 654, nella sua glossa '*Novatio*' a I. 3.29.3, avesse posto in evidenza l'assenza dell'*aliquid novi* in una simile obbligazione. Egli, infatti, nel ripercorrere le diverse fasi storiche dell'evoluzione dell'*animus novandi* nel diritto romano, sottolineava il caso peculiare delineato in D. 44.7.44.6, in cui la novazione si verificava indipendentemente dalla presenza dell'*aliquid novi*. Tuttavia, il giurista bolognese considerava la *quasi novatio* una vera e propria novazione. Di conseguenza, metteva in luce come nel primo periodo della storia del diritto romano la novazione potesse avvenire anche in assenza di tale requisito. Accursio, infatti, scriveva: «*Nota hic tria iura circa novationem, antiquissimum, ubi etiam si nihil novi interueniret, fiebat tamen novatio: ut ff. de act. & oblig. l. obligationum fere. §. fin. Item novum, ubi novatio praesumptive fiebat, quotiens novi quid interueniret: & servire intelligebatur hoc agi ut hic, §. ff. de novat l. ii. Item termium, quando hoc expressim diceretur ut D. de nova l. fin.*»

¹⁷⁶ Gai. 3.177: *Sed si eadem persona sit, a qua postea stipuler; ita demum nouatio fit, si quid in posteriore stipulatione noui sit, forte si condicio uel dies aut sponsor adiciatur aut detrahatur*. Sulla base di un tale frammento, F. BONIFACIO, *La novazione nel diritto romano*, cit., p. 28, riteneva che l'*aliquid novi* attenesse alla stipulazione e non all'obbligazione che ne derivava. In altre parole, le due obbligazioni (l'originaria e la novata) sarebbero state sempre identiche quanto all'oggetto, facendosi con esso riferimento all'*idem debitum*. Diversamente, l'*aliquid novi* riguardava solamente la struttura processuale della *stipulatio* stessa e non anche alla natura sostanziale dell'obbligazione.

dell'obbligazione al pagamento della somma di denaro nella stipulazione, in D. 44.7.44.6 (Paul. 74 *ad ed. praet.*), invece, sia l'obbligazione di *facere* alla costruzione di una nave sia l'obbligazione pecuniaria traevano la loro forza giustificatrice da due stipulazioni, l'originaria e quella penale. Pertanto, non si può affermare in nessun modo che in una tale ipotesi si potesse assistere a un mutamento della *causa obligationis*.

Si aggiunga poi che nella seconda obbligazione al pagamento di una somma di denaro descritta in D. 44.7.44.6 (Paul. 74 *ad ed. praet.*) non si riscontra l'aggiunta, rispetto alla prima obbligazione di *facere*, di alcuna condizione, di alcun termine o di uno *sponsor*.

Se ne deduce, allora, che in D. 44.7.44.6 (Paul. 74 *ad ed. praet.*) fosse assente il requisito dell'*aliquid novi* e, per tale motivo, Paolo non potesse discorrere di una vera e propria novazione (come aveva fatto invece in D. 17.2.71.pr. (Paul. 3 *epit. Alf. dig.*), ma di una *quasi novatio*. In questa espressione tenderei a riconoscere lo sforzo del giurista di descrivere un fenomeno 'sostanzialmente' novatorio, sebbene in assenza di uno dei requisiti caratteristici della *novatio*: l'*aliquid novi*.

Come si diceva, invece, la dottrina ha fatto riferimento – collegando le risultanze emerse dallo studio dei due frammenti – alla mancanza di *idem debitum*, sottolineando come il requisito della medesimezza dell'*'id quod debetur'* non fosse presente in una obbligazione ad un *facere* e in una diversa obbligazione al pagamento di una somma di denaro predeterminata.

Secondo me, invece, l'*idem debitum* era presente sia in D. 44.7.44.6 (Paul. 74 *ad ed. praet.*), sia in D. 17.2.71.pr. (Paul. 3 *epit. Alf. dig.*). Una tale constatazione la traggio dal confronto della struttura della stipulazione penale duplice con quella della *stipulatio Aquiliana*¹⁷⁷, nella quale certamente si assisteva a una vera e propria novazione.

Come risaputo, la *stipulatio Aquiliana* costituiva una particolare tipologia di stipulazione, creata dal giurista Aquilio Gallo, con quale si verificava la trasformazione, mediante novazione, di una o più obbligazioni di *facere* o di *dare* (non costituite *verbis*), in una sola obbligazione *ex stipulatu*, al fine di poterla estinguere mediante *acceptilatio*.

¹⁷⁷ D'altronde spesso in letteratura si è accostata la stipulazione penale alla stipulazione Aquiliana, giungendo addirittura a ritenere che le due fattispecie coincidessero. In particolare, E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, cit., p. 123 ss.; M. E. PETERLONGO, *La transazione nel diritto romano*, Milano, 1936, p. 289 ss.; R. KNÜTEL, *Stipulatio poenae*, cit., pp. 299-300. Ancora, A. MARCHI, *Le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, in *Bullettino dell'istituto di diritto romano*, vol. XXI, p. 86, riteneva che «poteva vedersi nella doppia *stipulatio poenae* una novazione, perché in essa non si verificava in sostanza nulla di diverso da ciò che si verificava nella *stipulatio Aquiliana*, quando il *quanti ea res erit* fosse stato amichevolmente determinato dalle parti al momento della stipulazione stessa».

Anche in un tale istituto, è evidente come non fosse presente un'assoluta identità dell'«*id quod debetur*», in quando una o più obbligazione di *facere* venivano *translatae* in una al pagamento di una somma di denaro. Tuttavia, è indubbio che si assistesse a una vera e proprio novazione.

Infatti, la dottrina¹⁷⁸ si è espressa sulla presenza del requisito dell'«*idem debitum*» nel contesto delle stipulazioni Aquiliane, dimostrando – nel tentativo di arginare quelle ricostruzioni interpolazionistiche¹⁷⁹ che volevano a negare l'originarietà dei frammenti¹⁸⁰ della Compilazione Giustiniana relativi alla *stipulatio Aquiliana* – che tale presupposto fosse effettivamente presente.

¹⁷⁸ M. WLASSAK, *Die aquilianische Stipulation*, in ZSS, XLII, 1921, 394 ss.; F. BONIFACIO, *La novazione nel diritto romano*, cit., p. 134 ss. In maniera parzialmente differente, P. LAMBRINI, *La novazione. Pensiero classico e disciplina giustiniana*, cit., p. 128, secondo la quale non doveva farsi riferimento al momento eminentemente processuale della condanna, a ma quello prettamente sostanziale nel quale veniva stimato il valore della cosa (e, cioè, quando veniva convenuta la *stipulatio novativa*).

¹⁷⁹ G. SEGRÈ, «*Obligatio*», «*obligare*», «*obligari*» nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano, in *Studi in onore di P. Bonfante*, III, Milano, 1930, p. 556 e nt. 163; P. MEYLAN, *La réforme Justinienne de la novation: son sens et sa portée* (C. VIII, 41. 8), in «*Acta congressus iuridici internationalis*», I, Roma, 1935, p. 298; A. BECK, *Überlegungen zum klassischen Vergleichsrecht*, in *Studi in onore di P. de Francisci*, IV, Milano 1956, p. 11 ss.; F. STURM, «*Stipulatio Aquiliana*». *Textgestalt und Tragweite der aquilianischen Ausgleichsquittung im klassischen römischen Recht*, München, 1972, p. 200 ss.; G. SACCONI, *Studi sulle obbligazioni solidali in diritto romano*, Milano, 1971, p. 120, nt. 45.

¹⁸⁰ D. 2.15.4 (Ulp. 46 *ad Sab.*): *Aquiliana stipulatio omnimodo omnes praecedentes obligationes novat et peremit ipsaque peremitur per acceptilationem: et hoc iure utimur. Ideoque etiam legata sub condicione relicta in stipulationem Aquilianam deducuntur*; D. 46.2.28 (Pap. 2 *def.*): *Fundum Cornelianum stipulatus quanti fundus est postea stipulor: si non novandi animo secunda stipulatio facta est, cessat novatio: secunda vero stipulatio tenet, ex qua non fundus, sed pecunia debetur. Itaque si reus promittendi fundum solvat, secunda stipulatio iure non tollitur; nec si litem actor ex prima contestetur. Denique meliore vel deteriore facto sine culpa debitoris postea fundo praesens aestimatio fundo petito recte consideretur; in altera vero ea aestimatio venit, quae secundae stipulationis tempore fuit*; I. 3.29.3: *Praeterea novatione tollitur obligatio. veluti si id quod tu Seio debeas, a Titio dari stipulatus sit. nam interventu novae personae nova nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem, adeo ut interdum, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis iure tollatur: veluti si id quod Titio tu debebas a pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus fuerit, quo casu res amittitur: nam et prior debitor liberatur et posterior obligatio nulla est. non idem iuris est, si a servo quis stipulatus fuerit: nam tunc prior proinde obligatus manet ac si postea nullus stipulatus fuisset. sed si eadem persona sit a qua postea stipuleris, ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit, forte si condicio aut dies aut fideiussor adiciatur aut detrahatur: quod autem diximus, si condicio adiciatur novationem fieri, sic intellegi oportet, ut ita dicamus factam novationem si condicio extiterit: alioquin si defecerit, durat prior obligatio. Sed cum hoc quidem inter veteres constabat, tunc fieri novationem cum novandi animo in secundam obligationem itum fuerat: per hoc autem dubium erat, quando novandi animo videretur hoc fieri, et quasdam de hoc praesumptiones alii in aliis casibus introducebant: ideo nostra processit constitutio, quae apertissime definivit, tunc solum fieri novationem, quotiens hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit quod propter novationem prioris obligationis convenerunt; alioquin manere et pristinam obligationem et secundam ei accedere, ut maneat ex utraque causa obligatio secundum nostrae constitutionis definitiones, quas licet ex ipsius lectione apertius cognoscere. 4. Hoc amplius eae obligationes, quae consensu contrahuntur, contraria voluntate dissolvuntur. nam si Titius et Seius inter se consenserunt ut fundum Tusculanum emptum Seius haberet centum aureorum, deinde re nondum secuta, id est neque pretio soluto neque fundo tradito, placuerit inter eos ut discederetur ab emptione et venditione, invicem liberantur. idem est et in conductione et locatione et omnibus contractibus qui ex consensu descendunt, sicut iam dictum est.*

La letteratura favorevole alla sussistenza del requisito dell'*idem debitum* nelle stipulazioni Aquiliane, difatti, ritiene come nel contesto del procedimento formulare – nel quale vigeva la regola della condanna necessariamente pecuniaria – sarebbe stato sostanzialmente irrilevante che la prima obbligazione (quella da novare) avesse avuto ad oggetto tutte le prestazioni cui il debitore si era vincolato in futuro e la seconda (quella novata) il loro equivalente in denaro. Del resto, la sentenza in caso di inadempimento avrebbe comunque comportato la condanna al '*quanti ea res erit*'.

Il requisito dell'*idem debitum* non si esauriva, dunque, nella debenza della medesima obbligazione ('*id quod debetur*'), ma poteva consistere anche semplicemente in un suo equivalente pecuniario.

Lo stesso identico ragionamento può essere, secondo me, esteso nel contesto delle stipulazioni penali a struttura duplice per affermare la sussistenza dell'*idem debitum*. Infatti, anche in una tale ipotesi, il debitore si sarebbe impegnato al pagamento di una somma di denaro predeterminata nel caso di inadempimento di una obbligazione di *facere*. Le differenze fra stipulazione penale e Aquiliana, assolutamente irrilevanti ai fini delle conclusioni cui tento di pervenire, erano due: la predeterminazione della pena, che anzi avrebbe ancor più permesso l'equiparazione del contenuto della prestazione al valore della condanna, e l'inadempimento quale condizione di efficacia della stipulazione penale stessa.

Se, invece, si pensa alla struttura, le due tipologie di obbligazioni, la penale e la Aquiliana, (prescindendosi, quindi, dalla predeterminazione convenzionale del danno e dalla condizione sospensiva negativa dell'inadempimento) erano perfettamente sovrapponibili: un'obbligazione di *facere* o *dare* veniva traslata in una al pagamento di una somma di denaro.

Allora, se si ritiene che l'*idem debitum* sussistesse all'interno della stipulazione Aquiliana, – secondo me – doveva sussistere inevitabilmente anche in quella penale.

Sulla scorta di una tale constatazione, si può concludere affermando che sia in D. 44.7.44.6 (Paul. 74 *ad ed. praet.*), sia in D. 17.2.71.pr. (Paul. 3 *epit. Alf. dig.*) il requisito dell'*idem debitum* fosse presente. Diversamente, solamente in D. 44.7.44.6 (Paul. 74 *ad ed. praet.*) era assente il presupposto dell'*aliquid novi* in senso oggettivo, poiché le due *causae obligationis* erano le medesime. Pertanto, in un tale frammento Paolo, non potendo parlare di novazione vera e propria, escogitava l'espressione '*quasi novatio*'. Al contrario, la fattispecie analizzata in D. 17.2.71.pr. (Paul. 3 *epit. Alf. dig.*) presentava i caratteri di una vera e propria *novatio*, possedendone sia i requisiti, sia gli effetti.

Tornando, dunque, al *focus* di un tale paragrafo e al rapporto da descrivere in termini di cumulabilità o alternatività fra l'*actio* di buona fede, posta a presidio del contratto consensuale, e l'*actio ex*

stipulatu discendente dalla stipulazione penale, si deve necessariamente concludere per l'alternatività, in quanto – come descritto in D. 17.2.71.pr. (Paul. 3 *epit. Alf. dig.*) – avveniva una vera e propria novazione della prima obbligazione derivante dal contratto consensuale in quella al pagamento della pena, cosicché solamente quest'ultima fosse dovuta.

Diversamente stavano le cose ove la stipulazione penale a struttura duplice accedesse ad altra *stipulatio*.

13.4. *Stipulatio poenae* annessa ad altra *stipulatio*: l'emersione del concetto di *quasi novatio* in D. 44.7.44.6 (Paul. 74 *ad ed. praet.*).

Situazione estremamente complessa si poneva nel caso in cui la *stipulatio* a struttura duplice si componesse di una *stipulatio* pura e semplice e di una *stipulatio poenae*.

Infatti, le fonti giuridiche sembrano contrapporsi, optando talora per un regime di alternatività e talaltra per la cumulabilità, attenuata dai rimedi pretori. In ogni caso, è lampante che vi fosse un dibattito già fra i giuristi romani. In particolare, come si vedrà, Paolo in D. 44.7.44.6 (Paul. 74 *ad ed. praet.*) tentava di risolvere l'annosa questione, ponendo fine al contrasto e fornendo una soluzione innovativa.

Sulla scorta di una tale constatazione, i tentativi di ricostruzione della dottrina sono stati diversi: da una parte coloro che ritengono che dalla stipulazione a struttura duplice sorgesse solamente l'azione per la pena¹⁸¹; dall'altra quanti sostengono che fra le due azioni *ex stipulatu* vi era un concorso elettivo¹⁸² (cioè alternativo) o cumulativo¹⁸³. Ancora, fra questi ultimi autori alcuni giustificano una

¹⁸¹ F. K. SAVIGNY, *Le obbligazioni*, cit., vol. II, p. 277; B. SALPIUS, *Novation und Delegation nach römischem Recht. Ein civilistischer Versuch*, Berlino, 1864, p. 234 ss.; C. SALKOWSKY, *Zur Lehre von der Novation nach Römischem Recht. Ein Beitrag zum Römischen Obligationenrecht*, Leipzig, 1866, p. 196 ss.; M. PERGAMENT, *Konventionalstrafe und Interesse in ihrem Verhältnis zu einander*, cit., p. 14 ss.; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1901, p. 721 ss.; A. BERGER, *Die Strafklauseln in den Papyrusurkunden. Ein Beitrag zum gräko-ägyptischen Obligationenrecht*, Leipzig, Berlin, 1911, p. 80, nt. 5; A. HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, II, 1927, p. 67 ss.; M. TALAMANCA, *Ricerche in materie di 'compromissum'*, cit., p. 43 ss.; ID., v.s. 'Pena', cit., p. 715.

¹⁸² C. BERTOLINI, *Teoria generale della pena convenzionale secondo il diritto romano*, cit., p. 60 ss.; E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., vol. II, p. 144 ss.; P. VOCI, *Una quaestio di Papiniano in tema di stipulatio poenae: D. 45,1,115*, cit., p. 354 ss.; R. KNÜTEL, *'Stipulatio poenae'*, cit., p. 65 ss. p. 262 ss.; M. SCOGNAMIGLIO, *Ricerche sulla Stipulatio poenae*, cit., p. 149 ss.

¹⁸³ S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., vol. II, p. 175; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., p. 337.

diversità di regime attestato nelle fonti in virtù dell'evoluzione storica e giuridica dei mezzi processuali¹⁸⁴; altri, invece, fondano la loro opinione sulla manifestazione della volontà delle parti¹⁸⁵.

Un tale paragrafo risulterà ai fini prospettati essenziale, in quanto nel porre fine al problema del concorso delle due azioni reipersecutorie *ex stipulatu* il giurista Paolo elaborava il concetto di '*quasi novatio*'. Esso alludeva ad un meccanismo che poteva essere utilizzato – accanto a quello prettamente novatorio descritto sempre da Paolo, condividendo l'opinione di Alfeno, in D. 17.2.71.pr. (Paul. 3 *epit. Alf. dig.*) –, sebbene solamente per le stipulazioni a struttura duplice, costituite da due stipulazioni distinte, per risolvere il *vulnus* di tutela esecutiva delle obbligazioni di *facere*.

La fattispecie da esaminare è quella, dunque, di una stipulazione a struttura duplice, nella quale il debitore promittente fosse risultato inadempiente sia per l'obbligazione principale (derivante da *stipulatio*) che per la *poena*. L'esperibilità di entrambe le azioni *ex stipulatu* avrebbe cagionato conseguenze assai negative per il debitore, costretto sia al pagamento dell'*id quod interest* che al valore della *poena*. D'altronde, una tale duplice dazione monetaria avrebbe costituito un ingiusto vantaggio per il creditore, che avrebbe così raddoppiato la posta attiva del proprio credito.

Si aggiunga, inoltre, che ammettendosi il concorso delle due azioni *ex stipulatu* si sarebbe violato il divieto di cumulo oggettivo tra azioni reipersecutorie¹⁸⁶. Si è già visto al par. 11.1 come il cumulo soggettivo propriamente inteso fosse escluso, in quanto, sebbene l'azione potesse essere esercitata cumulativamente nei confronti di più debitori, essa non operava *in solidum* contro ciascuno di essi, ma esclusivamente *pro quota*.

¹⁸⁴ P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., p. 332, 337; R. KNÜTEL, '*Stipulatio poenae*', cit., p. 268 ss.; M. TALAMANCA, v.s. '*Pena*', cit., p. 715 ss.

¹⁸⁵ P. VOCI, *Una quaestio di Papiniano in tema di stipulatio poenae: D. 45.1.115*, cit., p. 357; M. SCOGNAMIGLIO, *Ricerche sulla Stipulatio poenae*, cit., p. 149 ss.

¹⁸⁶ M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 414 secondo il quale «la pena convenzionale [...] era perseguibile con l'*actio ex stipulatu*, che era reipersecutoria (non penale) e che restava tale anche se rivolta a perseguire una *poena*.» Infatti, indagando i caratteri dell'*actio ex stipulatu* per la penale si deve necessariamente concludere per la sua natura reipersecutoria. Dalle fonti, d'altronde, si coglie che essa fosse trasmissibile agli eredi: D. 19.1.47 (Paul. 6 *resp.*), D. 22.2.9 (Lab. 5 *pith. a Paul. epit.*), D. 45.1.4-pr.-1 (Paul. 12 *ad Sab.*), D. 45.1.5.3a.-4 (Pomp. 26 *ad Sab.*), D. 45.1.77 (Paul. 58 *ad ed.*), D. 45.1.121.3 (Pap. 11 *resp.*), D. 45.1.122.6 (Scaev. 28 *dig.*), D. 45.1.139 (Ven. 6 *stip.*). Essa, poi, non era soggettivamente cumulabile in senso proprio (si rinvia, sul punto, al cap. I, sez. II, par. 11.1). La nossalità era, infine, radicalmente esclusa, non trovandosi alcuna fonte giuridica sul punto che la ammettesse.

Pertanto, si poneva certamente la necessità di elaborare una soluzione a un tale concorso di azioni reipersecutorie *ex stipulatu*, la prima a tutela dell'obbligazione di *facere* presidiata dalla prima *stipulatio* e la seconda per il valore della *poena*¹⁸⁷.

Nel tentativo incessante della giurisprudenza romana di rivenire una soluzione, erano emerse nei secoli due ricostruzioni opposte, che – in ogni caso –, sebbene con ragionamenti e strumenti processuali diversi, concludevano per l'alternatività¹⁸⁸.

Nell'esporre la problematica del concorso di azioni *ex stipulatu*, seguirò l'ordine cronologico delle opinioni dei giuristi, mettendo in luce l'evoluzione delle soluzioni da essi proposte.

In particolare, la prima tesi, sostenuta da Labeone (e ripresa da Ulpiano in D. 44.4.4.7 (Ulp. 76 *ad ed.*) e da Giuliano in D. 45.3.1.6 (Iul. 52 *dig.*), riteneva che, al maturare dell'inadempimento, l'obbligazione originaria sarebbe stata *iure civili* valida, ma contestabile a mezzo di *exceptio doli*.

Diversamente, per Papiniano in D. 45.1.115.2 (Pap. 2 *quaest.*) e Paolo in D. 44.7.44.6 (Paul. 74 *ad ed. praet.*) era dovuta solo la *poena*, salvo che le parti non avessero deciso di optare per il regime di cumulabilità.

Il primo frammento da esaminare, seguendo l'ordine cronologico dell'opinione in esso espressa, è D. 44.4.4.7 (Ulp. 76 *ad ed.*), nel quale Ulpiano riferiva la soluzione di Labeone.

D. 44.4.4.7 (Ulp. 76 *ad ed.*): *Labeo ait, si de homine petitio secundum actorem fuerit iudicatum et iussu iudicis satisdatum sit hominem intra certum diem tradi, et, si traditus non fuisset, poenam stipulatus sit, petitorem, qui et hominem vindicat et poenam petit, exceptione esse repellendum: iniquum enim esse et hominem possidere et poenam exigere.*

Ulpiano riferiva l'opinione di Labeone in merito alla possibilità per l'attore–stipulante di agire sia per la *poena* che per la prestazione oggetto di obbligazione originaria. In particolare, l'attore agiva in

¹⁸⁷ Sia G. SACCONI, *Stipulatio poenae e quasi novatio*, cit., p. 345 ss., che M. SCOGNAMIGLIO, *Ricerche sulla Stipulatio poenae*, cit., p. 149, individuavano quale *ratio* giustificativa di un tale concorso la regola, contenuta in D. 45.1.140.pr. (Paul. 3 *ad Nerat.*), «*ut tot sunt stipulationes, quot res sint*». In realtà, questo assunto non convince, in quanto lo stesso Paolo in D. 44.7.44.6 (Paul. 74 *ad ed. praet.*) dimostrava che per l'ipotesi della stipulazione duplice fosse dovuta solamente la *poena* e, quindi, fosse possibile agire *ex stipulatu* solo per essa. In proposito, R. KNÜTEL, '*Stipulatio poenae*', cit., p. 78 ss., attribuiva a un tale principio affermato in D. 45.1.140.pr. (Paul. 3 *ad Ner.*) una portata assai più limitata: esso avrebbe trovato applicazione non nel contesto di stipulazioni duplici, ma di stipulazioni semplici collegate fra loro da un nesso condizionale.

¹⁸⁸ Sarebbe, in realtà, preferibile far riferimento a un 'concorso successivo' (secondo la definizione riportata da R. KNÜTEL, '*Stipulatio poenae*', cit., p. 262), in quando l'*actio ex stipulatu* per la *poena* era dovuta solamente al momento dell'inadempimento (che rendeva la stessa *poena* '*commissa*'). Prima di allora, invece, sarebbe stata dovuta solamente l'obbligazione originaria di *dare* o di *facere*.

rivendica per uno schiavo innanzi al giudice. Quest'ultimo emetteva sentenza favorevole e disponeva che il convenuto soccombente dovesse prestare una *satisfactio*, con la quale avrebbe dovuto garantire che, se non avesse consegnato lo schiavo, avrebbe dovuto pagare la *poena*. Al maturare dell'inadempimento, ove lo stipulante avesse deciso di agire sia per la restituzione dell'uomo che per la *poena*, la sua pretesa sarebbe stata paralizzata a mezzo di *exceptio*.

Il passo in questione è stato oggetto di esame in dottrina¹⁸⁹. In particolare, è stato rilevato come il «*vindicat*» fosse stato l'aggiunta di «uno studioso, il quale non si era reso conto del significato della fattispecie proposta da Ulpiano». Infatti, dalla lettura del testo parrebbe che lo stipulante non avesse richiesto il trasferimento dell'uomo, ma di agire nuovamente con la rivendica. In una tale ipotesi, allora, l'eccezione che avrebbe dovuto esperirsi sarebbe stata l'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* e non anche l'*exceptio doli*¹⁹⁰.

Accogliendo una tale ricostruzione e ammettendo l'alterazione del testo, allora lo stipulante avrebbe agito sia per lo schiavo in virtù della *cautio de restituendo* che per la *poena* sulla base della clausola penale.

Emerge, così, limpidamente un regime di astratta cumulabilità delle due azioni *ex stipulatu*. Tuttavia, Labeone prevedeva a favore del promittente, che fosse stato convenuto con la seconda *actio ex stipulatu*, la possibilità di difendersi avverso la seconda con l'*exceptio doli praesentis*, verosimilmente giustificata dalla violazione, da parte dell'attore, del divieto di cumulo tra due azioni reipersecutorie (*de eadem re*).

In altri termini, se l'obbligazione di restituzione dello schiavo era – anche dopo il suo inadempimento – ancora *iure civili* valida ed efficace, per motivi di equità il pretore concedeva al promittente di opporre l'*exceptio doli*.

¹⁸⁹ M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile*, in *Annali del Seminario Giuridico di Palermo*, XXIV, 1955, p. 164 ss.

¹⁹⁰ Diversamente, P. KRÜGER, *Processualische Consumtion und Rechtskraft des Erkenntnisses*, Leipzig, 1864, p. 119, nt. 23, propone un'interpretazione del testo che ne salva la logica interna. In particolare, secondo l'Autore, l'attore non possessore dello schiavo avrebbe agito contro il terzo possessore con una seconda *rei vindicatio* (non paralizzabile a mezzo di *exceptio rei iudicatae*). Contestualmente l'*actio ex stipulatu* per la pena esperita contro il primo convenuto sarebbe stata bloccata da un'*exceptio doli*. Secondo M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale*, cit., I, p. 224, nt. 42, una tale tesi risulta essere inverificabile, sebbene logicamente corretta. Essa, infatti, presupporrebbe dei dati che risultano del tutto omessi nell'attuale stesura del testo, tutti collegati con la presenza di un terzo possessore mai nominato in Ulp. 76 *ad ed.* D. 44.4.4.7 (Ulp. 76 *ad ed.*).

Allora, da un'astratta cumulabilità delle due azioni si giungeva, per mezzo dell'*exceptio doli*, a un sistema di alternatività 'pretoria'.

Analoga soluzione la si rinviene in:

D. 45.3.1.6 (Iul. 52 *dig.*): *Cum servus communis Titii et Maevii stipulatur in hunc modum: "decem kalendis Titio dare spondes? si decem kalendis Titio non dederis, tunc Maevio viginti dare spondes?" duae stipulationes esse videntur, sed si kalendis decem data non fuerint, uterque dominus ex stipulatu agere poterit, sed in secunda obligatione Maevio commissa Titius exceptione doli summovebitur.*

L'ipotesi è quella nella quale lo schiavo comune a Tizio e a Mevio avesse stipulato la prima obbligazione a favore di Tizio e la penale a favore di Mevio. Pertanto, qualora il promittente fosse stato inadempiente nei confronti di Tizio, avrebbe dovuto corrispondere la penale a Mevio.

Quel che interessa rilevare è che, poiché «*duae stipulationes esse videntur*», sia Tizio che Mevio potevano agire in giudizio *ex stipulatu*, chiedendo cumulativamente dieci (oggetto dell'obbligazione originaria) e venti a titolo di *poena*.

Tuttavia, analogamente a quanto previsto in D. 44.4.4.7 (Ulp. 76 *ad ed.*), qualora Mevio avesse agito in giudizio *ex stipulatu* per la penale, una eventuale azione di Tizio sarebbe stata paralizzata a mezzo di *exceptio doli*.

La soluzione è pressoché identica alla precedente: un cumulo, solo teoricamente possibile, veniva in concreto impedito a mezzo dei rimedi pretori.

13.5. Confronto delle risultanze in materia di cumulo di *actiones ex stipulatu* con D. 45.1.115.2 (Pap. 2 *quaest.*) e D. 44.7.44.6 (Paul. 74 *ad ed. praet.*).

Quanto detto risulta, però, in contrasto – a dimostrazione del dibattito vigente fra i giuristi in materia di cumulabilità o alternatività delle due *actiones ex stipulatu* – con D. 45.1.115.2 (Pap. 2 *quaest.*) e D. 44.7.44.6 (Paul. 74 *ad ed. praet.*), che mi accingo ad esaminare:

D. 45.1.115.2 (Pap. 2 *quaest.*): *Item si quis ita stipuletur: "si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?" Pegasus respondit non ante committi stipulationem, quam desisset posse Pamphilus dari. Sabinus autem existimabat ex sententia contrahentium, postquam homo potuit dari, confestim agendum (est) et tamdiu ex stipulatione non posse agi,*

quamdiu per promissorem non stetit, quo minus hominem daret, idque defendebat exemplo penus legatae. Mucius etenim heredem, si dare potuisset penum nec dedisset, confestim in pecuniam legatam teneri scripsit, idque utilitatis causa receptum est ob defuncti voluntatem et ipsius rei naturam. Itaque potest Sabini sententia recipi, si stipulatio non a condicione coepit, veluti "si Pamphilum non dederis, tantum dare spondes?", sed ita concepta sit stipulatio: "Pamphilum dari spondes? si non dederis, tantum dari spondes?" quod sine dubio verum erit, cum id actum probatur, ut, si homo datus non fuerit, et homo et pecunia debeatur. Sed et si ita cautum sit, ut sola pecunia non soluto homine debeatur, idem defendendum erit, quoniam fuisse voluntas probatur, ut homo solvatur aut pecunia petatur.

Il passo in questione è stato oggetto di esame della dottrina specialmente con riferimento al tempo di efficacia della *stipulatio*. Tuttavia, questa non risulta la sede opportuna per una tale indagine; pertanto, rinvio alla letteratura specialistica sull'argomento¹⁹¹.

Quel che, invece, mi interessa evidenziare è la sola opinione di Masurio Sabino, secondo il quale la *stipulatio* era 'commissa' – secondo la *sententia contrahentium* – già al momento in cui sorgeva la possibilità dell'adempimento, purché l'inadempimento fosse imputabile al promittente.

Tale tesi veniva, allora, condivisa e ripresa anche da Papiniano con riferimento solamente alla *stipulatio* a struttura duplice («*Pamphilum dari spondes? si non dederis, tantum dari spondes?*»). Nelle righe successive, poi, Papiniano offriva una sua soluzione al quesito della prospettata cumulabilità o alternatività delle azioni *ex stipulatu*.

Si legge, in particolare, che nel contesto delle stipulazioni a struttura duplice erano dovuti sia lo schiavo (oggetto della obbligazione originaria) che la *poena* solo se ciò era previsto dalla concorde volontà delle parti¹⁹². Infatti, la perifrastica passiva «*id actum probatur*» allude all'intento delle parti di rendere dovuta non solo la *poena* ma anche la dazione dello schiavo.

¹⁹¹ P. VOCI, *Una quaestio di Papiniano in tema di stipulatio poenae: D.45,1,115*, cit., p. 345 ss.; ID., *La responsabilità del debitore da stipulatio poenae*, cit., p. 365; R. KNÜTEL, *Stipulatio poenae*, cit., p. 120 ss.; G. SACCONI, *Stipulatio poenae e quasi novatio*, cit., p. 345 ss.; ID., *Ricerche sulla stipulatio*, cit., p. 58; A. SICARI, *Pena convenzionale e responsabilità*, cit., p. 31 ss.; M. SCOGNAMIGLIO, *Ricerche sulla stipulatio poenae*, cit., p. 46 ss.

¹⁹² Analogamente, un esempio di stipulazione penale in cui si prometteva sia il risarcimento dell'interesse sia, cumulativamente, ove previsto dalla volontà concorde delle parti, una somma a titolo di pena è offerto da un documento del II-III sec. d.C., la *donatio Syntrophii* (*Fontes iuris romani antejustiniani*, III, Forentiae, 1940, p. 298): «*Si adversus ea factum erit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari, et amplius poenae nomine sestertium L milia nummum stipulatus est T. Flavius Syntrophus, spopondit T. Flavius Aithales libertus*». Sull'esame approfondito di un tale documento si rinvia specialmente a R. KNÜTEL, *Stipulatio poenae*, cit., p. 281 ss.

La frase, d'altronde, potrebbe essere traducibile nei seguenti termini: 'ciò sarà senza dubbio valido, in quanto si dimostra che l'accordo era inteso a prevedere che, qualora il servo non fosse stato consegnato, dovessero essere dovuti sia il servo che la somma di denaro.'

Se si ricollega il frammento in questione alla risultanza in materia di *animus novandi* e di *idem debitum* cui si è giunti con riferimento a D. 17.2.71.pr. (Paul. 3 *epit. Alf. dig.*), si può ritenere che – nel caso specifico – in mancanza di *idem debitum*, in quanto ad una obbligazione di consegna ne seguiva una prettamente pecuniaria, sebbene corrispondente per valore, solamente la presenza dell'*animus novandi* avrebbe potuto legittimare gli effetti della novazione.

Nel caso specifico, tuttavia, le parti del negozio non concordavano, come invece in D. 17.2.71.pr. (Paul. 3 *epit. Alf. dig.*), nella produzione degli effetti novatori, opponendosi ad essi e preferendo la debenza contestuale sia dello schiavo che della somma di denaro¹⁹³.

Se si assimila il caso esaminato da Papiniano al meccanismo della *quasi novatio* teorizzata da Paolo in D. 44.7.44.6. (Paul. 74 *ad ed.*) – analizzata nel paragrafo precedente con riguardo al suo rapporto con D. 17.2.71.pr. (Paul. 3 *epit. Alf. dig.*) – la conclusione secondo cui le due azioni potessero cumularsi, laddove ciò corrispondesse alla volontà delle parti, risulta perfettamente in linea con la struttura classica della novazione. In tale contesto, infatti, la volontà novativa delle parti era oggetto di una presunzione. Allora, la volontà delle parti avrebbe costituito soltanto il 'requisito negativo' affinché non si producesse la novazione.

¹⁹³ L'ultima parte del passo «*Sed et si ita cautum sit, ut sola pecunia non soluto homine debeatur, idem defendendum erit, quoniam fuisse voluntas probatur, ut homo solvatur aut pecunia petatur*» è, invece, stato oggetto di ampia analisi della dottrina. Da una parte coloro che ritengono che la chiusa del frammento faccia riferimento a una *stipulatio* a struttura semplice e, dall'altra, coloro che sostengono la natura duplice della *stipulatio*, senza però che le parti avessero previsto il cumulo delle due *actiones ex stipulatu*. Con riguardo alla prima ipotesi, merita attenzione l'opinione di A. SICARI, *Pena convenzionale e responsabilità*, cit., p. 109 ss., secondo la quale il passo sarebbe stato annotato dallo stesso Paolo o – secondo una tesi più plausibile – da un tardo commentatore che avrebbe annotato Papiniano attraverso l'*interpretatio* fornita da Paolo. Altri Autori (C. BERTOLINI, *Teoria generale della pena convenzionale secondo il diritto romano*, cit., p. 30 s., 61 ss.; G. GANDOLFI, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, Milano, 1966, p. 125; E. NARDI, *Radiografia dell'"aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare"*, in *BIDR*, LXXIII, 1970, p. 68, nt. 28; R. KNÜTEL, *Stipulatio poenae*, cit., p. 284 ss.), poi, hanno ammesso la natura duplice dell'ipotesi riportata, sebbene alcuni di essi ne abbiano escluso la genuinità, ritenendo il frammento interpolato (H. SIBER, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*, cit., II, p. 263; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., II, 175, nt. 2; E. RABEL, *Grundzüge des römischen Privatrechts*, Darmstadt, 1955, p. 153, nt. 1; G. BESELER, *Confestim – Continuo*, in *ZSS*, LI, 1951, p. 195; P. Jörs – W. KUNKEL, *Römisches Privatrecht*, cit., p. 181, nt. 4; E. BETTI, *Appunti di teoria dell'obbligazione in diritto romano*, cit., p. 164; M. TALAMANCA, *Ricerche in materia di 'compromissum'*, cit., p. 61, nt. 54). Infine, P. VOCI, *Una 'quaestio' di Papiniano in tema di stipulatio poenae*, cit., p. 367 ss., ha ritenuto che la parte finale del passo costituisse una sintesi del pensiero originale di Papiniano: la teoria sabiniana sarebbe valsa solamente per le *stipulationes* a struttura duplice. Quindi, le parti avrebbero potuto accordarsi affinché il debitore rispondesse sia in solido, sia alternativamente per lo schiavo o per la penale. In tal senso, anche M. SCOGNAMIGLIO, *Ricerche sulla stipulatio poenae*, cit., p. 54.

Come evidenziato dalla dottrina¹⁹⁴, infatti, in età classica l'*animus novandi* non costituiva ancora un requisito fondante la novazione, bensì un criterio interpretativo impiegato nei casi dubbi, cioè quando la volontà delle parti di realizzare la '*transfusio et translatio*' dell'obbligazione originaria in una nuova, di natura esclusivamente pecuniaria, potesse apparire incerta.

Si assisteva, pertanto, rispetto all'opinione espressa da Labeone e Giuliano, a una evoluzione – soprattutto durante l'età dei Severi¹⁹⁵ – del parere dei giuristi: la strategia processuale per evitare il cumulo delle due *actiones ex stipulatu* non sarebbe più stata l'invalidità pretoria a mezzo di *exceptio doli*, ma il ricorso al meccanismo della *quasi novatio* teorizzato da Paolo.

Un tale meccanismo processuale, come accennato¹⁹⁶, veniva descritto da Paolo in D. 44.7.44.6 (Paul. 74 *ad ed.*). Questo frammento è stato già esaminato nel paragrafo precedente, quando ho trattato della struttura novativa presente in D. 17.2.71.pr. (Paul. 3 *epit. Alf. dig.*). In questa sede, però, lo riprendo in considerazione in quanto costituisce un chiaro e limpido esempio di 'concorso successivo' di azioni *ex stipulatu* nell'ipotesi di *stipulatio poenae* annessa ad altra *stipulatio*.

D. 44.7.44.6 (Paul. 74 *ad ed.*): *Sed si navem fieri stipulatus sum et, si non feceris, centum, videndum, utrum duae stipulationes sint, pura et condicionalis, et existens sequentis condicio non tollat priorem? An vero transferat in se et quasi novatio prioris fiat? Quod magis verum est.*

Il giurista esaminava l'ipotesi di una stipulazione duplice alla costruzione di una nave che, se inadempita, avrebbe reso '*commissa*' la *poena* per un valore di cento. La doppia stipulazione doveva

¹⁹⁴ Si concorda, in particolare, con la tesi di P. LAMBRINI, *La novazione. Pensiero classico e disciplina giustiniana*, cit., p. 31, p. 33 ss. In maniera simile anche P. VOCI, *Per la storia della novazione*, in *BIDR*, LXVIII, 1965, p. 192: «... l'*animus* non è un elemento interiore che possa essere in contrasto col significato oggettivo di una dichiarazione o di una manifestazione tacita: esso serve a qualificare e integrare una situazione esteriore di cui in astratto siano possibili varie interpretazioni»; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 2001, p. 816: «l'intenzione di novare [...] era vista [...] dal diritto classico *in re ipsa*, nel modo tipico del loro comportamento: se me poteva discutere solo in casi dubbi, scaturenti cioè da comportamenti equivoci».

¹⁹⁵ P. FREZZA, *Clausola penale*, cit., p. 356: «La giurisprudenza romana cercò, fin dalla fine dell'età repubblicana (Labeone, D. 44.4.4.7) di eliminare il cumulo delle obbligazioni là dove questo appariva in contrasto con l'intento conseguito dai soggetti del negozio; questa costante ricerca aveva condotto, all'età dei Severi (Paolo D. 44.7.44.6) all'affermazione del principio della *quasi novatio*, come principio normale del regolamento dei rapporti fra le due obbligazioni. È l'età che sta fra Papiniano e Paolo (il secondo fu, come è noto, scolaro del primo) quella cui appartiene la definitiva concezione della pena come obbligazione sussidiaria (cioè che si pone quale alternativa rispetto alla prestazione principale inadempita nella stipulatio duplice) e rafforzatrice di una obbligazione (nel caso di clausola penale propria) o generatrice della (indiretta) coercibilità di un comportamento (nel caso di clausola penale propria)».

¹⁹⁶ Si rinvia, in proposito, al par. 13.3.1 di questo capitolo, p. 126 ss.

assumere una struttura del genere: ‘Prometti che costruirai la nave? Prometti che, se non costruirai la nave, pagherai cento a titolo di penale? Prometto’.

Pertanto, Paolo si domandava quale fosse la sorte della stipulazione: erano dovute entrambe le obbligazioni (perché la seconda, affiancandosi alla prima, non l’avrebbe sostituita) o solamente la seconda per il valore della *poena*?

Secondo Paolo, la soluzione corretta sarebbe stata la seconda: l’obbligazione per la penale si sarebbe sostituita alla prima, come se ad essa si fosse ‘quasi novata’. Allora, l’obbligazione di *facere* si sarebbe estinta e al suo posto sarebbe sorta l’obbligazione al pagamento di una somma di denaro predeterminata.

Nel rispondere a un tale interrogativo, il giurista scriveva: «*quod magis verum est*», a dimostrazione dell’esistenza di un contrasto interpretativo dei giuristi romani sul punto, che egli intendeva superare.

Dunque, certamente doveva escludersi la cumulabilità delle due azioni, salvo che – come desunto da D. 45.1.115.2 (Pap. 2 *quaest.*) – non emergesse la concorde volontà delle parti in tal senso.

Difatti, in età classica vi era una presunzione circa la sussistenza dell’*animus novandi*, superata solamente da Giustiniano¹⁹⁷ che richiese, ai fini della produzione degli effetti novatori, che le parti esplicitassero la loro intenzione di novare il negozio.

Pertanto, in assenza di diversa volontà delle parti, doveva certamente concludersi in età classica per la sussistenza dell’intenzione alla produzione degli effetti della sola *stipulatio poenae*, che avrebbe quasi novato la seconda, permettendo un regime di concorso successivo fra le due azioni *ex stipulatu*.

¹⁹⁷ C. 8.41.8 (a. 530): *Imperator Justinianus. Novationum nocentia corrigentes volumina et veteris iuris ambiguitates resecantes sancimus, si quis vel aliam personam adhibuerit vel mutaverit vel pignus acceperit vel quantitatem augendam vel minuendam esse crediderit vel condicionem seu tempus addiderit vel detraxerit vel cautionem iuniorem acceperit vel aliquid fecerit, ex quo veteris iuris conditores introducebant novationes, nihil penitus priori cautelarum innovari, sed anteriora stare et posteriora incrementum illis accedere, nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem et hoc expresserint, quod secundum magis pro anterioribus elegerint. 1. Et generaliter definimus voluntate solum esse, non lege novandum, etsi non verbis exprimatur, ut sine novatione, quod solito vocabulo anobateutws dicunt, causa procedat: hoc enim naturalibus inesse rebus volumus et non verbis extrinsecus supervenire». Analogamente, I. 3.29.3a: «Ideo nostra processit constitutio, quae apertissime definivit, tunc solum fieri novationem, quotiens hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit quod propter novationem prioris obligationis convenerunt; alioquin manere et pristinam obligationem et secundum ei accedere, ut maneat ex utraque causa obligatio secundum nostrae constitutionis definitiones, quas licet ex ipsius lectione apertius cognoscere.*

Allora, concordemente a quanto espresso da Papiniano in D. 45.1.115.2 (Pap. 2 *quaest.*), ritengo che la regola fosse quella della debenza della sola *poena*, in virtù del meccanismo quasi novatorio, salvo che le parti avessero deciso diversamente.

Il meccanismo quasi novatorio, quindi, rappresentava un utile strumento volto a illustrare in via analogica¹⁹⁸ il meccanismo traslativo tipico delle stipulazioni penali a struttura duplice, nelle quali ad una *stipulatio* pura e semplice era annessa una *stipulatio poenae*. Infatti, come più volte affermato, al momento dell'inadempimento, la *stipulatio* diveniva '*commissa*' e l'obbligazione originaria al *facere* o al *dare* si traslava in una al pagamento di una somma di denaro.

In altri termini, secondo me, Paolo non voleva in alcun modo affermare che si trattasse di una vera e propria novazione, mancando evidentemente il requisito dell'*aliquid novi* [presente invece in D. 17.2.71.pr. (Paul. 3 *epit. Alf. dig.*)], ma semplicemente mostrare in maniera efficace ed incisiva come si verificasse la '*translatio*' dell'originaria obbligazione in una al pagamento di una somma di denaro, talché solamente la *poena* risultasse dovuta e si evitasse il cumulo delle due azioni.

D'altronde, è evidente come nell'ipotesi di specie, quella cioè contemplata in D. 44.7.44.6 (Paul. 74 *ad ed.*), non si assistesse a un mutamento della *causa obligationis*. Infatti, la parte promittente si sarebbe dapprima vincolata con la *stipulatio* alla costruzione di una nave e successivamente, con un'altra *stipulatio* al pagamento della *poena*. In altre parole, da una *causa obligationis* stipulatoria si passava a un'altra *causa obligationis* stipulatoria, non potendo così emergere il requisito dell'*aliquid novi*.

¹⁹⁸ Circa l'impronta stilistica di Paolo, G. COSSA, *Per uno studio dei libri singulares. Il caso di Paolo*, Milano, 2018, p. 440 ss. Dalla lettura di D. 44.7.44.6 emerge chiaramente come la *regula iuris* descritta da Paolo rispecchi perfettamente il suo stile, ove i «suoi *fragmenta* appaiano asciutti e essenziali; non si dilungano in analisi casistiche ma individuano il puntuale precetto e lo esprimono in forma netta». Difatti, «l'enunciato è [...] decisamente stringato e, nel complesso, piuttosto lineare: tutti i testi delineano in termini assai comprensibili (e per lo più univoci) il caso di riferimento, o comunque lo lasciano agevolmente ricostruire». D'altronde, la *regula iuris* «deve essere costruita in modo tale da poter trasmettere con piena evidenza il proprio contenuto prescrittivo, sia sotto il profilo lessicale, sia con riguardo alla corrispondenza al principio giuridico vincolato». Con riferimento, invece, allo stile di Paolo all'interno del suo commentario *ad edictum*, G. LUCCHETTI, A.L. DE PETRIS, F. MATTIOLI, I. PONTORIERO, *Iulius Paulus ad edictum libri I-III*, in *Scriptores iuris Romani*, 2018, p. 39, nt. 6: «anche in un'opera di carattere "enciclopedico" come il commentario all'editto, Paolo non si limita alla semplice esposizione del tema (e comunque mai la mutua dagli autori che lo avevano preceduto), ma esamina criticamente i materiali, riducendo i problemi all'essenziale senza abusare delle citazioni che [...] misura, ma non evita».

Diversamente, ritengo di non condividere le conclusioni alle quali sono pervenuti alcuni studiosi¹⁹⁹, secondo i quali sia in D. 17.2.71.pr. (Paul. 3 *epit. Alf. dig.*) sia in D. 44.7.44.6 (Paul. 74 *ad ed.*) si riscontrasse la mancanza di un *idem debitum*.

Infatti, a mio parere, il requisito dell'*idem debitum* era presente in entrambi i casi. Per constatare una tale opinione, ritengo che occorra adottare la stessa soluzione proposta dalla dottrina con riferimento alla *stipulatio Aquiliana*²⁰⁰: l'*idem debitum* poteva anche esaurirsi nel mero equivalente pecuniario dell'obbligazione e non, solo e necessariamente, nell'*id quod debetur*.

Allora, il requisito che nella *stipulatio poenae* annessa ad altra *stipulatio* certamente difettava era l'*aliquid novi*²⁰¹, essenziale perché si verificasse la novazione. Per tale motivo, Paolo in D. 44.7.44.6 (Paul. 74 *ad ed.*) non poteva riferirsi – come invece in D. 17.2.71.pr. (Paul. 3 *epit. Alf. dig.*) – a una novazione vera e propria, ma a un meccanismo processuale che ne producesse effetti analoghi. Difatti, non vi sono dubbi che una tale *quasi novatio* producesse gli effetti traslativi previsti in:

D. 46.2.1.pr. (Ulp. 46 *ad Sab.*): *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio, hoc est cum ex praecedenti causa ita nova constituitur, ut prior perematur. Novatio enim a novo nomen accepit et a nova obligatione.*

È evidente, infatti, che con la *quasi novatio* descritta da Paolo in D. 44.7.44.6 (Paul. 74 *ad ed.*) si assistesse alla *translatio* della prima obbligazione di *facere* (cioè costruire la nave) in una diversa obbligazione per il pagamento della somma di denaro, cosicché si potesse agire *ex stipulatu* solamente per il valore della *poena*.

Di conseguenza, poiché il meccanismo quasi novatorio – a mio parere – rifletteva pienamente la logica stipulatoria propria del procedimento formulare e poiché Paolo era perfettamente consapevole

¹⁹⁹ Per l'analisi della dottrina richiamata, *supra*, nt. 171.

²⁰⁰ Si rinvia par. 12.3 di questo capitolo e, in particolare, alla nt. 178.

²⁰¹ Ammettendo, allora, che la stipulazione in assenza di *aliquid novi* determinasse effetti quasi novatori (piuttosto che novatori) potrebbe dubitarsi dell'effettiva sussistenza di una novazione nel contesto della *stipulatio Aquiliana*, ove alla stessa venisse annessa una clausola penale. In realtà, ritengo che in una ipotesi siffatta si generasse comunque una novazione, in quanto 'solet' prevedere accanto alla *stipulatio Aquiliana* un patto transattivo, che introduceva una causa esterna e transattiva [specialmente D. 2.15.15 (Paul 1 *sent.*) che dal confronto con Paul. Sent. 1.1.3 (*Fontes iuris romani antejustiniani*, II, Forentiae, 1940, p. 323), non risulta essere interpolato; ma anche C. 2.4.3 (a. 243), C. 2.4.40 (a. 381)]. In altri termini, si sarebbe assistito alla *translatio* di una prima obbligazione avente causa transattiva a una seconda obbligazione con causa risiedente nella stipulazione penale. Pertanto, il requisito dell'*aliquid novi* veniva rispettato. Il problema, invece, non si poneva quando a una *stipulatio Aquiliana* seguiva una successiva *stipulatio Aquiliana*, in quanto le due stipulazioni sarebbero state fra loro autonome e indipendenti, non integrando una fattispecie di *stipulatio* a struttura duplice.

che, rispetto a D. 17.2.71.pr. (Paul. 3 *epit. Alf. dig.*), mancasse il requisito dell'*aliquid novi* necessario per configurare una vera e propria novazione vanno respinte tutte le teorie interpolazionistiche avanzate nel corso degli anni²⁰². Infatti, il passo deve ritenersi, a mio avviso, genuino e ascrivibile alla mano di un giurista classico²⁰³. Pertanto, può certamente concludersi nel senso che – con riferimento al problema del concorso delle due azioni *ex stipulatu* – la regola (almeno quella individuata da Paolo allo scopo di risolvere il dibattito fra i giuristi romani sul punto) fosse quella del

²⁰² C. BERTOLINI, *Teoria generale della pena convenzionale secondo il diritto romano*, cit., p. 67; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, Firenze, 1908, p. 138 nt. 2, secondo il quale «interpolata è anche l. 44, § 6, D. 44, 7, da cui parrebbe che nel caso di stipulazioni concatenate, mancando il debitore di eseguire la prima, questa si novasse nella seconda, per la quale sola si potrebbe agire [...] Sono i compilatori che adattano al diritto postclassico la sentenza parlando a sproposito di *quasi novatio* per adattare al caso principi della *translatio legati* che valevano per un legato di *penus* con annessa una penale»; A. MARCHI, *Le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, in *Bullettino dell'istituto di diritto romano*, XXI, 1909, p. 93, secondo cui «naturalmente Paolo parlava di vera e propria novazione; i compilatori, ai quali sono anche da attribuire tutte le mende logiche e grammaticali che il testo presenta, hanno ad essa sostituito la *quasi novatio*. Ma a costoro, se può muoversi il rimprovero di aver conosciuto male il latino, non può muoversi in verità anche quello di aver interpolato senza fondato motivo questo testo di Paolo. Per giungere, secondo i principi della *novatio* giustiniana, alla stessa conclusione, cui giungeva Paolo, di limitare il diritto del creditore alla sola *poena*, sarebbe stato necessario che l'*animus novandi* fosse risultato, se non espressamente, almeno in modo sicuro dalla stipulazione stessa e ciò non si verificava nel caso in esame, perché questa doppia *stipulatio*, in sé considerata, poteva interpretarsi tanto nel senso che la *poena* dovesse tener luogo della prestazione dell'interesse dovuto in forza della prima stipulazione, quanto nel senso che queste fossero cumulativamente dovute insieme con la *poena*. Se i bizantini avessero conservato inalterato il testo, avrebbero ammesso, contrariamente alle nuove norme dettate dallo stesso Giustiniano su questa materia, che nella doppia stipulazione della pena si avesse una *novatio*, in cui è, sia pure *iuris tantum*, presunto l'*animus novandi*. Per rimuovere tale difficoltà, i compilatori hanno sostituito alla *novatio* questa *quasi novatio*, la quale, se non ha senso per il diritto classico, s'accorda però egregiamente con i principi del diritto giustiniano, perché sta appunto a significare che, pur non avendosi una vera novazione, si hanno effetti giuridici ad essa simili»; G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, II, 1911, p. 56 ss.; E.H. KADEN, *Ein Betrag zur Lehre der bedingten Novation*, in *ZSS*, XLIV, 1924, p. 164 ss.; G. SEGRÈ, *Obligatio obligare obligari nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, III, 1930, p. 616, secondo il quale nella sua formulazione originale il passo avrebbe dovuto far riferimento a un regime di cumulabilità fra le *actiones ex stipulatu*, paralizzata in via pretoria dalle eccezioni. Successivamente, sarebbe stato modificato dai compilatori di Giustiniano per affermare il regime di alternatività dei rimedi posti a base dell'obbligazione; E. BETTI, *Appunti di teoria dell'obbligazione*, cit., p. 165: «Il giurista conclude che la *stipulatio poenae* assorbe e trasferisce in sé anche quella principale; è invece indubbiamente bizantina l'affermazione '*quasi novatio prioris fiat*', non potendo un classico qualificare come novazione l'eventuale assorbimento di una *stipulatio* nell'altra, dato che manca l' *idem debitum*, l'identità dell'oggetto, requisito essenziale della novazione classica, che in tanto poteva estinguere il rapporto precedente in quanto ne avesse soppresso l'oggetto, assorbendolo. Qui, invece, non esiste affatto una novazione; trattandosi solo del nesso fra due obbligazioni, una delle quali è preliminare rispetto all'altra: ed il nesso è in ciò, che la previsione della seconda stipulazione si verifica nel momento in cui si abbia il mancato adempimento della promessa principale, mancato adempimento che funge da condizione relativamente alla seconda *stipulatio*»; M. KASER, *Die Stipulationsklausel ' quanti ea res erit '*, in *ZSS*, 90, 1973, pp. 209-210.

²⁰³ M. PERGAMENT, *Konventionalstrafe und Interesse*, cit., p. 14-18; E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, II, cit., p. 142 ss., sebbene in seguito abbia optato per una tesi interpolazionistica; R. KNÜTEL, *Stipulatio poenae*, cit., p. 265 ss.; G. SACCONI, *Stipulatio poenae e quasi novatio in D. 44.7.44*, cit., p. 53 ss.; P. VOCI, *Una quaestio di Papiniano in tema di stipulatio poenae*, p. 147 ss.; A. SICARI, *Pena convenzionale e responsabilità*, cit., p. 96; M. SCOGNAMIGLIO, *Ricerche sulla stipulatio poenae*, cit., p. 157 ss.

concorso successivo e, cioè, della possibilità di esperire solamente l'*actio ex stipulatu* per la *poena*, in quanto la seconda obbligazione 'quasi novava' la prima.

14. Riflessioni finali in materia di stipulazione novatoria.

Dopo aver analizzato i passi relativi al rapporto, sia cumulativo che alternativo (o di concorso successivo), tra le azioni a tutela del rapporto principale e della stipulazione, è opportuno ora sintetizzare brevemente – a fini esplicativi – i risultati dell'indagine svolta.

Infatti, solamente ribadendo la modalità di funzionamento del meccanismo novatorio e quasi novatorio nel contesto delle stipulazioni penali sarà possibile coglierne l'utilità nel procedimento per *cognitiones extra ordinem*, innanzi al *vulnus* di tutela esecutiva prospettato.

Come esposto nella scorsa sezione di un questo capitolo, a causa dell'impossibilità di esecuzione in forma specifica di una obbligazione di *facere*, occorre necessariamente individuare un utile strumento deflattivo e coercitivo che riuscisse, seppur in via indiretta, a soddisfare le pretese creditorie.

Un siffatto strumento è, secondo me, individuabile nella stipulazione a struttura duplice che – per il tramite del meccanismo novatorio (o quasi novatorio) – determinava la '*translatio*' dell'originaria obbligazione di *facere* in una al pagamento di una somma di denaro. Quest'ultima obbligazione, allora, poteva sia essere oggetto di condanna pecuniaria successivamente all'esperimento dell'*actio ex stipulatu* che, qualora il debitore risultasse inadempiente anche al *dictum* giudiziale, di esecuzione a mezzo di *pignus in causa iudicati captum*.

La *novatio* e la *quasi novatio*, esaminate nei passi del Digesto con riferimento al concorso di azioni nel procedimento formulare, rispecchiano esattamente una tale logica.

Infatti, in D. 17.2.71.pr. (Paul. 3 *epit. Alf. dig.*), alla presenza dell'*aliquid novi* e dell'*idem debitum*, si verificava una vera e propria novazione, cosicché la prima obbligazione derivante dal contratto consensuale si estingueva e al suo posto, al maturare della condizione sospensiva negativa consistente nell'inadempimento, sorgeva l'obbligazione al pagamento della *poena*.

Un discorso parzialmente diverso si applica invece a D. 44.7.44.6 (Paul. 74 *ad ed.*), dove, in assenza di un *aliquid novi*, Paolo non poteva propriamente qualificare la situazione come una novazione e, per questo motivo, ricorreva all'espressione *quasi novatio*, per descrivere un meccanismo nella sostanza novatorio, ma non riconducibile alla novazione per l'assenza del requisito dell'*aliquid novi*.

Tuttavia, è innegabile che in entrambe le fattispecie l'intento del giurista fosse quello di descrivere la '*transfusio atque translatio*', così come definita da Ulpiano in D. 46.2.1 (Ulp. 46 *ad Sab.*), dell'originaria obbligazione in una al pagamento di una somma di denaro.

Similmente avveniva, inoltre, – come anticipato – nel contesto delle stipulazioni Aquiliane, nelle quali si assisteva alla conversione di tutte le obbligazioni presenti e future in una obbligazione al pagamento di una somma di denaro, in modo da poterla estinguere con una semplice *acceptilatio*.

Come già evidenziato, così come all'interno della *stipulatio Aquiliana* non si poneva un problema di *idem debitum*, ritengo che tale questione non potesse emergere nemmeno nel contesto delle stipulazioni penali a struttura duplice. Infatti, sebbene in queste ultime sussistesse una condizione di efficacia della *stipulatio* e fosse predeterminato il valore dell'inadempimento, è innegabile che esse assumessero la medesima forza novativa della *stipulatio Aquiliana*. In entrambe, infatti, si assisteva alla *translatio* di una (o più) obbligazioni in una al pagamento di una somma di denaro.

Così poteva avvenire, poi, secondo me, nel contesto del diritto post classico, ove – al fine di risolvere il *vulnus* di tutela esecutiva delle obbligazioni di *facere* – una stipulazione al pagamento di una somma di denaro poteva essere annessa a un precedente contratto consensuale o a una precedente stipulazione, dalla quale sarebbe derivata – in virtù della *novatio* o della *quasi novatio* successivamente all'inadempimento – una obbligazione pecuniaria.

Veniva conclusa, in altri termini, una stipulazione a struttura duplice, che a seconda della natura della prima *causa obligationis*, poteva dare origine a un fenomeno novatorio o quasi novatorio. Pertanto, le obbligazioni di *facere* inadempite venivano '*translatae*' in obbligazioni al pagamento di una somma di denaro. Anche in queste stipulazioni, allora, perché si configurasse l'*idem debitum* era sufficiente che l'obbligazione originariamente assunta avesse avuto il medesimo valore patrimoniale della seconda²⁰⁴.

In definitiva, affinché si potesse parlare di *idem debitum*, non era necessario che la nuova obbligazione coincidesse esattamente, per contenuto, con quella originaria. Era sufficiente che entrambe avessero lo stesso valore patrimoniale. In tal modo, anche un'obbligazione pecuniaria nata da una *stipulatio* penale, pur avendo forma e oggetto diversi, poteva considerarsi equivalente alla precedente sotto il profilo giuridico e patrimoniale.

²⁰⁴ Ciò secondo me valeva nel contesto del procedimento per *cognitionem extra ordinem* solamente con riferimento alla novazione di una obbligazione di *facere*, in quanto in essa – in modo simile a quanto avveniva nel procedimento formulare (sul punto, si rinvia alla nt. 178) – non vi sarebbe stata una condanna in forma specifica, ma solamente (laddove fosse stata prevista la *stipulatio*) al pagamento di una somma di denaro. Pertanto, ai fini novativi sarebbe stato sostanzialmente indifferente che la prima obbligazione avesse avuto per oggetto una prestazione di *facere* e la seconda una somma di denaro, in quanto il processo, limitatamente alle obbligazioni di non *facere*, era improntato a un criterio di equivalenza economica tra la prestazione originaria e la condanna.

Per essere ancora più esaustiva e nel tentativo di esplicitare con maggiore chiarezza il mio ragionamento, nella *stipulatio Aquiliana* non si poneva un problema di *idem debitum* in senso stretto, poiché l'oggetto della nuova obbligazione consisteva nel pagamento di una somma di denaro che sostituiva una o più obbligazioni preesistenti, anche eterogenee tra loro. Ciò che rilevava non era tanto l'identità formale tra obbligazioni, quanto piuttosto l'equivalenza economica: l'*idem debitum* si esauriva, dunque, nella corrispondenza patrimoniale tra l'obbligazione originaria e quella novata.

Questo stesso principio – ovvero la riduzione dell'identità del debito al solo profilo economico – valeva, secondo me, anche per le *stipulationes* penali, specie in quelle a struttura duplice, con una *stipulatio poenae* annessa a una *stipulatio principale* o a un contratto consensuale²⁰⁵. Anche in questi casi, pur in presenza di una condizione (cioè il maturare dell'inadempimento) e di una pena pecuniaria predeterminata, la forza novativa era evidente: l'obbligazione di *facere* veniva di fatto traslata in una nuova obbligazione al pagamento di una somma di denaro, la cui validità non veniva inficiata dalla diversità oggettuale, purché sussistesse una proporzionalità patrimoniale.

Tale meccanismo trovava poi, secondo me, continuità nel diritto post classico, dove – per superare le difficoltà esecutive delle obbligazioni di *facere* – si poteva ricorrere sistematicamente alla loro '*translatio*' in obblighi pecuniari. In questa prospettiva, il criterio dell'*idem debitum* non veniva ancora una volta ricondotto al medesimo contenuto formale dell'obbligazione, bensì alla sua equivalenza economica, considerata sufficiente per determinare la novazione. L'obbligazione novata, anche quando diversa nell'*id quod debetur*, manteneva, dunque, una continuità funzionale con quella originaria, in quanto ne conservava il valore patrimoniale e la finalità satisfattiva.

Appurato, così, nei precedenti paragrafi il meccanismo novatorio all'interno delle stipulazioni prettamente penali, posso adesso estendere l'analisi dell'efficacia novatoria alle stipulazioni che, nel diritto post classico, tutelavano il creditore di un'obbligazione di *facere*. In particolare, mi concentrerò sulla '*translatio*' della prima obbligazione di *facere* in una obbligazione al pagamento di una somma di denaro, che risultava fondamentale per risolvere il *vulnus* di tutela esecutiva delle obbligazioni di *facere* nel diritto post classico.

D'altronde, in un sistema nel quale non era ipotizzabile l'esecuzione in forma specifica delle sole obbligazioni di *facere*, risultava assolutamente opportuno ricorrere alla tutela indiretta offerta dalle

²⁰⁵ Non faccio riferimento alle stipulazioni a struttura duplice nelle quali a un patto era annessa una *stipulatio poenae*, in quanto non sono pervenute fonti giuridiche che attestino il verificarsi di fenomeni novatori.

stipulazioni duplici (e alla loro forza novativa) per assicurare al creditore una soddisfazione mediata delle proprie pretese.

15. Una possibile soluzione al *vulnus* di tutela esecutiva delle obbligazioni di *facere* nel procedimento delle *cognitiones extra ordinem*: la *stipulatio* duplice novatoria.

La disciplina propria delle stipulazioni subì una leggera modifica nel diritto post classico e giustiniano.

Infatti, come è noto, da un lato Giustiniano ricondusse gli effetti giuridici della stipulazione alla dichiarazione scritta, in quanto la *cautio* era divenuta *instrumentum*²⁰⁶, e dall'altro era affiorata la causa in concreto del negozio stipulatorio.

In particolare, diveniva centrale la volontà delle parti, quale motivo determinante dell'impegno reciproco assunto. In altre parole, la causa negoziale si configurava come lo strumento attraverso cui le parti perseguivano la propria volontà. Di conseguenza, requisito imprescindibile della *stipulatio* diveniva il consenso, la cui mancanza invalidava il negozio giuridico²⁰⁷.

È risaputo, inoltre, come nel diritto post classico fosse venuta meno ogni differenziazione fra diritto civile e pretorio. Pertanto, non sarebbe più stato necessario prevedere eccezioni pretorie allo scopo di neutralizzare l'*actio* a tutela del rapporto originario. La regola, allora, diveniva automaticamente quella della *novatio* (o, in mancanza di *aliquid novi*, quella della *quasi novatio*): a seguito dalla 'commissio' della *stipulatio* duplice era dovuta solamente la somma di denaro e non anche la prima obbligazione cui il debitore si era vincolato.

In questo contesto, allora, lo strumento novativo si affermava come soluzione al problema del concorso di azioni.

In una tale prospettiva si deve collocare l'analisi della *stipulatio* a struttura duplice quale misura di coazione indiretta all'adempimento delle obbligazioni di *facere*.

Nella prima sezione di questo capitolo si è mostrato, difatti, come sussistesse nel diritto romano post classico un evidente *deficit* di tutela per l'esecuzione delle obbligazioni di *facere*. Se infatti, nel procedimento formulare, alla condanna pecuniaria seguiva comunque un'esecuzione personale o

²⁰⁶ S. RICCOBONO, *Stipulatio ed instrumentum*, cit., p. 276-277.

²⁰⁷ C. 8.37.10 (a. 472): *Imperator Leo. Omnes stipulationes, etiamsi non sollemnibus vel directis (compositae), sed quibuscumque verbis pro consensu contrahentium compositae sint, legibus cognitae suam habeant firmitatem*. Sul punto, specialmente, S. RICCOBONO, 'Stipulatio' e 'instrumentum' nel diritto giustiniano, cit., p. 243 ss.; F. MESSINA VITRANO, *La disciplina romana dei negozi giuridici invalidi*; I, *I negozi iuris civilis sotto condizione illecita*, Messina, 1924, p. 90 ss.; M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, 1970, Milano, I, p. 191 ss.; R. KNÜTEL, *Stipulatio poenae*, cit., p. 147 ss.; R. QUADRATO, *Sulle tracce dell'annullabilità. Quasi nullus nella giurisprudenza romana*, Napoli, 1983, p. 7 ss.; G. SACCONI, *Ricerche sulla stipulatio*, cit., p. 3 ss.; A. CUSMÀ PICCIONE, *La congruens responsio nella stipulatio tardo classica*, Napoli, 2023, p. 1 ss.

patrimoniale, garantendo al creditore una tutela mediata delle proprie pretese, nel procedimento *extra ordinem* nessuna garanzia era prevista per il creditore di una obbligazione di *facere*. Diversamente, il creditore di un'obbligazione di *dare* o al pagamento di una somma di denaro poteva esperire l'esecuzione *manu militari* o il *pignus in causa iudicati captum*.

In particolare, ho ritenuto che, solamente in presenza di una stipulazione, il creditore avrebbe ottenuto soddisfazione mediata e indiretta delle proprie pretese, tramite una condanna del debitore al pagamento di una somma di denaro (predeterminata o da determinarsi nell'*id quod interest*).

Sicuramente, un tale risultato sarebbe stato possibile ove le parti avessero previsto a presidio dell'obbligazione di *facere* una clausola penale. In questa ipotesi, laddove la *stipulatio* fosse stata duplice²⁰⁸, avrebbe avuto luogo un meccanismo novatorio o quasi novatorio che, al maturare dell'inadempimento, avrebbe determinato la debenza della sola *poena*. In tal modo, allora, il debitore avrebbe dovuto corrispondere una somma di denaro, in luogo dell'obbligazione di *facere* ormai estinta.

Si realizzava così, per il creditore-stipulante, una forma mediata di tutela esecutiva. Sebbene non si giungesse a un'esecuzione in forma specifica – come avveniva, ad esempio, con l'esecuzione *manu militari* prevista per le obbligazioni di *dare* – il creditore poteva comunque considerarsi indirettamente soddisfatto, ottenendo il pignoramento di una somma di denaro per il valore della *poena*, successivamente all'infruttuoso esperimento dell'*actio ex stipulatu*.

Conclusivamente, allora, ritengo che il medesimo meccanismo novatorio (e quasi novatorio) esaminato con riferimento alle stipulazioni penali potesse trovare applicazione anche nel contesto delle *cognitiones extra ordinem*, in modo da permettere la '*translatio*' della prima obbligazione di *facere* in una al pagamento di una somma di denaro, eseguibile nelle vie ordinarie, risolvendo così

²⁰⁸ Diversamente, ove la *stipulatio* fosse stata a struttura semplice, non vi sarebbe stata alcuna '*translatio*', ma – in virtù delle regole del c.d. concorso successivo (*supra*, par. 12) – poiché l'obbligazione di *facere* costituiva mera condizione di efficacia della *stipulatio*, sarebbe stata dovuta, al maturare dell'inadempimento, direttamente la somma di denaro, senza doversi ricorrere ad alcun meccanismo novatorio. Ritengo, in particolare, che questa fattispecie fosse quella descritta in D. 42.1.13.1 (Cels. 6 *dig.*), nel quale il promittente si vincolava a una stipulazione di garanzia che, se inadempita, avrebbe comportato l'obbligo al pagamento di una somma di denaro. In tal modo, in ogni caso, si riusciva a colmare il vuoto di tutela esecutiva delle obbligazioni di *facere*: al maturare dell'inadempimento non era più dovuta l'originaria obbligazione di *facere* (che rimaneva sullo sfondo quale mera condizione) ma solamente la somma di denaro. Nell'ipotesi in cui il debitore fosse stato inadempiente anche al pagamento della somma di denaro, il creditore – dopo aver infruttuosamente esperito l'*actio ex stipulatu* – avrebbe potuto contro di lui agire esecutivamente con il *pignus in causa iudicati captum*. Diversamente, poiché da D. 45.1.72.pr. (Ulp. 20 *ad ed.*) non si evince se la struttura della stipulazione fosse semplice o duplice, non sono in grado di affermare se si verificasse un fenomeno di concorso successivo o una '*translatio*'.

definitivamente il prospettato *vulnus* di tutela. Di qui la compatibilità dei passi analizzati sia con il sistema di diritto postclassico sia giustiniano, che giustifica la scelta dei commissari di Giustiniano che hanno deciso di selezionarli all'interno del Digesto.

16. Conclusioni e anticipazione delle questioni trattate nei prossimi capitoli.

Giunti a questo punto dell'analisi, occorre trarre le fila del discorso, riassumendo le conclusioni alle quali sono pervenuta e che saranno necessarie per lo studio, in una prospettiva pienamente storica, delle misure di coazione indiretta ex art. 614-*bis* c.p.c.

Dunque, si è evidenziato come i *deficit* di tutela esecutiva delle obbligazioni di *facere* fossero differenti fra il procedimento formulare e quello delle *cognitiones extra ordinem*.

Nel primo, infatti, il creditore di ogni obbligazione di *facere* o di *dare* avrebbe potuto ottenere solamente una sentenza di condanna pecuniaria, eseguibile nelle forme ordinarie. In tal modo, avrebbe ricevuto una tutela mediata delle proprie pretese, ma non anche quella prestazione cui il debitore si era originariamente vincolato.

Nel procedimento per *cognitiones extra ordinem*, invece, non esisteva nessuna forma di tutela esecutiva diretta limitatamente alle obbligazioni di *facere*, che, ove fosse stata prevista una stipulazione – come desunto dall'analisi esegetica di D. 42.1.13.1 (Cels. 6 *dig.*) e di D. 45.1.72. pr. (Ulp. 20 *ad ed.*) –, potevano essere destinatarie, in ipotesi di inadempimento, di una condanna pecuniaria, che avrebbe potuto indirettamente soddisfare le pretese creditorie.

Quanto al procedimento formulare, si poneva, poi, la necessità di individuare dei meccanismi deflattivi e persuasivi che inducessero il debitore allo spontaneo adempimento prima della *litis contestatio*. Fra questi, particolare attenzione è stata attribuita alle stipulazioni, specialmente se contenenti una clausola penale. Difatti, la *stipulatio poenae* avrebbe indotto con maggiore forza coercitiva il debitore ad adempiere esattamente la propria obbligazione, sotto minaccia di subire una sanzione.

Successivamente, mi sono concentrata con maggiore attenzione sulla struttura della stipulazione penale, analizzando lo *ius controversum* in materia di cumulabilità o alternatività dell'azione a tutela del rapporto principale e dell'*actio ex stipulatu*.

Quindi, dall'analisi dei frammenti ho rilevato come – almeno secondo Paolo, che riprendeva la soluzione di Alfeno – nelle stipulazioni penali duplici collegate a un contratto consensuale, in caso di inadempimento dell'obbligazione di *facere*, si applicasse la regola della debenza della sola *poena*, con la conseguente possibilità di agire esclusivamente *ex stipulatu*. Questo assetto si spiegava in virtù della *translatio* novatoria dell'obbligazione originaria, che veniva sostituita dall'obbligazione al pagamento della *poena*, secondo quanto descritto in D. 17.2.71.pr. (Paul. 3 *epit.* Alf. *dig.*).

Sulla scorta della similitudine con la *stipulatio Aquiliana*, ho poi riflettuto sulla natura novatoria di una tale stipulazione, confrontandola con il meccanismo quasi-novatorio descritto in D. 44.7.44.6 (Paul. 74 *ad ed. praet.*) con riferimento ad una *stipulatio* annessa da una seconda stipulazione penale.

Dall'esame dei passi, ho colto come la differenza fra la novazione descritta in D. 17.2.71.pr. (Paul. 3 *epit. Alf. dig.*) con riguardo alla *stipulatio poenae* annessa a un contratto consensuale, e la *quasi novatio* contenuta in D. 44.7.44.6 (Paul. 74 *ad ed. praet.*), riferita a una *stipulatio poenae* connessa ad un'altra *stipulatio*, consistesse nella presenza o nell'assenza dell'*aliquid novi*. Se, infatti, nel primo frammento (e, in generale, in tutte le stipulazioni penali annesse a un contratto consensuale) le due *causae obligationis* erano fra loro distinte, nel secondo (come in tutte le stipulazioni penali connesse ad altre stipulazioni) le due *causae obligationis* erano le medesime.

Tuttavia, non vi sono dubbi che – da quanto emerge dalle parole di Paolo nei due passi riportati– gli effetti traslativi, tipici della novazione, erano presenti in entrambe le fattispecie: la prima obbligazione di *facere* si estingueva e al suo posto nasceva una obbligazione al pagamento di una somma di denaro, cosicché lo stipulante potesse agire solo *ex stipulatu* per il valore della *poena*.

Infine, ho desunto come il meccanismo novatorio potesse essere utilizzato nel contesto del procedimento *extra ordinem* per risolvere un ben più grave *vulnus* di tutela esecutiva. Difatti, mentre per le obbligazioni di *dare* la sentenza di condanna in forma specifica era seguita dall'esecuzione *manu militari*, le obbligazioni di *facere* erano prive di una modalità di esecuzione in forma specifica.

Pertanto, innanzi alla riscontrata impossibilità di tutela del creditore di una obbligazione di *facere*, occorreva predisporre un utile strumento coercitivo che, tramite la '*translatio*' dell'originaria obbligazione di *facere* in una al pagamento di una somma di denaro, gli assicurasse una soddisfazione almeno mediata.

Un tale meccanismo si concretizzava esattamente nella stipulazione a struttura duplice che a mezzo di novazione (o di quasi novazione in assenza di *aliquid novi*) permetteva al creditore di soddisfarsi almeno sull'equivalente pecuniario dell'obbligazione originaria cui il promittente si era vincolato.

In tale modo, allora, per il tramite della '*translatio*' novatoria (o quasi novatoria in mancanza dell'*aliquid novi*) il debitore non sarebbe più stato tenuto all'adempimento dell'originaria obbligazione di *facere*, ormai estinta, ma al pagamento di una somma di denaro. La condanna conseguente all'inadempimento dell'*actio ex stipulatu* era, infine, eseguibile a mezzo di *pignus in causa iudicati captum*.

Pertanto, il creditore – sebbene non potesse mai ottenere esecuzione diretta dell’originaria obbligazione di *facere* – avrebbe potuto, annettendo una stipulazione al contratto dal quale derivava una tale obbligazione, in ipotesi di perdurante inadempimento, procedere esecutivamente per una somma di denaro pari al proprio interesse insoddisfatto.

In questo modo, allora, veniva individuata una possibile soluzione al prospettato *vulnus* di tutela esecutiva delle obbligazioni di *facere*.

Le conclusioni cui sono pervenuta verranno nei prossimi capitoli, dapprima, poste in relazione con il principio di origine medievale ‘*nemo ad factum cogi potest*’, sorto dalle glosse e dai commenti dei giuristi medievali e moderni ai frammenti del Digesto esaminati in un tale capitolo (e, specialmente, a D. 42.1.13.1 (Cels. 6 *dig.*) e a D. 45.1.72. pr. (Ulp. 20 *ad ed.*) Successivamente, si esaminerà l’ulteriore evoluzione del *vulnus* di tutela esecutiva delle obbligazioni di *facere* sino alla più moderna legislazione, con particolare attenzione alla formulazione nel 2009 dell’art. 614-*bis* c.p.c.

CAPITOLO II

Origine ed evoluzione del principio ‘*nemo ad factum cogi potest*’ fra diritto medievale e moderno.

SOMMARIO: 1. Premesse e prospettive di indagine; 2. Brevi cenni in materia di esecuzione personale sul debitore durante il Medioevo; 3. Altre misure esecutive personali: il *contrainte par corps* in Francia e l’arresto per debiti in Italia; 4. L’emersione del principio ‘*nemo ad factum cogi potest*’. Accursio e la glossa ‘*Obligationibus*’ a D. 42.1.13.1 (Cels. 6 dig.): «*Sed an praecise ad factum potest compelli?*»; 5. Bartolo e l’impossibilità di esecuzione diretta degli obblighi di *facere* e non *facere*: la tutela della libertà del debitore; 6. La natura dell’obbligazione di consegnare la res venduta in Bartolo, Baldo e Cuiacio; 7. L’interpretazione di Donello di D. 42.1.13.1, D. 45.1.72.pr. e D. 4.49.4: l’obbligo di consegna della res venduta come obbligazione di *facere* e la condanna all’*id quod interest* nella logica novativa della *stipulatio*; 8. Favre e la prima formulazione esplicita del noto brocardo; 9. Vinnio e la rilettura del noto principio attraverso i concetti di ‘*nuda facta*’ e di obbligazioni ‘*quae alicuius praestatione et iuris possessionisve translatione consistunt*’; 10. La trattatistica di Pothier e la nuova portata del principio ‘*nemo ad factum cogi potest*’; 11. Il recepimento del noto principio all’interno del *Code Napoléon*; 12. Creazione giurisprudenziale del sistema coercitivo indiretto delle *astreintes*; 13. Il successivo sviluppo dell’*astreinte* nella legislazione francese; 14. Il Codice italiano del 1865 e il *deficit* di disciplina in materia di esecuzione indiretta degli obblighi di *facere* e non *facere*; 15. Conclusioni.

1. Premessa e prospettive di indagine.

Un principio cardine in materia di esecuzione forzata è rappresentato dal brocardo ‘*nemo ad factum cogi potest*’, in virtù del quale il debitore, soccombente nel giudizio di cognizione e condannato all’adempimento di una obbligazione di *facere*, non può essere destinatario di una misura esecutiva in forma specifica. Infatti, imporgli coattivamente l’esecuzione dell’atto sarebbe gravemente lesivo della sua libertà e dei diritti fondamentali che ne derivano.

In questo capitolo indagherò l’origine di un tale brocardo, certamente ascrivibile ai giuristi di età medievale e moderna, che, nel glossare e nel commentare i passi del Digesto precedentemente esaminati, introdussero fondamentali considerazioni in materia di coercibilità dell’obbligazione di *facere*.

Intanto, occorre brevemente considerare come un tale principio – sebbene formulato espressamente in questi termini solamente in età medievale e moderna – doveva essere quantomeno avvertito già nel diritto romano più tardo, quando emerse la consapevolezza, ai fini dell’esigibilità, della differenza fra obbligazioni di *facere* e obbligazioni di *dare*. Se, infatti, queste ultime erano perfettamente eseguibili in forma specifica a mezzo di esecuzione *manu militari*, le obbligazioni di *facere* ottenevano

solamente una tutela indiretta, ove alle stesse fosse stata annessa una stipulazione, idonea a determinare l'istituzione di una procedura esecutiva per equivalente pecuniario a mezzo di *pignus in causa iudicati captum*, come detto nel precedente capitolo.

Dunque, la *stipulatio* (specialmente se penale) costituiva una misura di coazione indiretta all'adempimento che, tramite minaccia di *poena*, induceva il debitore all'adempimento spontaneo dell'obbligazione.

Ove, tuttavia, nel caso in cui la stipulazione avesse avuto struttura duplice, il debitore non avesse adempiuto l'originaria obbligazione di *facere*, si sarebbe assistito, come ormai sappiamo, alla sua '*translatio*' (a mezzo di *novatio* o di *quasi novatio*) in una al pagamento di una somma di denaro. In tal modo, l'originaria obbligazione al *facere* si estingueva e al suo posto sorgeva una obbligazione pecuniaria, eseguibile nelle forme ordinarie.

Si comprende, pertanto, come già nel tardo diritto romano dovesse essere emersa quella sensibilità circa l'inesigibilità diretta della prestazione di *facere* o *non facere*, che si tradusse e venne esplicitata nel XVI secolo mediante il noto brocardo '*nemo ad factum cogi potest*'.

In questo capitolo, allora, proverò a ricostruire le origini di tale principio, esaminando le opere dei Glossatori prima e dei Commentatori poi che, analizzando i frammenti del Digesto, sui quali mi sono soffermata nello scorso capitolo, testimoniarono il *vulnus* di tutela esecutiva delle obbligazioni di *facere*. In particolare, mi concentrerò sull'inquadramento dell'obbligazione di trasferire la *res* venduta alla stregua di una obbligazione di *facere* o di *dare*. A seconda, infatti, della soluzione individuata dai giuristi, erano diverse le conseguenze pratiche applicative del principio '*nemo ad factum cogi potest*'.

Ancora, si assisteva a una emersione del valore della dignità umana, ove l'impossibilità di agire esecutivamente nei confronti del debitore esecutato di una obbligazione di *facere* non era più giustificava esclusivamente dalla difficoltà materiale di costringerlo a realizzare una determinata opera, ma anche al riconoscimento del limite invalicabile rappresentato dall'autonomia personale e dalla libertà individuale del soggetto obbligato.

Sarà poi interessante osservare come Donello e Vinnio abbiano affrontato il problema del *deficit* di tutela esecutiva ricorrendo al meccanismo della novazione, ricavato esattamente dai passi del Digesto – D. 42.1.13.1 (Cels. 6 *dig.*) e D. 45.1.72.pr. (Ulp. 20 *ad ed.*). che nel capitolo precedente ho richiamato per sostenere l'esistenza, nel diritto romano più tardo, alla presenza di una stipulazione, della regola della condanna pecuniaria in caso di inadempimento delle obbligazioni di *facere*.

Pertanto, proseguirò con l'analisi del *Code Civil* francese del 1804, influenzato sensibilmente dai Trattati di Pothier che recepivano ancora l'antico principio '*nemo ad factum cogi potest*', sebbene con poche e significative modifiche, e con il 'correttivo' apportato dalla giurisprudenza delle *astreintes*.

Dirò ancora come un tale correttivo, consistente nella previsione di misure di coazione indiretta all'adempimento tramite minaccia di pagamento di una somma di denaro per ogni ritardo o violazione nell'esecuzione del provvedimento giudiziale, non venne recepito in Italia, dando origine alla c.d. crisi dell'obbligazione.

Infatti, sebbene anche in Italia la dottrina riconoscesse che l'introduzione di misure di coazione indiretta all'adempimento potesse rappresentare uno strumento efficace per colmare il vuoto di tutela esecutiva delle obbligazioni di *facere*, si mostrava tuttavia riluttante a recepire l'insegnamento d'oltralpe per il timore di un ritorno all'antico istituto dell'arresto per debiti, assai lesivo della dignità e della libertà del debitore esecutato.

Rinvio, invece, al capitolo che segue per l'analisi della disciplina (non) dettata all'interno del Codice di rito del 1942 e per la formulazione, solo nel 2009, dell'art. 614-*bis* c.p.c. rubricato «Misure di coercizione indiretta».

Un tale studio, tuttavia, non può prescindere dall'esame, sebbene per sommi capi – come già avvenuto in seno al capitolo precedente –, delle misure esecutive durante l'età medievale e moderna, per cogliere i '*deficit* di tutela' da queste apprestate e individuare una soluzione nel sistema compulsorio civile.

2. Brevi cenni in materia di esecuzione personale sul debitore durante il Medioevo.

Nel capitolo precedente ho analizzato i meccanismi attraverso i quali il debitore veniva coartato all'adempimento della propria obbligazione. In particolare, ho evidenziato come le misure di coazione indiretta – e, segnatamente, le *stipulationes poenae* – si configurassero come valide alternative alle procedure esecutive previste dal diritto romano, connotate da marcati elementi di personalità. Tali elementi, del resto, non si esprimevano necessariamente attraverso una violenza fisica sulla persona del debitore, ma piuttosto incidevano profondamente sul suo *status* giuridico, fino a determinarne, in taluni casi, il ‘funerale civile’.

Pertanto, anche nel presente capitolo, che si propone di analizzare l'evoluzione delle misure di coazione indiretta all'adempimento – fino all'ideazione, in particolare, dell'*astreinte* per opera della giurisprudenza francese del XIX sec., – non posso prescindere da un esame sommario delle procedure esecutive sul debitore del diritto medievale e moderno.

Si vedrà, in particolare, come – analogamente al sistema delle misure esecutive del diritto romano²⁰⁹ – né l'esecuzione personale, né la patrimoniale riuscissero a garantire quel contemperamento di interessi del creditore o del debitore idonei a realizzare l'esecuzione in forma specifica delle obbligazioni di *facere* e *non facere*. Difatti, se l'esecuzione personale determinava gravi conseguenze in capo all'esecutato, l'esecuzione patrimoniale – non essendo dotata di forza coattiva e persuasiva – realizzava solo una soddisfazione ‘mediata’ delle pretese creditorie.

Si poneva, allora, anche qui la necessità di provvedere alla ideazione di misure coercitive che inducessero il debitore all'adempimento spontaneo della prestazione di *facere* e *non facere* dedotta in obbligazione, risolvendo così in via anticipata il loro *vulnus* di tutela.

Correlativamente, tratterò la questione dell'interpretazione delle fonti romane a opera dei giuristi di diritto medievale e moderno, che – a partire dallo studio approfondito dei brani della Compilazione giustiniana – tentarono di risolvere la problematica del vuoto di tutela delle obbligazioni di *facere* e *non facere*, provando a estendere a queste la regola dell'esecuzione *manu militari*.

Occorre poi specificare che tali brevi cenni in materia di procedure esecutive medievali coinvolgeranno specialmente il diritto francese, in quanto entro il suo contesto si sviluppò in seguito la prassi delle *astreinte* che mi prefiguro di approfondire nei paragrafi conclusivi di tale capitolo.

²⁰⁹ Si rinvia al cap. I, par. II.

La storia delle procedure esecutive personali medievali ebbe quale presupposto imprescindibile la costituzione imperiale di Valentiniano del 388, la cui collocazione si rinviene in C. Th. 9.11.1 e che sancì il divieto di ogni forma di imprigionamento privato, potendo – secondo parte della dottrina²¹⁰ – da quel momento il debitore essere trattenuto solo in pubbliche carceri.

Tuttavia, in seguito al disfacimento dell'Impero romano d'Occidente, – parafrasando Troplong²¹¹ – la rinascita delle barbarie fece rivivere tutti i 'pregiudizi sanguinari' e tutti i 'disprezzi insolenti', cui erano soggetti i debitori in periodi di oscurità e declino. Infatti, «*les cruelles malédictions que l'antique barbarie nous a fait entendre contre lui vont recommencer aussi effrayantes dans le barbarie nouvelle*».

Dunque, le invasioni che distrussero il mondo romano portarono con sé le leggi assai rigorose, tipiche delle civiltà primitive, talché nessuna pietà veniva concessa nei confronti del debitore insolvente. Infatti, sia presso i Visigoti, i Franchi, i Longobardi che gli Anglosassoni, era in vigore la brutale esecuzione personale del debitore inadempiente²¹².

La legge dei Visigoti, ad esempio, permetteva la riduzione in schiavitù dei debitori, oltre che dei colpevoli dei reati: «*pro debito vel reatu perpetim servaturum iudex petentibus tradere non desistat*²¹³».

Ampia è, poi, la testimonianza recata dalla legge salica, nella quale era sancita la regola secondo la quale il debitore del *wregeld* – termine che può essere tradotto come 'prezzo dell'uomo' e che rappresentava un risarcimento monetario stabilito per compensare un danno o un'offesa –, che non

²¹⁰ L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, Milano 1938, p. 311 ss.; P. VOCI, s.v. *Esecuzione forzata*, in Enc. Dir., XV, 1966, 428 ss., il quale richiamava la sopravvivenza dell'esecuzione personale del debitore nelle carceri pubbliche a seguito dei numerosi tentativi di abolizione della carcerazione privata. Si veda poi G. LONGO, s.v. *Esecuzione forzata* (diritto romano), in *NNDI*, VI, Torino, 1964, p. 721, il quale riteneva che in seguito all'emanazione di CTh 9.11.1 del 388 d.C. il debitore potesse essere tenuto *in vinculis* solo nelle prigioni pubbliche; inoltre, i casi di esecuzione personale del debitore erano ormai ridotti alla situazione di completa indigenza del debitore, tale per cui i creditori non avrebbero avuto alcun vantaggio da una esecuzione patrimoniale. Anche E. BETTI, s.v. *Processo civile* (diritto romano), in *NNDI*, XIII, Torino, 1966, p. 1120 riteneva che l'esecuzione personale, la quale sarebbe rimasta in via accessoria, avesse potuto avere luogo a partire dal 388 d.C., solamente nelle prigioni pubbliche. Della stessa opinione B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, p. 392 ss., che evidenziava come solo sul finire del IV sec. d.C. con CTh.9.11.1 la legislazione imperiale vietò ogni imprigionamento privato; così anche G. PURPURA, *La sorte del debitore oltre la morte*, cit., p. 9: «non solo l'esecuzione personale per debiti si perpetuò a lungo e certamente non scomparve nel IV sec. a.C., ma soltanto alla fine del IV sec. d.C. cominciarono ad essere proibite le carceri private, mirando alla sostituzione con le pubbliche». S. SCHIAVO, *Esecuzione personale dei debitori e carcerazione privata nelle costituzioni imperiali di età postclassica e giustiniana*, in *AUFG 21*, 2007, *passim*; M. NAVARRA, *Sul divieto del carcere privato nel tardo Impero Romano*, in *Studia et documenta historiae et iuris*, 2009, pp. 209-260.

²¹¹ R. T. TROPLONG, *De la contrainte par corps en matière civile et de commerce*, 1847. p. 123.

²¹² J. GENICON, *De la règle nemo praecise potest cogi ad factum*, Parigi, 1910, p. 55.

²¹³ *Lex barbaria Wisigothorum*, V, 6, 5;

fosse in grado di pagare, era tenuto alle formalità della *chrenecruda*. In particolare, allora, egli avrebbe dovuto dichiarare la propria insolvenza davanti a testimoni, coinvolgendo i suoi parenti come garanti²¹⁴. Tuttavia, laddove la famiglia non avesse soddisfatto il creditore, il debitore sarebbe stato consegnato a quest'ultimo in condizione di schiavitù. Infine, il creditore avrebbe potuto presentare il debitore per quattro volte al '*mallum*' – un'antica assemblea giudiziaria – e, nel caso in cui nessuno lo avesse riscattato, gli sarebbe spettata la facoltà di far di lui ciò che voleva, compreso ucciderlo. Analogamente prevedeva l'editto di Chilperico²¹⁵.

È evidente il riecheggiare delle antiche procedure esecutive personali romane e, in particolare, della *manus iniectio*, ove il debitore veniva portato al mercato per ben tre volte per essere venduto come schiavo.

Nello stesso contesto storico si diffuse, inoltre, la prassi della *obnoxatio*, pegno costituito sulla persona del debitore e avente applicazioni differenti nei diversi regni barbarici, tutte accomunate però dal diritto del creditore di vendere il debitore insolvente come schiavo.

Di tale *obnoxatio* è stata tramandata la formula ad opera del monaco Marculfe: «*Domino fratri illo, ille. Omnibus non habetur incognitum qualiter mihi gravis necessitas et natas pessimas mihi oppresserunt, et minime habeo unde vivere vel vestiri debeam. Propterea ad petitionem meam mihi non denegasti nisi ut in summa necessitate mea argento vel acto tuo valente solidos tol in manu mea mihi dedisti, et ego minime habeo unde ipsos solidos tuos tibi reddere debeam. Propterea obnoxiationem de capul ingenuitatis meae in te fieri et affirmare rogavi, ut quicquid de mancipia tua originalia vestra facitis, tam vendendi, commutandi, disciplinam imponendi, ita et de me ad hodierno die liberam et firmis siman in omnibus potestatem faciendi habeas. Si quis vero, quod nec fieri credo, si ego ipse, aut ullus de heredibus meis, vel quislibet opposita persona, qui contra hanc obnoxiationem istam venire conaverit, inferat tibi una cum socio fisco auri uncias tantas esse multando et praesens obnoxiatio firma permaneat cum stipulatione subnixa.*»

Si evince, pertanto, come il debitore – dichiarandosi inadempiente innanzi al creditore suo Signore – chiedeva che venisse istituita e confermata un'*obnoxatio* sul 'capitale della propria libertà', affinché il creditore potesse disporre di 'piena e salda potestà' su di lui.

²¹⁴ *Lex salica emendata*, LXI

²¹⁵ *Chilperici regis edictum*, in *Monumenta Germaniae historica*, IV, p. 10.

Laddove, diversamente, il debitore non avesse così impegnato la propria libertà, si sarebbe proceduto all'esecuzione militare, 'all'invasione armata della sua casa' o al sequestro dei suoi beni fino all'ammontare del debito²¹⁶.

Con il trascorrere dei secoli, si assistette poi ad un'evoluzione (ovviamente con modalità differenti a seconda dei territori e feudi di riferimento) della situazione del debitore: egli non era più minacciato di morte, ma allo stato di prigionia – che iniziò a diminuire in ragione dei servizi resi, talché l'assoggettamento non era più perenne – si accompagnava la dichiarazione di infamia nei confronti della collettività²¹⁷.

A partire dalla metà del XIII secolo, infatti, la cessione dei beni del debitore ai creditori venne estesa a tutti i membri della comunità, senza alcuna distinzione di classe sociale; tuttavia, all'esecuzione patrimoniale si accompagnava la dichiarazione di pubblica ignominia. Si cita, in proposito, un passo tratto dal manoscritto del *Grand Coutumier*²¹⁸, della seconda metà del XIV secolo, ove si legge: «*sed cessio in jure facta infamat quod posteriora denudantur et tres ictus culo nudo in quolibet quadrivio contrahit perram faciunt tuba publice sonante*».

Riecheggia, quindi, sempre più evidente quel processo evolutivo che condusse Roma dalle misure tipicamente personali a quelle patrimoniali, caratterizzate però dalla comminatoria di infamia nei confronti dell'esecutato.

Parallelamente, la Chiesa cominciò a protestare contro le crudeltà inflitte dai creditori. Infatti, papa Gregorio IX negò all'interno dei suoi Decretali²¹⁹ la legittimità della detenzione per debiti, tentando di sostituirla con la scomunica.

Nacque così la prassi del debitore, denominata '*obligatio cum clausula de nisi, obligatio de nisi*', di impegnarsi innanzi al tribunale ecclesiastico a subire la scomunica ove non avesse pagato. Esmein²²⁰ riporta, in proposito, all'interno dei suoi scritti la formula di tale clausola, per come riferita all'interno del registro di Cerisy (n. 431 a): «*Anno domini MCCCLXX dic sabbati ante festum Epiphannie ejusdem, in nostra praesentia personaliter constitutus Robertus le Quoc, clericus, qui voluit et*

²¹⁶ A. F. OZANAM, *Les Germains avant le Christianisme*, Parigi, 1850, I, p. 124: «*Quand le débiteur condamné par jugement refuse de s'exécuter, il y a exécution militaire, invasion de sa maison à main armée, saisie de ses biens jusqu'à concurrence de la dette. S'il ne peut payer de son bien, il paie de sa personne. Le créancier se le fait adjuger par le tribunal à titre de serf, il le garde dans sa maison, le charge de travaux humiliants, l'enchaîne s'il lui plaît, pourvu que la chaîne ne soit pas serrée au point de lui faire rendre l'âme*».

²¹⁷ J. GENICON, *De la règle nemo praecise potest cogi ad factum*, p. 58.

²¹⁸ *Le grand coutumier de France*, IV, p. 611.

²¹⁹ *Decretali*, II, de Pignor. (3.21).

²²⁰ A. EISMEIN, *Débiteurs privés de sépulture*, 1885, p. 260 nt. 2.

concessit, nisi satisfecerit tali de contento in isto iudicato cui presentes littere sunt annexae infra diem... proximo venturam, quod a nobis excommunicetur pro iudicato de nisi ad instanciam dicti tali, prius a nobis sufficienter monitus viva voce una monitione pro omnibus, et quod a nobis vinculo excommunicationis innodetur, modo et monitione premissis».

Le conseguenze per il debitore scomunicato erano gravissime. Infatti, il suo corpo – qualora fosse deceduto prima di pagare il debito – sarebbe rimasto privo di sepoltura. Pertanto, per evitare una sanzione così severa, i parenti e amici – che volevano ricordare il debitore, compiangendolo innanzi a una tomba – generalmente pagavano il suo debito.

Con il trascorrere degli anni, una pratica così severa venne dapprima sostituita con la cessione volontaria di ogni bene alla chiesa e, successivamente, nel XVI secolo, venne vietata.

Non si deve dubitare, però, che in un tale contesto storico esistessero misure *latamente* coercitive volte a piegare la volontà del debitore, inducendolo all'adempimento spontaneo del *dictum* giudiziale, evitando così – parallelamente a quanto si verificava secoli prima nel diritto romano – conseguenze assai severe nei confronti del debitore esecutato. Si fa, in particolare, riferimento alla *contumacia* – da intendersi non solamente come mancata comparizione della parte in giudizio, ma quale riottosità all'ordine giudiziale, sì da impedire il corretto svolgimento del processo e il dipanarsi dei suoi effetti giuridici –, sanzionata dalla *missio in bona*, dalla *captura*, dalla *multactio* e dalla *excommunicatio*. In questa sede, rinviandosi alle opere monografiche sul punto per un esame maggiormente approfondito²²¹, va rilevato solamente che il principio ispiratore della materia era '*crescente contumacia, crescere poena debet*'. Dunque, al crescente inadempimento all'ordine giuridico la sanzione dalla *missio in bona debitoris* diveniva la *multactio*, poi la *excommunicatio* e, in seguito, la *suspensio officii et beneficium*, secondo un sistema crescente di intensità della *poena*.

In un tale contesto storico, inoltre, l'emancipazione delle classi inferiori divenne una necessità sociale ed emerse la regola secondo cui 'nessuno è servo della gleba se non per nascita'²²². Dalla sanzione alla servitù del debitore si passò alla prigionia. Nacque così l'istituto delle *contrainte par corps*, che

²²¹ Si rinvia, in particolare, a L. FERRARA, *L'esecuzione processuale indiretta*, 1915, p. 31 ss. che distingue fra le misure latamente coercitive nel diritto comune fra Italia, Francia e Germania, accumulate tutte dal principio '*crescente contumacia, crescere poena debet*'. Tuttavia, se in Francia e in Italia la sanzione era di natura eminentemente privatistica e, pertanto, destinatario delle conseguenze favorevoli dell'inadempimento era il creditore esecutante, nel diritto tedesco la *ratio* era la tutela del prestigio della giurisdizione (e non anche delle ragioni creditorie), talché la sanzione era prettamente pubblicistica.

²²² J. GENICON, *De la règle nemo praecise potest cogi ad factum*, cit., p. 69.

verrà esaminato – anche con riferimento alla corrispettiva procedura dell’arresto per debito in Italia
– nel paragrafo successivo.

3. Altre misure esecutive personali: il *contrainte par corps* in Francia e l'arresto per debiti in Italia.

Accennate le misure esecutive esperibili dal creditore durante l'età medievale, è adesso ai fini che ho prospettato utile vagliare un'altra ipotesi di procedura esecutiva personale, con carattere assai coercitivo, diffusa soprattutto in epoca moderna, cioè il *contrainte par corps*.

Difatti – come dirò nei paragrafi che seguono – l'introduzione del sistema compulsorio civile, sorto in Francia nel XIX secolo in via giurisprudenziale, fu giustificata dalla necessità di superare la severa e degradante pratica dell'imprigionamento per debiti.

Accennavo – e giova qui ricordarlo – che già durante il XIV secolo vi fu una evoluzione del concetto di 'esecuzione personale': non era, infatti, più coinvolta la vita e lo *status* giuridico del debitore, che diveniva schiavo, ma la sua libertà, intesa in senso fisico e spaziale. Infatti, ricordando le parole di Troplong, «la libertà non veniva più assorbita nella schiavitù, ma subiva la coazione dell'imprigionamento»²²³.

Una tale procedura era finalizzata ad agevolare la appena nascente classe borghese: i proprietari e i commercianti, tramite la minaccia di una tale sanzione civile, avrebbero spronato con più probabilità i debitori all'adempimento spontaneo. Questi ultimi, infatti, timorosi delle conseguenze che dall'emissione della misura potevano derivare, avrebbero preferito vendere tutti i propri beni e con il ricavato soddisfare i creditori precedenti.

Così come nel paragrafo precedente, non mi soffermerò a lungo sull'analisi dell'istituto in esame, offrendone le informazioni essenziali e ripercorrendone solamente le tappe fondamentali.

A consacrare ufficialmente e in via legislativa una tale prassi così crudele fu l'*Ordonnance de Moulins* del 1566, che abbinò ad ogni sentenza di condanna il *contrainte par corps*. In particolare, in mancanza di esecuzione del provvedimento entro quattro mesi, il debitore avrebbe dovuto subire l'incarcerazione²²⁴.

²²³ R. T. TROPLONG, *De la contrainte par corps en matière civile et de commerce*, cit., p. 81.

²²⁴ Il testo originale dell'*Ordonnance de Moulins* così riportava all'art. 48: «*Pour faire cesser les subterfuges, délais et tergiversations des condamnés, et ôter la multiplicité des instances et exécutions des jugemens et arrêts; voulons et ordonnons que tous jugemens et condamnations de sommes pécuniaires, pour quelque cause que ce soit, soient promptement exécutés par toutes contraintes et cumulations d'icelles, jusqu'à entier paiement et satisfaction; et si les condamnés n'y satisfont dans quatre mois après la condamnation à eux signifiée à personne ou domicile, pourront être pris au corps et tenus prisonniers jusqu'à cession et abandon de leurs biens*»

In seguito, l'*Ordonnance civile* di Luigi XIV del 1667 regolò diversamente l'istituto, riportandolo ad un regime di eccezionalità. Infatti, l'arresto in materia civile fu ammesso solo in casi tassativi, caratterizzati dal dolo del debitore, come lo stellionato o il deposito necessario. In materia commerciale, invece, l'arresto venne mantenuto per le lettere di cambio e i crediti commerciali al fine di tutelare e garantire la circolazione dei beni²²⁵.

In tal modo, allora, per il tramite del *contrainte par corps* veniva equiparato il delinquente al debitore inadempiente, che era recluso in carcere, subendo una profonda limitazione della propria libertà personale.

Successivamente, durante il periodo illuminista e prerivoluzionario, si assistette a un superamento dell'antico istituto del *contrainte par corps*, ritenuto dallo stesso Cesare Beccaria²²⁶ – fra i tanti – un'afflizione inutile e ingiusta.

Fu così che già nel 1782 Pietro Leopoldo nel Granducato di Toscana abolì l'esecuzione personale, definendola 'rimedio ripugnante all'umanità', con la sola eccezione dei debiti contratti 'per causa di mercatura', per i falliti, per i debitori di obbligazioni *ex delicto* e per gli imputati di stellionato e truffa.

Pochi anni dopo, il 9 marzo 1793, nella Francia rivoluzionaria una legge abolì il *contrainte par corps*, rinviando ad altra norma per la regolamentazione delle eccezioni. Tuttavia, una tale riforma suscitò molte obiezioni nei giuristi dell'epoca. Questi sollevarono, fra le diverse perplessità, che essa determinasse il rischio di rimettere in libertà numerosi criminali detenuti per bancarotta e che avrebbe dovuto escludere i debiti derivanti dall'amministrazione di pubblico denaro²²⁷.

Tali motivazioni portarono all'emanazione della legge 24 ventoso anno V (marzo 1797), la quale reintroduceva nell'ordinamento francese l'istituto del *contrainte par corps*.

Pochi anni dopo, nel 1804, anche il Codice civile Napoleonico recava al suo interno un apposito capo, il terzo dall'art. 2059 al 2070, in materia di *contrainte par corps*. In tale sede, mi soffermerò

²²⁵ Si rinvia a G. PACE, *Contrainte par corps*, cit., p. 24, nt. 23 per il testo integrale dell'*Ordonnance*.

²²⁶ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di F. Venturi, 1965, pp. 84-85, XXXIV, *Dei debitori*: «Ma il fallito innocente, ma colui che dopo un rigoroso esame ha provato innanzi a suoi giudici che o l'altrui malizia o l'altrui disgrazia, o vicende inevitabili dalla prudenza umana lo hanno spogliato delle sue sostanze, per qual barbaro motivo dovrà essere gettato in una prigione, privo dell'unico e tristo bene che gli avanza di una nuda libertà, a provare le angosce dei colpevoli; e colla disperazione della probità oppressa a pentirsi forse di quella innocenza colla quale vivea tranquillo sotto la tutela di quelle leggi che non era in sua balia di non offendere, leggi dettate dai potenti per avidità, e dai deboli sofferte per quella speranza che per lo più scintilla nell'animo umano, la quale ci fa credere gli avvenimenti sfavorevoli essere per gli altri e gli avvantaggiosi per noi?».

²²⁷ Per le problematiche attinenti all'abrogazione del *contrainte par corps* e per le opinioni dei giuristi francesi espresse il mese di marzo del 1797 presso il Consiglio degli anziani, si rimanda a G. PACE, *Contrainte par corps*, cit., pp. 39-46.

brevemente solamente sui punti essenziali di tale vasta regolamentazione. In particolare, esso era applicabile a diverse ipotesi ritenute particolarmente gravi, quali lo stellionato, il deposito necessario, il rilascio di un fondo il cui proprietario era stato spogliato con le vie di fatto, la ripetizione di denaro consegnato nelle mani di pubblici ufficiali, per l'esibizione di cose depositate presso consegnatari e custodi, contro i fideiussori e contro pubblici ufficiali per l'esibizione di conti e bilanci, contro notai, avvocati e uscieri per denaro e titoli loro affidati dai clienti per l'esercizio delle loro funzioni. Inoltre, il testo normativo vietava ai giudici, fuori dei casi prescritti dalla legge, di pronunciare sentenze che importassero l'arresto personale.

Successivamente, il Codice di procedura francese del 1806 avocò a sé la disciplina processuale dell'arresto personale, lasciando tuttavia immutate alcune regole del titolo procedurale della legge rivoluzionaria.

Nel Codice del Commercio del 1807, invece, era assente una normativa autonoma dell'arresto per debiti, limitatamente ai rapporti imprenditoriali. La coazione personale continuò ad essere regolata da una legge del 1796. Ciò comportò una difficoltà di coordinamento fra i diversi testi normativi, specialmente con riferimento alla questione della giurisdizione dei tribunali di commercio per controversie inerenti alla sottoscrizione di cambiali da parte dei non-commercianti.

Infine, anche il Codice penale francese del 1810 dettava un'autonoma disciplina in materia di arresto per debiti. Nello specifico, questo decorreva dalla cessazione della penalità inflitta al condannato. Poteva durare fino ad un anno per il pagamento di ammende e spese a favore dello Stato (un anno in caso di misfatti e sei mesi in caso di condanna conseguente ad un delitto). La durata era, invece, illimitata se la condanna fosse stata pronunciata a favore di una parte civile o a favore dello Stato, nell'ipotesi in cui il condannato non fosse in grado di giustificare la propria insolvibilità.

La disciplina francese del *contrainte par corps* risultava così particolarmente frammentata. Per tale ragione, si assistette alla necessità di emanare una legge organica dell'istituto, volta a superare definitivamente il sistema precedente che – specie in materia commerciale – presentava ampie ambiguità. Così, una legge del 17 aprile 1832 stabilì che in materia commerciale l'arresto poteva essere disposto contro qualunque persona condannata per debiti commerciali per somme superiori a 200 franchi di capitale per un periodo compreso fra l'uno e i cinque anni. In materia civile, invece, si stabilì che l'arresto non poteva eccedere i 10 anni ed era previsto solo per somme eccedenti i 300

franchi di capitale. All'interno di tale legge veniva ribadito il carattere eccezionale del *contrainte par corps* e venivano introdotte ulteriori forme procedurali a favore del debitore²²⁸.

Infine, la legge del 22 luglio 1867 sopprime interamente l'istituto della *contrainte par corps* in materia civile e commerciale, facendolo sopravvivere solo in materia penale per ammende, restituzioni, danni e interessi a favore dello Stato e delle parti civili.

Con il passare degli anni naturalmente la *contrainte par corps* in Francia è stata ridimensionata nel suo ambito di applicazione, riconoscendo anche maggiori garanzie per il debitore inadempiente. Oggi, in effetti, tale istituto viene contemplato dal Codice di Procedura Penale solo per il recupero di ammende penali e non più per il risarcimento a favore delle parti civili e delle vittime del reato. In ogni caso, la privazione della libertà della *contrainte par corps* non sostituisce l'esecuzione della condanna penale pecuniaria: il debitore rimesso in libertà è sempre soggetto al pagamento dell'ammenda.

Dal 1995, in seguito alla riforma del Codice di Procedura Penale, la durata della coazione è fissata tra 5 giorni e 4 mesi; termini più lunghi sono previsti da una legge del 1987 in materia di traffico di stupefacenti.

Il debitore, inoltre, può sfuggire alla *contrainte par corps* dimostrando la propria insolvibilità mediante la produzione di un certificato che dichiara la mancanza di imponibile fiscale e di un documento dell'autorità municipale o del commissario di polizia attestante la deficienza di mezzi economici. Cessata l'insolvibilità, la *contrainte par corps* può comunque essere pronunciata.

Il debitore si può liberare o pagando il proprio debito o offrendo un'idonea cauzione di pagamento. Una legge del 1991 ha soppresso la cessione giudiziaria dei beni dai mezzi di liberazione.

Certamente, allora, la *contrainte par corps* mantiene la sua funzione coercitiva, essendo qualificabile quale mezzo efficace per indurre il debitore al pagamento dei suoi debiti nei confronti dei creditori e dello Stato. Tuttavia, negli ultimi anni è stata evidenziata²²⁹ la natura ibrida di tale istituto, fondata sulla commistione fra diritto civile e diritto penale. Ciò è stato avvalorato da una sentenza della Corte EDU dell'8 giugno 1995, la quale ha dichiarato che la *contrainte par corps* costituisce una vera e propria pena ai sensi dell'art. 7 co. 1 CEDU.

²²⁸ IDEM, p. 105 ss.

²²⁹ M. H. RENAUT, *La contrainte par corps. Une voie d'exécution civile à coloris pénal*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2002, p. 806-808.

Si evince, dunque, che la *contrainte par corps* assolve ancora oggi in Francia, per le materie nelle quali residua la sua applicazione, la sua terribile funzione di coazione personale, limitatrice delle libertà personali del debitore inadempiente, ma capace – in ottica deflattiva – di evitare, tramite la minaccia di arresto, la vera e propria esecuzione sulla persona.

Analizzato l'istituto della *contrainte par corps*, quale misura di coazione all'adempimento in Francia, è opportuno adesso esaminare il suo corrispettivo in Italia, cioè l'arresto per debiti.

Con riferimento all'evoluzione dell'istituto dell'arresto per debiti in Italia, occorre concentrarsi certamente e primariamente sul Codice civile del 1865 che prevedeva una disciplina unitaria per la Nazione appena sorta. Sulla scorta del progetto Pisanelli, all'interno del Codice venne affrontata dall'art. 2093 al 2104 la materia dell'esecuzione personale del debitore²³⁰.

In particolare, la coazione era ammissibile solo nei casi previsti dalla legge, relativi ad ipotesi di condotta illecita del debitore, di inosservanza di atti dell'autorità giurisdizionale e come mezzo per costringere pubblici ufficiali e contabili a consegnare ed esibire la contabilità, i documenti e il denaro. L'arresto poteva essere inflitto da due mesi a tre anni e il debitore poteva essere liberato pagando un quarto della somma dovuta.

La materia dell'arresto per debiti venne affrontata anche dal Codice di Commercio del Regno di Italia del 1865. Nello specifico, l'art. 727 ss. stabiliva l'irrogazione della sanzione del carcere ai commercianti condannati per debito commerciale, ai non commercianti giudicati da un tribunale commerciale, se soggetti a norma del Codice civile, e «contro i non commercianti condannati per tratta, avallo, accettazione, girata o rivalsa di lettera di cambio o di biglietti all'ordine che dipendono da causa commerciale». La pena venne poi estesa anche ai non commercianti per operazioni commerciali quando vi fosse il pericolo di fuga e di insolvenza.

In ogni caso, pochi anni più tardi, alla luce delle nuove normative europee (si pensi alla Francia nel 1867) che avevano abolito l'istituto del *contrainte par corps*, i giuristi italiani avvertirono l'esigenza di una riforma dell'istituto dell'arresto per debiti, così come disciplinato dal Codice civile del 1865. Per tale motivo, venne approvato nel 1877 il progetto Mancini nel quale la misura restrittiva della libertà rimaneva in vita solamente come mezzo di esecuzione riguardante autori e complici di reati per restituzioni e risarcimenti.

²³⁰ Per un maggiore approfondimento, si rinvia sempre a G. PACE, *Contrainte par corps*, cit., p. 117 ss.

La legge così approvata all'art. 1 sanciva che «l'arresto personale per debiti in materia civile contro nazionali e stranieri è abolito salve le eccezioni seguenti». Tali eccezioni erano trattate all'articolo successivo, ai sensi del quale «l'arresto personale è mantenuto per l'esecuzione delle condanne pronunciate da giudici penali contro gli autori e i complici di crimini o delitti, alle restituzioni, al risarcimento dei danni e alle riparazioni». Il terzo articolo, ancora, prevedeva che «l'arresto personale potrà essere pronunziato anche dai giudici civili per restituzioni, per risarcimento dei danni e per riparazioni derivanti da un fatto punito dalla legge penale». Infine, secondo l'articolo 5 «in tutti i casi non eccettuati dalla presente legge, le sentenze di condanna all'arresto personale in materia civile o commerciale non saranno più eseguite sulla persona. La libertà sarà immediatamente renduta ai debitori imprigionati».

L'istituto così delineato con il passare dei decenni cadde in disuso. Per tale ragione sorse in dottrina il dibattito circa una sua eventuale abrogazione tacita nelle ipotesi ancora contemplate dalla legge del 1877.

Ogni dubbio fu, tuttavia, inizialmente fugato da due sentenze del tribunale di Firenze²³¹ del 1937 in materia di danni derivanti dalla circolazione di autoveicoli. In tale occasione il tribunale toscano affermò che la legge del 1877 non fosse stata abrogata dal codice Rocco né tantomeno superata dalla desuetudine. Quindi, la disposizione in discorso appariva ancora perfettamente valida ed efficace.

Soltanto una sentenza della Corte di appello di Napoli del 1941²³² segnò una inversione di tendenza. La Corte, infatti, dichiarò che l'arresto per debiti aveva ormai subito una indiscutibile abrogazione tacita per incompatibilità con le norme del Codice penale che regolavano la materia delle obbligazioni civili derivanti da reato. Una tale statuizione venne confermata dalla Corte di Cassazione in una celebre sentenza del 1944²³³.

Dunque, certamente l'esecuzione personale per debiti appare nel diritto italiano attuale assolutamente anacronistica e relegabile nell'ambito della storia del diritto. Nell'ordinamento nazionale, infatti, l'unica forma di esecuzione esistente è quella patrimoniale, così come disciplinata nel terzo libro del Codice di procedura civile e, per i soli imprenditori, dalla legge fallimentare.

²³¹ *Foro Italiano*, 1937, I, pp. 1180-1181 e p. 1654.

²³² La sentenza viene esaminata approfonditamente da L. FERRARA, *L'ex-arresto personale per debiti*, in *Giurisprudenza Italiana*, 93, 1941, p. 310.

²³³ *Foro Italiano, Repertorio*, 1943-1945, I, voce *Arresto per debiti*, p. 114, Cassazione, 31 marzo 1944.

Né può certamente ritenersi che la disciplina dell'arresto personale per debiti possa essere in qualche modo paragonabile all'istituto dell'insolvenza fraudolenta, disciplinata e punita dall'art. 641 c.p.²³⁴, della bancarotta semplice o fraudolenta²³⁵, che richiedono – quali elementi costitutivi – una condotta diversa e ulteriore rispetto al mero stato di insolvenza.

Bisogna, infine, rilevare come le stesse convenzioni internazionali e, in particolare all'art. 11 del Patto sui diritti civili e politici²³⁶ e all'art. 1 del Protocollo nr. 4 della CEDU²³⁷, vietino espressamente qualsiasi forma di imprigionamento conseguente alla mera incapacità di adempiere ad un obbligo contrattuale.

In Italia, allora, diversamente dall'ordinamento francese, l'istituto dell'arresto per debiti oggi non trova più alcuna applicazione, in quanto l'unica forma di esecuzione del debitore può essere quella patrimoniale, dettata dalle norme del III libro del c.p.c.

Tuttavia, la necessità di introdurre nel nostro ordinamento un istituto dotato dei medesimi caratteri coercitivi fu avvertita già da Carnelutti, quando – per risolvere la crisi dell'obbligazione – propose un ritorno, all'interno del suo Progetto di Codice del 1926, all'antico meccanismo dell'incarcerazione per debiti²³⁸. Un tale strumento, tuttavia, – come si dirà – risultava assolutamente lesivo della libertà umana: il suo Progetto non venne mai approvato e, pertanto, il Codice di rito del 1942, nella sua

²³⁴ Tale articolo, in particolare, punisce chi, dissimulando il proprio stato di insolvenza, contragga una obbligazione con il proposito di non adempierla, quando questa non sia poi effettivamente adempiuta. L'obbligazione assunta dal debitore deve avere ad oggetto una prestazione di *dare* del denaro e non quella di svolgere una determinata attività a favore dell'altra parte. Dunque, la semplice incapacità economica a restituire le somme avute da altri o nel pagare il prezzo di un oggetto non costituisce oggetto di responsabilità penale. Infatti, si richiedono due elementi aggiuntivi: un comportamento attivo, volto a far credere al creditore di poter pagare (quindi, gli deve aver realizzato degli espedienti tali da trarre in inganno) e un comportamento negativo, come il silenzio. Nascondere la propria condizione di insolvenza integra il reato. È il caso di chi, consapevole della propria impossibilità nel pagare il debito, non lo riferisca al creditore.

²³⁵ Nella prima ipotesi, infatti, il Codice richiede che l'imprenditore con colpa grave abbia o sostenuto spese personali o per la propria famiglia eccedenti la propria condizione economica; o consumato gran parte del proprio patrimonio in operazioni imprudenti; o compiuto operazioni imprudenti atte a ritardare il fallimento; o aggravato il proprio dissesto economico, non richiedendo la dichiarazione del proprio fallimento; o omesso di soddisfare le obbligazioni assunte con un precedente concordato preventivo o fallimentare; o tenuto irregolarmente od omesso di tenere i libri e le scritture contabili prescritte dalla legge dalla data di inizio dell'impresa o durante i tre anni antecedenti alla dichiarazione di fallimento. Nella bancarotta fraudolenta, invece, la condotta dell'imprenditore fallito consiste nell'aver fraudolentemente distratto, occultato, dissimulato, distrutto o dissipato in tutto o in parte i beni con l'intento di recare pregiudizio ai creditori; o esposto o riconosciuto passività inesistenti; o distrutto o falsificato i libri e le scritture contabili con l'intento di procurare a sé o agli altri un ingiusto profitto, in pregiudizio dei creditori.

²³⁶ Art. 11 del Patto sui diritti civili e politici: «Nessuno può essere imprigionato per il solo motivo che non è in grado di adempiere a un obbligo contrattuale.»

²³⁷ Art. 1 Prot. 4 CEDU: «Nessuno può essere privato della sua libertà per il solo fatto di non essere in grado di adempiere a un'obbligazione contrattuale.»

²³⁸ F. CARNELUTTI, *Progetto del Codice di Procedura Civile, presentato alla Sottocommissione Reale per la riforma del Codice di Procedura civile*, II, 1926.

originaria formulazione, non dedicava alcuno spazio alle misure di coazione indiretta all'adempimento.

Dallo studio appena condotto risulta evidente, allora, come già nei secoli del Medioevo fino ad almeno la seconda metà del Novecento si assistette alla necessità di prevedere nel nostro ordinamento un sistema compulsorio civile, che resolvesse quei gravi *deficit* di tutela apprestati dalle misure esecutive personali, esplicanti una funzione latamente coercitiva, idonea cioè a piegare la volontà del debitore al fine dell'adempimento spontaneo.

4. L'emersione del principio '*nemo ad factum cogi potest*'. Accursio e la glossa '*Obligationibus*' a D. 42.1.13.1 (Cels. 6 dig.): «*Sed an praecise ad factum potest compelli?*».

Fin ora, all'interno del presente capitolo, mi sono soffermata essenzialmente sulle misure esecutive esperibili da parte del creditore nei confronti del debitore inadempiente nei secoli del Medioevo e dell'età moderna.

Tali procedure, tuttavia, presentavano due gravi inconvenienti. Il primo, certamente, era quello dell'eccessiva limitazione della libertà umana, individuata e criticata specialmente nei secoli dell'Illuminismo e con l'affermazione dei principi della Rivoluzione francese. Il secondo, invece, attiene strettamente all'oggetto di questa tesi e concerne, quindi, l'assoluta impossibilità tramite l'espropriazione di soddisfare esattamente il creditore di una obbligazione di *facere* o *non facere*.

Si assisteva, pertanto, allo stesso *impasse* che ho rilevato nel diritto romano limitatamente alle obbligazioni di *facere* e *non facere*. Non si riusciva, cioè, a garantire un equo temperamento degli interessi di creditore e debitore. In particolare, nell'ipotesi di esecuzione prettamente patrimoniale, il primo avrebbe ottenuto solamente una soddisfazione 'mediata' delle proprie pretese; nella differente evenienza della misura personale, invece, vi sarebbe stata una eccessiva limitazione della libertà fisica del debitore esecutato.

Un tale *vulnus*, come detto più volte, discendeva dall'impossibilità – rinvenibile già nelle fonti romane e di cui davano conto i giuristi di diritto medievale e moderno – di individuare una misura esecutiva in forma specifica per le obbligazioni di *facere* e *non facere* che potesse soddisfare le ragioni creditorie, senza ingenerare eccessivi svantaggi sull'esecutato.

Come si vedrà, da una tale consapevolezza nacque nei secoli del Medioevo e dell'età moderna il principio '*nemo ad factum cogi potest*'. Un tale adagio, tuttavia, se oggi appare chiaro e limpido, altrettanto non doveva essere in passato.

È certo, in ogni caso, che un tale adito venne coniato nei secoli attraverso lo studio, da parte dei Glossatori prima e dei Commentatori poi, dei passi del Digesto in materia di obbligazioni di *facere* e *non facere*, prescindendosi dalla loro natura fungibile o infungibile²³⁹.

²³⁹ Si rinvia, con riferimento alla questione della mancata classificazione delle obbligazioni di *facere* in ordine alla loro fungibilità nel diritto romano, al cap. I, par. 4.

Il giurista medievale che – dall’esame dei passi del *Corpus iuris civilis* – tentò di fornire per primo²⁴⁰ una disciplina univoca in materia di coercibilità degli obblighi di *facere* e *non facere*, distaccandosi dall’opinione dei suoi predecessori, fu Accursio all’interno della Magna Glossa²⁴¹.

Estremo interesse assume ai fini prospettati l’analisi della glossa ‘*Obligationibus*’²⁴² a D. 42.1.13.1 (Cels. 6 *dig.*), attraverso la quale il dottore bolognese fornì una prima esplicazione teorica del noto principio ‘*nemo ad factum cogi potest*’, domandandosi, in particolare, – e così dimostrando la piena consapevolezza circa la distinzione fra obbligazioni di *facere* e *dare* ai fini dell’esigibilità– «*sed an praecise ad factum potest compelli?*».

Prima di procedere all’esame della glossa, occorre preliminarmente precisare come alcuni studiosi²⁴³ abbiano ritenuto che il noto principio ‘*nemo ad factum cogi potest*’ fosse sorto per un errore interpretativo del dottore bolognese, il quale – non conoscendo la regola formulare della condanna pecuniaria per ogni tipo di obbligazione²⁴⁴, non essendo ancora stato rinvenuto il palinsesto veronese delle *Istitutiones* di Gaio – avrebbe distinto già per il periodo classico fra obbligazioni di *dare*, eseguibili in natura, e obbligazioni di *facere*, eseguibili per il solo tramite della condanna al risarcimento dei danni.

In altri termini, per rendere più chiaro l’assunto, Accursio, non sapendo che nel procedimento formulare la condanna era solamente al *tantundem* pecuniario, avrebbe dedotto che nel diritto classico forse già emersa quella consapevolezza circa la distinzione, ai fini dell’esigibilità, fra obbligazioni di

²⁴⁰ In tal senso, anche T. RAPGEN, *Vertragstreue und Erfüllungszwang in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft*, Paderborn, 1994, p. 104. Diversamente, invece, ritengono H. DONDORP, J. HALLEBEEK, *The Right to Specific Performance. The Historical Development*, Oxford, 2010, pp. 3, 46-49, secondo i quali la nascita del noto principio «ascribes to a number of unspecified jurists and maintains, on basis of the sources investigated, that this opinion only became the prevailing view from the days of Bartolus de Saxoferrato».

²⁴¹ Infatti, come verrà evidenziato successivamente all’interno della nota n. 250, già altri giuristi, quali Odofredo e Azzone, si erano espressi sulla coazione all’adempimento di una prestazione di *facere*, ammettendo la possibilità per il creditore di richiedere all’interno del *libellus* alternativamente la condanna pecuniaria o l’adempimento della prestazione di *facere*. Tuttavia, come vedremo, Accursio prese le distanze da una tale tesi, in quanto – dai passi del *Corpus* – risultava inequivocabilmente che non fosse ammessa alcuna disciplina in ordine all’esecuzione specifica degli obblighi di *facere*, ove l’unica soluzione era quella della condanna pecuniaria.

²⁴² ACCURSIUS, glossa ‘*Obligationibus*’ a D. 42.1.13.1 (Cels. 6 *dig.*), in *Pandectarum seu Digestorum iurisi civilis. Quibus Iurisprudencia ex veteribus Iurisconsultis desumpta libri I continetur tomus tertius*, Venezia, 1581, v. 3, p. 364.

²⁴³ Specialmente J. GENICON, *Nemo ad factum cogi potest*, cit., p. 13, p. 44 e p. 82. Occorre citare anche L. FERRARA, *L’esecuzione processuale indiretta*, cit., p. 168; N. REISTANO, *L’esecuzione coattiva in forma specifica*, Roma, 1948, p. 6; S. MAZZAMUTO, *L’attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978, p. 17 ss.; V. GIABARDO, *Effettività della tutela giurisdizionale e misure coercitive nel processo civile. Un’indagine di diritto comparato*, Torino, 2022, p. 130.

²⁴⁴ Gai. 4. 48: *Omnium autem formularum quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est*.

dare e facere; pertanto, dall'esame di D. 42.1.13.1 (Cels. 1 *dig.*)²⁴⁵, il dottore bolognese avrebbe colto il principio dell'impossibilità per le sole obbligazioni di *facere* di costringere il debitore all'esatto adempimento della prestazione alla quale si era vincolato.

Tuttavia, ritengo che forse una tale presa di posizione possa essere rivista e superata, ove si ammetta l'alterazione post classica o l'interpolazione del passo²⁴⁶ ad opera dei compilatori di Giustiniano, i quali, consci della impossibilità di eseguire in forma specifica una qualsiasi obbligazione di *facere*, dopo aver esaminato l'ipotesi della *stipulatio* di garanzia prestata dal promittente a favore dello stipulante nel caso di verifica di un evento dannoso, sancirono la regola del pagamento in denaro, «*sicut evenit omnibus faciendi obligationibus*».

Se proviamo a porci per un attimo in tale ottica, ne consegue che Accursio non avrebbe frainteso il passo della giurisprudenza classica, anticipando nel processo formulare la distinzione tra esecuzione per equivalente ed esecuzione in forma specifica. Egli si sarebbe, piuttosto, limitato a glossare un frammento che rifletteva lo stato del diritto romano in epoca più tarda, in cui soltanto l'obbligazione di *dare* risultava direttamente eseguibile, mentre l'obbligazione di *facere* — solo laddove le parti avessero concluso una stipulazione — poteva dar luogo a una sentenza di condanna e, di conseguenza, a un'esecuzione mediante *pignus in causa iudicati captum*.

Se si accoglie una tale conclusione, allora, il principio '*nemo ad factum cogi potest*' — sebbene ovviamente non ancora così espressamente formulato — doveva essere accolto o, comunque, percepito già nel diritto romano più tardo.

Naturalmente, non voglio affermare che la regola '*nemo ad factum cogi potest*' avesse subito già una sua teorizzazione ed esplicazione all'interno del diritto romano post classico, ma che vi fosse una

²⁴⁵ Ne riporto nuovamente il testo al fine di agevolare il lettore nella comprensione. D. 42.1.13.1 (Cels. 6 *dig.*): *Si quis promiserit prohibere se, ut aliquid damnum stipulator patiat, et faciat ne quod ex ea re damnum ita habeatur, facit quod promisit: si minus, quia non facit quod promisit, in pecuniam numeratam condemnatur, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus*.

²⁴⁶ L'analisi esegetica del passo, già svolta nel quinto paragrafo del primo capitolo, ha messo in luce la presenza di un'interpolazione o comunque di un intervento post-classico sul testo, al quale rinvio per una più dettagliata ricostruzione.

piena consapevolezza dei giuristi romani²⁴⁷ circa l'impossibilità di coartare il debitore ad adempiere un'obbligazione di *facere*²⁴⁸, senza distinguere ai fini della sua fungibilità.

Naturalmente, l'ipotesi di lavoro che ho appena esposto esige di essere dimostrata, pertanto, è necessario volgere la mia attenzione al contenuto della glossa '*Obligationibus*' a D. 42.1.13.1 (Cels. 1 *dig.*).

Il giurista, nello specifico, si domandava: «*sed an praecise ad factum potest compelli?*». Egli poi, senza esprimere un'opinione propria, ripercorreva tre diverse soluzioni prospettate dai giuristi suoi coevi.

Pertanto, – citando l'opinione di *Hugulinus* – *in primis* forniva una elencazione di ipotesi di prestazioni di *facere* esattamente eseguibili rinvenibili nei frammenti del Digesto, che però – precisava, concordando con l'opinione di altri giuristi – costituivano eccezione alla regola generale, che prevedeva l'ineseguibilità diretta delle obbligazioni di *facere*.

Proseguiva, poi – ripercorrendo tale dottrina –, nell'individuazione di quelle fattispecie dalle quali si desumeva con certezza l'impossibilità di costringere il debitore di una prestazione di *facere* e, cioè, D. 42.1.13.1 (Ulp. 20 *ad ed.*), che sto ora esaminando, e C. 4.49.4²⁴⁹ in materia di obbligo di consegna da parte del venditore della cosa venduta e che verrà approfonditamente esaminato nei paragrafi che seguono. Si badi bene – e lo preciso già da adesso – che la questione concernente l'inquadramento

²⁴⁷ Una tale consapevolezza la si può cogliere anche dall'esame di D. 45.1.72.pr. (Ulp. 20 *ad ed.*), il quale ho supposto nel par. 5.1 del capitolo I potesse essere oggetto di una *duplex interpretatio* fra diritto classico e giustiniano. Infatti, ammettendo che il passo risultasse perfettamente attuale all'epoca di Giustiniano, si comprende come il «*si non fuerit factum, pecuniam dari oportere*» alludesse evidentemente a una differenziazione ai fini esecutivi fra obbligazioni di *facere* e obbligazioni di *dare*. Per semplicità, riporto il testo del frammento: *Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt, veluti viae itineris actus aquae ductus ceterarumque servitutium. Idem puto et si quis faciendum aliquid stipulatus sit, ut puta fundum tradi vel fossam fodiri vel insulam fabricari, vel operas vel quid his simile: horum enim divisio corrumpit stipulationem. Celsus tamen libro trigensimo octavo digestorum refert Tiberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem: secundum quem Celsus ait posse dici iusta aestimatione facti dandam esse petitionem.*

²⁴⁸Concorda L. FERRARA, L'esecuzione processuale indiretta, cit., p. 13: «È la logica stessa, la prima, ad escludere che si possa costringere direttamente alcuno a fare o a non fare una determinata cosa. E il diritto romano, che era la più mirabile espressione della logica applicata acutamente ai rapporti della vita, non poteva prescindere da questa condizione di cose. Anche allora, come oggi, se un operaio si rifiutava di fare un lavoro al quale si era obbligato, se un artista dichiarava di non volere più scolpire la statua pattuita, se l'incaricato di una missione rifiutava di espletare l'incarico accettato, non si vedeva la possibilità di una esecuzione forzata in natura di un costringimento diretto ed immediato alla prestazione e quindi al fatto della persona obbligata».

²⁴⁹ C. 4.49.4 (a. 290): *Imperatores Diocletianus, Maximianus. Si traditio rei venditae iuxta emptionis contractum procacia venditoris non fiat, quanti interesse compleri emptionem fuerit arbitratus praeses provinciae, tantum in condemnationis taxationem deducere curabit.*

dell'obbligo di consegna della *res* al compratore, se integrasse cioè obbligazione di *facere* o di *dare*, ha costituito per secoli oggetto di aspro dibattito e la sua soluzione è stata fondamentale anche per la teorizzazione espressa del principio '*nemo ad factum cogi potest*'.

Al termine della glossa, poi, Accursio ripercorreva l'idea di coloro (senza però dimostrare in alcun modo di dividerne le soluzioni) che ammettevano la surrogazione da parte di un terzo nell'adempimento della prestazione debitoria. A conferma di tale teoria, citava C. 6.51.9b²⁵⁰ nel quale si consentiva che un altro soggetto si sostituisse all'onerato se il fatto «*per alium impleri possit*»²⁵¹.

²⁵⁰ C. 6.51.9b (a. 534): *Sin autem in faciendo aliquid impositum est, si quidem hoc et per alium impleri possit, simili modo et a lucrante agnosci, puta si honorata persona iubeatur insulam vel monumentum vel aliud tale suis sumptibus facere vel heredi vel legatario vel alii forte, quem testator voluerit, vel rem ab herede testatoris emere vel locationem vel fideiussionem subire, et si quid huiusmodi facti simile sit: nihil etenim refert, sive per eum, de quo testator locutus est, sive per alium eiusdem lucri successorem adimpleatur.* Tuttavia, da una tale lettura parrebbe che la surrogabilità di un terzo all'onerato operasse sul piano prettamente sostanziale e non conseguente all'emissione del *iudicatum*. In altre parole, si sarebbe concessa la possibilità al terzo di sostituirsi al debitore (onerato) prima del maturare dell'inadempimento e non anche in un momento successivo, così da paralizzare in via anticipata il rischio dell'emissione di una sentenza di condanna. Pertanto, l'intervento del terzo sarebbe stato funzionale all'adempimento dell'onere testamentario e non anche all'esecuzione della sentenza (che non era ancora stata pronunciata). Per una maggiore disamina della questione, si rinvia alla nota successiva.

²⁵¹ Sulla possibilità di distinguere le obbligazioni di *facere* sul piano della surrogabilità ad opera di un terzo, si erano espressi i glossatori e, nella specie, Azzone e Odofredo. Difatti, Alberico da Rosate rilevava all'interno del suo commento a D. 42.1.13.1 (ALBERICUS DE ROSATE, *Commentarii in primam Digesti novi partem*, Venezia, 1585, p. 102) che, secondo la mia traduzione, «si dice che gli antichi dottori di Bologna fossero tutti concordi sul fatto che, nel caso in cui un atto potesse essere eseguito agevolmente da un sostituto, e nel quale fosse richiesta la specifica competenza della persona, allora questa fosse obbligata a compiere quell'atto in modo preciso». In altri termini, il sostituto con caratteristiche fisiche o intellettuali corrispondenti a quelle dell'onerato, poteva a lui sostituirsi nell'adempimento della prestazione. Tuttavia, dirò a breve, una tale soluzione era finalizzata allo scopo di evitare il maturare di un successivo inadempimento e non anche l'esecuzione in forma specifica del *iudicatum*. La questione appare chiara se si esamina la *Summa Codicis* di Azzone, specialmente nella sua trattazione a C. 7.47.8 e a C. 4.65.4. In particolare, il giurista bolognese affermava che tutte le obbligazioni di *facere* fossero alternative: il debitore avrebbe potuto, infatti, decidere o di adempiere esattamente all'obbligazione o di pagare una somma di denaro (AZO, *Summa Codicis*, Venezia, 1584, ad C. 4.65 n. 6, col. 454: «*potest liberari praestito interesse vel faciendo per alium aequae bonum artificem, cum non sit actum specialiter, ut fiat per eum*»). Inoltre, si sarebbe ammessa la possibilità che un terzo, che ne divideva l'*'industria'*, si sostituisse al debitore ai fini dell'adempimento. Nel caso specifico, Azzone si riferiva all'ipotesi in cui un artigiano si sostituisse al prestatore di servizi per la realizzazione di un'opera. Successivamente, maturato l'inadempimento, ove nessun terzo si fosse sostituito all'onerato, il creditore avrebbe potuto decidere se agire contro il debitore chiedendo l'esatta esecuzione della prestazione o la condanna prettamente pecuniaria (ID., *Summa Codicis* ad C. 7.47 n. 6, col. 761: «*ubi factum est in obligatione potest agi ad factum vel ad interesse... et habet plerunque actor electionem*»; ID., *Summa Codicis* ad C.4.65 n. 7, col. 761: «*Si quaeras an quis possit cogi precise operare? Responde: potest*»). Ne dedico, allora, due importanti conseguenze. *In primis*, che anteriormente ad Accursio non valeva la regola del '*nemo ad factum cogi potest*' per le obbligazioni di *facere*, in quanto il creditore poteva in alternativa chiedere al giudice l'emissione di una sentenza di condanna pecuniaria o all'esatto adempimento; *in secundis*, che la surrogabilità del terzo si riferisse ad un momento differente del rapporto obbligatorio e, cioè, quello propedeutico all'adempimento, talché il debitore (o chi per lui) era ancora nei termini per realizzare la propria prestazione. Ne consegue che la surrogabilità ad opera di un terzo, di cui trattavano i glossatori e che di per sé era idonea ad escludere l'esecuzione in forma specifica della sentenza, è certamente differente da quella attuale, che – invece – investe il piano prettamente processuale dell'obbligazione di *facere*. Difatti, la surrogabilità di Azzone atteneva al momento sostanziale del rapporto obbligatorio, ove l'obbligazione potesse essere realizzata anche da un terzo,

Specificava, infine, che – diversamente dalle obbligazioni di *facere* – in tutte le obbligazioni di *dare* il debitore poteva essere esattamente costretto ad adempiere alla propria prestazione (rivenendosi

così risolvendo in via anticipata il problema di un eventuale e futuro inadempimento; diversamente, oggi si fa riferimento alla possibilità che un terzo – dopo che sia maturato l'inadempimento dell'onerato e sia stata pronunciata sentenza di condanna – si sostituisca a quest'ultimo nell'esecuzione del *iudicatum*. Inoltre, a dimostrazione di un tale assunto può essere ricordato che il passo preso maggiormente in considerazione dai glossatori per la loro teoria della surrogabilità era C. 6.51.9b (a. 534), nel quale è evidente che l'obbligazione incombente sull'onerato del testamento, al quale poteva sostituirsi un terzo, non era ancora stata inadempita e che, quindi, l'obbligazione fosse rimasta sul piano prettamente sostanziale, anteriore all'instaurazione del processo. La diversità fra una tale forma di surrogazione, volta ad evitare un futuro inadempimento e l'emanazione della sentenza di condanna, e la surrogabilità più prettamente processuale non viene, tuttavia, rilevata da E.J.H. SCHRAGE, *Nemo ad factum cogi potest, Une quaestio inédite de Jacques de Révigny sur l'exécution réelle*, in *Non quia romanum sed quia ius. Das Entstehen eines europäischen Rechtsbewußtseins im Mittelalter*, 1996, p. 56. A causa, dunque, di questa netta differenziazione fra il piano sostanziale e quello procedurale, si può ammettere che nel diritto medievale e nel moderno (fino ad almeno la trattatistica di Pothiere più marcatamente nel *Code Civil*) non fosse emersa la nozione di surrogabilità, quale 'fungibilità soggettiva' di tipo processuale, come la intendiamo oggi, talché il principio '*nemo ad factum cogi potest*' (nel momento in cui emerse) dovesse essere applicato indistintamente alle obbligazioni (soggettivamente) sia fungibili che infungibili. In altri termini, la natura fungibile o infungibile dell'obbligazione poteva rilevare sul piano sostanziale dell'adempimento ma non anche sul piano processuale dell'esecuzione. Di opinione analoga, S. CHIARLONI, *Misure esecutive e tutela dei diritti*, Milano, 1980, p. 57, secondo il quale dalle parole riportate da Vinnio in *Commentarius in quatuor libros Institutionum Imperialium*, III.24 si dedurrebbe come «una categorizzazione delle obbligazioni di fare ai fini della (in)coercibilità non già secondo la dicotomia fungibilità-infungibilità, bensì secondo una dicotomia che comprende su un versante tutte le obbligazioni di fare, siano esse fungibili o infungibili». Sul perché il principio dell'incoercibilità del *facere* si fosse sviluppato nel diritto medievale a prescindere da ogni categorizzazione in materia di fungibilità discuteva poi G. BORRÈ, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, Napoli, 1966, p. 17, secondo cui «il celebre e fortunato brocardo «*nemo ad factum praecise cogi potest*», che appunto fu formulato in questa epoca e con riferimento alla problematica sopra ricordata, in realtà si estese a tutte le obbligazioni che oggi chiamiamo di fare. Ciò induce, peraltro, a qualche ulteriore riflessione. Occorre, infatti, domandarci perché la giustificazione di tale principio sia stata ricercata nell'impossibilità di far violenza alla persona umana, nella illegittimità di un costringimento diretto e preciso a compiere una certa attività (*ne homini libero vis fiat*), quando è evidente, da un lato, che il raggiungimento del risultato, nonostante l'inerzia del debitore, sarebbe stato in certi casi possibile attraverso la surrogazione di attività altrui, e, dall'altro, che anche l'esecuzione dell'obbligo di *dare*, se intesa nel senso di un costringimento materiale alla consegna (prospettiva peraltro mai ipotizzata), si sarebbe risolta in un attentato alla libertà. La sostanza del problema scaturiva, dunque, nel caso degli obblighi di fare, non tanto dall'esigenza di difendere la libertà del debitore, quanto piuttosto dall'incapacità di concepire la esecuzione in termini di attività surrogatoria. È perciò seriamente ipotizzabile che la giustificazione per tanti secoli offerta al principio in esame — giustificazione cui fornirono una specie di pretesto storico dapprima le tendenze eticizzanti del diritto intermedio e poi le massime di diritto naturale che accompagnarono il sorgere delle codificazioni — cessi in realtà velo ad un'intuizione più profonda, nella quale egualmente gioca un ruolo notevole la personalità del debitore, ma non sotto il profilo dell'impossibilità di costrizione materiale al *facere*, bensì sotto quello della originalità del *facere* e della conseguente difficoltà di organizzare forme processuali idonee a garantire la surrogazione: nel che, come vedremo, è il vero problema di fondo del nostro istituto, in quanto relativo non ad un atto tipico, come la consegna, ma ad un atto che, pur quando sia surrogabile da un terzo, tuttavia presenta un certo margine di originalità, non mai del tutto cristallizzabile in un comando preventivo e perciò tale da esigere, nello svolgimento stesso dell'attività surrogatoria, una certa elasticità di forme e una considerevole larghezza ai poteri determinativi: aspetti, questi, non ancora concepibili nel processo del diritto intermedio.»

nelle fonti latine esempi chiari di esecuzione in forma specifica), portando quale esempio D. 45.1.75.10 (Ulp. 22 *ad ed.*)²⁵².

Dunque, certamente, nel XIII secolo il problema della coercibilità diretta delle obbligazioni di *facere* non trovava una soluzione ben definita, essendo diverse e contrastanti le idee dei giuristi coevi di Accursio sul punto²⁵³. Se, infatti, *Hugulinus* ammetteva l'esecuzione in forma specifica delle obbligazioni di *facere*, gli si opponevano altri giuristi, secondo i quali la regola generale avrebbe proteso per l'inesigibilità diretta. Ancora, secondo altri, la possibilità che un terzo si sostituisse all'onerato avrebbe risolto in via preventiva la possibilità che si addivenisse all'inadempimento.

Dalla glossa in questione è possibile trarre anche un altro importante assunto, concernente la mancata condivisione fra i giuristi medievali della classificazione in materia di fungibilità delle obbligazioni. Se, cioè, oggi ci pare scontato ricondurre il '*nemo ad factum cogi potest*' alle sole obbligazioni infungibili, trovando applicazione per le altre l'esecuzione in forma specifica ex artt. 2931 c.c. e 612 ss. c.p.c., così non doveva essere nei secoli del Medioevo.

Difatti, la distinzione fra obbligazioni surrogabili (e, quindi, soggettivamente fungibili) e insurrogabili (e, pertanto, soggettivamente infungibili) non era evidentemente diffusa, in quanto Accursio non dimostrava di condividere una tale opinione, accennandola solamente. I giuristi, infatti, che la sostenevano (e a tal fine si rinvia alle nt. 250 e 251 di questo capitolo) ammettevano la possibilità che un terzo si sostituisse al debitore nell'adempimento dell'obbligazione, paralizzando in via anticipata un eventuale e futuro inadempimento e, di conseguenza, l'emissione della sentenza. In altre parole, la consapevolezza sorta in Azzone e Odofredo circa la distinzione fra obbligazione fungibile e infungibile atteneva solamente al lato sostanziale dell'adempimento e non al piano processuale dell'esecuzione della sentenza.

Fra l'altro, in C. 4.49.4 la prestazione che veniva ritenuta da Accursio inesigibile (giacché di *dare*, ma equiparata quanto alla sua coercibilità dal dottore bolognese, specialmente nella glossa '*Agitur*'²⁵⁴ a D. 19.1.1 (Ulp. 28 *ad Sabinum*) di cui si dirà poco più avanti, a quella di *facere*) atteneva a una

²⁵² D. 45.1.75.10 (Ulp. 22 *ad ed.*): *Haec stipulatio: "fundum Tusculanum dari?" ostendit se certi esse, continetque, ut dominium omnimodo efficiatur stipulatoris quoquo modo.*

²⁵³ La presente indagine, per ragioni di coerenza interna, non affronta il contesto della giustizia comunale, dove – con ogni probabilità – si rinvenivano soluzioni pratiche al problema dell'esecuzione delle obbligazioni di *facere*, in contrasto con l'incertezza teorica che caratterizzava la riflessione dei giuristi medievali. Inoltre, nella prassi, il ricorso a stipulazioni penali costituiva un espediente frequente per supplire all'assenza di mezzi esecutivi diretti: non sorprende, dunque, che si riscontri con maggior frequenza l'irrogazione di penali rispetto all'instaurazione di veri e propri procedimenti giudiziari.

²⁵⁴ ACCURSIUS, glossa '*Agitur*' a D. 19.1.1 (Ulp. 28 *ad Sabinum*), in *Pandectarum seu Digestorum iurisi civilis. Quibus Iurisprudentia ex veteribus Iurisconsultis desumpta libri I continetur tomus primus*, cit., v. 1, p. 1215.

obbligazione che oggi si ritiene assolutamente fungibile e, cioè, la consegna della cosa venduta. Non vi è dubbio, infatti, che un terzo potrebbe sostituirsi al venditore, prelevando la *res* e consegnandola all'acquirente. Tuttavia, la circostanza che una tale prestazione fosse ritenuta assolutamente inesigibile mi fa comprendere come non vi fosse una regola differenziata, quanto all'esigibilità, fra obbligazioni fungibili e infungibili.

Soltanto con il Codice francese del 1804 (successivamente a una precedente intuizione di Pothier limitata alle sole obbligazioni di *non facere*), infatti, è possibile rivenire una prima, vera e propria differenziazione delle obbligazioni di *facere* fra fungibili, direttamente eseguibili, e infungibili, la cui attuazione era priva di qualsiasi forma di tutela.

Altra glossa di Accursio che in tale sede merita di essere, se pur brevemente, analizzata è la '*Agitur*' a D. 19.1.1.pr. (Ulp. 28 *ad Sabinum*)²⁵⁵ nel contesto dell'obbligo incombente sul venditore di ritrasferire la cosa venduta all'acquirente, poc'anzi accennato.

La questione giuridica che Accursio in tale sede intendeva risolvere concerneva la natura giuridica dell'obbligazione di consegnare la *res* venduta²⁵⁶. In particolare, qualora ne fosse ammessa la configurazione alla stregua di obbligazione di *dare*, la stessa sarebbe stata perfettamente eseguibile *manu militari*; invece, se si fosse affermata la sua natura di obbligazione di *facere*, non si sarebbe potuto costringere il debitore all'esatto adempimento, dovendosi – invece – affidare nella sua spontanea esecuzione, potendosi, però, utilizzare al fine di spronarne la volontà il meccanismo coercitivo indiretto delle stipulazioni penali.

Il giurista, dopo aver enunciato le opinioni di *Bulgarus*, *Ioannes*, *Azo* e *Hugulinus*, concludeva che il promittente fosse tenuto a soddisfare la volontà dello stipulante in ogni modo, consegnando, quindi, la cosa. Tuttavia, «*non dices tamen quod praecise tradere tenetur*».

²⁵⁵ D. 19.1.1.pr (Ulp. 28 *ad Sabinum*): *Si res vendita non tradatur, in id quod interest agitur, hoc est quod rem habere interest emptoris: hoc autem interdum pretium egreditur, si pluris interest, quam res valet vel empty est.*

²⁵⁶ K. F. SAVIGNY, *La teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 312 identificava la nascita della problematica dell'inquadramento dell'obbligazione di *tradere* la cosa venduta nella differenza sussistente nel diritto romano fra *res Mancipi* e *res nec Mancipi*. Difatti, «se si trattava di una *res nec Mancipi* (danaro, pecore, capre, etc.), la tradizione non costituiva un *facere*, ma un *dare*, poi che essa trasferiva all'istante la proprietà *ex iure quiritium*, proprio come, per le *res Mancipi*, la Mancipazione. Qui, dunque, dovette anche lo scrittore sopra citato riconoscere la divisibilità della *tradendi obligatio*, poiché, per lui, i motivi di dubbio e di contrasto riguardavano unicamente la natura particolare della *faciendi obligatio*. Se si trattava invece di una *res Mancipi* (fondo italico, schiavo, cavallo, ecc.) si aveva non un *dare*, ma un *facere*, in quanto che, colui che riceveva la cosa, non l'acquistava, colla semplice tradizione *ex iure quiritium*, ma solo *in bonis*. In realtà, per tali cose (massime per un *fundus*), l'obbligazione rivolta alla tradizione era detta *faciendi obligatio*, e tale espressione aveva questa portata pratica: che in base ad una simile obbligazione si poteva agire non per un *dare*, ma per un *dare, facere, oportere*, colla *incerti conditio*».

È, allora, evidente che – ammettendo l’alterazione post classica o l’interpolazione a D. 42.1.13.1 (Cels. 1 *dig.*) – con Accursio si fosse già manifestata pienamente quell’opinione di pensiero, traslata – secondo la mia opinione – dal diritto romano post classico e meglio esplicitata e motivata nei secoli successivi, secondo la quale il debitore non potesse essere forzosamente costretto ad adempiere esattamente la prestazione dedotta in una obbligazione di *facere* o *non facere*, ove esempio classico di una tale obbligazione era rappresentato dalla consegna della *res* dal venditore all’acquirente.

Tuttavia, a una tale regola era prevista un’eccezione, laddove l’obbligazione di *facere* consistesse in una prestazione di pubblica utilità, che era assolutamente ed esattamente esigibile. Di ciò Accursio rendeva nota nella curiosa glossa ‘*Sive*’²⁵⁷ a D. 39.1.21.4 (Ulp. 80 *ad ed.*), nella quale si soffermava sul lavoro indispensabile dello studioso che «*potest cogi praecise ad scribendum et poni in compenditus*». In tal senso, infatti, «*ita concordant omnes Doctores Bononiensis, residentes et est ratio ne turbent publica utilitatis, idest studium*». Un tale concetto, come si dirà nel par. 6, verrà ripreso più tardi anche da Baldo, che – però – pose un esempio meno suggestivo, concernente la necessità di assicurare il vigore dell’ordinamento giudiziario.

Pertanto, esaminata la questione fondamentale della coercibilità diretta nell’interpretazione di Accursio, proseguo la mia analisi con le opere degli altri giuristi medievali.

²⁵⁷ ACCURSIUS, glossa ‘*Sive*’ a D. 39.1.21.4 (Ulp. 80 *ad ed.*), in *Pandectarum seu Digestorum iurisi civilis. Quibus Iurisprudencia ex veteribus Iurisconsultis desumpta libri I continetur tomus tertius*, cit., v. 3, p. 22.

5. **Bartolo e l'impossibilità di esecuzione diretta degli obblighi di *facere* e *non facere*: la tutela della libertà del debitore.**

Nel corso del XIV sec., durante il quale – come detto –, l'esecuzione personale tramite la riduzione in schiavitù venne sostituita con il nuovo *contrainte par corps* (consistente nell'imprigionamento), emerse una nuova sensibilità a tutela della libertà fisica del debitore esecutato.

Così come, infatti, non era più concepibile uno stato di assoggettamento personale del debitore, che avrebbe dovuto ripagare il creditore con le proprie opere per poi essere venduto come schiavo ad un terzo acquirente (analogamente all'antica *manus iniectio*), non era nemmeno ipotizzabile poter forzare il debitore ad eseguire *praecise* una prestazione di *facere* o *non facere*, laddove sarebbe risultato impossibile un esatto adempimento.

In altre parole, la situazione dello schiavo per debiti veniva fatta equivalere a quella del debitore costretto ad attuare una prestazione di *facere* o *non facere*, ove l'adempimento non fosse più realizzabile.

Dunque, alle motivazioni già riportate da Accursio circa l'impossibilità di costringere il debitore ad eseguire esattamente la prestazione di *facere*, Bartolo aggiungeva una nuova spiegazione fondata sulla libertà fisica dell'esecutato.

Una tale analisi deve innanzitutto avere origine dal commento di quest'ultimo a D. 45.1.72.pr. (Ulp. 20 *ad ed.*), già da me abbondantemente esaminato e per il quale ho prospettato una *duplex interpretatio*. In tale frammento Ulpiano, dopo aver affrontato la tematica della divisibilità delle *stipulationes*, scriveva che – secondo Celso – «*ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere*».

In un tale contesto, dopo aver indagato la problematica della indivisibilità, Bartolo coglieva l'occasione per fornire una giustificazione al perché nelle obbligazioni di *dare* il debitore fosse condannato all'esatto adempimento e in quelle di *facere* solamente al pagamento del *id quod interest*. Egli, ripercorrendo le opinioni dei giuristi suoi coevi, individuava quattro diverse *rationes*²⁵⁸.

In primis, – ed è la motivazione che a me più interessa – riferendo l'opinione di Dynus, egli affermava che, se l'obbligazione di *dare* era adempibile con maggiore facilità e in un solo momento, così non era nelle obbligazioni di *facere* che, per loro natura, potevano richiedere ai fini della soddisfazione

²⁵⁸ BARTOLUS, *Omnium Iuris Interpretum Antesignani. Commentaria. Nunc recens, praefer omnes alias ad hanc diem in lucem editas, Aureis Adnotationibus*, Venezia, 1602, sulla l. 72 D. 45.1, VI, n. 13, p. 25 verso, I colonna.

del creditore un lungo processo, si da tenere impegnato il debitore in condizione servile per un vasto periodo di tempo. Pertanto, non potendosi «*cogere promissorem ad faciendum, esset quaedam species servitutis, ...lex subrogavit obligationem ad interesse*».

Ancora, veniva osservato come – a differenza delle obbligazioni di *dare*, ove chiunque poteva essere onerato in qualsiasi momento di una mera consegna della cosa – la realizzazione di determinate opere fosse esigibile solamente in determinati contesti temporali favorevoli e in relazione a determinati debitori con specifiche caratteristiche²⁵⁹.

La terza *ratio* riportata da Bartolo veniva ricondotta all'opinione del giurista Pietro. Egli, nello specifico, dimostrava come, se nell'obbligazione di *dare* la prestazione era perfettamente definita, certa e determinata, così non sarebbe stato nelle obbligazioni di *facere*. In queste ultime, infatti, la rilevazione dell'interesse appariva più complessa, in quanto potevano variare le esigenze del creditore stesso, che – al verificarsi di determinate condizioni o eventi – avrebbe potuto preferire una prestazione diversa o non preferirne alcuna. Pertanto, la soluzione sarebbe consistita nel condannare il debitore non più alla realizzazione della prestazione di *facere* cui si era originariamente vincolato, potendo non più rientrare negli interessi del creditore, ma al pagamento di una somma di denaro, che corrispondeva e corrisponderà sempre all'interesse concreto e reale di quest'ultimo.

Successivamente, Bartolo evidenziava come la legge si preoccupasse che «*aliquid non sit incerto*». Nell'ipotesi di obbligazione di *facere*, infatti, l'oggetto della stessa era un'azione o un atto che doveva essere ancora compiuto. Una tale circostanza avrebbe reso l'obbligazione intrinsecamente incerta. Dunque, la legge si preoccupava di trasformare un atto incerto in uno certo (e, quindi, tangibile e precisamente eseguibile). Ciò sarebbe avvenuto per il tramite della '*translatio*' della precedente obbligazione di *facere* in una nuova di *dare* al pagamento dell'*id quod interest*. Anche in questa sede, allora, si affermava la necessità – già da noi avvertita nel precedente capitolo – di una *novatio* da obbligazione di *facere* a obbligazione di *dare*, in modo da rendere certa e direttamente eseguibile l'obbligazione del promittente.

Infine, occorre brevemente rilevare come Bartolo negasse espressamente – in assoluta controtendenza rispetto a quanto evidenziato in precedenza dai dottori bolognesi²⁶⁰ – la distinzione fra obbligazioni

²⁵⁹ IDEM, «*Nam sive hodie, sive cras des, sive tu, sive alius pro te, idem datum erit eiusdem rei; sed non sic in factis, quia ut plurimum diversificantur ex tempore. Nam aliud est factum de die, aliud de nocte; aliter sanus facit, aliter infirmus*».

²⁶⁰ Si rinvia, nello specifico, al cap. II, nt. 251.

di *facere* (sostanzialmente) fungibili e infungibili, essendo assolutamente irrilevante l'identità dell'onerato. In altre parole, il debitore, nell'adempire la prestazione, non doveva tener conto dell'interesse creditorio a che la prestazione fosse adempiuta da un soggetto con determinate caratteristiche fisiche o intellettuali, ma al 'rigore e all'equità della legge'²⁶¹. Quindi, era irrilevante che la prestazione cui si era vincolato l'onerato avrebbe potuto essere ugualmente soddisfatta da un terzo, tutelando ugualmente l'interesse creditorio. Giova, però, evidenziare come anche Bartolo esaminasse la questione della fungibilità con riferimento al piano sostanziale dell'obbligazione, negando quindi che il terzo potesse sostituirsi al debitore nell'adempimento dell'obbligazione e non nell'esecuzione della sentenza.

Dunque, è assolutamente evidente come ancora non si fosse radicata una vera e propria classificazione fra le obbligazioni di *facere* fungibili e infungibili ai fini dell'esecuzione. In altre parole, l'adito '*nemo ad factum cogi potest*' trovava applicazione – concordemente alla lettera di D. 42.1.13.1 – per tutte le obbligazioni di *facere*, a prescindere dalla loro surrogabilità ad opera di un terzo. Infatti, il dibattito sulla sostituibilità di un terzo all'onerato investiva la fase sostanziale del rapporto, al fine di scongiurare un eventuale e futuro inadempimento, e non il momento processuale dell'esecuzione del *iudicatum*.

Quindi, traendo le conclusioni di tale paragrafo, dall'analisi di tale commento a D. 42.1.72.pr. desumiamo, *in primis*, come alle ragioni già in precedenza evidenziate in materia di incoercibilità diretta delle obbligazioni di *facere* se ne aggiungesse una ulteriore (trattata nella prima *ratio*) e consistente nella necessità di tutelare la libertà del debitore, non riconducendolo a uno *status* servile; *in secundis*, che non fosse ancora maturata quella distinzione (che emergerà nettamente solamente con la redazione del Code del 1804) fra obbligazioni di *facere* fungibili e infungibili, talché entrambe fossero non direttamente eseguibili.

²⁶¹ BARTOLUS, *Omnium Iuris Interpretum Antesignani. Commentaria. Nunc recens, præter omnes alias ad hanc diem in lucem editas, Aureis Adnotationibus*, sulla l. 72 D. 45.1., VI, n. 37, p. 30 verso, I colonna.

6. La natura dell'obbligazione di consegnare la *res* venduta in Bartolo, Baldo e Cuiacio.

Si è detto poc'anzi che questione strettamente connessa a quella della eseguibilità diretta delle obbligazioni di *facere* e *non facere* concerneva la natura giuridica dell'obbligo del venditore di consegnare la cosa venduta.

Infatti, i giuristi del tempo – nell'esaminare la *vexata quaestio* – giunsero a delle conclusioni fondamentali in materia di eseguibilità delle obbligazioni di *facere*: nell'inquadrare una tale obbligazione di consegnare la cosa venduta nella categoria delle obbligazioni di *facere* o di *dare* fornirono definizioni e delinearono classificazioni che risultano ai fini prospettati assolutamente necessarie.

Occorre, adesso, a conferma di quanto detto finora sul pensiero di Bartolo, esaminare il suo commento²⁶² a D. 19.1.1.pr.²⁶³ ove Ulpiano trattava dell'ipotesi in cui il venditore non avesse consegnato la cosa venduta. In tale contesto, allora, al compratore sarebbe spettata l'*actio empti*, così condannando il debitore al *id quod interest*, cioè «*quod rem habere interest emptoris*».

Dunque, anche in tale occasione, Bartolo non mancava di precisare la differenza ai fini dell'eseguibilità fra obbligazione di *facere* e di *dare*, ove solamente la seconda sarebbe stata suscettibile di esecuzione *manu militari*, mentre la prima – riprendendo Ulpiano – della sola condanna al pagamento dell'*id quod interest*.

Difatti, «*quando est in obligatione rem dari, quis praecise compellitur [...] in obligationibus autem faci [...] quis non praecise compellitur, sed liberatur solvendo interesse*».

Occorre, però, rilevare come una tale regola fosse dal giurista giustificata dall'impossibilità o dall'immoralità di ottenere la cooperazione del debitore nell'esecuzione del fatto: «*cogere promissorem ad factum esset quadam species servitutis*».

Stabilita, pertanto, la regola dell'eseguibilità diretta delle sole obbligazioni di *dare*, Bartolo nel medesimo commento al Digesto tentava di rispondere alla questione che poc'anzi ho prospettato e, quindi, se l'obbligo di consegna della cosa venduta costituisse o meno obbligazione di *facere*.

²⁶² BARTOLUS, *Omnium Iuris Interpretum Antesignani. Commentaria. Nunc recens, praeter omnes alias ad hanc diem in lucem editas, Aureis Adnotationibus*, sulla l. 1 D. XIX. 1, II, p. 115 retro, I colonna.

²⁶³ D. 19.1.1.pr. (Ulp. 28 ad Sab.): *Si res vendita non tradatur, in id quod interest agitur, hoc est quod rem habere interest emptoris: hoc autem interdum pretium egreditur, si pluris interest, quam res valet vel empti est.*

Ricordo brevemente che per Accursio – e ciò si desume dalla glossa ‘*Agitur*’ a D.19.1.1.pr. – l’obbligazione di *tradere* la cosa venduta fosse certamente di *facere* e, pertanto non direttamente eseguibile.

A diversa conclusione giungeva, invece, Bartolo, che faceva un’importante precisazione. In particolare, poiché l’*obligatio* cui era vincolato il debitore era ‘*partecipalis*’, la sua natura era in parte quella di una obbligazione di *facere* e in parte di una obbligazione di *dare*²⁶⁴.

Quindi, laddove il venditore della *res* ne fosse anche il proprietario, egli era tenuto a una obbligazione di *dare*, ove questa si estrinsecasse nel mero trasferimento della proprietà. Pertanto, ne sarebbe stata ammessa l’esecuzione *manu militari*.

Contrariamente, nell’opposta evenienza in cui il venditore non fosse anche il proprietario, egli avrebbe dovuto obbligarsi a un *facere* e, cioè, ad assicurare all’acquirente di usucapire la *res* oggetto di vendita. Allora, egli, in caso di inadempimento, non avrebbe potuto più essere obbligato ad eseguire esattamente la stessa prestazione, quanto solamente a pagare l’*id quod interest* al compratore.

Anche Baldo, allievo di Bartolo, si esprimeva sulla natura dell’obbligazione di consegna della *res tradita*, riportando e conformandosi²⁶⁵ all’opinione di Martino, Jacobus de Ravanis e Pietro, in contrapposizione agli altri giuristi. La sussistenza di un tale contrasto di opinioni è indicativa che, ancora nel XIV secolo, il dibattito fosse acceso.

Quindi, Baldo, nel suo commento a C. 4.49.4²⁶⁶ sosteneva che la regola per le obbligazioni di consegnare il bene venduto fosse, ove possibile, quella dell’esecuzione in natura, inquadrando, quindi, le suddette obbligazioni nella categoria delle prestazioni di *dare*, e non anche – come invece rilevavano altri studiosi – in quelle di *facere*.

²⁶⁴IDEM, «*modo obligatio qua tenetur venditor est quædam obligatio participalis, quæ partem capit de natura obligationis faciendi, et partem natura obligationis dandi... Cum quis tradit rem, debet eam facere accipientis si est dominus, et sic sentit de natura obligationis dandi. Si non est dominus, debet transferre usu- capiendi conditionem... Cum igitur ista obligatio sit participalis, eligitur quædam media via, ut, si habet rem, cogitur præcise tradere et in hoc sapit naturam obligationis dandi; si eam non habeat, liberatur solvendo interesse et in hoc sapit naturam obligationis faciendi*».

²⁶⁵ BALDUS, in *Quartum et Quintum Codicis libros Commentaria*, Venezia, 1586, *De actionibus emp.*, lex IV, p. 113 ss.

²⁶⁶ C. 4.49.9 (a. 293): *Imperatores Diocletianus, Maximianus. Si traditio rei venditæ iuxta emptionis contractum procacia venditoris non fiat, quanti interesse compleri emptionem fuerit arbitratus praeses provinciae, tantum in condemnationis taxationem deducere curabit. *DIOCL. ET MAXIM. AA. MUCIANO. *<A 290 PP. VIII ID. SEPT. IPSIS III ET III AA. CONSS.>*

Nella dimostrazione della sua tesi, il giurista prendeva come riferimento l'insegnamento contenuto in D. 6.1.68²⁶⁷, ove Ulpiano (o chi per lui, essendo il passo comunemente ritenuto interpolato²⁶⁸) dettava la regola dell'esecuzione in forma specifica e, quindi, dell'esecuzione *manu militari*, per le sole obbligazioni di *dare*. In particolare, il frammento distingueva differenti ipotesi. Dunque, se il debitore non avesse ottemperato al *dictum* giudiziale, non restituendo la cosa, sebbene questa fosse nella sua libera disponibilità, sarebbe stato privato di essa per ordine del giudice; se, ancora, la restituzione non fosse possibile e tale impossibilità fosse dovuta a dolo, il debitore sarebbe tenuto a pagare il creditore quanto da egli giurato, senza alcuna limitazione, anche all'infinito; se, infine, l'impossibilità di restituzione non fosse dipesa dal dolo del debitore, quest'ultimo sarebbe tenuto a corrispondere solamente l'*id quod interest* al creditore.

Dunque, attraverso una tale casistica – valevole al di fuori della regola della condanna pecuniaria stabilita nel procedimento formulare –, Baldo suffragava la tesi della diretta eseguibilità dell'obbligazione di consegnare la *res tradita*, ove la dazione stessa risultasse possibile.

Si aggiunga, poi, che nel suo commento a D. 6.1.68 scriveva «*manu militari procedere quo casu sit concessum*», vietando così ogni applicazione analogica della misura esecutiva alle obbligazioni di *facere*. In tal modo veniva fugato ogni dubbio circa l'interpretazione estensiva del frammento in questione alle obbligazioni di *facere*, che rimanevano così direttamente incoercibili.

Egli, quindi, stabilì che la soluzione dell'esecuzione *manu militari* valesse solamente per le obbligazioni di *dare*, lasciandosi 'prive di tutela diretta' le obbligazioni di *facere*, a prescindere dalla loro fungibilità, in quanto per esse valeva la regola '*nemo ad factum cogi potest*'.

²⁶⁷ D. 6.1.68 (Ulp. 51 *ad ed.*): *Qui restituere iussus iudicis non paret contendens non posse restituere, si quidem habeat rem, manu militari officio iudicis ab eo possessio transfertur et fructuum dumtaxat omnisque causae nomine condemnatio fit. Si vero non potest restituere, si quidem dolo fecit quo minus possit, is, quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum iuraverit, damnandus est. Si vero nec potest restituere nec dolo fecit quo minus possit, non pluris quam quanti res est, id est quanti adversarii interfuit, condemnandus est. Haec sententia generalis est et ad omnia, sive interdicta, sive actiones in rem sive in personam sunt, ex quibus arbitrato iudicis quid restituitur, locum habet.*

²⁶⁸ In particolare, si rinvia a V. SCIALOJA, *Procedura civile romana. Esercizio e difesa dei diritti*, Roma, 1936, secondo il quale: «noi crediamo che il testo sia evidentemente interpolato, che perciò non giovi affaticarsi tanto per conciliare la regola dell'esecuzione in natura, così generale come risulta dalla legge di Ulpiano, col principio generalissimo invece che conosciamo con piena sicurezza da tutti i testi genuini, che la condanna è sempre pecuniaria e che oggetto di esecuzione è la condanna; ora è strano che si possa parlare di esecuzione forzata *in rem*, quando la *res* che forma oggetto della condanna è una somma di denaro, per regola generalissima; sicché sarebbe quasi impossibile di trovare un campo di applicazione nella procedura classica alla esecuzione in natura.» Di analoga opinione anche K. F. SAVIGNY, *Il sistema del diritto romano attuale* (traduzione in italiano a cura di V. Scialoja), Torino, 1893, V, p. 145.

Successivamente, sempre all'interno dello stesso commento, il giurista perugino distingueva dalle obbligazioni di *dare*, che si esaurivano in un solo momento (e, quindi, dall'obbligo di consegnare la cosa venduta), le obbligazioni di *facere*, per le quali era ammessa solamente la condanna al pagamento dell'interesse, in quanto – diversamente opinando – la prestazione del debitore avrebbe costituito una sorta di servitù, conformante a quanto affermato dal suo maestro.

Infine, egli introduceva un'eccezione alla regola della incoercibilità diretta dell'obbligazione di *facere*, ove l'esecuzione della stessa fosse funzionale ad assicurare la pubblica utilità. Citava, a dimostrazione, quell'ipotesi in cui «*tale factum pertinet ad rigorem iudiciorum et tunc de illudatur praetor cogit quis praecise ad factum*». Un tale concetto venne ripreso anche all'interno del suo commento²⁶⁹ a D. 39.1.21.4 (Ulp. 80 ad ed.), ove si legge che il convenuto – nel contesto dell'*operis novi nunciatio* – poteva essere «*ad factum praecise compelli iudicis auctoritate, iudiciorum vigori idest utilitas publica*».

Differente da quella di Accursio e Bartolo, ma simile a quella Baldo, era l'opinione di Cuiacio sul punto. L'illustre umanista, infatti, faceva rientrare l'obbligazione di trasferire la cosa venduta all'interno delle prestazioni di *dare*, così da poter essere esattamente coercibili da parte del creditore.

La questione veniva da lui affrontata in due distinte occasioni e, *in primis*, nel suo studio al titolo XLIX del libro IV del Codice giustiniano, in materia di azioni a tutela del compratore e del venditore. In particolare, egli – dopo essersi soffermato sull'*actio venditi* – analizzava nel dettaglio l'*actio empti*, affermando che il possesso libero della cosa venduta avrebbe dovuto essere assicurato in ogni modo, potendo il creditore agire coattivamente e *manu militari* per la *traditio* della *res*. Tuttavia, laddove il creditore lo avesse preferito, avrebbe potuto pretendere l'*id quod interest*, piuttosto che la consegna diretta del bene²⁷⁰.

Quindi, veniva stabilito un ordine di preferenza per le pretese del creditore: egli, primariamente, doveva pretendere la consegna della *res*, e solo eventualmente – qualora fosse stato maggiormente nel suo interesse – agire per la pecunia. Dello stesso ordine di preferenza Cuiacio dava conto all'interno della sua spiegazione di D. 19.1.1 (passo già esaminato con riguardo alla glossa di Accursio e al commento di Bartolo).

²⁶⁹ BALDUS, in *In primam et secundam infortiati partem Commentaria*, Venezia, 1586, *De operis nunciat.*, lex XXI, par. 'Sive autem', p. 5 recto.

²⁷⁰ J. CUJAS, in *Opera Omnia*, Napoli, 1722, Ad tit. 49, lib. IV C., t. 9, colonna 382: «*addendum, in actionem ex empto venire etiam id, quod interest ex mora, ob rem non traditam, si emptor malit consequi quod interest, quam directe consequi rem*».

Quindi, in tale contesto, il giurista sottoponeva ad analisi la questione, assai dibattuta fra gli interpreti²⁷¹, se l'acquirente potesse richiedere la consegna della cosa, piuttosto che il suo equivalente pecuniario in seguito a *litis aestimatio*. Dunque, esponeva l'opinione di Martino – da lui condivisa – secondo la quale, laddove il debitore persistesse nell'adempimento, «*res ei aufertur manu militari*»²⁷².

Solamente se una tale consegna risultava assolutamente impossibile, perché – ad esempio – il venditore non era più nella disponibilità della cosa, o qualora ciò rientrava nelle preferenze del creditore, la condanna sarebbe stata al *id quod interest*. Infatti, «*non prout elegerit venditor, sed prout elegerit emptor; et res, de qua agitur, tulerit venditor, sed rem ipsam trader cogitur, vel praestare in quod interest*».

L'evoluzione dei pareri dei giuristi sul punto è manifesta: se Accursio sussumeva la categoria dell'obbligazione di consegna della *res tradita* all'interno delle obbligazioni di *facere*, tale da non ammetterne in nessun modo la coazione diretta all'adempimento, Bartolo distingueva a seconda della natura 'participiale' dell'obbligazione; infine, Baldo e Cuiacio – facendo rientrare ogni obbligazione di consegna della cosa venduta all'interno delle obbligazioni di *dare* – ne ammettevano l'esecuzione diretta *manu militari*, salvo che il creditore fosse diversamente interessato al pagamento dell'*id quod interest* o qualora l'esecuzione in forma specifica risultasse impossibile.

Tuttavia, alle opinioni sopra esposte si opponeva drasticamente l'interpretazione di Donello dei frammenti su esaminati, che merita di essere attenzionata più approfonditamente nel paragrafo che segue.

²⁷¹ J. CUJAS, in *Opera Omnia*, cit., ad tit. I., lib. XIX D., VII, colonna 733 ss.: «*Ubi statim quærun Interpp. an non etiam emptor, si rem malit, quam litis æstimationem, possit agere in hoc, ut omni modo res vendita sibi tradatur, maxime si venditor eam habeat in sua potestate*»

²⁷² IDEM, «*Quod Martinus admittit rectissime et usus probat, nempe ut, quemadmodum in iudiciis in rem, si possessor rem arbitrio iudicis non restituat, res ei aufertur manu militari, manu ministrorum praetoris, ita in iudiciis in personam, qualis est actio ex empto, venditor qui rem non tradit, cuius tradendae facultatem habet, eodem exemplo eam rem omni modo tradere cogatur emptori pretium offeratur, per manum scilicet militarem.*»

7. **L'interpretazione di Donello di D. 42.1.13.1, D. 45.1.72.pr. e D. 4.49.4: l'obbligo di consegna della res venduta come obbligazione di *facere* e la condanna all'*id quod interest* nella logica novativa della *stipulatio*.**

L'opinione di Donello in materia di obbligazione di consegnare la cosa venduta in capo al venditore si distingueva nettamente da quella offerta dai giuristi suoi predecessori, in quanto egli sembrava interrompere quell'evoluzione che stava portando all'inquadramento di tale obbligazione fra quelle di *dare*, 'retrocedendo' fino all'interpretazione formulata da Accursio nella glossa '*Agitur*' a D. 19.1.1.pr.

Difatti, l'esponente della scuola del diritto comune all'interno dei suoi *Commentaria* scriveva a chiare lettere: «*vendoris obligatio ad rem tradendam faciendi obligatio est*²⁷³».

Pertanto, partendo da un tale presupposto, non poteva in alcun modo condividere le conclusioni cui i giuristi, prima di lui, erano pervenuti. Difatti, non inquadrando una tale obbligazione fra quelle di *dare*, era radicalmente esclusa qualsiasi forma di costringimento del debitore all'adempimento della prestazione, anche laddove questa fosse stata nella pratica ancora eseguibile e il suo inadempimento fosse dipeso solamente dalla caparbia del venditore²⁷⁴, in quanto '*nemo ad factum cogi potest*'. Allora, l'unica tutela riconosciuta al creditore era quella esclusivamente pecuniaria e consistente nella condanna del debitore-venditore al pagamento dell'*id quod interest*²⁷⁵.

La questione che Donello maggiormente attenzionava riguardava la discrasia fra ciò a cui il venditore si obbligava e la prestazione che, a seguito del suo inadempimento, era tenuto ad eseguire. In altre parole, egli cercava di risolvere il dilemma – assai dibattuto nella letteratura del suo tempo – se il giudice avesse potuto, di fatto, prescindere dal reale interesse e dalla richiesta del compratore, consistente nella *traditio* della cosa, e condannare il venditore a una somma di denaro, disattendendo

²⁷³DONELLUS, *Opera omnia*, Firenze, 1847, VIII, colonna 1027 ss., commento a C. 4.49.4 n.5

²⁷⁴IDEM, n. 13, 14, 15. In particolare, si segnala: «*in faciendi obligationibus, si non fiat quod promissum est, debitorem condemnari in id quod interest, sive non possit facere, sive possit et nolit. Postremo, dicitur id evenire in omnibus faciendi obligationibus, ut, postquam factum non est quod debuit, debitor condemnatur in pecuniam numeratam*», in quanto nei passi D. 19.1.11.9, D. 45.1.72.pr. e D. 42.1.1.13.1 «*hoc solum exigitur ut factum non sit quod promissum est. Non adicitur hæc conditio, si fieri non possit quod promissum est; ergo hanc veteres adicere noluerunt, quia nec debuit. Nam si debuit adici, et non adiecerunt, necesse est illos non adiecisce aut quia ius ignorabant, aut quia negligentia omiserint, aut quia omiserint malitiose ut lectores fallerent*».

²⁷⁵DONELLUS, *Opera omnia*, cit. XI, colonna 221 ss., commento a D. 42.1.13.1 n.2: «*Hoc loco sententia generalis nobis notanda est de obligationibus faciendi: in omnibus, si non fiat, quod promissum est, hoc evenire, ut reus condemnatur in pecuniam numeratam, aestimationem scilicet ejus, quod interest*».

la reale volontà dell'attore e violando quello che oggi chiameremmo 'principio della corrispondenza fra il chiesto e pronunciato'²⁷⁶.

Nel risolvere tale questione, Donello utilizzava astutamente il concetto di novazione all'interno del negozio stipulatorio.

Innanzitutto, egli partiva dal presupposto che oggetto di ogni *stipulatio* non fosse solamente l'esatta obbligazione di *facere* cui il debitore si vincolava, ma anche – e soprattutto – l'interesse del creditore, che doveva essere sempre soddisfatto²⁷⁷. Di conseguenza, «*quia id quod interest debetur seu in obligatione est, idcirco, si res vendita non tradatur, agi in id quod interest; et quia in id quod interest agitur, etiam in id quod interest condemnationem faciendam esse. Sic autem iuris auctores constanter tradiderunt de faciendi obligationibus, qualis est rem tradi; in iis obligationibus initio deberi pactum, ut et factum quod in conventionem deductum est. At postquam præteriit tempus quo fieri potuit quod debebatur, iam factum non debet, sed id quod interest, in obligationem venire; hac lege tamen, ut debitor ante litem contestatam faciendo, evitet præstationem eius quod interest*».

Allora, nello stesso negozio stipulatorio le parti avrebbero fatto rientrare implicitamente anche la loro volontà di 'convertire' l'obbligazione in una al pagamento di una somma di denaro. Difatti, «*in faciendi obligationibus, qualis est venditoris ut rem tradat, promittitur factum, seu verbis; re autem et sententia contrahentium in conventionem deducitur id quod interest creditoris, seu emptoris in emptione; nam omnis conventio faciendi huc spectat, ut creditor acquirat facto quod sua interest*²⁷⁸».

Pertanto, poiché l'*id quod interest* apparteneva all'oggetto della stipulazione²⁷⁹ nulla impediva al giudice di disporre la condanna al pagamento della somma di denaro, nel momento stesso in cui

²⁷⁶ IDEM, n. 3: «*non enim in aliud potest condemnare iudex, quam petatum est, nec ultra id, quod in iudicium venit, potestas ejus excedere*»

²⁷⁷ Una tale constatazione veniva dal giurista dedotta dai frammenti D. 45.1.68 (Paul. 2 *ad ed.*), D. 45.1.112.1 (Pomp. 15 *ad Quint. Muc.*) e D. 45.1.81 (Ulp. 77 *ad ed.*). Quest'ultimo, in particolare, stabiliva che – secondo l'opinione di Celso – anche se nella stipulazione non fosse stato esplicitato che, in caso di inadempimento, fosse dovuta una pena, il promittente doveva essere comunque condannato – se inadempiente – al pagamento dell'*id quod interest* (nel caso specifico corrispondente all'interesse dello stipulante a che il promittente si presentasse in giudizio nel contesto della *cautio vadimonium sisti*).

²⁷⁸ IDEM, n. 10.

²⁷⁹ DONELLUS, *Opera omnia*, cit., colonna 225 ss., commento a D. 42.1.13.1 n. 5: «*Nos vero in faciendi obligationibus verbo faciendi, non quidem aperte, sed vi et potestate verborum; vel verius vate et sententia stipulantium, id quod interest, contineri, itaque in stipulationem venire dicimus sub conditione, si factum non sit, quod promissum est, intra id tempus, quod fieri potuit. Intelligendum est enim, neminem sibi quid stipulari adeo tantum, ut id sit; sed hunc finem et mentem esse stipulantium, ut ejus facti utilitas ad eos redeat. Nam nisi id fieri eis utile esset: aut non stipularentur omnino, aut certe stipulatio esse inutilis. Inventae sunt, inquit Ulpian, stipulationes ad hoc, ut unus quisque sibi acquirat, quod sua interest, L. alteri, D. de verb. oblig. Ita, qui ut quid fiat, stipulatur, aut promittit, is verbis factum, re vera et cogitatione*

maturava l'inadempimento. Tale inadempimento, in particolare, costituiva la condizione sospensiva negativa affinché l'obbligazione di *facere* si trasformasse in quella all'*id quod interest*.

Lo schema è evidentemente quello della novazione all'interno del negozio stipulatorio privo, nel caso di specie, di clausola penale; difatti, la condanna non aveva ad oggetto in tale contesto una somma di denaro predeterminata dalle parti, ma l'*id quod interest*.

A conferma di ciò, il giurista francese, nel suo commento a D. 45.1.72.pr. (Ulp. 20 *ad ed.*) – largamente esaminato nei paragrafi che precedono – scriveva che, laddove il promittente fosse stato inadempiente – «*pecuniam deberi ex sententia contrahentium iure quodam novationis*²⁸⁰».

Infatti, «*in qua haec sententia contrahentium esse intelligitur; ut quandiu durat id tempus, quo per rerum naturam praestari potest, tandiu recte ex obligatione praestetur; hoc tempore transactio deinceps debeat; quod stipulantis interest id suo tempore factum esse. Itaque non proprie hic novatio est; sed species quaedam et instar novationis*».

Quindi, al verificarsi dell'inadempimento – quale condizione sospensiva negativa – si assisteva alla '*translatio*' dell'obbligazione di *facere*, che di per sé era assolutamente ineseguibile, ad una obbligazione al pagamento dell'*id quod interest*, secondo un meccanismo assimilabile a quello della novazione.

Quanto, poi, alla stima dell'interesse, Donello affermava che il giudice dovesse tener conto sia del danno effettivamente subito che del lucro cessante. Pertanto, l'interesse dello stipulante avrebbe potuto avere un valore assai maggiore rispetto al valore della cosa stessa²⁸¹. In particolare, laddove fosse stato pattuito che la cosa venduta venisse consegnata in un giorno specifico, bisognava prendere in considerazione l'interesse dell'acquirente in quella data; diversamente, se non vi fosse stata previa indicazione del termine, si sarebbe fatto riferimento al momento della *litis contestatio*, che paralizzava la domanda attrice (e, pertanto, anche il suo interesse) che non poteva da quel momento subire né aumenti né diminuzioni.

ejus facti utilitatem stipulari et promittere intelligitur. Nec ad rem pertinet quod verbis id expressum non est: satis est, si intelligitur hoc agi, et stipulationem eo referri».

²⁸⁰ DONELLUS, *Opera omnia*, cit., colonna 1269 ss., commento a D. 45.1.72.pr. n. 49.

²⁸¹ DONELLUS, *Opera omnia*, cit., colonna 1027 ss., commento a C. 4.49.4, n. 20: «*si res vendita non tradatur, agi in id quod interest, quod interdum longe pretium excedit. Pretium accipe quod constitutum, non autem pretium justum et justam aestimationem rei*».

Pertanto, dallo studio fin ora condotto posso trarre certamente che – ancora nel XVI secolo – non vi fosse una visione omogenea in materia di coercibilità diretta delle obbligazioni di *facere*, specialmente ove l’obbligazione consistesse nella consegna al compratore del bene venduto.

Si vedrà poi come una tale disparità di opinioni veniva risolta pochi anni dopo, dapprima da Pothier e poi definitivamente con il *Code civile* del 1804.

8. Favre e la prima formulazione esplicita del noto brocardo.

Antoine Favre diede forma definitiva, con la sua esatta formulazione, al brocardo '*nemo ad factum cogi potest*', il quale, benché non ancora espresso in quei termini, era già conosciuto e diffuso – come visto – nella tradizione giuridica precedente.

Nello specifico, il barone di Pérourges all'interno dei suoi *Ractionalia in Pandectas* per ben due volte esaminò la questione della inesorabilità diretta delle obbligazioni di *facere*, cristallizzando con le sue parole il celebre adagio.

Le occasioni in cui egli si era soffermato sul punto appaiono, tuttavia, per noi del tutto peculiari, in quanto esse non riguardavano le *stipulationes* (nella specie con clausola penale) o il contratto di compravendita, quanto piuttosto fattispecie di servitù e di responsabilità nossale. In ciò il giurista si differenziava molto dagli altri studiosi, oggetto della mia indagine, che invece hanno trattato dell'impossibilità di costringere il debitore all'adempimento solamente con riguardo ai rapporti fra stipulante e promittente e fra compratore e venditore.

In primis, egli analizzava l'argomento all'interno di un suo commento a D. 8.5.6.2²⁸² (Ulp. 17 *ad ed.*) in materia di servitù, ove Ulpiano affermava che il peso gravante sul proprietario del fondo servente poteva consistere solo in un *non facere* e non anche in un *facere*, prevendendo in deroga a tale regola una sola ipotesi, avallata da Servio, e cioè il caso in cui, essendosi il debitore obbligato a '*onera sua sustinenda*' dovesse riparare il muro.

Infatti, appurato che generalmente le servitù '*in faciendo consistere nequit*', Favre esaminava al punto A)²⁸³ la sola ipotesi in cui fosse ammesso per il proprietario del fondo servente obbligarsi positivamente, secondo l'opinione di Servio. In particolare, egli provava a rispondere all'interrogativo di cosa dovesse accadere laddove il debitore fosse inadempiente all'obbligazione di 'sostenere i propri oneri', non garantendo la conservazione del muro. Si domandava, quindi, se il

²⁸² D. 8.5.6.2 (Ulp. 17 *ad ed.*): *Etiam de servitute, quae oneris ferendi causa imposita erit, actio nobis competit, ut et onera ferat et aedificia reficiat ad eum modum, qui servitute imposita comprehensus est. Et Gallus putat non posse ita servitute imponi, ut quis facere aliquid cogatur, sed ne ne facere prohiberet: nam in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitute adserit, non ad eum, cuius res servit. Sed evaluit servi sententia, in proposita specie ut possit quis defendere ius sibi esse cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda. Labeo autem hanc servitute non hominem debere, sed rem, denique licere domino rem derelinquere scribit.*

²⁸³ A. FAVRE, *Rationalia in secundam partem pandectarum*, Ginevra, 1626, *Si servit. vindic.* etc., lib. VIII. Tit. V, l. 6.2, p. 823.

giudice dovesse costringerlo a rimediare al proprio inadempimento, riparando il muro, o se lo dovesse condannare al pagamento del *id quod interest*.

Con una affermazione che rimarrà scolpita nella storia egli scriveva: «*nemo praecise cogitur ad factum, quia sine vi et impressione id fieri non posset; ideoque, in obligationibus faciendi, succedit praestatio eius quod interest*».

È evidente, che, sancendo in generale l'impossibilità di costringere il debitore a realizzare qualsiasi obbligazione di *facere* in sede esecutiva, non si distingueva sul piano della fungibilità. Infatti, nel caso prospettato, la soluzione avrebbe potuto consistere nel far riparare il muro da un soggetto terzo (o dal creditore stesso), imputando le spese al proprietario del fondo servente.

La surrogazione nell'esecuzione, allora, non era ancora pacificamente ammessa. Si doveva, infatti, attendere dapprima Vinnio e la sua differenziazione fra '*nuda facta*' e obbligazioni '*quae in rei alicujus praestatione et iuris possessionisve translatione consistunt*', suscettibili di esecuzione coatta, ripresa da Pothier, e successivamente la normazione contenuta nel *Code civile* del 1804 perché venisse tracciata una distinzione ufficiale fra obbligazioni di *facere* surrogabili e direttamente eseguibili ed obbligazioni di *facere* non surrogabili e, quindi, tutelabili solamente attraverso la condanna pecuniaria.

L'altro passo dei *Ractionalia in Pandectas* in cui Favre esponeva la regola dell'incoercibilità diretta dell'obbligazione di *facere* costituiva un suo commento a D. 9.4.29 (Gai. 6 *ad ed.*)²⁸⁴. Si trattava, tuttavia, di una ipotesi differente dalla precedente, in quanto la prestazione, direttamente inesequibile, consisteva nella consegna dello schiavo da parte del *dominus* che, in quanto contumace, cioè non collaborativo, veniva fatto equivalere al condannato. Dunque, in tale caso, l'esecuzione non era successiva all'emissione di una sentenza, quanto a un fatto che per legge veniva fatto equiparare a un tale provvedimento.

In particolare, dopo aver statuito al punto A) che colui che non voleva difendere uno schiavo all'interno di un procedimento nossale doveva essere trattato alla stregua di un condannato, Favre affermava «*ergo perinde cogendum est ius suum ad actorem transferre ac si iudicio noxali damnatus esset*». In ogni caso, al punto B) introduceva una limitazione a una tale regola così stringente, in

²⁸⁴ D. 9.4.29 (Gai. 6 *ad ed.*): *Non solum autem qui in potestate non habet recusare potest noxale iudicium, verum et habenti in potestate liberum est evitare iudicium, si indefensam eam personam relinquat: sed huic necesse est ius suum ad actorem transferre, perinde ac si damnatus esset.*

quanto «*nemo ad factum praecise cogi potest, quia fieri nequit citra vim et impressionem: et idcirco solemus dicere, in obligationibus facendis succedere praestationem aius quod interest*».

Pertanto, se era vero che il debitore ricalcitante veniva considerato come condannato a seguito dell'emissione di una sentenza, egli – comunque – non poteva essere costretto ad eseguire coattivamente una obbligazione di *facere*, in quanto ciò sarebbe avvenuto necessariamente con violenza, sottoponendo il debitore a quello stato servile di cui trattava in precedenza Bartolo.

Infine, tale passo risulta particolarmente interessante, in quanto Favre vi delineava la differenza ‘necessità precisa’ e ‘necessità causativa’²⁸⁵: «*necessitas duplex est, praecisa una, causativa altera. Nemo ad factum praecisa necessitate cogitur, sed causativa necessitate cogi potest, id est, nisi malit praestare litis aestimationem, aut pati saltem, ut iussu praetoris actor servum ducat, et ita in bonis suis eum faciat*»

Sembra, quindi, che il giurista con ‘*necessitas praecisa*’ si riferisse all’impossibilità di soddisfazione diretta del creditore da parte del debitore di una prestazione di *facere*; diversamente, la ‘*necessitas causativa*’ alludeva alla possibilità del creditore di soddisfarsi ‘indirettamente’ sul debitore stesso, tramite la sua condanna all’*id quod interest* o tramite la surrogazione del creditore, che prelevava il servo e lo sostituiva ai suoi beni, al debitore stesso.

Emergeva, allora, – ed è ai fini che ho prospettato fondamentale – già in Favre una sensibilità nella differenziazione fra esecuzione diretta e indiretta all’adempimento: nelle obbligazioni di *facere* la prima era impossibile, «*quia fieri nequit citra vim et impressionem*». Infatti, l’unica possibilità per il debitore consisteva nell’esecuzione indiretta, tramite condanna al pagamento dell’*id quod interest*.

Orbene, dopo essermi soffermata sulla teorizzazione espressa del noto adagio ad opera di Favre, è adesso opportuno esaminare la fondamentale interpretazione che di questa diede dapprima Vinnio e, successivamente, Pothier.

²⁸⁵ FAVRE, *Rationalia in secundam partem pandectarum*, cit., *De noxal. action.*, lib. IX. Tit. IV, l. 29, p. 943.

9. **Vinnio e la rilettura del noto principio attraverso i concetti di ‘nuda facta’ e di obbligazioni «quae alicuius praestatione et iuris possessionisve translatione consistunt».**

L’accesso dibattito sulla coercibilità delle obbligazioni di *facere* e, specialmente, sull’inquadramento dell’obbligazione del venditore di trasferire la *res* venne definitivamente placato da Vinnio, che – nella sua distinzione fra ‘nuda facta’ e obbligazioni ‘quae in rei alicujus praestatione et iuris possessionisve translatione consistunt’ – pose le basi per la regolamentazione del Codice Napoleonico.

In particolare, il giurista olandese – prima di fornire la suddetta distinzione – all’interno della sua trattazione in materia di compravendita passava in rassegna tutte le opinioni dei giuristi suoi predecessori, nonché contemporanei sul punto.

Quindi, da un lato ricordava le opinioni di chi²⁸⁶ – come Bulgaro, Azzone, Ugolino, Accursio, Alciato, Duareno e Donello, fra i più – riteneva incoercibile la prestazione del debitore di consegnare la *res* venduta, qualificandola alla stregua di una obbligazione di *facere*; dall’altro esponeva²⁸⁷ i pareri di Cino, Bartolo, Baldo, Favre (fra i tanti), suffragati dalla decisione del Senato di Genova, secondo i quali il venditore – nel solo caso in cui egli avesse la disponibilità della cosa (pertanto, nell’ipotesi che abbiamo definito nei paragrafi precedenti ‘caparbieta del debitore’ in riferimento a C. 4.49.4) – fosse tenuto a trasferire la *res*, non potendo liberarsi solamente pagando l’interesse.

²⁸⁶ A. VINNIUS, *In quatuor libros Institutionum Imperialium Commentarius*, Anversa, 1692, III, tit. XXIV, n. 3, p. 608: «*Illud non satis expetitur, utrum venditor, si potestatem tradendi habeat, rem praecise tradere teneatur, an offerendo solutionem ejus, quod emptoris interest, defungi possit. Joannes Bulgarus, Azo, Hugolinus, teste Saliceto in l. 4. C. de act. empt. censuerunt, venditorem etiam tum, cum facultatem tradendi habet, non posse praecise compelli, ut tradat, sed solvendo interesse liberari. Consentiant Alciat. ad l. un. C. de sent. quae pro eo quod inter. Duar. de in lit. jur. n. 22. Don. ad d. l. 4. C. de act. empt. Fachin. 2. contr. 30. Geddes. de contr. stip. cap. 9. num. 65. & seq. Atque eo quoque inclinant Covar. 2. var. resol. cap. 19. n. 1. Bachov. in Treutl. vol. 1. disp. 28. thes. 2. Gudelin. 3. de jur. nov. c. 7. Chrissin. vol. 3. decis. 54. n. 6. 69 decis. 61. n. 2. item decis. 75. n. 5. ubi refert, etiam magnum Senatum Mechliniensem secundum hanc sententiam saepe pronuntiasse*».

²⁸⁷ IDEM, n. 5 «*Ceterum contraria opinio tantum non ubique in praxi recepta est, pluresque habet autores, quibus & meum calculum addo, nimirum venditorem, cui potestas tradendi sit, teneri actione ex empto, ut rem ipsam tradat, nec solvendo emptori id, quod ejus interest, obligationi satisfacere. Cyn. & Bart. in d. l. stipulationes. de verb. obl. item Bart. & Castr. ad d. l. i. de act. empt. Bald. in d. l. contrahitur. C. de fid. instr. num. 14. Salic. in d. l. 4. C. de act. empt. Alex. Dec. Jas. ad l. 9. si cert. pet. ex modernis Gomez. 2. resol. 10. n. 22. Olden. class. 4. act. 1. Mox. col. 4. de natur. empt. n. 26 & seqq. Ant. Fab. 6. conjec. 17. qui tamen, ut est inconstans, in alteram partem transit decis. 85. error. 4. sed in Cod. suo tit. de pact. defin. II. refert, Senatum Sabaudiae secundum hanc posteriorem sententiam judicasse. Ita quoque decidunt Rot. Genuens. decis. 214. Soar. in thesib. recept. sent. lit. V. Venditor, si facultatem. Pinell. in l. 1. C. de bon. matern. part. 3. num. 25*».

Vinnio, allora, tentava di mediare fra le opposte opinioni. Da un lato, infatti, inquadrava l'obbligazione del venditore fra quelle di *facere*; dall'altro, però, non concludeva per una assoluta incoercibilità, in quanto una tale soluzione si sarebbe posta in contrasto sia con la lettera della legge che con un generale principio di equità.

Difatti, sarebbe parso inappropriato che l'acquirente si obbligasse a pagare il prezzo della *res* con esatta precisione, mentre il venditore – al contrario – fosse libero di trasferire il vacuo possesso della cosa o, maturato l'inadempimento, corrispondere l'*id quod interest*. Si aggiunga, poi, che l'acquirente avrebbe subito il rischio del deterioramento della cosa, senza poterne però godere, e che sarebbe stato gravato dalla prova dell'*id quod interest* anche nell'ipotesi in cui il debitore caparbioso avesse la disponibilità della cosa, ma non intendesse trasferirla²⁸⁸.

Come dati testuali, invece, Vinnio citava C. 4.44.6, secondo il quale l'acquirente non poteva essere costretto a rescindere il contratto di compravendita, anche laddove il venditore gli offrisse il doppio del prezzo, nonché tutti quei frammenti nei quali veniva sancito il generale dovere in capo al venditore di consegnare la cosa pattuita²⁸⁹, assicurando il vacuo possesso e, pertanto, o tramite la consegna materiale della cosa, ove ne fosse anche proprietario, o, nel caso opposto, per mezzo della garanzia per evizione.

Quindi, il giurista criticava l'opinione di coloro che si fossero erroneamente convinti che tutte le obbligazioni di *facere* condividessero la stessa natura. Infatti, egli distingueva fra '*nuda facta*' e obbligazioni '*quae alicujus praestatione et iuris possessionisve translatione consistunt*'. Fra i primi ricomprendeva l'andare a Roma, il dipingere un quadro, la costruzione di un'isola o lo scavare un

²⁸⁸ IDEM, n. 6: «*Fundamenta huius sententiae potissima sunt 1. rei aequitas, cui minime convenire videtur, ut emptor praecise teneatur pretium solvere, venditor autem contra non teneatur rem tradere; ut emptor rei periculum sustineat, rem tamen consequi non possit: denique ut propter fraudem venditoris, fidem conventionis adimplere, cum potest recusantis, emptor probationi difficillime ejus, quod interest, quod & ad exigua summam plerumque deducitur, l. ult. de stip. prast. adstringatur. 2. Quod responsum est, tum non posse agi, ut venditor rem tradat, cum, quod multis modis accidere potest, tradendi facultatem non habet, l. si cum fundum. 68. §. ult. hoc tit. Hinc enim à contrario recte colligitur, cum eam facultatem habet, agi posse, ut tradat*».

²⁸⁹ IDEM, n. 6: «*Probatur haec sententia omnibus iis juris locis, in quibus traditio, venditorem ad pactionis in primis ipsam rem praestare; obligatum esse, ut praestet, rem habere licere; quod absque traditione possessionis fieri non potest, l. 2. l. 3. l. 11. §. 2. l. servus. 30. in fin. de act. empt. l. Labeo. 45. in fin. hoc tit. l. 8. de evict. 5. Adhuc apertius l. bona fides. 50. & l. si quis. 46. de act. empt. quarum in altera scriptum est, venditorem compelli rem tradere; in altera, cogi venditionem implere. Aliud autem est, implere contractum; aliud, id, quod interest, praestare, l. contractus. 17. C. de fid. instr. 6. Apertissime loco Pauli, l. sent. 13. ubi sic scribit; Si id quod emptum est, neque tradatur neque mancipetur, venditor cogi potest, ut tradat aut mancipet. 7. Idem confirmat textus in §. 1. hoc tit. ubi Justinianus expresse ait, emptione perfecta & pretium omnino solvendum & rem tradendam esse. Item alter in §. 2. sup. de donat. ubi eandem traditionis necessitatem, qua incumbit venditori, ad hujus exemplum donatori quoque imponit, ut satendum sit, aut ei, qui donavit, necessitatem traditionis non incumbere, aut si satetur incumbere, fateamur & incumbere ei, qui vendidit. ».*

fossato che – per loro conformazione – non erano assolutamente eseguibili in via coattiva e per i quali sarebbe valsa la regola ‘*nemo ad factum cogi potest*’. In essi, allora, si sarebbe realizzata una ‘*quaedam novatio*’²⁹⁰ dell’obbligazione di *facere* in una obbligazione al pagamento dell’*id quod interest* al momento dell’avverarsi della condizione sospensiva negativa, consistente nell’inadempimento.

Sulla base di un tale assunto, Vinnio concludeva per il rapporto successivo fra l’obbligazione di *facere* e quella al pagamento dell’*id quod interest*, in quanto questa veniva ad esistenza – ed era la sola esigibile – al momento in cui maturava l’inadempimento.

Diversamente, le obbligazioni ‘*quae alicujus praestatione et iuris possessionisve translatione consistunt*’ ricomprendevano quella del venditore di trasferire la *res* al compratore. In tale specifica ipotesi non trovava applicazione, allora, il principio ‘*nemo ad factum cogi potest*’, talché – nel caso di inadempimento – il giudice poteva intervenire per trasferire il possesso, surrogandosi al debitore.

Tuttavia, non si deve concludere che una tale classificazione potesse in alcun modo essere accostata a quella fra obbligazioni di *facere* fungibili e infungibili. In altre parole, i ‘*nuda facta*’, benché incoercibili, non potevano in alcun modo essere equiparati alle obbligazioni soggettivamente infungibili, in quanto ‘lo scavare il fossato’, così come il ‘costruire l’isola’, inquadrati dal giurista olandese all’interno della prima categoria, erano certamente surrogabili ad opera di un terzo.

Difatti, come anticipato nelle prime pagine del precedente capitolo, nel diritto intermedio – così come probabilmente nel diritto romano – non era ancora emersa quella distinzione fra obbligazioni di *facere* fungibili e infungibili che, invece, caratterizza il diritto positivo attuale²⁹¹.

²⁹⁰ Si tratta della medesima nozione utilizzata da Donello nel suo commento a D. 45.1.72.pr. e al quale si rimanda per un approfondimento.

²⁹¹ Analogamente S. CHIARLONI, *Misure esecutive e tutela dei diritti*, cit., p. 57, secondo il quale – dalle parole riportate da Vinnio in *Commentarius in quattuor libros Institutionum Imperialium*, III.24 – si dedurrebbe come «una categorizzazione delle obbligazioni di fare ai fini della (in)coercibilità non già secondo la dicotomia fungibilità-infungibilità, bensì secondo una dicotomia che comprende su un versante tutte le obbligazioni di fare, siano esse fungibili o infungibili». Sul perché il principio dell’incoercibilità del *facere* si fosse sviluppato nel diritto medievale a prescindere da ogni categorizzazione in materia di fungibilità discuteva poi G. BORRÈ, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, cit., p. 17, secondo cui «il celebre e fortunato brocardo «*nemo ad factum praecise cogi potest*», che appunto fu formulato in questa epoca e con riferimento alla problematica sopra ricordata, in realtà si estese a tutte le obbligazioni che oggi chiamiamo di fare. Ciò induce, peraltro, a qualche ulteriore riflessione. Occorre, infatti, domandarci perché la giustificazione di tale principio sia stata ricercata nell'impossibilità di far violenza alla persona umana, nella illegittimità di un costringimento diretto e preciso a compiere una certa attività (*ne homini libero vis fiat*), quando è evidente, da un lato, che il raggiungimento del risultato, nonostante l'inerzia del debitore, sarebbe stato in certi casi possibile attraverso la surrogazione di attività altrui, e, dall'altro, che anche l'esecuzione dell'obbligo di *dare*, se intesa nel senso di un costringimento materiale alla consegna (prospettiva peraltro mai ipotizzata), si sarebbe risolta in un attentato alla libertà.

Veniva, successivamente, specificata una ulteriore differenza fra le due tipologie di obbligazioni individuate da Vinnio. In particolare, le obbligazioni di '*nuda facta*' erano incerte e, salvo che venisse inserita una penale all'interno della *stipulatio*, il loro valore (cioè l'*id quod interest*) doveva essere determinato tramite giuramento estimatorio o con altri mezzi; al contrario, l'obbligazione del venditore era certa in quanto non riguardava un semplice fatto, ma una prestazione determinata, come – ad esempio – il trasferimento del vacuo possesso.

Certamente, allora, il pensiero di Vinnio risulta fondamentale nella mia indagine, sia poiché egli riusciva a placare quel conflitto di opinioni fra i giuristi medievali e moderni in materia di compravendita, sia in quanto gettava le basi per la costruzione del *Code civil*. Difatti, si vedrà meglio nel paragrafo che segue, la distinzione fra '*nuda facta*' e obbligazioni '*quae alicujus praestatione et iuris possessionisve translatione consistunt*' venne ripresa e approfondita da Pothier all'interno dei suoi Trattati.

La sostanza del problema scaturiva, dunque, nel caso degli obblighi di fare, non tanto dall'esigenza di difendere la libertà del debitore, quanto piuttosto dall'incapacità di concepire la esecuzione in termini di attività surrogatoria. È perciò seriamente ipotizzabile che la giustificazione per tanti secoli offerta al principio in esame — giustificazione cui fornirono una specie di pretesto storico dapprima le tendenze eticizzanti del diritto intermedio e poi le massime di diritto naturale che accompagnarono il sorgere delle codificazioni — cessi in realtà velo ad un'intuizione più profonda, nella quale egualmente gioca un ruolo notevole la personalità del debitore, ma non sotto il profilo dell'impossibilità di costrizione materiale al *facere*, bensì sotto quello della originalità del *facere* e della conseguente difficoltà di organizzare forme processuali idonee a garantire la surrogazione: nel che, come vedremo, è il vero problema di fondo del nostro istituto, in quanto relativo non ad un atto tipico, come la consegna, ma ad un atto che, pur quando sia surrogabile da un terzo, tuttavia presenta un certo margine di originalità, non mai del tutto cristallizzabile in un comando preventivo e perciò tale da esigere, nello svolgimento stesso dell'attività surrogatoria, una certa elasticità di forme e una considerevole larghezza ai poteri determinativi: aspetti, questi, non ancora concepibili nel processo del diritto intermedio.»

10. **La trattatistica di Pothier e la nuova portata del principio ‘*nemo ad factum cogi potest*’.**

La teoria di Vinnio sull’incoercibilità dei soli ‘*nuda facta*’, sottoposti a rimedio del risarcimento del danno in luogo dell’esecuzione diretta, trovava sostegno nelle riflessioni di Pothier.

Quest’ultimo, infatti, condivideva l’opinione secondo la quale la regola ‘*nemo ad factum cogi potest*’ potesse trovare applicazione solamente nell’ipotesi in cui l’atto dovuto dal debitore costituisse un mero fatto.

Come vedremo, però, una tale soluzione assunse una deviazione con riferimento alle obbligazioni di non *facere*, rispetto alle quali si iniziò a trattare di surrogabilità ad opera del creditore esecutante. In tal modo, allora, quando ad esempio la demolizione dell’opera potesse essere anche compiuta da un soggetto diverso rispetto al debitore, trovava applicazione la regola dell’esecuzione in forma specifica.

Occorre, quindi, soffermarsi su quanto da tale celebre giurista affermato all’interno del *Traité du contrat de vente*, con riferimento all’eseguibilità diretta delle obbligazioni di *facere*.

Egli, in particolare, rilevava come «*quant à ce qu'on dit que Nemo potest cogi ad factum et que les obligations qui consistent à faire quelque chose se résolvent in id quod interest actoris, je réponds que cette maxime n'a d'application que lorsque le fait renfermé dans l'obligation est un pur fait de la personne du débiteur, merum factum; comme lorsque quelqu'un s'est obligé envers moi de me copier mes cahiers ou de me faire un fossé, il est évident que je ne puis le faire écrire ou travailler au fossé malgré lui, et que son obligation, en cas de refus par lui de l'exécuter, doit nécessairement se résoudre en dommages-intérêts. Il n'en est pas de même du fait de la tradition : ce fait non est merum factum sed magis ad dationem accedit et le débiteur peut y être contraint par la saisie et l'enlèvement de la chose qu'il s'étoit obligé de livrer. Notre sentiment est celui de Cuiacio, de Zoes, de Perez, de Davesan*»²⁹².

Da tale riflessione si coglie come la distinzione fra obbligazioni di *dare* e *facere* fornita dai glossatori avesse subito una importante e definitiva trasformazione: non si contrapponevano più solamente obbligazioni di *dare*, sempre eseguibili, ed obbligazioni di *facere* sempre direttamente incoercibili, ma quest’ultima categoria – a certe condizioni – poteva subire un’esecuzione *manu militari*.

²⁹² R.J. POTHIER, *Traité du contrat de vente*, in *Oeuvres complètes*, III, Parigi, 1821-1824, p. 50.

Importanti novità riguardavano anche le obbligazioni di *non facere*, che per la prima volta furono destinate di una disciplina propria, differente e derogatoria rispetto a quella tipica delle obbligazioni di *facere*. In altri termini, per la prima volta le obbligazioni di *non facere* non ricadevano più nell'alveo generale delle obbligazioni di *facere*.

Rilevava, infatti, Pothier che «*si ce qu'il s'étoit (le débiteur) obligé de ne pas faire et qu'il a fait au préjudice de son obligation est quelque chose qui puisse se détruire, le créancier peut aussi conclure contre son débiteur à la destruction. Par exemple, si mon voisin s'est obligé envers moi à ne pas fermer son avenue pour m'y laisser le passage libre, et qu'au préjudice de cette obligation il l'ait fermée par une barrière, ou par un fossé, je puis faire ordonner qu'il sera tenu de retirer sa barrière, ou de combler son fossé ; et que faute par lui de le faire dans un certain temps, je serai autorisé à faire, à ses dépens, combler le fossé, ou enlever la barrière*».²⁹³

Con altre parole e più semplicemente, si ammetteva la facoltà per il creditore di ottenere tutela diretta delle proprie ragioni, attraverso la demolizione forzata di quell'opera che il debitore si era impegnato a non costruire. Difatti, l'obbligazione di *non facere* consisteva in un obbligo di astensione; pertanto, la sua violazione comportava l'eliminazione del comportamento lesivo e causativo di un danno. Ovviamente, le spese per la demolizione dell'opera incombevano sul debitore inadempiente e non anche sul creditore esecutante.

Fu in un tale contesto ad emergere, allora, per la prima volta l'idea di fungibilità: se, infatti, l'esecuzione della prestazione di *non facere* era surrogabile ad opera del creditore, che poteva farsi autorizzare dal giudice (in caso di perdurante inadempimento anche all'ingiunzione) alla demolizione dell'opera, si derogava alla regola '*nemo ad factum cogi potest*'.

Pare, allora, che se per le obbligazioni di *facere* (positivamente intese) si rinviasse a quella distinzione operata da Vinnio fra '*nuda facta*' e obbligazioni '*quae alicujus praestatione et iuris possessionisve translatione consistunt*', per le sole obbligazioni di *non facere* emerse una differenziazione ai fini di una loro fungibilità.

Si assisteva poi – e ne era testimone Pothier – ad un'altra significativa limitazione del principio '*nemo ad factum cogi potest*'. Nello specifico, diveniva coercibile quel comportamento negativo del debitore che si estrinsecava in una manifestazione di volontà interiore. In tale ipotesi – non essendo la coercizione fisica necessaria, dovendosi piegare l'animo e non la fisicità del debitore stesso –

²⁹³ IDEM, p. 134.

l'autorità giudiziaria poteva supplirsi al debitore, manifestando in sua vece la dichiarazione di volontà.

Una tale dinamica era tipica della promessa di vendita, ove il venditore si fosse rifiutato di vendere la cosa oggetto di obbligazione.

In tale contesto, Pothier sottolineava come *«c'est ce qui a lieu à propos de la promesse de vente, qui, dit-on, n'est pas une obligation de donner, mais une promesse d'accomplir un acte juridique, de donner son consentement à la vente. Celui qui vous promet de vous vendre une certaine chose, n'est pas encore débiteur de la chose même, il n'est débiteur que d'un fait. [...] D'un côté, on dira que c'est un principe général que les obligations qui ne consistent pas à donner, mais à faire, que non sunt in dando sed in faciendo, se résolvent en dommages et intérêts, faute par le débiteur d'accomplir son obligation, parce que nemo potest cogi præcise ad factum. Donc, dira-t-on, l'obligation qui résulte de la promesse de vendre une chose, n'ayant pas tant pour objet la chose qu'un fait qui est la vente de la chose, étant une obligation que non in dando, sed in faciendo consistit, elle doit, suivant ce principe, se résoudre nécessairement en une simple obligation de dommages-intérêts. D'un autre côté, on dira que la règle nemo potest cogi ad factum et celle que les obligations que in faciendo consistunt se résolvent nécessairement en dommages-intérêts, ne reçoivent d'application qu'à l'égard des obligations de faits extérieurs et corporels, telle qu'est l'obligation de celui qui se serait obligé de copier mes cahiers, lesquels faits ne peuvent se suppléer que par une condamnation de dommages et intérêts ; mais le fait qui est l'objet d'une promesse de vendre n'est pas un fait extérieur et corporel de la personne du débiteur : il peut se suppléer par un jugement, comme nous l'avons rapporté, qui ordonnera que faute par le débiteur de vouloir passer un contrat de vente, le jugement vaudra pour contrat. Cette opinion paraît suivie dans la pratique comme étant la plus conforme à la fidélité qui doit régner entre les hommes pour l'accomplissement de leurs promesses.»*²⁹⁴

Quindi, il giurista identificava la promessa di vendita come una obbligazione di *facere*, consistente nel fornire il proprio consenso alla vendita del bene. Tuttavia, non poteva trovare applicazione la regola del risarcimento del danno, in quanto il fatto che costituiva oggetto della promessa di vendita non era un fatto esterno e materiale della persona del debitore, quanto piuttosto una mera manifestazione di volontà, che ben poteva essere supplita da una sentenza produttiva dei medesimi effetti che discendevano dalla conclusione del contratto (analogamente a quanto previsto dal nostro art. 2932 c.c. con riguardo all'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto in ipotesi

²⁹⁴ IDEM, p. 366.

di inadempimento del contratto preliminare). Si giungeva così, tramite l'*escamotage* della sentenza, a riconoscere la promessa di vendita equivalente – quanto agli effetti – alla vendita stessa²⁹⁵.

Allora, risultava evidente come il principio '*nemo ad factum cogi potest*' – sebbene formalmente mantenuto in vita – avesse perso gran parte del suo significato. Esso, infatti, implicava l'irrogazione del rimedio del risarcimento del danno (in luogo dell'esecuzione diretta) solamente per quelle obbligazioni di *facere* consistenti in '*nuda facta*', che non costituissero mera espressione di manifestazioni di volontà interiore, escludendosi anche dal novero dell'ineseguibilità diretta le obbligazioni di *non facere* – che per la prima volta soggiacevano a regolamentazione autonoma.

In conclusione, quindi, si poteva sostenere che la regola generale fosse l'esecuzione in natura. Un tale principio venne, invece, derogato (determinando la comminatoria del risarcimento del danno) per le ipotesi in cui dall'uso della forza fosse derivata una costrizione personale lesiva della dignità umana²⁹⁶.

Era, infatti, evidente la preoccupazione, che si faceva più viva con l'approssimarsi del giusnaturalismo, di distinguere il *facere*, il quale non sembrava assimilabile *tout court* al *dare* in virtù rilevanza negoziale della *traditio* come fatto traslativo del diritto, dagli altri *facere* nei quali più spiccata si mostrava la connessione con la persona e con la libertà del debitore²⁹⁷. L'indirizzarsi della misura esecutiva verso l'apprensione di una *res*, se comprimeva l'autonomia del debitore, il quale non poteva più scegliere tra l'adempimento in natura ed il risarcimento del danno, e se ne violava la sfera possessoria, non implicava – tuttavia – «che si attenti né alla sua persona né alla sua libertà²⁹⁸». Con la Rivoluzione francese, d'altronde, il baricentro dell'esperienza giuridica si sposò dal rispetto per la gerarchia e, quindi, dai rapporti di soggezione e privilegio, verso la considerazione dell'uomo,

²⁹⁵ È curioso rilevare come un'applicazione di tale principio si rinvenisse in una decisione del Parlamento di Parigi del 28 maggio 1658, riportata in *Journal des audiences du Parlement*, II, 1,1, p. 77: «*Madame la Duchesse de Bouillon, les enfants mineurs de défunt Monsieur le Duc de Bouillon, appelants d'une part, et le sieur de Bergue, intimé d'autre*». *Le duc de Bouillon avait fait une promesse au sieur de Bergue de lui vendre certains biens, et, après sa mort, ses héritiers refusaient de tenir l'engagement. « Messieurs de Bouillon, en vertu de leur Commitimus, firent renvoyer la cause aux Requetes du Palais, où intervint la sentence dont est appel. Devant le Parlement de Paris, Monsieur Talon, avocat général, prétendit que « celui qui promet de vendre une chose, et traditionem rei tenetur, si elle est en sa possession », et que « la Cour... a mis les parties hors de Cour et de procesz*».

²⁹⁶ J. GENICON, *De la règle nemo praecise potest cogi ad factum*, cit., p. 99.

²⁹⁷ S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, cit., p. 23.

²⁹⁸ R.J. POTHIER, *Traité du contrat de louage*, in *Oeuvres complètes*, Parigi, 1821-1824, IV, p. 49: «*Nous avons observé que (cette maxime nemo potest praecise cogi ad factum) n'avait d'application qu'à l'égard des obligations qui ont pour objet quelque acte corporel de la personne du débiteur, auquel il ne pouvait être contraint sans qu'on attentât à sa personne et à sa liberté. Telle est l'obligation que quelqu'un aurait contractée d'entrer à mon service, d'aller quelque part pour mes affaires, de copier mes cahiers...*».

inteso quale ‘persona’, nel suo significato più pieno e autentico, come soggetto libero e uguale agli altri, nonché portatore di diritti innati²⁹⁹.

²⁹⁹ C. V. GIABARDO, *Effettività della tutela giurisdizionale*, cit., p. 133.

11. Il recepimento del noto principio all'interno del *Code Napoléon*.

Il brocardo '*nemo ad factum cogi potest*' venne così, dopo una tale travagliata origine, trasposto all'interno dell'articolo 1142 del Codice civile francese del 1804.

In particolare, giova ai fini prospettati – per comprendere l'evoluzione delle misure di coazione indiretta fino all'attuale sistema del diritto – soffermarsi *in primis* sull'art. 1142 del Codice civile francese, esaminando poi il rapporto fra quest'ultimo e i successivi articoli 1143 e 1144.

Sarà evidente che l'adagio riportato nella norma costituisse una mera esplicitazione letterale del principio di dubbia origine latina, che necessitava inevitabilmente di essere precisato e integrato dalla giurisprudenza, tramite l'introduzione del sistema pretorio delle *astreintes*. I compilatori del Codice, infatti, non si fondarono esattamente sulle soluzioni elaborate da Pothier nella stesura dei suoi Trattati, sebbene queste furono di fatto adottate nella risoluzione pratica delle questioni di diritto³⁰⁰.

Dunque, comincio una tale disamina dalla lettura dell'art. 1142 del *Code civil*. Esso riportava: «*Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur*».

È palese come tale disposizione fosse la mera trasposizione in forma affermativa del '*nemo ad factum cogi potest*'. Pertanto, qualsiasi obbligazione di *facere* o *non facere* inadempita – prescindendosi, quindi, dalla natura e dalle proprie caratteristiche – avrebbe comportato quale conseguenza inevitabile il risarcimento del danno. Ciò appare, a prima vista, una involuzione rispetto a quanto sostenuto da Pothier: la regola non sarebbe stata, quindi, l'eseguibilità *manu militari* di ogni obbligazione (salvo quelle obbligazioni di *facere* che si concretizzassero in '*nuda facta*' esteriorizzabili tramite atti e comportamenti), ma il risarcimento pecuniario di ogni obbligazione di *facere* o *non facere*, a prescindere dalla loro manifestazione interna o esterna e dalla loro fungibilità (per le sole obbligazioni di *non facere*).

È indubbio, tuttavia, che i compilatori del *Code* si fossero ispirati, cogliendone i tratti salienti, ai Trattati sulle obbligazioni di Pothier, specialmente laddove egli avesse sottratto alla regola dell'esecuzione forzata diretta solamente «*l'obligation de faits extérieurs et corporels*», cioè quelle

³⁰⁰ J. GENICON, *De la règle nemo praecise potest cogi ad factum*, cit., p. 115 ss., in particolare, notava che «*La théorie qui nous occupe est complexe, les rédacteurs du Code civil ont trouvé une formule toute faite qui avait eu une longue fortune, et ils l'ont reproduite sans remarquer qu'elle était fautive ou plutôt qu'elle avait besoin d'être précisée*».

aventi per oggetto «*quelque acte corporel de la personne de débiteur auquel in ne pouvait être contraint sans qu'on attentât à sa personne et à sa liberté*³⁰¹».

Infatti, i redattori, sebbene – come più volte affermato – non avessero espresso in termini chiari il principio secondo la sua nuova interpretazione, all'art. 1589 avevano stabilito, conformemente a quanto indicato nel *Traité du contrat de vente*, che la promessa di vendita equivallesse alla vendita.

Difatti, secondo la dottrina del tempo³⁰²,: «*il ne faut pas exagérer la portée de l'article 1142: si l'on prenait à la lettre et isolément la disposition de cet article, on pourrait croire qu'il ne donne au créancier que le droit de demander des dommages-intérêts. Il n'en est point ainsi. Même pour les obligations de faire ou de ne pas faire, le créancier peut exiger l'exécution en nature. L'article 1142 ne renferme point une proposition absolue, ni même une proposition générale.*». Pertanto, tali autori concludevano che «*l'article 1142 signifie tout simplement que si un acte personnel du débiteur est indispensable pour que l'obligation puisse être exécutée en nature, le créancier ne peut pas, en cas de résistance du débiteur, obtenir l'exécution manu militari, et qu'il doit, en conséquence, se contenter d'une exécution par équivalent, c'est-à-dire de dommages-intérêts. D'ailleurs, la vieille maxime Nemo præcise cogi potest ad factum, qui a inspiré la disposition de l'article 1142, n'avait pas une portée plus générale.*».

La circostanza che si legga «*si un acte personnel du débiteur est indispensable pour que l'obligation puisse être exécutée en nature, le créancier ne peut pas, en cas de résistance du débiteur, obtenir l'exécution manu militari*» fa riflettere sulla maturata consapevolezza ai fini esecutivi della fungibilità dell'obbligazione. Infatti, solamente se l'atto personale del debitore è 'indispensabile' e, quindi, non surrogabile ad opera del creditore stesso, non poteva trovare applicazione la regola dell'esecuzione in forma specifica, ma della condanna al risarcimento dei danni. Si assiste, allora, a una definitiva affermazione – dopo secoli di incertezza – circa la differenziazione fra obbligazioni di *facere* fungibili e infungibili, accreditata anche dal disposto dell'art. 1144, che esamineremo a breve.

³⁰¹ R.J. POTHIER, *Traité du louage*, cit., p. 49.

³⁰² MM. BAUDRY-LACANTINIERE e BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, in *Des obligations*, I, 1806-1808 p. 469. Analogamente, F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, Paris-Bruxelles, 1869-1878, p. 256: «*Ainsi, l'exécution directe de l'obligation est la règle pour toute espèce d'obligations. La règle ne reçoit d'exception que s'il y a impossibilité de poursuivre l'exécution directe. Cette impossibilité existe plus souvent dans les obligations de faire que dans les obligations de donner; c'est une différence de fait plutôt que de droit. Il y a cependant une différence de droit qui touche à la liberté humaine. La liberté est hors de cause quand il s'agit d'une obligation de donner: la force publique s'adresse à la chose et non à l'homme. Dans les obligations de faire, la liberté de l'homme est en jeu, en ce sens que l'obligation ne peut être exécutée en faisant violence au débiteur.*».

Inoltre, il recepimento del significato attribuito da Pothier al principio '*nemo ad factum cogi potest*' all'interno dell'art. 1142 del *Code* si desume (e ne costituisce una prova fondamentale) dallo studio dei lavori preparatori. In particolare, Bigot-Préameneu, membro della commissione incaricata da Napoleone per la redazione del Codice, nell'illustrare il contenuto della norma in esame, precisava che «*le motif est que nul ne peut être contraint dans sa personne à faire ou à ne pas faire une chose, et que, si cela était possible, ce serait une violence qui ne peut pas être un mode d'exécution des contrats*³⁰³».

Pertanto, alla luce delle fonti appena esaminate, è possibile certamente ritenere che l'art. 1142 del *Code* dovesse essere interpretato alla luce delle intuizioni di Pothier – rafforzate dall'emersione del concetto di fungibilità anche con riferimento alle obbligazioni di *facere* (positivamente intese) – e che, dunque, il principio dell'esecuzione in natura regolasse ogni obbligazione, a prescindere che consistesse in un *facere*, in un *non facere* o in un *dare*. Tuttavia, laddove – ai fini dell'esecuzione – la coazione fisica sulla persona si concretizzasse in una violenza inevitabile, la regola divenne (in via puramente eccezionale) quella del risarcimento del danno.

Quanto appena illustrato, deve però essere integrato dall'esame degli articoli 1143 e 1144 del *Code Napoléon*, il primo in materia di surrogazione del creditore o di un terzo al debitore di una obbligazione di *non facere* fungibile tramite demolizione dell'opera e il secondo avente ad oggetto la surrogazione del creditore al debitore per le obbligazioni di *facere* fungibili. Rileva, pertanto, al fine della migliore comprensione di tali articoli, il concetto di fungibilità e, quindi, dell'assoluta irrilevanza delle condizioni e qualità personali dell'obligato.

In particolare, ai sensi dell'art. 1143 del *Code*, «*néanmoins, le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement soit détruit; et il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice des dommages et intérêts, s'il y a lieu*». Dunque, laddove il debitore – in violazione della sua obbligazione di *non facere* – avesse realizzato un'opera, il creditore avrebbe potuto domandare al giudice dell'esecuzione che questa venisse distrutta a spese del debitore, senza procedersi alla condanna al risarcimento dei danni. Ciò appare assolutamente conforme alle conclusioni cui era giunto in precedenza Pothier e che ho poc'anzi analizzato.

Parallelamente, il legislatore all'art. 1144 del *Code* aveva previsto in materia di violazione degli obblighi di *facere* fungibili: «*le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur*». Quindi, il creditore poteva farsi autorizzare

³⁰³ BIGOT-PRÉAMENEU, *Exposé de motifs dans la séance du 6 pluviôse an XII (27 janvier 1804)*, Locré, XII, n° 38.

dal giudice dell'esecuzione a porre in essere la prestazione dovuta, laddove il debitore fosse inadempiente, sempre a spese di quest'ultimo.

Si tratta di una evidente novità rispetto a quanto affermato da Pothier che propendeva ancora per quella classificazione fra '*nuda facta*' e obbligazioni '*quae alicujus praestatione et iuris possessionisve translatione consistunt*' proposta da Vinnio, ove i primi comprendevano nel loro novero obbligazioni di *facere* sia fungibili che infungibili.

Pertanto³⁰⁴, la regola '*nemo ad factum cogi potest*', comportante quale rimedio per l'inadempimento il solo risarcimento del danno, diveniva per la prima volta inapplicabile alle obbligazioni che, per loro natura, erano fungibili e, cioè, surrogabili da parte del creditore medesimo.

Tuttavia, giova ai fini prospettati specificare che non sempre la distruzione dell'opera di cui all'art. 1143 poteva essere materialmente o giuridicamente possibile. Si pensi, quindi, a quando fosse stato materialmente impossibile il ripristino della situazione *quo ante* (ad esempio, quando l'obbligazione di *non facere* consistesse nell'astenersi dal diffondere una notizia al pubblico) o quando la distruzione avrebbe potuto ledere i diritti di terzi (quindi, al terzo che avesse acquistato il diritto di usufrutto su un fondo sul quale il debitore aveva il dovere di non edificare). In queste due ipotesi, allora, avrebbe trovato applicazione la norma di cui all'art. 1142 c.c. e, conseguentemente, il principio '*nemo ad factum cogi potest*', comportante il mero risarcimento pecuniario.

Infine, la giurisprudenza³⁰⁵ del tempo individuava un'altra deroga alla regola generale dell'esecuzione in natura, laddove fosse stato altamente probabile che il debitore non avrebbe adempiuto al *dictum* del giudice dell'esecuzione. In tal caso, quest'ultimo – e ciò rappresenta evidentemente un'anticipazione storica dell'istituto dell'*astreinte* – avrebbe dovuto condannare in via sussidiaria il debitore al pagamento di una indennità.

³⁰⁴ MM. BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, cit., p. 436; della stessa opinione M. MEYNAL, *De la sanction civile des obligations de faire ou de ne pas faire*, in *Revue pratique de droit français*, 1884, p. 385; *contra* LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, Paris, 1885, p. 536, rilevava come il pagamento delle spese imputabili al debitore equivallesse senz'altro a un risarcimento del danno, non derogandosi così al noto brocardo: «*Voici, d'ailleurs, les propres paroles de Larombière: «On comprend que la personne du débiteur n'est dans aucun de ces cas (art. 1143, art. 1144), directement contrainte à faire ou à ne pas faire ; que seulement le créancier, en faisant lui-même détruire ce qui a été fait, ou faire ce qui n'a pas été exécuté, obtient la réparation de ce qui a été fait en contravention à l'engagement, ou même mieux, l'accomplissement parfait de l'obligation. Les articles 1143 et 1144 ne contrarient donc pas la maxime: Nemo potest præcise cogi ad factum; et même l'autorisation accordée au créancier de faire ou de défaire, aux frais du débiteur, n'a d'autre résultat que de remplacer une indemnité évaluée a priori, à titre de dommages-intérêts, par une autre indemnité plus exacte, et déterminée a posteriori, à titre de remboursement de salaires et de dépenses».*

³⁰⁵ Si cita, in particolare, Cass. 20 luglio 1812, ove il giudice dell'esecuzione aveva ordinato la chiusura di uno stabilimento industriale, stabilendo che, in mancanza di volontaria esecuzione 'sarebbe stata fatta giustizia'.

Occorre, in ogni caso, precisare – e ciò ci tornerà molto utile appena confronteremo il sistema italiano e francese di misure di coazione indiretta – che il giudice non avrebbe predeterminato il *quantum* di risarcimento, riservandosi solamente in un secondo momento la facoltà di decidere, nel caso in cui il debitore avesse persistito nell'inadempimento.

Si assisteva (e si assiste tutt'oggi), cioè, già fin dalla prima regolamentazione giurisprudenziale in materia di misure di coazione indiretta per le obbligazione di *facere* e *non facere*, a un sistema a 'doppio binario', caratterizzato da un successivo accertamento dell'inadempimento del debitore in relazione alle pretese creditorie.

In altri termini, diversamente da come è strutturato attualmente (secondo la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria, di cui si parlerà approfonditamente nel prossimo capitolo) l'art. 614-*bis* c.p.c., il giudice non doveva (e non deve) predeterminare in via anticipata il *quantum* di condanna in ipotesi di violazione del provvedimento giudiziale³⁰⁶, ammettendosi un nuovo contraddittorio solo tramite il complesso sistema delle opposizioni all'esecuzione, ma diversamente si riservava per il futuro, a seguito di una nuova cognizione dei fatti, la fissazione della somma di denaro per l'inadempimento.

Veniva, così, per la prima volta ideato (ma non ancora teorizzato) il sistema provvisorio di tutela per mezzo di coazione indiretta all'adempimento, da confermarsi in via successiva con altro provvedimento del medesimo giudice.

³⁰⁶ J. GENICON, *Nemo ad factum cogi potest*, cit., p. 161 precisava che tale regola è valida solo in teoria, in quanto nella pratica un tribunale che non si preoccupi fin dall'inizio delle conseguenze dei propri giudizi potrebbe essere accusato di negligenza. Infatti, «*Autant que possible, il doit indiquer au débiteur le sort qui l'attend s'il ne remplit pas son obligation. Il évitera souvent ainsi un nouveau procès*». È interessante notare che si tratta esattamente della stessa esigenza che la dottrina italiana dominante attuale intende tutelare tramite il sistema 'monofasico' di coazione indiretta: evitare, cioè, lungaggini processuali, che si verificherebbero laddove fosse concesso l'esperimento di una ulteriore fase di cognizione, volta ad accertare nuovamente l'inadempimento debitorio.

12. Creazione giurisprudenziale del sistema coercitivo indiretto delle *astreintes*.

Nei paragrafi che precedono si è osservato come il *Code Civil* nella sua originaria stesura, secondo una lettura conforme al pensiero esposto da Pothier nei suoi Trattati, riservasse la regola dell'esecuzione forzata in natura a tutte le obbligazioni di *dare*, *non facere* e *facere*, purché non fossero consistite in *nuda facta* e non comportassero per il debitore il compimento di atti esterni lesivi della propria persona. Per le altre obbligazioni, invece, valeva ancora il principio '*nemo ad factum cogi potest*' e, pertanto, il solo rimedio del risarcimento del danno. Un tale sistema – tuttavia – risultava assolutamente farraginoso, in quanto il debitore, condannato al risarcimento del danno, poteva persistere nel proprio inadempimento, non soddisfacendo nemmeno per il tramite dell'equivalente pecuniario l'interesse del creditore.

In un tale contesto storico, venne ideato e introdotto in via pretoria nell'ordinamento giuridico francese il rimedio dell'*astreinte*³⁰⁷. Si voleva, in altri termini, assicurare la realizzazione dell'interesse del creditore, tramite una induzione indiretta del debitore all'adempimento, cioè minacciandolo dell'erogazione di sanzioni, laddove quest'ultimo non si fosse conformato al *dictum* giudiziale.

Occorre fin dal principio di tale paragrafo sottolineare – ai fini di una migliore comprensione – come il sistema giurisprudenziale dell'*astreinte*, creato dalle necessità quotidiane e nella pratica, si fosse formato senza regole ben definite, potendo trovare applicazione in una moltitudine di fattispecie, non sussumibili in un'unica categoria³⁰⁸.

In ogni caso, sebbene suscettibile di molteplici applicazioni, la letteratura³⁰⁹ fornì una definizione univoca di tale mezzo di coazione. Infatti, «*on appelle astreinte une condamnation pécuniaire ayant un caractère provisoire, destinée à obtenir indirectement l'exécution en nature d'une obligation, par la menace d'une peine susceptible de vaincre la résistance du débiteur*». Trattasi, della stessa

³⁰⁷ La prima applicazione della misura risaliva a una pronuncia del *Tribunal de Croy* del 25 marzo 1811, cui erano seguite alcune sentenze della *Cour de Cassation* che ne avevano confermato la legittimità, senza tuttavia fornire giustificazione alcuna a tale sanzione del tutto estranea all'ordinamento giuridico. In assenza di qualunque previsione normativa legittimante la coercizione di cui si discute, la dottrina francese aveva inizialmente tentato (invano) di ravvisarne un fondamento nell'art. 1036 del *Code de procédure civile* del 1806, che attribuiva ai tribunali un generico potere di pronunciare ingiunzioni non previste dalla legge qualora le circostanze fossero così gravi da richiederlo. Tuttavia, non si tardò ad obiettare come tale norma fosse stata chiaramente pensata per una diversa ragione e, cioè, per garantire il corretto svolgimento delle udienze laddove fossero sorte difficoltà pratiche, mantenendo così l'ordine nelle aule di giustizia.

³⁰⁸ A. ESMEIN, *L'origine e la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris, 1886, p. 5; J. GENICON, *Nemo ad factum cogi potest*, cit., p. 224.

³⁰⁹ J. BERRYER, *Des astreintes*, Paris, 1903, p. 20.

definizione – salvo la precisazione del carattere provvisorio della condanna pecuniaria – che è stata adottata fin dall’inizio di tale tesi: l’*astreinte*, come qualsiasi misura di coazione indiretta, permette – tramite la minaccia di pena – la soddisfazione del creditore tramite adempimento spontaneo del debitore, in tutte quelle situazioni nelle quali una esecuzione in natura non sia possibile. Effettuando un breve paragone, ad esempio, con le *stipulationes poenae* nel diritto romano, entrambe tali misure di coazione indiretta spronavano il debitore all’adempimento della prestazione dedotta in obbligazione. Se, però, la *poena* nella *stipulatio* era pattuita dalle parti (o stabilita dal pretore in pochi e rari casi) prima dell’inizio del procedimento, quando venivano fissati i termini del negozio, l’*astreinte* (così come l’art. 614-*bis* c.p.c.) si riferisce a una fase successiva: già il debitore ha maturato il proprio inadempimento e il giudice della cognizione, nel condannarlo con sentenza (o altro provvedimento) a eseguire la prestazione, fissa una somma di denaro come indennità da pagare in caso di violazione.

Originariamente l’*astreinte* poteva essere utilizzata solo con riferimento alle statuizioni aventi ad oggetto un obbligo di *facere* infungibile, non essendo ammissibile in questo caso la surrogazione del terzo all’esecutato; tuttavia, nel corso del tempo l’ambito applicativo dell’istituto venne ampliato sino a ricomprendervi le pronunce giurisdizionali aventi ad oggetto obblighi di *facere* fungibile, di *non facere*, di consegna e rilascio, nonché quelle di condanna al pagamento di una somma di denaro (differentemente dal sistema italiano delle misure di coazione indiretta, ove ciò è esplicitamente vietato dall’art. 614-*bis* c.p.c.), escludendosi solamente quelle concernenti obbligazioni di carattere strettamente personale che coinvolgevano la libertà individuale, nonché quelle il cui oggetto fosse impossibile o alla cui esecuzione si opponesse un ostacolo insormontabile. Pertanto, la coazione indiretta in Francia, ora come allora, è utilizzabile qualora non possa ricorrersi all’esecuzione forzata in forma specifica, nonché nei casi in cui quest’ultima, sebbene astrattamente possibile, si presenti come «sommamente difficile, dannosa o sconveniente secondo i principi di socialità comunemente accolti³¹⁰».

Quanto al carattere provvisorio dell’*astreinte* – che ai fini della presente trattazione, specie nel successivo capitolo, risulta essere fondamentale – giova rilevare che, quando la giurisprudenza emise per la prima volta decisioni comminatorie, parse corretto ed equo considerare e valutare le circostanze nelle quali si verificava l’infrazione agli ordini della giustizia. Infatti, era frequente che il ritardo nell’esecuzione o l’inadempimento totale fossero imputabili al debitore e, pertanto, sarebbe parso ingiusto infliggergli una pena. Quindi, al giudice della cognizione veniva riservata la facoltà di

³¹⁰ L. FERRARA, *L’esecuzione processuale indiretta*, cit., p. 127.

pronunciare in prima istanza una condanna prettamente provvisoria, da revocare o ridurre successivamente. Allora, sarebbe seguito – nel caso di inadempimento al *dictum* giudiziale – un’ulteriore procedimento di cognizione, allo scopo di valutare la sussistenza dell’imputabilità dell’inadempimento e, solo eventualmente, confermare la sanzione pecuniaria.

A una tale conclusione giunse la fondamentale sentenza della Corte di Cassazione francese del 28 dicembre 1824, che rappresentava il punto di partenza della teorie delle penalità coercitive. Nel caso di specie, una sentenza del tribunale di Metz del luglio 1818 aveva condannato un certo Dardenne a restituire dei documenti, sotto pena di un’indennità di dieci franchi per ogni giorno di ritardo. A seguito dell’accertamento degli sforzi che aveva compiuto per adempiere, la somma di undicimilaquattrocentottanta franchi, inizialmente comminata, venne ridotta a quattrocento franchi, corrispondenti al danno reale effettivamente subito. È interessante evidenziare come la Corte di Cassazione francese avesse riconosciuto alla sentenza del tribunale di Metz doppia natura, penale e coercitiva: penale in quanto l’indennità era superiore al danno reale; coercitiva nella parte in cui spronava il debitore ad adempiere, potendo essere la sanzione notevolmente ridotta a seconda delle circostanze del caso.

Molte altre sentenze confermarono negli anni una siffatta struttura provvisoria dell’*astreinte*. Si citano, quindi, le sentenze della Corte di Cassazione del 4 giugno 1834 e del 22 novembre 1841.

Nello stesso senso si espresse, ancora, il Tribunale di Douai il 5 dicembre 1848. Questo, nello specifico, dovendo pronunciarsi su una condanna a una penalità di cinque franchi per ogni giorno di ritardo nell’adempimento dell’obbligazione di *non facere*, stabilì che il provvedimento che punisse per il futuro un inadempimento all’ordine del giudice non avesse di per sé gli effetti di una condanna definitiva e irrevocabile, potendo essere revocato dal giudice a seguito dell’esame della fattispecie concreta.³¹¹

Pertanto, risulta evidente come già nella Francia di metà del XIX secolo il sistema delle misure di coercizione indiretta all’adempimento fosse ben definito. Si dovettero aspettare differenti decenni, però, perché tali principi venissero raccontati in una fonte legislativa, venendo regolamentati dapprima

³¹¹ In realtà, negli anni ’40 del secolo scorso differenti arresti giurisprudenziali delle corti di merito optarono per una diversa interpretazione dell’*astreinte*, non attribuendole più carattere provvisorio ma definitivo e, in quanto tale, non suscettibile di alcuna modifica in seguito ad ulteriore procedimento accertativo. La *ratio* era evidentemente quella di riaffermare la reale valenza intimidatoria della misura coercitiva, in modo che il debitore non potesse più confidare nella probabile riduzione o revoca della sanzione comminata nel provvedimento giurisdizionale. In tal modo, però, si correva il rischio di rendere la misura coercitiva meno ‘equa’, non adattandosi più alla situazione concreta. In ogni caso, come si dirà nel seguente paragrafo, si assiste oggi a un sistema ‘misto’ di coazione, ove l’*astreinte* provvisoria – comunque preferita ex art. L131-2 del c. ex. odierno – viene affiancata, ove espressamente prevista, dall’*astreinte* definitiva.

con gli artt. 5-8 della L. n. 626/72 e, successivamente, con la L. n. 650/91 e con il Decreto attuativo n. 755/92.

13. Il successivo sviluppo dell'*astreinte* nella legislazione francese.

L'istituto dell'*astreinte*, sorto in via prettamente giurisprudenziale e non sussumibile inizialmente sotto una disciplina unitaria, aveva – dunque – bisogno di essere uniformemente regolamentato e di ottenere 'fondatezza legislativa' tramite l'emissione di un corpo di norme che gli attribuisse sia legittimità che coerenza, non lasciando adito ad alcun dubbio interpretativo.

Si assistette, pertanto, al susseguirsi di diversi interventi normativi estremamente importanti: la L. n. 626 del 1972 (e, specialmente, i suoi articoli dal 5 all'8), abrogata dalla legge n. 650 del 1991 (artt. da 33 a 37), a sua volta abrogata dalla riforma del 2011, che ne ha ricondotto la disciplina all'interno del *Code de procédures civiles d'exécution* all'interno del III libro, all'art. L131-1 ss.

Per il tramite di tali interventi legislativi, allora, la natura del mezzo coercitivo in questione è stata perfettamente delineata nei suoi caratteri essenziale. Dunque, è possibile adesso fornirne una definizione precisa. L'*astreinte* non è altro, infatti, che «*mesure destinée à inciter le débiteur de l'obligation à s'exécuter*³¹²» e, cioè, una «*condamnation pécuniaire, accessoire à la condamnation qu'elle assortit, et destinée à assurer l'exécution de la décision de justice qui prononce cette condamnation*³¹³». Tale definizione viene condivisa anche dalla Corte di Cassazione francese, secondo la quale l'*astreinte* è «*une mesure de contrainte destinée à vaincre la résistance opposée à l'exécution de l'obligation qu'elle assortit*³¹⁴».

Infine, giova ricordare l'*Ordonnance* n. 2016-131 del 10 febbraio del 2016 che ha provveduto a sua volta all'abrogazione dell'art. 1142 del *Code civil* – che, come visto, riproduceva fedelmente il principio '*nemo ad factum cogi potest*' –, sostituendolo con l'art. 1221 del *Code Civil*. Un tale articolo – come si dirà – sancisce la regola dell'esecuzione in natura dell'obbligazione, salvo eccezioni.

Con il primo intervento legislativo sopra ricordato è stata introdotta una distinzione fondamentale in materia di *astreinte*, che sarà utile per comprendere al meglio i suoi meccanismi di funzionamento. Si tratta della differenziazione fra *astreinte* provvisoria e definitiva (o 'non comminatoria') sopra brevemente accennata.

Come si diceva, l'*astreinte* provvisoria viene emessa in prima istanza dal giudice della cognizione ed è sempre modificabile (sia nell'*an* che nel *quantum debeatur*), anche d'ufficio, sia da parte del giudice di merito che l'ha pronunciata sia successivamente in fase di liquidazione. Inoltre, una eventuale

³¹² A. LEBORGNE, *Panorama Droit de l'exécution forcée*. in *Recueil Dalloz*, 2016, pp.1279-1289.

³¹³ A. LEBORGNE, *Droit de l'exécution. Voies d'exécution et procédures de distribution*, 2009, p. 288.

³¹⁴ Cass. sent. 7 luglio 2011.

modificazione deve tener conto ex. art. L131-4 co. 1 del *c. ex.*³¹⁵ delle difficoltà riscontrate dal debitore nell'ottemperare al provvedimento giurisdizionale, nonché del suo comportamento collaborativo nei confronti della giustizia. Può essere, invece, revocata quando la misura compulsoria non appaia più idonea allo scopo per il quale era stata commutata.

Diversamente, l'*astreinte* provvisoria, disciplinata dal comma successivo³¹⁶, viene fissata in materia immutabile al momento della pronuncia, talché la successiva fase liquidativa si risolve in una mera operazione aritmetica, dovendo il giudice dell'esecuzione sommare i giorni di ritardo nell'adempimento e moltiplicarli per il valore stabilito nel provvedimento giudiziale a titolo di *astreinte*.

In realtà, occorre precisare come nemmeno l'*astreinte* definitiva sia del tutto rigida e immutabile, in quanto anche quest'ultima può essere diminuita o soppressa laddove si verifichi l'adempimento ad opera del debitore, venga meno l'obbligazione principale (che costituisce condizione di esistenza e validità della comminatoria del mezzo coercitivo) o, ancora, si provi che la mancata o ritardata esecuzione della prestazione sia imputabile a una «*cause étrangère*» al debitore³¹⁷.

In ogni caso, il *favor* dell'ordinamento si rivolge all'*astreinte* provvisoria, unica – secondo la dottrina³¹⁸ – ad essere qualificabile alla stregua di 'misura coercitiva', in quanto modificabile a seconda delle circostanze fattuali e non totalmente imputabili al debitore che in via eventuale impediscono l'esatto adempimento.

Difatti, a dimostrazione di una tale preferenza, è intervenuto il legislatore al secondo comma dell'articolo L131-2 *c. ex.*, ove ha statuito che «*l'astreinte est indépendante des dommages-intérêts. L'astreinte est provisoire ou définitive. L'astreinte est considérée comme provisoire, à moins que le juge n'ait précisé son caractère définitif. Une astreinte définitive ne peut être ordonnée qu'après le prononcé d'une astreinte provisoire et pour une durée que le juge détermine. Si l'une de ces conditions n'a pas été respectée, l'astreinte est liquidée comme une astreinte provisoire.*»

³¹⁵ Ai sensi dell'art. L131-4 co. 1 del *c. ex.* «*Le montant de l'astreinte provisoire est liquidé en tenant compte du comportement de celui à qui l'injonction a été adressée et des difficultés qu'il a rencontrées pour l'exécuter.*»

³¹⁶ Ai sensi dell'art. L131-4 co. 2 del *c. ex.* «*Le taux de l'astreinte définitive ne peut jamais être modifié lors de sa liquidation.*»

³¹⁷ Il concetto di causa esterna è di difficile definizione in dottrina e in giurisprudenza. In ogni caso, si ritiene essere più malleabile ed estendibile rispetto a quello di caso fortuito e forza maggiore, ricomprendendo anche il fatto del terzo o del creditore che si sia concretizzato in un ostacolo impreveduto e insormontabile. D. TALLON, *L'astreinte*, in *Gazette du Palais*, 1992, p. 474. In giurisprudenza, invece, si segnala Cass. 7 novembre 1990, in *Bull. civ.* 1990, III, n. 217, p. 125, e in *Riv. trim. droit civil*, 1991, p. 535.

³¹⁸ Così come viene rilevato da C.V. GIABARDO, *Effettività della tutela giurisdizionale*, cit., p. 146.

In tal modo, allora, viene stabilito un rapporto di necessaria consequenzialità fra *astreinte* provvisoria e definitiva: quest'ultima può trovare applicazione solo ove sia già stata disposta dal giudice di merito la sua versione provvisoria (e, in quanto tale, modificabile e revocabile).

Tali due ipotesi di *astreintes* si caratterizzano per l'attribuzione al giudice francese di un potere molto esteso, contraddistinto non solo da discrezionalità, ma addirittura da elementi di arbitrarietà³¹⁹. Infatti, non solo egli può disporre la misura coercitiva d'ufficio (anche per un ammontare superiore a quanto richiesto dal creditore, senza che la pronuncia sia viziata da ultra petizione), ma addirittura in totale assenza di contraddittorio fra le parti³²⁰. Una tale assolutezza – si badi bene – è controbilanciata dalla natura provvisoria dell'*astreinte* che, come detto, può essere revocata in qualsiasi momento, talché comunemente si afferma che l'*astreinte* provvisoria non è idonea al giudicato³²¹.

La legge n. 626 del 1972 ha introdotto anche un'altra fattispecie di misura comminatoria, la c.d. *astreinte* endoprocessuale a tutela della prova, che merita in questa sede solamente un breve accenno³²².

In particolare, l'art. 11, al 2 comma del *Code de Procédure civile* dispone che qualora una parte detenga un elemento di prova, il giudice, su richiesta dell'altra parte, possa costringerla a produrlo in giudizio anche «*au besoin à peine d'astreinte*». Il giudice, inoltre, alle stesse condizioni e sotto la medesima minaccia d'*astreinte*, può ordinare la produzione di qualsiasi documento detenuto da un terzo, salvo legittimi impedimenti di quest'ultimo.

Occorre, tuttavia, precisare che una tale forma di *astreinte* deve essere necessariamente concessa su istanza di parte, non potendo essere disposta d'ufficio dal giudice, che diversamente facendo perderebbe la propria imparzialità, dimostrando di preferire una parte processuale all'altra.

³¹⁹ F. CHABAS e S. DEIS-BEAUQUESNE, *Astreintes*, in *Répertoire Dalloz*, 2005, p. 84; GUINCHARD e MOUSSA, *Droit et pratique des voies d'exécutions*, Paris, 2014, par. 411.81. Si veda anche P. BOULISSET e C. COUCHET, *Guide de l'astreinte. L'astreinte en droit privé et en droit public*, 2012, p. 2446 «l'analyse du comportement du débiteur, imposée par l'article 36 de la loi du 9 juillet 1991, désormais article L. 131-4 du Code des procédures civiles d'exécution, au juge saisi par le créancier d'une demande de liquidation de l'astreinte, revêt régulièrement un aspect technique prononcé, largement conditionné par la production d'éléments factuels destinés à emporter l'adhésion de la juridiction, laquelle dispose du pouvoir d'ordonner toute mesure d'instruction à cet effet.»

³²⁰ Si veda in particolare, Cass. 21 marzo 1979, che stabilisce il principio «*le juge n'est pas tenu de provoquer au préalable les observations des parties*»; nonché la Cass. 4 aprile 2022, che ha sancito «*le juge disposant du pouvoir de prononcer d'office une astreinte, il peut, sans statuer ultra petita, retenir un taux supérieur à celui demandé*».

³²¹ C.V. GIABARDO, *Effettività della tutela giurisdizionale*, cit., p. 155.

³²² Per un esame dettagliato della disciplina, si rinvia a P. BOULISSET e C. COUCHET, *Guide de l'astreinte*, cit., p. 2431 ss.

Analizzate sommariamente le diverse ipotesi di *astreinte*, è ora opportuno concentrarsi sul loro procedimento di liquidazione, che si differenzia nettamente da quello italiano attuale (che, come si dirà nel prossimo capitolo, si caratterizza per una misura coercitiva ex art. 614-*bis* c.p.c. solamente di tipo definitivo e per il sistema dell'autoliquidazione ad opera del creditore).

Nello specifico, l'*astreinte* è liquidata, su domanda del creditore procedente, dal giudice dell'esecuzione. Come si diceva, allora, non è direttamente il creditore che in via autonoma – come avviene in Italia – effettua il calcolo matematico, indicando la somma risultante all'interno dell'atto di precetto ai fini dell'instaurazione della procedura esecutiva. È, invece, il giudice dell'esecuzione a effettuare tale liquidazione, non effettuando una mera e sterile sommatoria, ma tenendo conto con assoluta discrezionalità anche del comportamento del debitore³²³.

Pertanto, il debitore – laddove inadempiente – viene condannato sia al risarcimento dei danni (non potendo disporsi la condanna in forma specifica per le obbligazioni di *facere* e *non facere* infungibili ex art. 1142 c.c. o ex art. 1221 c.c. nella sua nuova formulazione) che al pagamento della somma di denaro a titolo di *astreinte*. Lo stesso si verifica nell'ipotesi di pena convenzionalmente pattuita dalle parti a titolo di clausola penale, laddove queste predeterminino le conseguenze dell'inadempimento. In altri termini, con assoluto parallelismo con quanto affermato in materia di *actiones ex stipulatu*, si verifica un concorso di sanzioni pecuniarie. In tal caso, però, non si utilizza – per risolvere il problema dell'ingiustificato arricchimento del creditore a danno del debitore – un rimedio analogo alla *novatio* di cui a D. 17.2.71.pr. (Paul. 3 *epit. Alf. dig.*), per mezzo del quale la sanzione comminata a titolo di *astreinte* sostituirebbe la somma del risarcimento; diversamente, il giudice deve limitare – sempre in via discrezionale – l'operatività dell'*astreinte* a un determinato periodo di tempo o ridurre sensibilmente l'ammontare in sede di liquidazione, in modo che la sanzione complessiva nei confronti del debitore non risulti eccessiva.

Infine, va rilevato come l'*Ordonnance* n. 2016-131 del 10 febbraio 2016³²⁴ abbia definitivamente abrogato l'art. 1142 del *Code Civil*, sostituendolo con l'art. 1221.

³²³ IDEM, p. 2446 «*L'analyse du comportement du débiteur, imposée par l'article 36 de la loi du 9 juillet 1991, désormais article L. 131-4 du Code des procédures civiles d'exécution, au juge saisi par le créancier d'une demande de liquidation de l'astreinte, revêt régulièrement un aspect technique prononcé, largement conditionné par la production d'éléments factuels destinés à emporter l'adhésion de la juridiction, laquelle dispose du pouvoir d'ordonner toute mesure d'instruction à cet effet*».

³²⁴ Su questa riforma, si segnalano nella letteratura francese M. GRAZIADEI, *Le contrat au tournant de la réforme: les choix du juriste français et le précédent italien*, in *Revue des contrats*, 2015, p. 724; M. MEKKI, *L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Le volet*

Tale riforma ridefinisce in modo più chiaro la portata originaria dell'art. 1142 c.c., sancendo in via legislativa l'interpretazione di Pothier del principio '*nemo ad factum cogi potest*'.

Si ricordi, infatti, come il giurista settecentesco abbia affermato il principio dell'eseguibilità in forma specifica di ogni obbligazione, con le sole eccezioni delle obbligazioni di *facere* infungibili che si concretizzassero in '*nuda facta*' e che si esteriorizzino in atti (laddove, invece, la mera dichiarazione di volontà – specialmente la promessa di vendita – diveniva coercibile). Diversamente, invece, i compilatori del *Code Civil* del 1804 si erano limitati a riprodurre in forma affermativa il noto brocardo, senza – tuttavia – fornire le precisazioni opportune. La regola, allora, letteralmente – fino al 2016 –, sanciva il risarcimento dei danni per tutte le obbligazioni di *facere* (salvo le interpretazioni della giurisprudenza e della dottrina di cui si è detto abbondantemente sopra).

Diversamente, il legislatore del 2016 ha risolto ogni perplessità, fissando la soluzione dell'esecuzione in natura, salvo eccezioni, e dettando una disciplina unificata per le obbligazioni di *facere*, *non facere* e *dare*.

Nello specifico, l'articolo in questione stabilisce «*le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature, sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier.*».

Quindi, la regola dell'esecuzione in forma specifica viene derogata solamente ove l'esecuzione non sia (materialmente, giuridicamente o moralmente) impossibile e ove esista una manifesta sproporzione fra il costo per il debitore e l'interesse del creditore. In particolare, l'impossibilità morale andrebbe individuata in tutte quelle obbligazioni di *facere* infungibile in cui non appaia opportuno forzare l'adempimento³²⁵.

Giunge così a termine, almeno nell'ordinamento francese, l'annosa e travagliata questione dell'ineseguibilità 'diretta' delle obbligazioni di *facere* e *non facere* infungibile, ove adesso – alla regola generale dell'esecuzione in natura ex art. 1221 c.c., salvo le eccezioni di cui sopra – si accompagna (al fine di scongiurare il perdurante inadempimento del debitore) nell'ordinamento francese il sistema compulsorio civile delle *astreinte*, che ha finalmente ricevuto una regolamentazione uniforme.

droit des contrats: l'art de refaire sans défaire, in *Rec. Dalloz*, 2016, p. 494, ID., *Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat*, in *Rev. des contrats*, 2016, p. 400.

³²⁵ C. FRANÇOIS, *Présentation des articles 1221 à 1222 de la nouvelle sous-section 2 "L'exécution forcée en nature"*, in *La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1*, 2016, disponibile online su <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titres1/chap4/sects/ssect2/execution-force/>.

14. Il Codice italiano del 1865 e il deficit di disciplina in materia di esecuzione indiretta degli obblighi di *facere* e *non facere*.

Il Codice Napoleonico influenzò sensibilmente la redazione del Codice civile italiano del 1865 anche con riferimento all'esecuzione delle obbligazioni di *facere* e *non facere*.

Prima di iniziare con la disamina di tale disciplina, occorre ricordare come il *Code civil* – sebbene nei fatti interpretato alla luce degli insegnamenti di Pothier – avesse recepito letteralmente il principio '*nemo ad factum cogi potest*'. Infatti, l'art. 1142 dello stesso nella sua formulazione originale prevedeva quale unica soluzione al problema della eseguibilità delle obbligazioni di *facere* e *non facere* il risarcimento del danno, sebbene poi nella pratica per le obbligazioni di *non facere* e per quelle di *facere* fungibili, che non si concretizzassero in '*nuda facta*' e che fossero mera manifestazione di una volontà interiore, la regola fosse quella dell'esecuzione diretta.

Si è anche discusso di come la giurisprudenza francese avesse tentato di risolvere il problema del perdurante inadempimento del debitore anche alla sentenza di condanna al risarcimento del danno con la pratica delle *astreinte*, quale mezzo di coazione indiretta all'adempimento, che preveniva (e previene) in anticipo il rischio che il debitore non si conformasse (e non si conformi) al *dictum* giudiziale, comminando una sanzione pecuniaria per ogni giorno di ritardo o violazione.

Quindi, tornando all'ordinamento italiano, certamente fu recepito – sebbene dalla prospettiva del debitore – l'insegnamento del *Code civil*, ma, onde evitare quelle aspre critiche che erano già state poste nel diritto francese a opera della dottrina, in modo maggiormente conforme ai trattati di Pothier.

Pertanto, venne dettata la regola dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligazione di *facere* e *non facere*, salvo la condanna al risarcimento del danno ove risultasse impossibile o eccessivamente difficoltoso per il debitore conformarsi al *dictum* giudiziale, in quanto – per l'appunto – la prestazione dedotta all'interno dell'obbligazione era infungibile.

Tuttavia, sebbene il legislatore italiano avesse assistito alla 'correzione giurisprudenziale' apportata dai cugini d'oltralpe al problema del perdurante inadempimento del debitore al provvedimento giudiziale, non prevede alcuna misura di coazione indiretta nella formulazione del Codice Civile del 1865 e lo stesso avvenne – come si dirà – nel 1942, sebbene i molteplici tentativi da parte della dottrina italiana di recepire l'insegnamento francese.

Fatte queste premesse, passo ora ad esaminare il contenuto dell'art. 1218 ss. del Codice del 1865.

L'art. 1218 del Codice del 1865 prescriveva che «chi ha contratto un'obbligazione è tenuto ad adempierla esattamente e, in mancanza, al risarcimento del danno». Dunque, la regola generale valevole per ogni obbligazione – indifferentemente dalla sua natura – era quella dell'esatto adempimento e la condanna al *id quod interest* costituiva una mera eccezione residuale. È interessante notare il mutamento di prospettiva rispetto al Codice francese: se in quest'ultimo il punto di vista era quello del creditore e della necessità della soddisfazione dei suoi diritti, nel Codice italiano l'angolazione era quella del debitore tenuto all'esatto adempimento.

Gli articoli successivi, inoltre, riproducevano fedelmente le analoghe disposizioni del Codice d'oltralpe. In particolare, all'art. 1219 – quasi a chiarimento dell'annosa questione dibattuta fra i giuristi medievali e moderni in materia di obbligo di *tradere* la cosa venduta – si chiariva che l'obbligazione di *dare* comprendesse quella di consegnare la *res*. Successivamente, l'art. 1220 recitava «non essendo adempita l'obbligazione di fare, il creditore può essere autorizzato a farla adempiere egli stesso a spese del debitore». Analogamente, in materia di obbligazioni di *non facere*, l'art. 1221 prevedeva «il debitore che vi contravviene, è tenuto ai danni pel sol fatto della contravvenzione» e l'art. 1222 chiariva in ogni caso che «il creditore può domandare che sia distrutto ciò che si è fatto in contravvenzione dell'obbligazione di non fare, e può essere autorizzato a distruggerlo a spese del debitore, salvo il risarcimento de' danni».

Tuttavia, come si accennava, nonostante la proficua produzione giurisprudenziale francese in materia di *astreinte*, il legislatore italiano decise di non accogliere le sollecitazioni di quella dottrina che spingeva per la normazione delle misure di coazione indiretta, volte a supplire il *deficit* di tutela nei confronti del creditore nell'ipotesi in cui il debitore di una obbligazione di *facere* o *non facere* infungibile non si conformasse alla sentenza di condanna al risarcimento dei danni.

La giustificazione di una tale scelta aveva fondamento nel timore di compromettere a causa del 'carattere penale' dell'*astreinte* valori come la libertà personale. Inoltre, avrebbe potuto ristabilirsi «quell'arresto per debiti la cui sostanziale eliminazione nel nostro ordinamento, avvenuta a seguito della legge 6 dicembre 1877, n. 4166 era stata considerata pressoché unanimemente come una conquista di civiltà³²⁶».

Tuttavia, emerse progressivamente lo sconforto di quella dottrina che, come Mortara³²⁷, si domandava come si potesse assicurare tutela all'esecutante laddove il debitore si opponesse, oltre con la resistenza

³²⁶ A. PROTO PISANI, *Appunti sulla giurisdizione civile*, 1982, p. 142.

³²⁷ L. MORTARA, *Commentario del Codice civile e delle Leggi di procedura civile*, V, 1923, p. 2.

passiva consistente nel perdurante inadempimento, anche attivamente agli atti di esecuzione materiali intrapresi dal creditore.

Egli, in particolare, rilevava come nelle ipotesi di obbligazioni di *facere* ‘strettamente personale’ l’unico rimedio sarebbe consistito nella coazione indiretta, tramite la loro conversione in una obbligazione di *dare* (riecheggia il meccanismo novatorio, ampiamente esaminato nel contesto delle stipulazioni penali quali misura di coazione indiretta nel diritto romano, nonché ripreso negli scritti di Donello e Vinnio), inasprita attraverso un aumento di *poena*, oltre il suo valore strettamente economico.

Tale pensiero veniva anche confermato da Chiovenda, che si era soffermato – per l’appunto – sul problema dell’estensione e dei limiti della tutela di condanna³²⁸, derogando sensibilmente alla lezione impartita dal Codice. Secondo l’insigne giurista, in particolare, «si può essere condannati a tutto ciò che si può essere tenuti a prestare (sia un dare, un fare, un’astensione, la distruzione di quanto fu fatto in contravvenzione all’obbligo di non fare); si può essere condannati a una prestazione infungibile: perché il modo di supplire all’impossibilità di esecuzione indiretta non è necessario che sia trovato già nella sentenza, sebbene di solito così avvenga».

Una tale riflessione si poneva, d’altronde, sulla stessa linea conduttrice del noto principio di ‘chiovendiana memoria’, secondo cui «il processo deve dare, per quanto è possibile, praticamente a chi ha un diritto, tutto quello e proprio quello che egli ha diritto di conseguire³²⁹».

Allora, il processo doveva sempre servire il diritto sostanziale ed assicurare che le pretese e i diritti vantati dalla parte attrice venissero di fatto perseguiti e attuati. Pertanto, sarebbe stato – in una tale ottica – assolutamente in contrasto con l’adagio sopra enunciato un ordinamento che non assicurasse al creditore di una prestazione di *facere* o di non *facere* infungibile il conseguimento della stessa e identica pretesa vantata, non potendo la sua tutela essere limitata al solo risarcimento dei danni³³⁰.

³²⁸ G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, p. 165; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1960, p. 177.

³²⁹ G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., p. 42.

³³⁰ G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., p. 245, rilevava «vi sono beni, i quali per loro natura non ammettono altra esecuzione se non mediante coazione, perché essi non si possono conseguire senza il concorso della volontà dell’obbligato: tali sono i beni che si ottengono col compimento d’una attività non fungibile da parte dell’obbligato. Da tutte queste osservazioni discende la conseguenza che, quando un bene per sua natura, o per mancanza di mezzi di surrogazione (oggi diremmo di esecuzione forzata), non può conseguirsi se non coll’esecuzione in via di coazione, e i mezzi di coazione non sono consentiti dalla legge, quel bene non è praticamente conseguibile nel processo, salva l’attuazione (se possibile a sua volta) della volontà concreta di legge che deriva dalla lesione o mancato adempimento del titolo a una prestazione; salvo, ad esempio, il diritto al risarcimento del danno». L’insigne giurista forniva anche una definizione di ‘misure di coazione’: «diconsi mezzi di coazione i mezzi con cui gli organi giurisdizionali tendono a far

Inoltre, la previsione di un sistema di coazione indiretto avrebbe risolto la c.d. ‘crisi dell’obbligazione’, sorta nella seconda metà dell’Ottocento in Germania, nonché l’ulteriore problematica della ‘correlazione necessaria fra sentenza di condanna ed esecuzione forzata’ di cui si discuterà nel capitolo che segue e che ha investito la dottrina processual civilistica all’indomani dell’emanazione del Codice di Procedura civile del 1942.

Va segnalato, a tal proposito, come in Germania a partire dal 1852 (anno in cui Savigny pubblicò il primo volume della sua teoria delle obbligazioni) fu messo in discussione il concetto stesso di ‘obbligazione’, non più nozione unitaria, ma riferibile a due diversi momenti, quello del debito e quello della responsabilità: il primo di natura sostanziale, mentre il secondo di natura eminentemente processuale, generato, in particolare, dall’inadempimento.

In particolare, Savigny³³¹ aveva definito l’obbligazione come una signoria del creditore sopra un atto singolo del debitore (*«ueber eine Handlung des Schuldners»*) e aveva ritenuto un tale atto come «separato dalla libertà dell’agente». Egli aveva tentato, in altri termini, di fornire all’obbligazione un oggetto che non potesse consistere nella persona del debitore – ostacolandosi altrimenti alla sua libertà – ma in un atto che egli avrebbe, invece, dovuto compiere, così da evitare le conseguenze spiacevoli derivanti dall’inadempimento.

In un tale sistema, i due soggetti del rapporto obbligatorio si trovavano in una posizione di ineguaglianza: la libertà dell’uno si estendeva oltre i suoi limiti naturali come signoria sull’altro, mentre rispetto al debitore la libertà si restringeva e la sua condotta era funzionale solo ad evitare – in un’ottica coercitiva – le sanzioni che sarebbero derivate da un suo inadempimento. Tuttavia, in tale visione l’attività del debitore doveva essere considerata come «l’essenza stessa dell’obbligazione», mentre quella del creditore, che consisteva nella azione-coazione, come mero elemento subordinato: in tutti i rapporti giuridici l’osservanza spontanea del diritto (il «libero riconoscimento e adempimento del diritto») costituiva la situazione fisiologica e normale, mentre la coazione rappresentava la correzione di una situazione «non naturale».

conseguire al creditore il bene a cui ha diritto colla partecipazione dell’obbligato, e quindi tendono ad influire sulla volontà dell’obbligato perché si determini a prestare ciò che deve. Tali sono le multe; l’arresto personale; i sequestri con funzione coercitiva».

³³¹ K.F. SAVIGNY, *Le obbligazioni*, cit., p. 490 ss.; ID., *Sistema del diritto romano attuale* (traduzione dall’originale in tedesco a cura di V. Scialoja), I, p. 339.

Diverse critiche erano state mosse, dapprima dalla dottrina tedesca³³² e successivamente da quella italiana³³³, a una tale concezione. Nello specifico, il dibattito si era incentrato sulla relazione tra la prestazione dovuta dal debitore (e costituente il *focus* – come visto – dell’obbligazione) e il risultato utile per il creditore³³⁴. La letteratura, pertanto, si era interrogata se l’obbligazione dovesse essere identificata esclusivamente nella condotta del debitore – immediatamente satisfattiva – o se questa, diversamente, fosse solo un mezzo per ottenere un beneficio, ove cioè non vi fosse stata corrispondenza fra l’oggetto dell’obbligazione e la tutela di condanna (problema che si poneva inevitabilmente nelle obbligazioni di *facere* e *non facere*).

In un tale contesto si era sviluppata la distinzione, sopra accennata, fra debito (*Schuld*), inteso quale obbligo del debitore di eseguire una specifica prestazione, e responsabilità (*Haftung*), quale conseguenza processuale di un suo inadempimento³³⁵.

Una tale distinzione, tuttavia, aveva evidenziato come – a differenza dei diritti reali, nei quali il creditore poteva conseguire direttamente l’oggetto del diritto stesso – il diritto di credito venisse attuato spesso (e faccio, ovviamente, riferimento alle obbligazioni di *facere* e *non facere* infungibili) attraverso strumenti giudiziari che non permettevano la soddisfazione diretta del creditore, quali il risarcimento del danno o l’equivalente monetario.

Una tale discrepanza tra l’oggetto ideale del diritto di credito, ossia la prestazione, e il risultato pratico, spesso limitato alla surrogazione patrimoniale, aveva messo in discussione la possibilità di considerare il rapporto obbligatorio come perfettamente simmetrico tra credito e debito. Questa era l’origine della c.d. ‘crisi dell’obbligazione’.

³³² Si segnala, specialmente, A. BRINZ, *Kritische Blätter civilistischen Inhalts: In zwanglosen Heften*, 1852, p. 3-4, il quale, pur riconoscendo che l’obbligazione presupponga un atto che il debitore deve compiere o omettere, contestava la scelta di qualificare un tale atto quale ‘oggetto della signoria del creditore’; B. WINDSHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Traduzione dall’originale in tedesco (a cura di Di Fadda e Bensa), 1862, I, p. 108 ss., che proponeva una diversa configurazione dei diritti personali, concepiti non come dominio diretto su un’azione, ma come libertà del creditore di decidere se avvalersi o meno dei rimedi giuridici. Questo spostamento aveva condotto a una distinzione terminologica tra un diritto “ad” un atto, che implicava un obbligo comportamentale del debitore, e un diritto “sopra” un atto, che invece sottintendeva un dominio diretto.

³³³ Si segnala, in particolare, E. BETTI, *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell’azione*, 1920, p. 19 ss.; G. PACCHIONI, *Il concetto della obbligazione*, in *Rivista del diritto commerciale*, I, 1924, p. 209; F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, 1958, p. 206 ss.

³³⁴ Sul recepimento della ‘crisi dell’obbligazione’ in Italia e sulle diverse dottrine che vengono in considerazione, si rinvia – in particolare – a N. IRTI, *Un dialogo fra Betti e Carnelutti intorno alla teoria dell’obbligazione*, Presentazione a *Diritto sostanziale e processo*, 2006, p. II ss.

³³⁵ K. AMIRA, *Nordgermanisches Obligationenrecht. Erster Band. Allschwedisches Obligationenrecht*, 1882; ID. *Zweiter Band. Westnordisches Obligationenrecht*, 1895.

Francesco Carnelutti dedicò diverse sue pagine a questa problematica. Egli, nell'approcciarsi a una tale questione, aveva ribadito come il diritto sostanziale in materia di obbligazioni non potesse prescindere in alcun modo dal diritto processuale, posto a tutela dello stesso e che, pertanto, la questione della 'crisi delle obbligazioni' dovesse essere risolta tramite esso.

Riprendendo la distinzione fra *Schuld* e *Haftung*, egli aveva contrapposto la fase del 'debito' a quella della 'responsabilità'. In tal modo da una fase eminentemente sostanziale si giungeva – laddove maturasse l'inadempimento – a una squisitamente processuale. Nella prima, in particolare, il rapporto giuridico che veniva in considerazione era quello intercorrente unicamente fra creditore e debitore, ove il dovere di quest'ultimo consisteva in una mera tolleranza degli atti di auto-soddisfazione del creditore. Diversamente, nella seconda subentrava un terzo soggetto, cioè lo Stato che, nella persona del giudice, era obbligato a emettere la sentenza o ad assicurare l'esecuzione, nel caso di inottemperanza al *dictum* giudiziale. In un tale contesto, allora, il debitore non veniva più sottoposto a un obbligo nei confronti del creditore, ma a una soggezione al comando statale³³⁶.

Successivamente, Carnelutti evidenziò come il nostro ordinamento (ovviamente fino almeno alla prima legislazione in materia di *astreinte* nel 1970 con riferimento alla reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato) non conoscesse alcuna forma di tutela coercitiva indiretta.

Infatti, una volta che – con l'affermazione dei principi della libertà umana – l'arresto per debiti fu abrogato, non sussistette più alcun mezzo giuridico per indurre il debitore allo spontaneo adempimento di una obbligazione di *facere* o *non facere*, non surrogabile ad opera di un terzo né in alcun modo esigibile nei confronti del debitore medesimo.

In un tale contesto, allora, l'obbligazione del debitore – nella fase sostanziale del 'debito' – degradava da 'obbligo' a mero 'onere'³³⁷, avendo il convenuto la facoltà di optare per l'esatto adempimento o per il pagamento di una somma di denaro, laddove risultasse inadempiente.

Dunque, al fine di superare la 'crisi dell'obbligazione', Carnelutti propose non solo una applicazione più severa delle misure esecutive vere e proprie, ma anche «una coraggiosa adozione delle misure penali». Giova precisare che, secondo l'Autore, le misure coercitive fossero un *tertium genus* fra l'esecuzione forzata e la pena, condividendo con questa la struttura, nella parte in cui colpivano un bene dell'obbligato diverso dall'obiettivo dell'obbligo violato.

³³⁶ F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., p. 263 ss.

³³⁷ IDEM, p. 229.

In estrema sintesi, secondo Carnelutti, l'attuazione della sentenza di condanna poteva essere garantita sia attraverso la tecnica dell'esecuzione forzata, sia attraverso le misure coercitive, specie con riferimento agli obblighi di *facere* e *non facere*, per i quali il risarcimento del danno appariva uno strumento assolutamente inadeguato. A tal fine, nel corso del suo discorso, l'Autore aveva citato espressamente le misure coercitive 'in senso lato' del diritto romano, quali la *manus iniectio*, l'*actio iudicati* e la *bonorum venditio* che certamente inducevano il debitore allo spontaneo adempimento, prima ancora che si verificasse la violazione dell'*obligatio ex causa iudicati*, secondo un approccio molto simile a quello dell'arresto per debiti.

In virtù di tali considerazioni, Carnelutti, nel suo celebre progetto del 1926, presentato alla Sottocommissione Reale per la riforma del Codice di procedura civile³³⁸, aveva previsto uno strumento generale di esecuzione indiretta per gli obblighi di *facere* e *non facere*, nonché un meccanismo penale (con la sanzione dell'arresto) per l'inadempimento volontario e deliberato di qualsiasi obbligazione, anche monetaria, che fosse passata in giudicato. Inoltre, all'art. 667 del suo progetto, egli aveva disposto che «se l'obbligo consiste nel fare o nel non fare, il creditore può chiedere che il debitore sia condannato a pagargli una pena pecuniaria per ogni giorno di ritardo nell'adempimento a partire dal giorno stabilito dal giudice. Tale condanna può essere pronunciata con la sentenza che accerta l'obbligo o con altra successiva».

Tale progetto di Codice, tuttavia, non venne mai approvato in quanto tali procedure coercitive rappresentavano dei «rischi» poiché, «stante il loro carattere penale, rischiano di compromettere nella loro attuazione valori come la libertà personale» nonché potrebbero rinviare a «quell'arresto per debiti la cui sostanziale eliminazione nel nostro ordinamento, avvenuta a seguito della legge 6 dicembre 1877, n. 4166 era stata considerata pressoché unanimemente come una conquista di civiltà».

Si susseguirono molte e nuove proposte per l'introduzione delle misure di coercizione indiretta; di queste, tuttavia, non vi era alcuna traccia all'interno del Codice di rito del 1942.

Un interessante parere, che merita qui di essere segnalato, fu quello avanzato da Giuliano Vassalli, secondo il quale l'art. 388 del Codice Penale del 1930, sotto la rubrica «mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice», intendeva sanzionare anche la condotta del debitore di una obbligazione, di per sé non suscettibile di esecuzione forzata, che avesse disatteso la sentenza di

³³⁸ F. CARNELUTTI, *Progetto del Codice di Procedura Civile*, cit.

condanna³³⁹. Tuttavia, la tutela offerta da un tale articolo non appariva adeguata, in quanto il requisito soggettivo della frode rischiava di ridurre di molto l'ambito di applicazione della norma³⁴⁰.

Pertanto, nei primi del Novecento, innanzi alle sollecitazioni provenienti dalla dottrina d'oltralpe in materia di *astreintes* e a causa della necessità di rinvenire un compromesso sia dogmatico che pratico alla crisi delle obbligazioni, che aveva investito il diritto tedesco prima e quello italiano poi, la dottrina fu testimone della necessità di congegnare all'interno del nostro ordinamento un sistema di misure, alternativo a quello dell'esecuzione forzata, che permettesse al creditore di ottenere esattamente tutela della propria situazione giuridica soggettiva, senza – cioè – doversi accontentare del pagamento dell'*id quod interest*.

Tuttavia, sebbene sul tema si fossero audacemente battuti i giuristi del tempo, a causa del timore di un ritorno all'antico e abominevole sistema dell'arresto per debiti, il legislatore italiano ritenne di non introdurre una disciplina siffatta nemmeno nel codice del 1942. Di un tale *deficit* – e della conseguente questione della c.d. correlazione necessaria fra sentenza di condanna ed esecuzione forzata – dirò approfonditamente nel capitolo che segue.

³³⁹ G. VASSALLI, *La mancata esecuzione del provvedimento del giudice*, 1938, p. 5 ss.

³⁴⁰ A. PROTO PISANI, *Appunti sulla giustizia civile*, cit., p. 143 ss.

15. Conclusioni.

Dallo studio delle fonti riportate in tale capitolo è stato possibile, allora, certamente apprendere l'evoluzione che il noto principio ebbe nei secoli.

In particolare, se si ammette, come io sono convinta si debba, l'interpolazione di D. 42.1.13.1 (Ulp. 20 *ad ed.*) e la *duplex interpretatio* di D. 42.1.72.pr. (Paul. 3 *epit. Alf. dig.*), necessariamente consegue che la consapevolezza circa la distinzione delle obbligazioni di *facere* e *dare* ai fini dell'esigibilità sorse già nel diritto romano più tardo, a causa dell'appurata mancanza di ogni misura esecutiva applicabile a tutela di una obbligazione di *facere*. Una tale consapevolezza venne prelevata e rielaborata dai giuristi medievali e moderni nell'esplicitazione del brocardo '*nemo ad factum cogi potest*', così come lo intendiamo oggi.

In virtù di un tale adagio, si sanciva che la soluzione al problema dell'esigibilità delle obbligazioni di *facere* consisteva essenzialmente nella trasformazione dell'originaria obbligazione incoercibile in una diversa e consistente nell'*id quod interest*. Ciò, in particolare, era possibile tramite quella '*species quaedam et instar novationis*' di cui trattava dapprima Donello e successivamente Vinnio e, come largamente esaminato nel capitolo che precede, di ovvia ispirazione romana. D'altronde, era usuale ai fini di una migliore descrizione del funzionamento degli istituti giuridici adoperare in via analogica riferimenti a meccanismi giuridici che ne condividessero la *ratio*.

Tuttavia, la semplice condanna al pagamento della somma di denaro corrispondente (o anche superiore) al valore della prestazione non era assolutamente idonea ad assicurare la soddisfazione del creditore, in quanto lo stesso debitore avrebbe potuto ancora persistere nel proprio inadempimento, non realizzando nemmeno la dazione prettamente pecuniaria.

Per tale motivo, maturò nell'ordinamento francese – pochi anni dopo rispetto alla redazione del *Code Civil* – la necessità di prevedere strumenti compulsori civili, che inducessero, cioè, il debitore allo spontaneo adempimento della prestazione dovuta. Fu per tale motivo che, già a partire dalla seconda metà del Ottocento, la giurisprudenza francese elaborò l'*escamotage* dell'*astreinte*, misura coercitiva indiretta consistente nella condanna a una somma di denaro per ogni violazione o ritardo nell'ottemperamento al *dictum* giudiziale.

Tale meccanismo, che ebbe un ampio successo in Francia, non venne però recepito in Italia né all'interno del Codice del 1865, contribuendo alla c.d. crisi delle obbligazioni, né – come si vedrà – nel Codice del 1942, ingenerando il problema della correlazione necessaria fra sentenza di condanna ed esecuzione forzata.

Nel prossimo capitolo, pertanto, esaminerò lo sviluppo successivo al Codice del 1942 delle misure di coazione indiretta all'adempimento fino alla loro ufficiale normazione del 2009 all'interno dell'art. 614-*bis* c.p.c., oggetto di numerosi rimaneggiamenti. Sarà, inoltre, interessante – sulla base di un confronto dell'istituto nell'ordinamento francese – cogliere eventuali prospettive di miglioramento dello stesso all'interno del nostro Codice di rito.

CAPITOLO III

La tutela esecutiva delle obbligazioni di *facere* infungibili: dal Codice di rito del 1942 alla progressiva normazione delle misure di coazione indiretta.

SOMMARIO: 1. Premessa e prospettive di indagine; 2. I Codici del 1942 e la mancata previsione di una misura esecutiva in forma specifica per le obbligazioni di *facere* infungibili; 3. Il significato di ‘fungibilità’ e ‘infungibilità’ dell’obbligazione di *facere*; 4. Questioni dottrinali: la correlazione necessaria fra sentenza di condanna ed esecuzione forzata; 4.1. Il superamento della correlazione necessaria fra sentenza di condanna ed esecuzione forzata: applicazione giurisprudenziale della questione; 5. Verso una disciplina generalizzata di coazione indiretta all’adempimento; 6. Dalla genesi alla riforma del 2024: l’evoluzione dell’art. 614-*bis* c.p.c.; 7. Il primo comma dell’art. 614-*bis* c.p.c.: l’*astreinte* comminata dal giudice della cognizione; 8. I limiti espliciti nell’emissione della misura coercitiva indiretta: la materia lavoristica; 8.1. I limiti espliciti nell’emissione della misura coercitiva indiretta: la non manifesta iniquità; 9. L’autoliquidazione dell’*astreinte* da parte del creditore e tutela inadeguata del contraddittorio; 10. Il comma 2 dell’art. 614-*bis* c.p.c.: la competenza del giudice dell’esecuzione e il rinvio alle disposizioni di cui all’art. 612 c.p.c., in quanto compatibili; 10.1. La sorte dell’ordinanza di *astreinte* in ipotesi di estinzione dell’esecuzione forzata: riflessioni sulla disposizione introdotta nel 2024; 10.2. Possibili strumenti di contestazione esperibili dal debitore nell’ipotesi di cui all’art. 614-*bis* co. 2 c.p.c.: il regime delle opposizioni; 10.3. Un’ipotesi ulteriore di tutela debitore: è esperibile l’azione di ripetizione dell’indebito ex art. 2033 c.c. in caso di mancata opposizione o di rigetto/inammissibilità della stessa?; 11. Rapporto fra clausola penale e misura di coazione indiretta ex art. 614-*bis* c.p.c.: condividono la medesima natura giuridica?; 11.1. *Astreintes* e danni punitivi; 12. Natura condannatoria dell’*astreinte*: condanna in futuro o condanna condizionale?; 13. Conclusioni.

1. Premessa e prospettive di indagine.

L’introduzione dell’*astreinte* nell’ordinamento italiano ha rappresentato il momento di svolta di un lungo percorso storico-giuridico, finalizzato a colmare il vuoto di tutela che da secoli affliggeva le obbligazioni di *facere* (dall’emanazione del Codice Napoleonico, infungibili).

Infatti, dopo aver ricostruito l’evoluzione del principio ‘*nemo ad factum cogi potest*’, già avvertito nel diritto romano più tardo, sino alla sua recezione nella dottrina medievale e moderna, ho mostrato come il diritto francese, per primo, già dalla seconda metà del XIX secolo, abbia rinvenuto una soluzione al prospettato *vulnus* di tutela esecutiva, elaborando un meccanismo di coazione indiretta ‘in senso stretto’, funzionale ad indurre il debitore allo spontaneo adempimento del *dictum* giudiziale.

L'obiettivo che mi pongo in questo terzo capitolo è quello di analizzare come il modello francese dell'*astreinte* sia stato progressivamente recepito anche nel nostro ordinamento, dapprima sul piano giurisprudenziale con il superamento della rigida correlazione necessaria fra sentenza di condanna ed esecuzione forzata e, successivamente, a livello normativo con l'introduzione nel 2009 dell'art. 614-*bis* c.p.c.

Questa norma, nel rispetto del limite tradizionale dell'ineseguibilità degli obblighi di *facere* infungibili, ha introdotto un meccanismo capace di rafforzare la forza imperativa del *dictum* giudiziale, attraverso l'irrogazione di una condanna pecuniaria per ogni eventuale ritardo o inadempimento.

Nel corso del capitolo, nello specifico, analizzerò le modifiche normative che hanno interessato l'istituto a partire dal 2015, fino ai più recenti interventi del D. lgs. 149/2022, c.d. 'riforma Cartabia', e del decreto correttivo del 2024 che – sebbene abbiano esteso l'ambito applicativo dell'*astreinte* – non hanno chiarito i nodi centrali relativi alla sua liquidazione, alla sua modifica e alla sua revoca.

Dedicherò, poi, una riflessione alla natura giuridica dell'*astreinte*, dapprima interrogandomi sui suoi connotati eventualmente sanzionatori e, successivamente, rivolgendo la mia attenzione al momento a partire dal quale essa produce i suoi effetti. Infatti, attraverso un confronto con l'istituto della *stipulatio poenae* nel diritto romano, argomenterò in favore di una lettura condizionale della condanna pecuniaria, rispetto alla quale l'inadempimento rappresenta una vera e propria condizione sospensiva negativa di efficacia.

D'altronde, si vedrà come – solo successivamente al mancato adempimento dell'obbligazione principale, derivante dal *dictum* giudiziale – la misura coercitiva produce i suoi effetti e, pertanto, il debitore è tenuto a corrispondere una somma di denaro a titolo di *astreinte*.

1. I Codici del 1942 e la mancata previsione di una misura esecutiva in forma specifica per le obbligazioni di *facere* infungibili.

La dottrina dei primi anni del 1900, consapevole dell'imminente crisi dell'obbligazione che investiva l'ordinamento tedesco e l'italiano, cercò tramite varie proposte indirizzate al legislatore di escogitare misure di coazione indiretta all'adempimento che risolvessero il *deficit* di tutela esecutiva delle obbligazioni di *facere* infungibili.

Se, infatti, il Codice del 1865 prevedeva agli artt. 1220 e 1222³⁴¹ una tutela esecutiva in forma specifica per le sole obbligazioni *facere* fungibili, potendo il creditore sostituirsi all'onerato (a spese di quest'ultimo) nella realizzazione o nella distruzione dell'opera, nulla veniva disposto con riferimento alle obbligazioni di *facere* non surrogabili.

Analogamente, il legislatore del 1942 – non accogliendo le sollecitazioni della dottrina – decise di recepire sia all'interno del Codice civile che del Codice di procedura civile una disciplina pressappoco identica a quella del 1865. L'unica differenza rilevante attiene all'impossibilità attuale – a differenza del sistema previgente – per il creditore di 'farsi giustizia da sé', distruggendo o realizzando egli stesso l'opera, senza avvalersi della cooperazione del terzo individuato dal giudice dell'esecuzione.

Infatti, l'art. 2931 c.c., nel disciplinare l'ipotesi di inadempimento di un'obbligazione di *facere*, opera un rinvio espresso alla disciplina contenuta nel Codice di procedura civile, escludendo in tal modo qualsiasi residuo margine di operatività per forme di autotutela privatistica. Ne consegue che il creditore non può più ottenere dal giudice della cognizione un'autorizzazione a procedere direttamente all'esecuzione dell'opera – eventualmente anche anticipando le spese – né tantomeno può sostituirsi unilateralmente al debitore nell'esecuzione della prestazione³⁴². L'esecuzione forzata

³⁴¹ Così recitava l'art. 1220 c.c. (1865): «Non essendo adempiuta l'obbligazione di fare, il creditore può essere autorizzato a farla adempiere egli stesso a spese del debitore». Poi, l'art. 1222 aggiungeva: «Il creditore può domandare che sia distrutto ciò che si è fatto in contravvenzione all'obbligazione di non fare, e può essere autorizzato a distruggerlo a spese del debitore, salvo il risarcimento de'danni».

³⁴² D'altronde, è invalsa in giurisprudenza l'opinione secondo la quale il giudice di merito, che emetta una sentenza di condanna a un *facere*, non possa in alcun modo autorizzare il titolare del diritto di adempiere egli stesso alla prestazione a spese dell'obbligato. Infatti, l'esecuzione dell'obbligo contenuto all'interno del titolo esecutivo deve necessariamente avvenire nelle forme di cui all'art. 612 c.p.c. Una siffatta sentenza, in quanto adottata al di fuori dei poteri conferiti al giudice dall'ordinamento, risulta essere inficiata da nullità insanabile. In particolare, Cass. n. 1204/1962, Cass. n. 2016/1968, Cass. n. 1043/1970, Cass. n. 4815/1980, Cass. n. 6402/1984 e Cass. n. 576/1992. Sul punto, U. COREA, *Condanna civile e misure coercitive*, Pisa, 2023, p. 47 rileva che da una forma di 'autotutela creditoria' si passasse per la prima volta – limitatamente alle obbligazioni di *facere* fungibile – ad una «esecuzione forzata in senso proprio», disciplinata per la prima volta dal Codice di rito, le cui modalità vengono definite dal giudice dell'esecuzione, sottraendole

di obblighi di *facere*, infatti, è oggi interamente incardinata nella sfera del giudice dell'esecuzione, il quale, secondo le modalità stabilite dal processo esecutivo, può disporre l'intervento di un terzo per realizzare coattivamente la prestazione dovuta.

Si assiste, pertanto, a un'evidente formalizzazione e giurisdizionalizzazione del meccanismo esecutivo, che si traduce nella negazione del potere del creditore di agire autonomamente in supplenza dell'inadempiente.

In particolare, la materia dell'esecuzione in forma specifica delle obbligazioni di *facere* fungibili viene regolata dagli artt. 2931 c.c., nonché dall'art. 612 c.p.c., che non hanno ricevuto – fino ad oggi – modificazioni rilevanti ai nostri fini³⁴³.

Tali norme rendono residuale³⁴⁴ – in quanto attinenti ad ipotesi speciali – il principio dettato dall'art. 1218 c.c. (da leggere in combinato disposto con l'art. 1453 c.c.), che prevede il risarcimento dei danni e, conseguentemente, una condanna prettamente pecuniaria per l'inadempimento dell'obbligazione. Pertanto, l'art. 1218 c.c. opererebbe solamente in via suppletiva, ove non vi siano norme che propendano per l'adempimento in forma specifica, dimostrando così il favore dell'ordinamento per l'adempimento in natura³⁴⁵.

così all'arbitrio del creditore. Analogamente, V. DENTI, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano, 1953, pp. 48 e 92; V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, III, Napoli, 1957, p. 322; R. METAFORA, *L'esecuzione degli obblighi di fare (fungibili) e di non fare*, in *Judicium*, 2012, disponibile online su <https://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/407/R.%20Metafora.pdf>.

³⁴³ Infatti, il D.Lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, intervenuto sull'art. 612 c.p.c., ha semplicemente sostituito il termine «pretore» con «giudice dell'esecuzione».

³⁴⁴ Diversamente viene rilevato da U. COREA, *Condanna civile e misure coercitive*, cit., p. 55, secondo il quale «se mai fosse esistito (o esista) un principio di tendenziale priorità dell'adempimento in natura (o in forma specifica), lo stretto viatico in cui lo stesso veniva di fatto costretto conduceva all'affermarsi dell'opposto principio della generalità della tutela per equivalente, ad eccezione dei casi in cui una tutela specifica fosse concretamente prevista e possibile». Egli, in particolare, giustifica la sua tesi sulla scorta del principio della c.d. tipicità dell'esecuzione in forma specifica, che poneva nell'ordinamento italiano precedente al 2009 un freno alla configurabilità delle misure di coazione indiretta all'adempimento, in quanto impediva l'estensione dell'ambito di applicabilità del titolo esecutivo oltre i limiti del III libro del c.p.c. La questione veniva affrontata esaustivamente da C. MANDRIOLI, *L'esecuzione specifica dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro*, in *Rivista di diritto processuale*, 1975, p. 21 ss. La questione viene affrontata anche da P. CALAMANDREI, *La sentenza come atto di esecuzione forzata*, in *Studi sul processo civile*, III, Padova, 1934, p. 19 ss.; ID., *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, p. 49-50; L. MONTESANO, *Condanna civile e tutela esecutiva*, Napoli, 1965, p. 86; G. BORRÈ, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, cit., pp. 60, 66, 91.

³⁴⁵ Sul punto, specialmente, C. MANDRIOLI, *L'esecuzione in forma specifica (Premesse e nozioni generali)*, Milano, 1953, p. 8, secondo il quale fra l'esigenza alla reintegrazione (quale *in integrum restitutio*) e il risarcimento prevarrebbe la prima. Infatti, «quale delle due esigenze debba considerarsi prevalente sull'altra è, già da un punto di vista economico, del tutto evidente, sol che si pensi che, mentre l'esigenza della restaurazione riguarda immediatamente lo specifico interesse violato, l'esigenza del risarcimento si ricollega allo stesso interesse solo in maniera mediata, ossia attraverso un

Quindi, nello specifico, ai sensi dell'art. 2931 c.c. «se non è adempiuto un obbligo di fare, l'avente diritto può ottenere che esso sia eseguito a spese dell'obbligato nelle forme stabilite dal Codice di procedura civile». Si rimanda, pertanto, all'art. 612 c.p.c., secondo cui «chi intende ottenere l'esecuzione forzata di una sentenza di condanna per violazione di un obbligo di fare o di non fare, dopo la notificazione del precetto, deve chiedere con ricorso al giudice dell'esecuzione che siano determinate le modalità dell'esecuzione. Il giudice dell'esecuzione provvede sentita la parte obbligata. Nella sua ordinanza designa l'ufficiale giudiziario che deve procedere all'esecuzione e le persone che debbono provvedere al compimento dell'opera non eseguita o alla distruzione di quella compiuta».

È evidente, allora, che l'art. 2931 c.c. e, conseguentemente, l'art. 612 c.p.c. possano trovare applicazione solo qualora la prestazione sia fungibile, materialmente o giuridicamente³⁴⁶, in quanto si pone la necessità che un terzo, designato dal giudice, si sostituisca all'onerato³⁴⁷.

Diversamente, qualora non vi sia materialmente o giuridicamente la possibilità che un terzo si sostituisca all'onerato, non potranno trovare applicazione gli artt. 612 c.p.c. e 2931 c.c., riespandendosi la tutela 'generale' dell'art. 1218 c.c., consistente nella condanna prettamente pecuniaria.

Si aggiungano, poi, le ipotesi nelle quali la prestazione – pur materialmente o giuridicamente possibile – comporti particolari difficoltà qualitative o quantitative nella sua esecuzione da parte di un terzo.

interesse generico idoneo a soddisfare, in un secondo tempo, anche l'interesse specifico. Sulla base di questa realtà economica, l'ordinamento non attribuisce valore giuridico all'esigenza di risarcimento, se non quando risulti impossibile, per ragioni indipendenti dall'ordinamento stesso, conseguire la restituzione o comunque conseguirla in maniera integra ed esatta».

³⁴⁶ A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, p. 305 ha rilevato che esistono «diversi livelli di fungibilità e/o infungibilità», a seconda che si dia prevalenza al piano materiale o giuridico. Quindi, si definiscono 'materialmente infungibili' quelle prestazioni che non consentono la surroga processuale ad opera di terzi a causa della natura stessa della prestazione, che deve essere compiuta da un soggetto con caratteristiche fisiche o intellettuali ben definite; invece, sono 'giuridicamente infungibili' le obbligazioni che, pur consentendo una surrogazione materiale, richiedono che il soggetto che le adempia sia dotato di una qualche concessione o un qualche requisito imposto dalla legge. In particolare, si fa riferimento all'obbligazione del costruttore venditore di appartamenti, compresi in un edificio realizzato in difformità della licenza edilizia, di ottenere il rilascio del permesso di abitabilità mediante il pagamento di una sanzione pecuniaria.

³⁴⁷ Si fa riferimento, in particolare, a quella nozione di 'fungibilità processuale soggettiva' che ho accennato nel capitolo precedente, ove sottolineavo come durante il Medioevo non fosse emersa quella sensibilità nella distinzione fra obbligazioni soggettivamente fungibili e infungibili ai fini prettamente esecutivi. Infatti, i Glossatori certamente conoscevano una differenziazione prettamente sostanziale di surrogabilità, ammettendo che anche un terzo (che condividesse l'*'industria'* del debitore) adempisse in sua vece, evitando così in via preliminare la pronuncia di una sentenza di condanna; tuttavia, non avevano previsto la possibilità che un terzo si sostituisse all'onerato nell'esecuzione del provvedimento e, quindi, in un momento successivo all'inadempimento stesso. Il concetto di 'fungibilità processuale soggettiva' nasce, infatti, solamente con la formulazione nel *Code civil* degli artt. 1143 e 1144, ove si ammise per la prima volta l'esecuzione in forma specifica di una obbligazione di *facere* fungibile a opera di un terzo (o del creditore stesso).

Fra queste, figurano, ad esempio, l'obbligo di reintegrare nel posto di lavoro il lavoratore illegittimamente licenziato, l'obbligo dell'imprenditore di adottare le misure necessarie per la tutela della salute fisica dei lavoratori e l'obbligo di manutenzione del locatore che attenga a servizi comuni di un edificio o di un complesso residenziale³⁴⁸.

Pertanto, è evidente come il Legislatore del 1942 abbia differenziato, ai fini dell'eseguibilità, l'obbligazione di *facere* a seconda della fungibilità della stessa. Nel caso, cioè, in cui essa fosse risultata surrogabile, avrebbe trovato applicazione il procedimento di cui all'art. 612 c.p.c.; invece, ove fosse stata infungibile, si sarebbe assistito a una riespansione della regola generale di cui all'art. 1218 c.c.

Un tale assetto non fu, tuttavia, almeno inizialmente esente da critiche.

In particolare, nel quadro dogmatico delineato da Satta³⁴⁹, l'esecuzione degli obblighi di *facere* rivelava un'intrinseca aporia: essa era, nella maggior parte dei casi, ontologicamente incoercibile, ossia non suscettibile di attuazione coattiva secondo le forme tipiche dell'esecuzione forzata. L'incoercibilità si radicava non già in una contingenza tecnica o procedurale, bensì in una ragione strutturale: l'oggetto dell'obbligazione di *facere* era inseparabile dalla sua volontà personale, il che rendeva inattuabile, in via diretta, la coazione esecutiva.

In tale prospettiva, Satta sottolineava come non avesse alcun senso giuridico concepire, ad esempio, la possibilità di obbligare un artista a dipingere un quadro o un operaio a realizzare un lavoro manuale: l'esecuzione materiale dell'opera da parte di un terzo avrebbe potuto essere eventualmente autorizzata o sostitutiva, ma non avrebbe costituito un adempimento in senso tecnico-giuridico dell'obbligazione originaria. Era in tal senso che si affermava l'incoercibilità del *facere*. Ciò comportava che, a fronte dell'inadempimento, l'unico rimedio giuridicamente sostenibile fosse il risarcimento del danno (art. 1218 c.c.) e non l'esecuzione in forma specifica.

A ciò si collegava una distinzione teoricamente decisiva tra situazioni giuridiche finali e situazioni strumentali. Le prime designano posizioni soggettive pienamente realizzate, che si esprimono in un diritto attuale, perfetto e tutelabile in via diretta (ad esempio, il diritto reale su una cosa determinata o il diritto personale di godimento già consolidato). Le seconde, invece, si configurano come

³⁴⁸ A. PROTO PISANI, *L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna*, in *Rivista di diritto processuale*, 1975, p. 624.

S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, III, Milano, 1965, p. 11; analogamente, ID., *L'esecuzione forzata*, Torino, 1950, p. 173.

situazioni ancora *in fieri*, ossia come obbligazioni funzionali alla realizzazione di un fine ulteriore, tipicamente strutturate come obblighi di *facere*.

Ebbene, solo le situazioni finali sarebbero state, secondo Satta, suscettibili di esecuzione coattiva in forma specifica, poiché poste già in relazione diretta con l'oggetto del diritto tutelato e poiché attuabili anche indipendentemente dalla volontà dell'obbligato. In questi casi, l'esecuzione si sarebbe giustificata come attuazione di un diritto soggettivo perfetto e non come coazione all'adempimento di una prestazione. Così, ad esempio, si sarebbe potuto legittimamente imporre la demolizione di un edificio costruito in violazione di una servitù o il rilascio di un immobile al termine di un rapporto di locazione: in tali ipotesi, la situazione giuridica sarebbe stata già definita e l'esecuzione forzata avrebbe avuto funzione meramente attuativa.

Diversamente, nell'ipotesi di obblighi strumentali, la prestazione avrebbe costituito il mezzo per conseguire un risultato ulteriore (come la costruzione di un'opera o la prestazione d'opera intellettuale) e, dunque, l'esecuzione coattiva sarebbe venuta meno nella sua possibilità tecnica e nel suo fondamento giuridico, risolvendosi nella sostituzione della prestazione originaria con il suo equivalente risarcitorio.

In questo quadro si inserisce in modo coerente, ma più radicale, la posizione di Monteleone³⁵⁰ il quale, riprendendo e sviluppando la tesi di Montesano³⁵¹, riconduce l'ambito dell'esecuzione in forma specifica esclusivamente alla sfera dei diritti reali e assoluti. Secondo questa impostazione, l'esecuzione specifica non è uno strumento di attuazione delle obbligazioni patrimoniali, bensì un meccanismo destinato alla sola realizzazione coattiva di diritti già perfettamente determinati nel loro oggetto materiale e giuridico e che si caratterizzano per l'immediatezza e l'indipendenza rispetto a prestazioni personali.

Ciò che Monteleone rifiuta, con nettezza, è l'equiparazione tra esecuzione specifica e obbligazione: a suo avviso, quest'ultima – secondo quanto stabilito dall'art. 1174 c.c. – deve sempre essere suscettibile di valutazione economica e, dunque, trovare il proprio strumento tipico nell'espropriazione forzata, fondata sull'art. 2740 c.c. e non nell'esecuzione diretta della prestazione.

L'esecuzione in forma specifica, viceversa, non si fonda sulla responsabilità patrimoniale, ma sulla possibilità di immediata apprensione o modificazione dello stato materiale di un bene oggetto di un diritto

³⁵⁰ G. MONTELEONE, *Riflessioni sulla tutela esecutiva dei diritti di credito*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1977, p. 63 ss.; ID., *Recenti sviluppi nella dottrina dell'esecuzione forzata*, in *Studi in onore di Tito Carnacini*, vol. II, 1984, p. 1469 ss.; ID., *Diritto processuale civile*, vol. 2, *L'arbitrato. L'esecuzione forzata. I procedimenti speciali*, Milano, 2023, p. 69 ss.

³⁵¹ L. MONTESANO, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Bari, 1981, p. 107 ss.

reale già perfetto.

Di conseguenza, anche nei casi in cui si tenti di forzare l'esecuzione di obblighi apparentemente determinati – come quelli aventi ad oggetto masse da numerare o da pesare – Monteleone mostra che tale esecuzione non concerne realmente un'obbligazione inadempita, bensì si fonda sulla presunzione che il bene sia già entrato nel patrimonio del creditore per effetto del consenso (art. 1377 c.c.). Diversamente, quando l'individuazione del bene è operata coattivamente dal giudice, non si ha esecuzione specifica, ma una forma di espropriazione mobiliare sotto forma di assegnazione, cioè una tutela obbligatoria per equivalente e non reale.

Da ciò deriva, per Monteleone, l'impossibilità di includere nei confini dell'esecuzione in forma specifica le situazioni giuridiche personali, anche se consolidate, come fa, invece, Satta con le 'situazioni finali'. Per Monteleone, l'unico criterio di ammissibilità dell'esecuzione specifica è la riconducibilità del diritto al paradigma del diritto reale, dotato di immediatezza e autonomia funzionale. In altri termini, mentre per Satta la coazione diretta può attuare qualsiasi diritto che abbia raggiunto uno stato finale nella sua struttura e contenuto, per Monteleone l'esecuzione diretta non è un'estensione del diritto delle obbligazioni, bensì la proiezione pratica dell'effettività dei diritti reali, che soli si prestano a un'esecuzione senza mediazione soggettiva.

Pertanto, a fronte di una disciplina che, tanto nel Codice del 1865 quanto in quello del 1942, ha escluso sistematicamente l'esecuzione forzata degli obblighi infungibili e a fronte di una dottrina che ha tentato invano di sollecitare il legislatore a colmare il vuoto di tutela lasciato in tali casi, si è delineata una profonda frattura teorica tra chi – come Satta – ha ritenuto di poter ricondurre l'esecuzione in forma specifica a tutte le situazioni giuridiche finali, e chi – come Monteleone – ha, invece, ridotto il perimetro della coercibilità ai soli diritti reali già perfettamente costituiti. A complicare ulteriormente il quadro, si è aggiunta poi la questione della necessaria correlazione tra sentenza di condanna ed esecuzione forzata, che verrà esaminata al quarto paragrafo di questo capitolo.

2. Il significato di ‘fungibilità’ e ‘infungibilità’ dell’obbligazione di *facere*.

Prima di affrontare il dibattito dottrinale sviluppatosi nel secolo scorso in merito alla possibilità di pronunciare una sentenza di condanna per una obbligazione di *facere* infungibile, pur nella consapevolezza che alla stessa non sarebbe mai potuta seguire una procedura esecutiva, risulta preliminare domandarsi quale sia il significato di ‘fungibilità’, ricordando come lo stesso concetto assumesse sfumature differenti sotto il profilo sostanziale e processuale.

Il tema non rappresenta una novità per il lettore. Infatti, sia nel primo capitolo, con riferimento al diritto romano, sia nel secondo, con riguardo al diritto medievale e moderno, ho sostenuto che non fosse emersa, almeno fino al XVIII sec., alcuna consapevolezza – almeno in ambito processuale – nella distinzione fra obbligazioni fungibili e infungibili.

La questione si articolava, piuttosto, attorno alla possibilità che un terzo – in fase sostanziale – adempisse l’obbligazione al posto del debitore (come avviene oggi ex art. 1180 c.c.). Tale adempimento, se conforme all’interesse del creditore, produceva effetti liberatori per l’onerato, anche in assenza di un suo intervento attivo. Tuttavia, non si sviluppò una riflessione autonoma sul concetto di fungibilità, né tanto meno si ipotizzava che un *facere* potesse costituire oggetto di esecuzione forzata. In altri termini, l’unica sostituzione concepibile era quella ‘a monte’ del processo, nel momento fisiologico dell’adempimento volontario, e non ‘a valle’ nel contesto dell’attuazione coattiva di una pronuncia giudiziale.

Del resto, il principio ‘*nemo ad factum cogi potest*’ veniva applicato senza distinzione alcuna tra obbligazioni fungibili e infungibili, poiché il *facere*, in quanto tale, non era ritenuto coercibile. Ne consegue che la fungibilità, come categoria processuale, era del tutto assente: ciò che rilevava, in quella fase storica, era unicamente che il creditore ottenesse la soddisfazione del proprio interesse attraverso la condotta materiale richiesta, indipendentemente dal soggetto che la attuava.

Solamente, infatti, dapprima con il *Traité du contrat de vente* di Pothier³⁵² – limitatamente alle obbligazioni di *non facere* – e successivamente con il *Code Napoléon* emerse la distinzione fra obbligazioni di *facere* fungibili e infungibili, cosicché si ammise la possibilità di instaurare una procedura esecutiva per le obbligazioni di *facere* fungibili (materialmente e giuridicamente) ove il creditore si potesse sostituire al debitore nella realizzazione dell’opera o nella sua demolizione. In altri termini, accanto alla possibilità del soggetto terzo di adempiere ‘in fase sostanziale’ in luogo del

³⁵² Si rinvia, sul punto, al par. 10 del secondo capitolo.

debitore, sorgeva l'opportunità che in sede esecutiva il creditore si sostituisse al debitore esecutato.

Tuttavia, ancora la fungibilità atteneva solo alla possibilità che il creditore, parte attiva del rapporto obbligatorio, si sostituisse all'onerato, ma non anche un terzo. Ad esempio, l'art. 1144 disponeva che *«le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur»*. Analogamente prevedeva, poi, il Codice civile italiano del 1865 all'art. 1220, che così recitava: «non essendo adempita l'obbligazione di fare, il creditore può essere autorizzato a farla adempiere egli stesso a spese del debitore».

Il riferimento della fungibilità alla prestazione del terzo (e non solo del creditore, che al debitore si sostituiva) emerge chiaramente solo con il Codice di rito del 1942, che prevede al secondo comma dell'art. 612 c.p.c.: «nella sua ordinanza designa l'ufficiale giudiziario che deve procedere all'esecuzione e le persone che debbono provvedere al compimento dell'opera non eseguita o alla distruzione di quella compiuta».

Quindi, a partire dal 1942, non è più il creditore – nelle obbligazioni di facere *fungibili* – a doversi sostituire all'onerato (a sue spese), ma è il giudice a individuare il soggetto terzo che deve realizzare la costruzione o la demolizione dell'opera.

Analizzata, così, l'evoluzione storica del concetto di 'fungibilità' e verificato come esso si distinguesse dall'adempimento del terzo in fase sostanziale, è necessario interrogarsi sulla sua natura. In particolare, occorre domandarsi se esso debba intendersi come caratteristica inerente al contenuto dell'obbligazione oppure come qualità riferibile al soggetto tenuto all'adempimento.

A me sembra evidente che il concetto di fungibilità ai fini esecutivi debba inevitabilmente riferirsi al soggetto che adempie la prestazione (ove la stessa non si basi sull'*intuitus personae*) e non al contenuto dell'obbligazione di *facere*.

Sul piano sostanziale (che ai nostri fini non rileva), infatti, il contenuto dell'obbligazione assume rilevanza qualora essa abbia ad oggetto la realizzazione di un bene materiale – come, ad esempio, un'opera –, poiché in tal caso, fintantoché il debitore è ancora nei termini per adempiere, risulta irrilevante che la prestazione sia eseguita personalmente da lui o da un terzo, purché essa corrisponda alle caratteristiche pattuite e soddisfi l'interesse del creditore. In altre parole, la prestazione è fungibile qualora essa possa essere sostituita da altra equivalente, indipendentemente dal soggetto esecutore.

Diversamente, nelle obbligazioni di 'puro *facere*' (si pensi, in proposito, alla cantante lirica tenuta ad

eseguire una determinata aria), nelle quali il risultato dell'obbligazione e la sua realizzazione coincidono, la fungibilità deve inevitabilmente riferirsi all'attività (come azione) compiuta dal debitore. Pertanto, deve ritenersi infungibile la prestazione nella quale sia il creditore a determinare le attività inerenti alla prestazione, anche da un punto di vista tecnico; diversamente, la prestazione è fungibile quando la determinazione dell'attività sia esclusivamente rimessa al debitore³⁵³.

Quanto detto, però, rimane circoscritto solamente all'ambito sostanziale e, cioè, al momento antecedente l'instaurazione di un giudizio e finché il debitore non sia decaduto dalla possibilità di adempiere spontaneamente.

Una volta trasposto il discorso sul piano processuale e, quindi, nel momento in cui l'obbligazione viene cristallizzata in una pronuncia giudiziale, la prospettiva muta radicalmente. In tale fase, infatti, non rileva più la volontà del debitore in ordine alle modalità dell'esecuzione. Ciò che assume rilievo è, invece, unicamente la possibilità che un soggetto diverso dal debitore possa dar corso all'adempimento.

Pertanto, si considererà processualmente fungibile l'obbligazione che può essere adempiuta da un terzo, non essendo le qualità personali del debitore essenziali all'esecuzione. Viceversa, sarà processualmente infungibile l'obbligazione che, per la sua natura, deve essere eseguita necessariamente dal debitore medesimo. Così, l'obbligo di demolire un'opera risulta fungibile, in quanto eseguibile da chiunque; quello di esibirsi in un'aria lirica, invece, è infungibile, poiché strettamente connesso all'*intuitus personae*.

In ogni caso, la dottrina più attenta³⁵⁴ ha sottolineato come la verifica della fungibilità di un'obbligazione di *facere* richieda un'attenta considerazione del contesto concreto in cui essa si inserisce, valutando sia gli aspetti fattuali sia gli interessi in gioco tra le parti.

La questione della fungibilità è stata, infine, oggetto di particolare analisi della dottrina a partire dal

³⁵³ Specialmente, L. FERRONI, *Obblighi di fare ed eseguibilità*, Camerino, 1983, p. 144 ss. Sul punto, anche A. ZARRELLI, *Fungibilità ed infungibilità nell'obbligazione*, Napoli, 1969, p. 91 ss.; P. GHIRETTI, *Genericità e fungibilità dell'obbligazione*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1974, p. 257 ss.; S. MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, in *Europa e diritto privato*, 2009, p. 9947 ss.; R. METAFORA, *L'esecuzione degli obblighi di fare (infungibili) e di non fare*, in *Juridicum*, 2012, p. 1 ss.; D. POLETTI, *Sulla infungibilità degli obblighi di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2014, p. 750 ss.; R. SICLARI, *Infungibilità. tra il dare e il fare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, II, 2015, p. 583 ss.; U. COREA, *Condanna civile e misure coercitive*, cit., p. 55 ss.

³⁵⁴ L. FERRONI, *Obblighi di fare ed eseguibilità*, p. 172; S. MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, cit., p. 964 ss.

2009, quando il Legislatore ha introdotto nell'ordinamento l'art. 614-*bis* c.p.c., inizialmente rubricato «Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare». Da quel momento si sono moltiplicati gli interrogativi relativi alla nozione di fungibilità e, in particolare, alle ragioni per cui tale concetto venga riferito esclusivamente alle obbligazioni di *facere*, senza estendersi anche a quelle di *non facere*. Sul punto, tornerò al par. 6 di questo capitolo.

In definitiva, la nozione di fungibilità dell'obbligazione di *facere* ha assunto nel tempo significati diversi, a seconda del piano sul quale viene considerata. Se, nelle sue prime manifestazioni, il problema era limitato alla possibilità di un adempimento sostitutivo del terzo in fase sostanziale (secondo il meccanismo oggi previsto all'art. 1180 c.c.), solo a partire dall'età moderna è sorta una riflessione autonoma sulla fungibilità in senso processuale, legata alla possibilità di dare esecuzione coattiva alla prestazione mediante la sostituzione del debitore.

In particolare, si è verificato come il concetto di fungibilità processuale vada inevitabilmente riconnesso all'identità del soggetto onerato, essendo la nozione di coercibilità strettamente connessa all'*intuitus personae*.

3. Questioni dottrinali: la correlazione necessaria fra sentenza di condanna ed esecuzione forzata.

Ampie critiche furono sollevate dalla dottrina alla mancata previsione all'interno del Codice di rito di misure compulsorie, analoghe a quelle previste dall'ordinamento francese, che permettessero in via indiretta la soddisfazione del creditore di una prestazione di *facere* infungibile.

Infatti, la dottrina spingeva per la normazione di misure di coazione indiretta che, tramite la prospettazione di una sanzione pecuniaria per ogni giorno di ritardo o ogni violazione del *dictum* giudiziale, spronassero il debitore all'adempimento spontaneo della sentenza.

Sorse, allora, fra gli studiosi³⁵⁵ l'opinione che, se non vi era alcun mezzo esecutivo diretto che potesse tutelare le ragioni del creditore di una prestazione di *facere* infungibile, allora neppure il giudice della cognizione avrebbe potuto emanare una sentenza di condanna a una tale prestazione inesigibile. Avrebbe, al più, potuto emettere una sentenza di mero accertamento della situazione giuridica lesa³⁵⁶.

In altre parole, veniva evidenziata la correlazione necessaria fra la sentenza di condanna e una forma di esecuzione che soddisfacesse esattamente le ragioni creditorie. Quindi, non poteva esistere alcuna sentenza di condanna non suscettibile di esecuzione forzata³⁵⁷, in quanto essa costituiva titolo

³⁵⁵ Specialmente, E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, in *Diritto sostanziale e processo*, Milano, 2006, secondo il quale non vi sarebbe solo una «linea diretta di logica continuità» tra condanna ed esecuzione forzata (*actio iudicati*), «poiché la condanna non è qualcosa che stia a sé senza bisogno di un seguito: l'esecuzione. La funzione essenziale della condanna è quella di costituire il programma dell'esecuzione forzata, ossia il titolo esecutivo. Se la condanna non avesse tale funzione preparatoria dell'esecuzione, il diritto patrimoniale dedotto in giudizio non avrebbe preceduto di un passo sulla via della realizzazione sua». Si segnalano anche P. CALAMANDREI, *La condanna*, in *Studi in onore di Federico Cammeo*, Padova, 1933, p. 191; E.T. LIEBMAN, *Le opposizioni di merito al processo di esecuzione*, Roma, 1936, p. 117; A. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955, p. 103 ss.

³⁵⁶ A. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, cit., p. 107 ss.

³⁵⁷ G. MONTELEONE, *Condanna civile e titoli esecutivi*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1990, p. 1078 ss.; ID., *Recenti sviluppi della dottrina dell'esecuzione forzata*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1982, p. 282 ss. In particolare, secondo lo studioso, la persistenza della correlazione necessaria tra sentenza di condanna ed esecuzione forzata si fonda su un impianto concettuale e normativo rigoroso, che esclude ogni possibilità di scissione tra l'accertamento giudiziale dell'obbligo e la sua attuazione coattiva. Secondo l'autore, il principio *nulla executio sine titulo* non rappresenta una mera formalità, bensì esprime una relazione strutturale imprescindibile: l'esecuzione forzata può avere luogo solo se preceduta da un titolo giurisdizionale che contenga un comando chiaro, preciso e attuale. In assenza di tale condanna, l'apparato esecutivo non può agire, né tantomeno può surrogare o inventare contenuti non previamente determinati in sede di cognizione. Questo assetto garantisce una netta distinzione tra funzione cognitiva ed esecutiva del processo, che Monteleone ritiene fondamentale per preservare la coerenza sistemica del diritto processuale civile. Alla luce di ciò, le misure di coazione indiretta – come le *astreintes* – non introducono un'alternativa alla dinamica condanna-esecuzione, né la eludono, ma al contrario la presuppongono. In altre parole, esse non realizzano materialmente la prestazione, specie quando si tratti di obbligazioni personali o infungibili, e non permettono allo Stato di sostituirsi al debitore nell'attuazione del comando. Operano, piuttosto, sul piano psicologico o patrimoniale, cercando di indurre l'adempimento spontaneo attraverso un aggravio economico. È proprio tale carattere volontaristico e non coattivo che impedisce loro di costituire

esecutivo ex art. 474 c.p.c.

Una tale constatazione era già implicita nella stessa definizione di condanna offerta dalla dottrina dominante: la condanna non sarebbe altro che quel provvedimento giudiziario che, con l'accertamento di un diritto, ne accerta l'ulteriore esigenza di tutela a mezzo di esecuzione forzata³⁵⁸.

Ne derivava inevitabilmente – quale conseguenza pratica – che, qualora non fosse stato congegnato un mezzo esecutivo per tutelare il creditore di una determinata obbligazione, il giudice non avrebbe potuto neppure condannare il debitore a porla in essere.

Dunque, la conseguenza fu che – almeno fino alla fine degli anni '90 – la Cassazione era ferma (come si dirà più approfonditamente nel paragrafo che segue) nel ritenere nulla, per difetto della condizione processuale dell'interesse ad agire, quella sentenza che condannasse il debitore ad un *facere* infungibile.

La dottrina, tuttavia, si era impegnata a individuare strumenti che potessero superare la problematica concernente la necessaria correlazione tra la sentenza di condanna e la sua esecuzione forzata, al fine di ammettere l'emanazione di una sentenza di condanna che non comportasse inevitabilmente l'intervento esecutivo. Qualora tale superamento fosse risultato effettivamente possibile, il giudice avrebbe potuto pronunciare una sentenza di condanna relativa a un *facere* infungibile, senza che da essa derivasse necessariamente un'esecuzione (praticamente inattuabile).

Due sono, in particolare, le ricostruzioni teoriche che si sono distinte per la loro capacità suggestiva: la prima riconducibile a Mandrioli, la seconda a Proto Pisani.

Quest'ultimo, nello specifico, ha cercato di estendere la nozione di 'sentenza di condanna' ricomprendendovi anche quei provvedimenti che, pur non essendo suscettibili di esecuzione forzata

una forma di esecuzione forzata in senso proprio. Pertanto, per Monteleone, ogni tentativo di elevare le misure coercitive a *tertium genus* tra risarcimento e pena si traduce in un'operazione concettualmente incoerente e giuridicamente infondata. Se la misura mira a compensare un danno, essa rientra nella logica del risarcimento; se, invece, intende punire il ritardo o l'inadempimento, assume natura afflittiva e, quindi, penalistica. In nessun caso tali misure possono surrogare l'esecuzione forzata, né fondare un sistema autonomo di attuazione. La loro introduzione come strumenti centrali della tutela esecutiva rischierebbe di compromettere l'architettura del diritto civile, sovrapponendo logiche punitive estranee al suo impianto originario. Per questo, Monteleone rifiuta l'idea di misure coercitive come via alternativa all'esecuzione, ribadendo la necessità – logica, giuridica e sistemica – della correlazione tra condanna ed esecuzione.

³⁵⁸ Specialmente, L. MONTESANO, *Condanna civile e tutela esecutiva*, Napoli, 1965, p. 19. Si rinvia, inoltre, a P. CALAMANDREI, *La condanna*, in *Studi sul processo civile*, III, Padova, 1934, p. 188; E. GARBAGNATI, *Azione e interesse*, in *Jus*, 1955, p. 333 ss.; G. BORRÈ, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, cit., p. 138 ss.; E. T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano, 1973, p. 145.

in senso stretto, possono, tuttavia, essere ottemperati attraverso misure di coazione indiretta. Muovendo dal noto principio di matrice chiovendiana secondo cui «il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che egli ha diritto di conseguire»³⁵⁹, Proto Pisani riteneva che l'ordinamento giuridico italiano fosse orientato verso la piena soddisfazione del creditore, anche per via indiretta.

A sostegno di tale prospettiva, richiamava l'art. 24 della Costituzione e l'art. 2818 c.c., il quale – menzionando espressamente la 'sentenza di condanna' – dopo aver fatto riferimento al pagamento di una somma di denaro, «richiama riassuntivamente e comprensivamente l'adempimento di 'ogni altra obbligazione'»³⁶⁰.

Inoltre, egli individuava negli artt. 388 e 650 c.p. un ulteriore fondamento per l'introduzione, nel nostro ordinamento, di strumenti di coazione indiretta all'adempimento, in quanto entrambe le disposizioni – rispettivamente nella forma del delitto e della contravvenzione – sanzionano il comportamento del soggetto che si sottrae volontariamente all'osservanza di un provvedimento dell'autorità.

Tale impostazione veniva, tuttavia, respinta da Mandrioli, il quale – pur riconoscendo il valore del tentativo teorico di superare la cosiddetta correlazione necessaria tra sentenza di condanna ed esecuzione forzata – se ne discostava sul piano argomentativo³⁶¹.

Secondo il giurista, infatti, solo mediante un'estensione del concetto di 'titolo esecutivo' a quei provvedimenti che, in sé, non risultano suscettibili di esecuzione forzata, sarebbe stato possibile delineare un autentico sistema compulsorio civile.

Un esempio paradigmatico di tale meccanismo veniva da lui rintracciato nell'art. 18 della legge n. 300 del 1970, che – nel prevedere la sentenza di reintegrazione nel posto di lavoro – le attribuisce efficacia di titolo esecutivo, pur in assenza dei presupposti per l'esecuzione nelle forme tradizionali previste dal libro III del Codice di procedura civile.

In questo caso, il legislatore ha predisposto un sistema di misure di coazione indiretta all'adempimento, idoneo a sollecitare il datore di lavoro al rispetto del *dictum* giudiziale, sotto la

³⁵⁹ *Supra*, cap. II, par. 14, in part. nt. 328.

³⁶⁰ A. PROTO PISANI, *L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna*, cit., p. 627 ss.

³⁶¹ C. MANDRIOLI, *Sulla correlazione necessaria fra sentenza di condanna ed eseguibilità forzata*, in *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, 1976, p. 1342 ss.

minaccia del pagamento della retribuzione per ciascun giorno di inottemperanza. Tuttavia, lo stesso Autore riconosceva che una tale fattispecie costituiva un *unicum* nel panorama processual-civilistico italiano e inidoneo, pertanto, a fondare un sistema di misure di coazione indiretta, analogo a quello francese o a quello britannico³⁶².

³⁶² A. PROTO PISANI, *L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna*, cit., p. 627 ss., in particolare giustificava l'utilizzo degli artt. 388 e 650 c.p. per estendere la tutela compulsoria civile esattamente sulla scorta del sistema inglese del *Contempt of Court*. Nel diritto anglosassone, l'istituto del *Contempt of Court* (letteralmente, 'oltraggio alla Corte') costituisce uno strumento essenziale per garantire l'effettività delle decisioni giudiziarie. Ai fini di una migliore comprensione dell'istituto, è opportuno precisare come, nel *common law*, i diritti civilmente tutelabili siano soltanto quelli aventi natura patrimoniale, che si risolvono nel dovere di dare una *res* o una somma di denaro, sia essa la pretesa originaria o quella risultante dalla conversione di un obbligo di *facere* infungibile. In un simile contesto normativo, assume rilievo decisivo la giurisprudenza dell'*Equity*, sviluppatasi per attribuire una tutela più incisiva ai nuovi diritti emergenti nel corso del tempo, sfruttando i poteri riconosciuti alla Corte di Cancelleria (sul punto, in particolare, M. TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, I, Napoli, 1989, p. 63 ss.; L. PASSANANTE, *Modelli di tutela dei diritti. L'esperienza inglese e italiana*, Padova, 2007, p. 56 ss.). Benché l'argomento risulti di indubbio interesse – soprattutto se posto in relazione all'*Equity* di matrice canonistica e alle soluzioni romanistiche in tema di *translatio* di un'obbligazione di *facere* nell'obbligo di pagamento di una somma di denaro – una simile indagine non può trovare adeguato sviluppo in questa sede, per ragioni di coerenza e di economia espositiva. In questa sede, pertanto, ci si concentrerà sulla struttura attuale del *Contempt of Court* e sui suoi meccanismi di funzionamento, richiamando solo incidentalmente la giurisdizione dell'*Equity*, sorta nel solco del diritto canonico. Nello specifico, in caso di inadempimento, il giudice che ha emesso il provvedimento può irrogare sanzioni di natura pecuniaria o detentiva. Va tuttavia precisato che, in ragione del suo carattere generale, il *Contempt of Court* può essere applicato a qualunque provvedimento giurisdizionale, sia esso interinale che istruttorio. La dottrina e la giurisprudenza distinguono due forme principali: il *criminal contempt*, che rappresenta un vero e proprio reato volto a sanzionare condotte lesive del regolare svolgimento della giustizia, tutelando un interesse pubblico; e il *civil contempt*, di natura essenzialmente coercitiva, diretto a garantire l'adempimento dell'obbligazione, tutelando in via principale l'interesse del privato e solo indirettamente l'efficacia del sistema giudiziario. La responsabilità per *civil contempt* si configura, in linea generale, nei confronti di chi non rispetti un ordine della Corte, anche se non derivante da una sentenza di condanna. Le sanzioni previste comprendono il *writ of sequestration*, che consente il sequestro dei beni del debitore fino all'avvenuto adempimento; l'imposizione di una multa, determinata discrezionalmente in base alla gravità dell'infrazione e al danno arrecato alla controparte; e, nei casi più gravi, la pena detentiva. In seguito alla nota sentenza della Corte EDU del 24 aprile 1979, il Parlamento britannico ha adottato il *Contempt of Court Act* del 1981, che ha fornito una disciplina organica della materia, introducendo, tra l'altro, un limite massimo di due anni alla detenzione in caso di *civil contempt*. Come accennato, il potere di *civil contempt* affonda le sue radici nella tradizione della procedura canonica di origine romana, che ha avuto un'influenza determinante sulla nascita e lo sviluppo della giurisdizione di *Equity*. In tale contesto, il giudice assumeva un ruolo attivo e inquisitorio, in contrasto con la posizione più passiva tipica delle Corti di *Common Law*. La Corte di Cancelleria, competente per le controversie di *Equity*, adottava infatti un procedimento ispirato alla procedura romano-canonica, arrivando talora a sovvertire le decisioni delle Corti di *Common Law*, che riconoscevano al creditore una tutela meramente risarcitoria, principalmente attraverso il rimedio del *trespass*. A tal proposito, si veda U. MATTEI, E. ARIANO, *Il modello di common law*, Torino, 2018, p. 16 ss. Come illustrato da C.A. CANNATA, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, II, *Dal medioevo all'epoca contemporanea*, Torino, 1989, p. 51 ss., il *trespass* affondava le proprie origini in atti violenti che violavano la *King's peace*, e mirava al risarcimento dei danni subiti. Tuttavia, trattandosi di un'azione di natura penalistica, comportava anche la possibilità di irrogare sanzioni personali, come la multa, la detenzione del convenuto o, in caso di irreperibilità, la dichiarazione di *outlawry*. Col tempo, però, il requisito della violenza perse ogni consistenza sostanziale, riducendosi a una mera formalità. La piena tutela dell'interesse del creditore all'adempimento in forma specifica dell'obbligazione si è affermata solo con l'introduzione dell'*Equity*. Tramite i *decrees for specific performance*, il Cancelliere poteva ordinare direttamente l'esecuzione del contratto. A ciò si affiancava lo strumento dell'*injunction*, con cui il giudice poteva vietare

La consapevolezza della necessità del superamento della correlazione necessaria iniziò a diffondersi, allora, nella dottrina dominante.

Ad esempio, Mazzamuto proponeva l'impiego di strumenti di coazione anche mediante il ricorso all'esecuzione in forma specifica³⁶³. Quest'ultima, secondo lo studioso, assumerebbe una funzione coercitiva in virtù degli oneri economici che essa comporta per il debitore, della sua possibilità di reiterazione, degli effetti negativi derivanti dalla pubblicità dell'inadempimento, nonché della sua capacità di attivare ulteriori meccanismi compulsori, sia sul piano giuridico che su quello fattuale. Tuttavia, tale rilettura dell'esecuzione in diretta come «una delle articolazioni» dell'esecuzione indiretta processuale incontra un limite significativo nel cosiddetto «programma obbligatorio futuro». In altri termini, l'esecuzione in forma specifica non si rivela idonea a esercitare una reale pressione sul debitore nei casi in cui l'obbligazione da adempiere implichi un'attività proiettata nel tempo e, dunque, non surrogabile.

Fra le opinioni particolarmente autoritarie merita, poi, particolare menzione quella di Chiovenda, il

la reiterazione di atti illeciti: ad esempio, se un soggetto poneva in essere una serie continuativa di *trespasses* su un fondo altrui, il diritto comune consentiva soltanto la proposizione di singole azioni risarcitorie, ma non permetteva di impedire nuovi atti lesivi. Il Cancelliere, invece, poteva emettere un'*injunction* che vietasse la prosecuzione del comportamento illecito, e, in caso di violazione dell'ordine, poteva disporre l'arresto per *Contempt of Court*. Da questa evoluzione si evince come l'*Equity* abbia colmato i limiti strutturali del sistema di *Common Law*, consentendo l'esecuzione in forma specifica e introducendo strumenti a forte valenza coercitiva. L'*injunction* si configura, infatti, come una minaccia concreta: il debitore, se persiste nell'inadempimento, è esposto a sanzioni personali, comprese misure detentive. In tempi più recenti, il dibattito sul *Contempt of Court*, in chiave comparatistica con il sistema compulsorio italiano, è stato approfonditamente sviluppato da G. VALLONE, *La tutela dei diritti nell'esecuzione forzata*, Roma, 2020, p. 159 ss.; V. GIABARDO, *Effettività della tutela giurisdizionale e misure coercitive nel processo civile. Un'indagine di diritto comparato*, cit., pp. 49 ss., 200 ss.; U. COREA, *Condanna civile e misure coercitive*, cit., pp. 224-225. Quest'ultimo, in particolare, ha evidenziato le fondamentali differenze strutturali tra il sistema di esecuzione civile inglese e quello italiano (nonché francese). Infatti, nei paesi di *common law*, a differenza dei sistemi di *civil law*, l'esecuzione in forma specifica assume un ruolo subordinato rispetto alla tutela risarcitoria tramite *damages*. Quest'ultima rappresenta il rimedio ordinario e solo nei casi in cui risulti inadeguata a proteggere l'interesse del creditore – secondo il noto *adequate remedy test* – può essere ordinata la *specific performance*. È in questo contesto che si sono sviluppate teorie come quella della *efficient breach*, tipiche di ordinamenti in cui l'adempimento dell'obbligo non rappresenta necessariamente l'obiettivo ultimo del rapporto obbligatorio. Inoltre, nei sistemi di *common law*, l'esecuzione specifica presenta tratti speculari rispetto al nostro modello. Nel diritto italiano, l'adempimento è la regola e il risarcimento solo un rimedio sussidiario; al contrario, nei paesi di *common law*, l'azione risarcitoria è il rimedio primario, mentre l'adempimento specifico è limitato ai casi di prestazioni infungibili o difficilmente valutabili in termini monetari. Non è un caso, allora, che i giudici anglosassoni tendano a escludere l'ordine di adempimento nei casi in cui questo comporti un'ingerenza eccessiva o un pregiudizio sproporzionato rispetto all'interesse tutelato. Tale impostazione risulta coerente con un sistema che attribuisce ampi poteri discrezionali al giudice e si fonda sulla casistica giurisprudenziale. Ulteriori limiti si riscontrano nella prassi applicativa, in particolare in relazione alle obbligazioni personali, come i rapporti di lavoro (*contracts for personal service*) o quelli che richiedono specifiche competenze o abilità individuali (*contracts involving personal skills*). In questi casi, l'esecuzione in forma specifica viene generalmente esclusa, tanto per le difficoltà legate all'imposizione coattiva, quanto per l'opportunità di non interferire nella sfera individuale del debitore.

³⁶³ S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978, pp. 121 ss., 150 ss.

quale svincolava la sentenza di condanna dalla tutela esecutiva. Infatti, il giudice sarebbe stato tenuto a condannare il debitore a quella prestazione cui si era obbligato, prescindendosi dalla natura di una tale obbligazione e dalla sua fungibilità. Quindi, «si può essere condannati a tutto ciò che si può essere tenuti a prestare (sia un dare, un fare, un’astensione, la distruzione di quanto fatto in contravvenzione all’obbligo di non fare); si può essere condannati a una prestazione infungibile: perché il modo di supplire alla impossibilità di esecuzione diretta non è necessario che sia trovato già nella sentenza, sebbene di solito così avvenga»³⁶⁴.

Un altro orientamento dottrinale³⁶⁵, invece, poneva l’accento sulla preminenza dei diritti costituzionali, in particolare dell’art. 24 della Costituzione. Da tale impostazione discendeva che le norme del Codice di procedura civile dovessero conformarsi a tali principi superiori, senza limitarsi a offrire una tutela ridotta alla sola monetarizzazione delle situazioni giuridiche soggette a condanna – mediante la loro conversione in un equivalente pecuniario – né tanto meno a una mera forma di tutela accertativa.

Sulla base del riconoscimento della centralità dei diritti costituzionali, si affermava, allora, che la tutela di condanna dovesse essere ammessa ogni qualvolta risultasse necessaria per garantire l’effettiva attuazione del diritto, salvo nei soli casi in cui la prestazione fosse divenuta oggettivamente impossibile o si trovasse in conflitto con altri diritti di libertà parimenti garantiti a livello costituzionale.

Risultava, allora, – secondo le ricostruzioni offerte, che volgevano al superamento della correlazione necessaria – indifferente che non si potesse procedere all’instaurazione del procedimento esecutivo. Ne conseguiva, inevitabilmente, che il giudice della cognizione fosse sempre tenuto a condannare all’esatta prestazione dedotta in obbligazione.

Da una tale affermazione divampò, nel tempo e non senza difficoltà o resistenze da parte di una certa dottrina³⁶⁶, la consapevolezza che il creditore potesse (e dovesse) ottenere la sentenza che disponesse il ripristino integrale della situazione giuridica lesa.

³⁶⁴ G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., p. 177.

³⁶⁵ M. TARUFFO, *Note sul diritto alla condanna e all’esecuzione*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1986, p. 641 ss.

³⁶⁶ S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, cit., p. 11 ss. L’Autore, dopo aver criticato le dottrine precedentemente esposte e, specialmente, quelle di Proto Pisani e Mazzamuto, evidenziava come non fosse possibile procedere a un superamento della correlazione necessaria. Al più, si sarebbe dovuta attribuire pari forza compulsoria sia alle procedure esecutive dirette che indirette che venivano da lui, quanto agli effetti (ma non alla struttura e alla funzione), equiparate.

Delle implicazioni pratiche di un tale problema si dirà nel sottoparagrafo che segue.

3.1. Il superamento della correlazione necessaria fra sentenza di condanna ed esecuzione forzata: applicazione giurisprudenziale della questione.

La questione analizzata e assai dibattuta della correlazione necessaria fra la sentenza di condanna e l'esecuzione forzata, oltre a conseguenze prettamente teoriche, determinava nella pratica importanti ripercussioni.

Infatti, la circostanza che la sentenza di condanna dovesse necessariamente risolversi nell'esecuzione per espropriazione o in forma specifica impediva al giudice della cognizione di pronunciarsi con provvedimento condannatorio (e non solamente di mero accertamento) con riguardo alle obbligazioni di *facere* infungibile, per le quali valeva il noto brocardo '*nemo ad factum cogi potest*'.

Considerando, allora, che tali obbligazioni erano prive di una tutela esecutiva, sia diretta che indiretta, sarebbe stata di per sé priva di efficacia quella sentenza che avrebbe previsto una comminatoria di condanna, in quanto in futuro non avrebbe potuto essere eseguita.

Tali sentenze, quindi, a detta della giurisprudenza dominante fino al termine del secolo scorso, sarebbero state '*inutiliter datae*' e, quindi, nulle, mancando la condizione dell'azione dell'interesse ad agire ex art. 100 c.p.c.

In altri termini, poiché l'interesse della parte attrice non avrebbe mai potuto essere soddisfatto (non sussistendo un congruo mezzo esecutivo per le obbligazioni di *facere* infungibili), il procedimento giurisdizionale non avrebbe dovuto neppure essere instaurato e, quindi, la sentenza conclusiva dello stesso sarebbe risultata nulla.

Pertanto, sulla base di tale considerazione, la Cassazione negava a chiare lettere la possibilità per il giudice della cognizione di condannare il convenuto ad un *facere* infungibile, senza tuttavia tener conto che egli avrebbe comunque potuto spontaneamente adempiere.

Una tale presa di posizione, favorevole alla correlazione necessaria fra sentenza di condanna ed esecuzione forzata, viene testimoniata inequivocabilmente dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 7500/1994, che mi approcco a esaminare nei suoi caratteri generali.

In particolare, la parte attrice lamentava che il convenuto non avesse ottemperato al proprio obbligo di trasferimento dell'immobile venduto, laddove lo stesso non fosse di proprietà del venditore ma di un soggetto terzo. Conseguentemente, con citazione si richiedeva al giudice di condannare parte convenuta all'acquisizione e al successivo ritrasferimento della *res*, oltre al risarcimento del danno.

Avverso la sentenza di rigetto pronunciata nei primi due gradi di giudizio, l'acquirente-ricorrente in Cassazione rilevava come non potesse trovare applicazione già in fase cognitoria la regola '*nemo ad factum cogi potest*', in quanto si rinvenivano diverse disposizioni codicistiche (come gli art. 1287 e 1453 c.c.) che non subordinano l'emissione della sentenza alla successiva instaurazione del procedimento esecutivo.

Tuttavia, la Cassazione – si badi bene, si tratta di un periodo storico ben precedente al 2009 e, quindi, alla normazione dell'art. 614-*bis* c.p.c. – rigettava il ricorso³⁶⁷.

Rilevava il Supremo Consesso, infatti, che «per il vigente ordinamento, costituisce regola generale (in una con quella dell'art. 100 c.p.c., secondo cui, per proporre una domanda, è necessario avervi interesse) il principio che non si può pretendere la emanazione di una sentenza (o di un provvedimento giurisdizionale in genere) che, una volta emanata, sia in concreto '*inutiliter data*', non idonea cioè a far conseguire a chi ha un diritto quello che egli ha il diritto di conseguire».

Concludeva, infine, che «è inammissibile per difetto di interesse la domanda volta ad ottenere la condanna del venditore (o del promittente venditore) di una cosa determinata di proprietà altrui all'adempimento dell'obbligazione di procurarne l'acquisto al compratore (o promissario acquirente) trattandosi di una obbligazione di fare infungibile, non suscettibile di esecuzione coatta in forma specifica. Del pari è inammissibile l'ulteriore domanda proposta nello stesso giudizio di risarcimento dei danni da ritardato adempimento dell'obbligazione anzidetta, presupponendo essa l'accoglimento della domanda principale».

Successivamente, con l'avvento del nuovo millennio e con la rilevata consapevolezza in dottrina e in giurisprudenza circa l'opportunità di prevedere all'interno del nostro ordinamento misure coercitive indirette che risolvessero in via definitiva il *vulnus* di tutela esecutiva delle obbligazioni di *facere* infungibile, sulla scorta della nuova legislazione francese in materia di *astreintes*, si assistette a un radicale mutamento di prospettiva.

³⁶⁷ La sentenza siffatta è conforme a Cass. n. 5137/1981 e a Cass. 1782/1971, alle quali si rinvia.

Infatti, già precedentemente al 2009, la Cassazione italiana si pronunciava sull'esigenza di interrompere la correlazione necessaria fra sentenza di condanna ed esecuzione forzata, ritenendo perfettamente valida ed efficace la sentenza condannatoria del giudice della cognizione a una prestazione di *facere* infungibile, in quanto il debitore avrebbe anche potuto spontaneamente ottemperarvi.

In altre parole, la sentenza del giudice della cognizione non sarebbe risultata '*inutiliter data*', per difetto della condizione processuale di cui all'art. 100 c.p.c., potendo eventualmente essa – laddove il convenuto decidesse di conformarsi – produrre effetti concreti che non conducessero alla necessità di instaurare una procedura esecutiva.

In particolare, veniva rilevato³⁶⁸ come «anche relativamente a rapporti contrattuali che comportino per una delle parti, o per entrambe, obblighi di fare non suscettibili, per loro intrinseca natura, di esecuzione forzata (nella specie, vendita di appartamento), è ammissibile un'azione di condanna del contraente inadempiente alla prestazione promessa, non potendosi, per un verso, escludere che l'obbligato ottemperi volontariamente alla decisione, né potendosi, per altro verso, negare che la sua inosservanza sia sufficiente a giustificare una successiva domanda di risarcimento del danno che abbia nella condanna ad un *facere* il suo presupposto, alla stregua di una sentenza di accertamento».

Ancora, in altra importante sentenza³⁶⁹, la Corte di Cassazione statuiva che «nelle controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, l'art. 63, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001, nel prevedere espressamente che 'Il giudice adotta, nei confronti delle pubbliche amministrazioni, tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi o di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati', attribuisce al giudice del lavoro il potere di adottare qualsiasi tipo di sentenza, ivi compresa la sentenza di condanna ad un '*facere*', dovendosi ritenere irrilevante il carattere infungibile dell'obbligo in quanto la relativa decisione non solo è potenzialmente idonea a produrre i suoi effetti tipici in conseguenza della (eventuale) esecuzione volontaria da parte del debitore, ma è altresì funzionale alla produzione di ulteriori conseguenze giuridiche (derivanti dall'inosservanza dell'ordine in essa contenuto) che il titolare del rapporto è autorizzato ad invocare in suo favore, prima fra tutte la possibile successiva domanda di risarcimento del danno, rispetto alla quale la condanna ad un '*facere*' infungibile assume valenza sostanziale di sentenza di accertamento».

Nella specie, la Suprema Corte, in applicazione del principio enunciato, cassava la sentenza di merito

³⁶⁸ Cass. n. 15349/2000.

³⁶⁹ Cass. n. 28274/2008.

che aveva escluso l'ammissibilità della domanda di condanna del Ministero dell'Economia e delle Finanze all'adempimento dell'obbligo di valutare la posizione del dirigente, lasciato in inattività forzata, ai fini del conferimento di un incarico corrispondente alle sue qualifiche.

La questione della correlazione necessaria fra la sentenza di condanna e l'esecuzione forzata si è ormai definitivamente placata con l'introduzione nel nostro ordinamento dell'art. 614-*bis* c.p.c., ad opera della l. 69/2009.

Come risaputo, tale norma prevede la possibilità per il creditore di avvalersi di misure di coazione indiretta, che, nel testo antecedente alla riforma del 2009, avrebbero dovuto essere comminate dal giudice della cognizione, cosicché il debitore venga condannato al pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o ritardo nell'esecuzione del provvedimento.

Allora, con la normazione di un tale istituto è stato definitivamente superato e risolto il *deficit* di tutela esecutiva delle obbligazioni di *facere* infungibile, talché non vi è più alcun dubbio sulla convenienza nell'emanazione di un provvedimento di condanna al loro adempimento.

Infatti, una tale sentenza non risulterebbe più *inutiliter data*, ma funzionale all'induzione del debitore, a mezzo di minaccia della comminatoria di cui all'art. 614-*bis*, allo spontaneo adempimento della prestazione indicata nella sentenza stessa.

A conferma di ciò occorre citare altra importante pronuncia della Suprema Corte³⁷⁰, secondo la quale «nell'ambito dei rapporti obbligatori, il carattere infungibile dell'obbligazione di cui si è accertato l'inadempimento non impedisce la pronuncia di una sentenza di condanna, in quanto la relativa decisione non solo è potenzialmente idonea a produrre i suoi effetti tipici in conseguenza della eventuale esecuzione volontaria da parte del debitore, ma è altresì produttiva di ulteriori conseguenze risarcitorie, suscettibili di lievitazione progressiva in caso di persistente inadempimento del debitore; inoltre, ogni dubbio sull'ammissibilità di una pronuncia di condanna è stato eliminato dal legislatore con l'introduzione dell'art. 614-*bis* cod. proc. civ. (attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare), avente valore ricognitivo di un principio di diritto già affermato in giurisprudenza».

Termina così, grazie all'introduzione nell'ordinamento italiano dell'art. 614-*bis* c.p.c., la questione assai dibattuta e controversa della correlazione necessaria fra sentenza di condanna ed esecuzione forzata, privando in parte di significato il brocardo '*nemo ad factum cogi potest*'.

³⁷⁰ Cass. n. 19454/2011.

4. Verso una disciplina generalizzata di coazione indiretta all'adempimento.

Come anticipato, solamente nel 2009 il legislatore italiano, accogliendo le molteplici sollecitazioni dottrinali, ha introdotto nel Codice di procedura civile l'art. 614-*bis*, originariamente rubricato «Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare».

L'adozione di una tale disposizione ha rappresentato il punto di arrivo di un lungo e complesso percorso normativo, dottrinale e giurisprudenziale, segnato da contrasti e da resistenze, in cui l'esigenza di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale si scontrava con la tutela della libertà del debitore esecutato.

Da un lato, allora, vi era quella parte della dottrina³⁷¹ che – nel tentativo di arginare la reintroduzione nel nostro ordinamento dell'antico arresto per debiti – propendeva per l'assoluta e incontrovertibile validità del principio '*nemo ad factum cogi potest*'; dall'altro, invece, vi erano quegli studiosi che, auspicando di superare il problema della correlazione necessaria fra sentenza di condanna ed esecuzione forzata, premevano per l'introduzione nel tessuto legislativo delle misure di coazione indiretta all'adempimento, sulla scorta del modello francese.

In questo contesto, erano state avanzate innumerevoli proposte di riforma del Codice, che in questa sede vale la pena sinteticamente di accennare.

Il primo tentativo di introdurre uno strumento generale di coazione indiretta va fatto risalire a Carnelutti³⁷², che nel suo progetto di riforma al codice prevedeva due disposizioni, gli artt. 667 e 668, che sancivano la facoltà del creditore di una obbligazione di *facere* o *non facere* di richiedere al giudice la condanna pecuniaria del debitore «per ogni giorno di ritardo nell'adempimento a partire dal giorno stabilito dal giudice». La condanna avrebbe potuto, inoltre, essere domandata non solamente nel corso del procedimento principale, ma anche successivamente. Infine, il procedimento di liquidazione avrebbe avuto struttura bifasica, similmente al meccanismo d'oltralpe. Infatti, il creditore avrebbe potuto rivolgersi ai fini liquidativi all'ufficio esecutivo, che avrebbe provveduto con ordinanza; invece, in caso di contestazioni, la questione sarebbe stata rimessa al giudice

³⁷¹ Sull'arresto per debiti valga, per tutti, il seguente giudizio di G. VASSALLI, *La mancata esecuzione di provvedimento del giudice*, Torino 1958, p. 60: «L'arresto per debiti in danaro, l'arresto personale del debitore insolvente, quale era previsto dalle leggi di un secolo fa è certamente un mezzo barbarico e inutile, specialmente perché si esercita contro chi non ha modo alcuno di pagare e per giunta gli impedisce di guadagnarsi, con la sua libera attività, di che pagare; perché infierisce contro un disgraziato, da cui nulla si può ottenere, e, posto come una misura coercitiva, si riduce poi ad una pena perché nella sua applicazione finisce per prevalere il carattere vendicativo e repressivo».

³⁷² F. CARNELUTTI, *Progetto del codice di procedura civile*, cit., p. 87.

competente per la decisione dell'incidente di cognizione.

Il secondo tentativo, invece, si inserisce nel dibattito dottrinale, sorto negli anni '70, a seguito dell'introduzione dello Statuto dei lavoratori e, in particolare, dell'art. 18 di tale legge. Tale norma, in particolare, prevede – come anticipato al par. 3 di questo capitolo – un sistema di misure di coazione indiretta all'adempimento, idoneo a sollecitare il datore di lavoro a conformarsi al *dictum* giudiziale, sotto la minaccia del pagamento della retribuzione per ciascun giorno di inottemperanza.

Si assisteva, allora, in questo contesto alla necessità di individuare un sistema di coazione indiretto generalizzato e non riferibile solamente a ipotesi predeterminate. Per tale motivo, l'art. 23 del Progetto del 1975 presentato dal ministro Reale³⁷³ prevedeva l'introduzione di una misura di coazione indiretta per l'inadempimento o il ritardo nell'adempimento degli obblighi di *facere* o *non facere*, consistente nella fissazione di una somma di denaro «per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata e per ogni ritardo nell'esecuzione dei provvedimenti contenuti nella sentenza, specificando, se del caso, i soggetti ovvero le istituzioni pubbliche o private a cui favore tali somme sono attribuite». Questo progetto, tuttavia, a seguito dello scioglimento della legislatura non si tradusse mai in un disegno di legge.

Successivamente, nel 1981 venne presentato il disegno di legge delega per la riforma del Codice di procedura civile, redatto dalla commissione presieduta da Liebman³⁷⁴, che al suo articolo 24 prevedeva «il potere del giudice, che accerti l'adempimento di obbligazioni di fare o di non fare infungibili ma non richiedenti particolare abilità professionale e non attinenti a diritti della personalità, obbligazioni da determinarsi comunque per Legge, di condannare l'obbligato, su istanza di parte, al pagamento di pene pecuniarie a favore dell'avente diritto, per ogni giorno di ritardo nell'adempimento, entro i limiti minimi e massimi fissati dalla Legge». Occorre rilevare come per la prima volta rispetto ai precedenti progetti la misura coercitiva fosse limitata dal requisito dell'infungibilità della obbligazione di *facere*. Tuttavia, nemmeno questo progetto vide mai la luce.

Ancora, nel 1996 la Commissione ministeriale presieduta da Tarzia aveva predisposto un disegno di

³⁷³ G. VERDE, *Il disegno di legge n. 2246 presentato al Senato dal ministro Reale sui provvedimenti urgenti relativi al processo civile*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1976, p. 633. Sul punto anche G. TARZIA, *Presente e futuro delle misure coercitive civili*, in *Rivista trimestrale diritto e processo*, 1981, p. 806, il quale osserva come tale progetto fosse incompleto rispetto a quello presentato anni addietro da Carnelutti, in quanto non prevedeva una fase liquidativa e poiché nulla disponeva in merito alla limitazione dell'ammontare della pena, alle impugnazioni e all'impulso di parte o d'ufficio.

³⁷⁴ E.T. LIEBMAN, *I lavori per la riforma del Codice di procedura civile*, in *Rivista diritto processuale*, 1981, p. 504 ss.

legge delega, che all'art. 2, punto 25, lett. a) prevedeva, prescindendosi nuovamente dalla natura fungibile delle obbligazioni: «il potere del giudice, che accerta la violazione di un obbligo di fare o di non fare, eccettuati gli obblighi del lavoratore autonomo e subordinato, o di consegna o rilascio non derivante da contratto ad uso abitativo, di fissare una somma dovuta al creditore, oltre al risarcimento dei danni, per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione dell'obbligo inadempito, anche con decorrenza successiva alla sentenza e anche con provvedimento successivo»³⁷⁵.

La natura fungibile o infungibile dell'obbligazione di *facere* tornò ad assumere rilevanza nel progetto di legge delega elaborato dalla commissione Vaccarella del 2003, che si caratterizzava per la previsione di un procedimento sommario finalizzato ad accertare l'inadempimento o il ritardo e per la liquidazione della comminatoria emessa con il procedimento di condanna. Inoltre, le somme versate a titolo di sanzione pecuniaria venivano ricondotte al risarcimento del danno subito dal creditore, cosicché, ove il danno fosse risultato superiore, il residuo sarebbe stato assegnato allo Stato. In particolare, l'art. 42 del testo del disegno di legge delegava il Governo a «prevedere forme di esecuzione indiretta per la tutela dei diritti correlati ad obblighi infungibili, secondo i seguenti principi: a) fissazione dell'obbligo di pagamento di una somma di denaro per ogni frazione di tempo nel ritardo all'adempimento dell'obbligo; b) previsione di un procedimento sommario per la verifica del ritardo e la liquidazione di quanto previsto dalla comminatoria, da attivarsi su istanza dell'avente diritto; c) previsione che la sanzione pecuniaria sia versata nelle forme del deposito giudiziario o in altre analoghe; d) previsione che le somme così versate siano destinate a risarcire l'avente diritto del danno prodotto dall'inadempimento e che il residuo vada allo Stato»³⁷⁶.

Il modello predisposto dalla commissione Vaccarella era di evidente ispirazione francese, nella parte in cui prevedeva un sistema di liquidazione rimesso al giudice della cognizione, a mezzo di procedimento sommario. La sua natura bifasica, capace di assicurare il contraddittorio fra le parti e, quindi, di rivalutare le condizioni e la spettanza della comminatoria della misura compulsoria, avrebbe ridotto drasticamente l'utilizzo delle opposizioni di cui all'art. 615 c.p.c. in fase esecutiva.

Pertanto, il modello della commissione Vaccarella avrebbe costituito uno strumento capace e incisivo, idoneo ad assicurare un bilanciamento fra la tutela giurisdizionale dei diritti e il contraddittorio fra le parti. Come risaputo, però, il legislatore del 2009 non ha aderito a una tale struttura bifasica,

³⁷⁵ G. TARZIA, *Relazione al progetto*, in *Rivista diritto processuale*, 1996, p. 957 ss.

³⁷⁶ S. CHIARLONI, *Brevi note sulla fase introduttiva del processo di cognizione secondo il disegno di legge delega per la riforma del processo civile*, in *Giurisprudenza italiana*, 2003, p. 2413 ss.; F. P. LUISO, B. SASSANI, *Il progetto di riforma della commissione Vaccarella: c'è chi preferisce il processo attuale*, in www.judicium.it.

preferendo attribuire la funzione liquidativa allo stesso creditore esecutante e limitando il contraddittorio alla fase dell'opposizione di cui all'art. 615 c.p.c.

Da ultimo, bisogna menzionare il disegno di legge del ministro Mastella del 2007, antesignano della versione approvata nel 2009. Nello specifico, in esso si prevedeva l'introduzione nel Codice di rito dell'art. 614-*bis*, avente ad oggetto tutte le obbligazioni di *facere* infungibile e di *non facere*, comprese quelle attinenti alle controversie lavoristiche. Inoltre, era stabilito espressamente il dovere del debitore di contestare la misura a mezzo di opposizione all'esecuzione, chiarendo inequivocabilmente che la liquidazione dell'*astreinte* fosse rimessa all'esclusiva competenza del giudice e che eventuali contestazioni in contraddittorio fra le parti avrebbero potuto essere fatte valere solo in sede di opposizione ex art. 615 c.p.c.

Infine, occorre ricordare – prima di procedere all'analisi dettagliata dell'art. 614-*bis* c.p.c. – come già ben prima del 2009 il legislatore avesse introdotto sia nelle leggi speciali sia nel Codice di rito misure coercitive indirette 'settoriali'. Di queste, alcune, come gli artt. 342-*bis*, 342-*ter* e 709-*ter* c.p.c., sono poste a presidio degli interessi della famiglia e del minore³⁷⁷, altre, invece, come gli artt. 124 e 131 del Codice della proprietà industriale (d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30), a tutela del marchio, del brevetto e del diritto d'autore³⁷⁸. Ancora, l'art. 3, comma 5-*bis* L. n. 281/1998 (oggi, art. 140, 7° comma, D.Lgs. 6 settembre 2005 n. 206) è posto a presidio dei consumatori.

Queste disposizioni settoriali, pur circoscritte ad ambiti specifici, hanno rappresentato tentativi significativi del legislatore di superare i *deficit* dell'esecuzione forzata tradizionale. Infatti, pur in contesti assai circoscritti, hanno permesso di sollecitare il debitore all'adempimento spontaneo di una obbligazione di *facere* infungibile. Tuttavia, la loro natura giuridica settoriale e frammentata, nonché la mancanza di un impianto normativo coerente e unitario, ne hanno impedito una effettiva

³⁷⁷ A. CARRATTA, *Art. 709-ter*, in Chiarloni (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, II, Bologna, 2007, p. 1559; F. DANOVÌ, *Le misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento (art. 709-ter c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 612; F. TOMMASEO, *L'adempimento dei doveri parentali e le misure a tutela dell'affidamento: l'art. 709 ter c.p.c.*, in *Fam. dir.*, 2010, p. 1057.

³⁷⁸ M. RICOLFI, *Le misure compulsorie*, in Nivarra (a cura di), *L'enforcement di proprietà intellettuale*, 2005, p. 91 ss.; L. CHIAVEGATTI, *La penalità di mora ex art. 124 c.p.i. come misura di rafforzamento dell'inibitoria*, in *Rivista di diritto industriale*, 2007, p. 2; P. PUCCIARELLO, *Astreinte brevettuale: occasioni perdute, presenti (e future) del legislatore processuale italiano*, in *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2007, p. 729; M. VANZETTI, *Contributo allo studio delle misure correttive e delle sanzioni civili nel diritto industriale: i profili processuali dell'art. 124 C.P.I.*, in *Rivista di diritto industriale*, 2010, p. 1; M. A. IUORIO, G. FANELLI, *La penalità di mora nella legge brevetti e marchi*, in Capponi (a cura di), *L'esecuzione processuale indiretta*, Milano, 2011, p. 71 ss.; M. BINA, *L'esecuzione indiretta delle inibitorie*, in Giussani (a cura di), *Il processo industriale*, Torino, 2012, p. 387 ss.

integrazione nel sistema generale dei rimedi processuali.

È in questo scenario, segnato da spinte innovatrici e dalla consapevolezza dell'inidoneità dei mezzi esecutivi ordinari nell'assicurare l'esecuzione di obbligazioni di *facere* infungibile, che si colloca l'intervento del legislatore del 2009. In tale anno, infatti, si è assistito all'introduzione dell'art. 614-*bis* c.p.c., destinato a generalizzare – estendendolo a tutti gli ambiti – il ricorso alle misure di coazione indiretta nel processo civile.

5. Dalla genesi alla riforma del 2024: l'evoluzione dell'art. 614-bis c.p.c.

Nel 2009 il legislatore italiano ha finalmente recepito le istanze della dottrina, introducendo all'interno del Codice di procedura civile l'art. 614-bis c.p.c., inizialmente rubricato «Attuazione degli obblighi di fare infungibili e di non fare», superando definitivamente il grave problema della correlazione necessaria fra sentenza di condanna ed esecuzione forzata e dotando l'ordinamento processuale civile italiano di un sistema generalizzato di misure di coazione indiretta all'adempimento.

In particolare, la norma nella sua formulazione originaria prevedeva che, su istanza di parte, il giudice potesse comminare, all'interno del provvedimento di condanna, una somma di denaro per ogni violazione o ritardo nell'esecuzione dell'obbligo, salvo che ciò non risultasse manifestamente iniquo, ma con una espressa esclusione di applicabilità nei giudizi di lavoro e nei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa.

Il provvedimento costituiva titolo esecutivo anche per il pagamento delle somme così determinate.

Il secondo comma fissava, poi, i criteri di determinazione della misura, richiedendo una valutazione equitativa basata sulla natura della prestazione, sul valore della causa e sul danno prevedibile.

Dunque, dalla lettura di tale dispositivo emergono immediatamente alcune considerazioni rilevanti circa il suo ambito di applicazione circoscritto ai provvedimenti di condanna ad obblighi di *facere* infungibile e di *non facere*.

In primis, occorre rilevare come il testo della norma non esplicitasse direttamente quali fossero i provvedimenti destinatari della comminatoria ex art. 614-bis c.p.c. Una tale informazione era, invece, desumibile unicamente dalla rubrica, «Attuazione degli obblighi di fare infungibili e di non fare». Questa formulazione diede adito in dottrina a molteplici dubbi interpretativi circa la possibilità di estendere il requisito dell'«infungibilità» anche agli obblighi di *non facere*, oltre a quelli di *facere* positivamente intesi.

Infatti, parte degli studiosi³⁷⁹, aderendo a una interpretazione strettamente letterale della rubrica,

³⁷⁹ E. MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella L. 69/2009*, in *Rivista di diritto processuale*, 2009, p. 1159 ss.; A. SALETTI, *Commento all'art. 614-bis*, in A. Saletti e B. Sassani (a cura di), *Commentario alla riforma del codice di procedura civile (Legge 18 giugno 2009, n. 69)*, Torino, 2009, p. 194 ss.; L. BARRECA, *L'attuazione degli obblighi di fare infungibile e di non fare* (art. 614-bis c.p.c.), in *Rivista dell'esecuzione forzata*, IV, 2009, pp. 513–514; F. TEDIOLI, *Osservazioni critiche all'art. 614-bis cod. proc. civ.*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, I, 2013, p. 74 ss., il quale distingue fra «obblighi di non fare fungibili primari», per i

riteneva applicabile la misura anche ai semplici obblighi di disfare, in presenza di un'opera illegittimamente realizzata da distruggere o di uno *status* giuridico da ripristinare, per i quali sarebbe stata sufficiente la tutela ex art. 612 c.p.c., riservata dal legislatore alle obbligazioni di *facere* e *non facere* fungibili. In tal modo, allora, l'art. 614-bis non avrebbe costituito una semplice tutela suppletiva e integrativa dell'esecuzione ordinaria, idonea a superare il *vulnus* di tutela esecutiva delle obbligazioni di *facere* e *non facere* infungibile, ma avrebbe attribuito agli obblighi di *non facere* una duplice tutela, sia diretta che indiretta.

Altra parte della dottrina³⁸⁰, invece, negava alla rubrica dell'art. 614-bis c.p.c. valore vincolante,

quali l'art. 614-bis c.p.c. risulta inapplicabile, e 'obblighi di non fare fungibili secondari', come l'obbligo di demolizione, per i quali concorrerebbe sia la tutela diretta ex art. 612 c.p.c. che l'indiretta ex art. 614-bis c.p.c. Particolarmente interessante si mostra, poi, l'opinione di S. MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, in *Europa e diritto privato*, 2009, p. 947 ss., secondo il quale – ammesso che tutte le obbligazioni di *non facere* sono per loro natura fungibili – bisognerebbe accogliere una nozione processuale di infungibilità da applicarsi ogni volta in cui la surroga risulti impossibile o assai difficoltosa. In particolare, «La valutazione di (in)fungibilità viene dunque condotta non sul piano sostanziale — come fin qui si era soliti fare — ma sul piano squisitamente processuale e per di più tutto interno al sistema dell'art. 614 bis c.p.c. e una tale ricalibratura del concetto di fungibilità non può — ma questo l'ordinanza non lo dice — non abbracciare per esigenze di omogeneità sia il fare sia il non fare. In altre parole il sigillo di infungibilità va concesso in concreto, ossia tenendo conto dei pregiudizi ulteriori che possono derivare dalle alterazioni già consumate e dai tempi dell'esecuzione forzata, sicché esso è il frutto di una prognosi affidata al giudice nell'ambito della valutazione di iniquità, che rappresenta il fulcro della disciplina in esame e la cui forza conformatrice non si spinge solo a valle a considerare le ragioni del debitore ma ritorna anche a monte a considerare le ragioni del creditore. Sì, è, dunque, al cospetto di una nuova nozione di infungibilità che si potrebbe definire di carattere processuale e, a questo punto, la rubrica dell'art. 614 bis va riferita agli obblighi di fare (primario o secondario) infungibili o anche non agevolmente surrogabili nell'ottica del rischio di pregiudizi gravi e imminenti favoriti dai tempi processuali e agli obblighi di non fare che mettono capo in fase restitutoria ad un fare ancora una volta non surrogabile o non agevolmente surrogabile e persino ad un dare o a un consegnare di cui si teme la tardiva attuazione *in executivis*. D'altronde, se della fungibilità si accogliesse la nozione tradizionale, l'ambito di applicazione dell'art. 614 bis c.p.c. si ridurrebbe a ben poca cosa, tanto più che per mano del legislatore è già stata espunta l'area delle controversie di lavoro subordinato e quella dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa». Analogamente, parte della giurisprudenza di merito era favorevole alla lettura estensiva della comminatoria a tutte le tipologie di obbligazioni di *facere*. In particolare, si registra Trib. Terni, Ord. 4 agosto 2009, in *Foro Italiano*, 2011, I, pp. 287 ss., Trib. Varese, 16 febbraio 2011 in *Rivista di diritto processuale*, 2011, p. 11 (anche se avente ad oggetto un caso di inibitoria di atti emulativi, quindi un *non facere* infungibile) con nota di A.M. ROMITO e in *Nuova giurisprudenza civile*, 9, 2011 con nota di R. NOTARPASQUALE.

³⁸⁰ In tal senso, A. CHIZZINI, *Commento all'art. 614-bis*, in G. Balena, A. Chizzini, R. Capponi, M. Menchini (a cura di), *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, Torino, 2009, p. 138 ss.; M.A. IUORIO, *Il nuovo art. 614-bis c.p.c.: introduzione dell'esecuzione indiretta nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Rivista dell'esecuzione forzata*, III, 2009, p. 411 ss.; S. CHIARLONI, *Aggiornamento alla l. 18 giugno 2009*, in *Le recenti riforme del processo civile*, Bologna, 2009, p. 18 ss.; ID., *Le nuove misure coercitive ai sensi dell'art. 614-bis c.p.c.*, in *Il libro dell'anno del diritto Treccani*, Roma, 2012; ID., *L'esecuzione indiretta ai sensi dell'art. 614-bis c.p.c.: confini e problemi*, in Capponi, Sassani, Storto e Tiscali (a cura di), *Il processo esecutivo, Liber amicorum in onore di Romano Vaccarella*, Torino, 2014, p. 897 ss.; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo)*, in *Foro Italiano*, 2010, p. 266; A. LOMBARDI, *Il nuovo art. 614-bis cod. proc. Civ.: l'astreinte quale misura accessoria ai provvedimenti cautelari ex art. 700 cod. proc. civ.*, in *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2010, p. 398; B. CAPPONI, *Limiti*

sostenendo che il requisito dell'infungibilità doveva essere esteso anche alle obbligazioni di *non facere*.

Ancora, c'era chi³⁸¹ – esaltando il brocardo *rubrica legis non est lex* – propendeva per l'applicazione della misura a ogni obbligazione di *facere* e *non facere*, prescindendosi dalla sua natura più o meno fungibile.

Il problema circa la natura fungibile o infungibile dell'obbligazione di *non facere* è stato definitivamente risolto nel 2015, quando il legislatore ha modificato la rubrica dell'articolo in «Misure di coercizione indiretta», estendendo la sua tutela compulsoria a tutti «gli obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro».

In effetti, l'istituto ha subito diversi interventi modificativi ad opera del legislatore del 2015, dei quali occorre ora tenere conto³⁸².

Innanzitutto, la riforma ha inciso profondamente sull'ambito oggettivo di applicazione dell'*astreinte*. La misura compulsoria, infatti, diviene applicabile a ogni provvedimento di condanna all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro e non più soltanto ai provvedimenti aventi ad oggetto le obbligazioni di *facere* infungibili e *non facere*.

Le conseguenze di una tale estensione sono per un tale lavoro di tesi assolutamente fondamentali. Infatti, è già dal primo capitolo che evidenzio la necessità – riscontrabile persino nel diritto romano e nel medievale – di individuare utili misure di coazione indiretta, finalizzate alla soddisfazione mediata del creditore di obbligazioni di *facere* e *non facere*, non eseguibili nelle vie ordinarie.

Difatti, poiché '*nemo ad factum cogi potest*' e, quindi, in assenza di procedure esecutive in forma

dell'esecuzione indiretta, in *Rivista dell'esecuzione forzata*, II, 2011, pp. 186. Nella giurisprudenza, si vedano, inoltre, Trib. Modena, 7 marzo 2011 n. 415; Trib. Milano, 9 giugno 2011.

³⁸¹ R. METAFORA, *L'esecuzione degli obblighi di fare (fungibili) e di non fare*, in *Rivista dell'esecuzione forzata*, IV, 2012, p. 456 ss.

³⁸² Al fine di evidenziare il mutamento rispetto alla versione originaria, riporto il testo della disposizione così riformulata: «Con il provvedimento di condanna all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. Il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle controversie di lavoro subordinato pubblico e privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409. Il giudice determina l'ammontare della somma di cui al primo comma tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile».

specifica applicabili alle obbligazioni di *facere*, occorre individuare limitatamente alle obbligazioni di *facere* (a partire dal Codice Napoleonico, infungibili) un valido *escamotage* che permettesse al creditore di ottenere tutela indiretta e mediata. Tale *escamotage* era stato riscontrato nelle *astreintes* francesi, recepite dal legislatore italiano del 2009 nell'art. 614-bis c.p.c.

Fino a un tale momento storico, allora, il *focus* concerneva la possibilità di porre un limite all'antico principio di diritto medievale, secondo cui il debitore di una obbligazione di *facere* non può essere sottoposto a un procedimento esecutivo in forma specifica.

In altre parole, l'art. 614-bis c.p.c. nella sua formulazione originaria si incentrava sulle sole obbligazioni di *facere* infungibili e *non facere*, non sottoponibili a esecuzione ex art. 612 c.p.c., attribuendo al creditore la possibilità di ottenere tutela indiretta della propria pretesa, tramite la prospettazione al debitore di una somma di denaro da dover pagare per ogni ritardo o violazione nell'adempimento del provvedimento giudiziale.

Pertanto, senza poter ammettere l'esistenza di alcun fenomeno novatorio³⁸³, accanto all'obbligazione di *facere*, oggetto della sentenza di condanna in forma specifica, sorgeva una obbligazione pecuniaria al pagamento di una somma di denaro, condizionata all'inadempimento o al ritardo nell'adempimento del *dictum* giudiziale.

Dal 2015, invece, l'art. 614-bis c.p.c. ha mutato il proprio ambito di applicazione e la propria *ratio*: non più individuare una soluzione al '*nemo ad factum cogi potest*', ma fornire uno strumento generalizzato che per tutte le obbligazioni, tranne quelle prettamente pecuniarie, permetta di indurre il debitore allo spontaneo adempimento del *dictum* giudiziale.

Alla luce di ciò, appare evidente come un tale articolo non sia più funzionale, a partire dal 2015, ad individuare uno strumento di esecuzione indiretta, nelle ipotesi in cui l'esecuzione diretta non sia

³⁸³ Faccio, ovviamente, riferimento allo strumento novativo o quasi novativo, ampiamente esaminato nel primo capitolo di questa tesi al par. 12.3, volto a operare nel diritto romano la '*translatio*' della prima obbligazione di *facere*, inesigibile, in una al pagamento di una somma di denaro, eseguibile nelle vie ordinarie. Infatti, a mezzo dell'apposizione della *stipulatio poenae* duplice, al verificarsi della condizione sospensiva negativa dell'inadempimento, la prima obbligazione di *facere* si estingueva definitivamente e al suo posto sorgeva quella pecuniaria. In tal modo, poiché non era prevista – specialmente nel diritto romano più tardo – alcuna misura esecutiva in forma specifica per le obbligazioni di *facere*, il creditore veniva indirettamente soddisfatto, tramite la condanna all'equivalente pecuniario, eseguibile poi a mezzo di *pignus in causa iudicati captum*. Sebbene le somiglianze con la formazione dell'art. 614-bis c.p.c. siano evidenti, soprattutto con riguardo alla sussistenza di una condizione sospensiva negativa consistente nell'inadempimento, non si può in alcun modo affermare che l'*astreinte* presenti natura novatoria. Infatti, l'obbligazione di *facere* continua a persistere e, accanto ad essa, (e subordinata all'inadempimento o al ritardo) sorge una nuova obbligazione pecuniaria, sicché sia l'obbligazione di *facere* che quella pecuniaria risultino ancora dovute.

attuabile.

In altri termini, la misura di coazione indiretta non è più volta precipuamente allo scopo di attribuire una tutela esecutiva indiretta alle obbligazioni che per loro natura ne sono prive (come quelle di *facere* infungibili).

Si pensi, a titolo di esempio, alle obbligazioni di dare un bene determinato. Tali obbligazioni sono eseguibili direttamente a mezzo di procedura esecutiva per consegna e rilascio ex art. 605 c.p.c. Nonostante ciò, il legislatore del 2015 ha previsto che per esse il giudice – su istanza di parte – possa comminare, ai fini dello spontaneo adempimento del provvedimento giudiziale, la misura di cui all'art. 614-*bis* c.p.c.

Conseguenza immediata è la possibilità per l'attore di esperire congiuntamente sia l'esecuzione diretta ex art. 605 c.p.c. sia l'esecuzione indiretta ex art. 614-*bis* c.p.c.³⁸⁴

Ne risulta allora, a partire dal 2015, evidentemente mutata la *ratio* delle misure di coazione indiretta all'adempimento³⁸⁵: non più introdurre una tutela indiretta per quelle obbligazioni sfornite di tutela esecutiva in forma specifica, ma estendere la minaccia di sanzione a tutte le tipologie di obbligazioni, purché non pecuniarie, allo scopo di coartare ogni debitore allo spontaneo adempimento del *dictum* giudiziale.

Una tale considerazione è evidentemente confermata dalla stessa rubrica dell'articolo, non più «Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare», ma «Misure di coazione indiretta».

Pertanto, alla luce della riforma del 2015, si deduce come la *ratio* dell'art. 614-*bis* c.p.c. non possa più essere ricondotta a una tutela indiretta del creditore di una obbligazione di *facere* infungibile, sulla scorta del noto principio '*nemo ad factum cogi potest*'. Essa, piuttosto, va individuata nella volontà del legislatore di attribuire a ogni obbligazione, purché non pecuniaria, contenuta nel provvedimento giudiziale, un meccanismo di coazione idoneo a sollecitare l'adempimento spontaneo da parte del debitore.

Nemmeno una tale nuova formulazione dell'articolo è risultata esente da critiche. Infatti, la dottrina

³⁸⁴ Ovviamente, come mostrato nel paragrafo precedente, un tale cumulo fra esecuzione diretta e indiretta sarà possibile solo ove non risulti manifestamente iniquo. Sul punto, specialmente U. COREA, *Condanna civile e misure coercitive*, p. 214.

³⁸⁵ In tal senso, anche B. CAPPONI, *Ancora su astreinte e condanna civile*, in *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2017, p. 579 ss.; S. VINCRE, *Le misure coercitive*, cit., p. 369 ss.

ha evidenziato, da un lato, la difficoltà che sorge nell'ipotesi in cui il giudice, pur a fronte dell'istanza di parte, abbia omissis di pronunciarsi sull'*astreinte*, impedendo al convenuto soccombente di impugnare autonomamente la sentenza, in assenza di ulteriori motivi di appello³⁸⁶; dall'altro, la mancata previsione all'interno del disposto di cui all'art. 614-bis c.p.c. di una fase liquidativa.

Pertanto, il legislatore è nuovamente intervenuto in materia di misure coercitive con il D. lgs. 149/2022, attuativo della Riforma Cartabia nel contesto del Piano nazionale di Ripresa e Resilienza. Tale intervento si inserisce nel più ampio obiettivo di accelerare i procedimenti di esecuzione forzata e di semplificare le modalità e i tempi del processo esecutivo, in linea con le *Country Specific Recommendations* rivolte all'Italia il 5 giugno 2019 e il 20 maggio 2020.

Nello specifico, il Piano ha imposto allo Stato di intervenire sulle «misure di coercizione indiretta (c.d. *astreinte*), attribuendo tra l'altro anche al giudice dell'esecuzione il potere di imporre l'*astreinte*, misura particolarmente utile ove vengano in rilievo titoli esecutivi diversi da un provvedimento di condanna o nel caso in cui la misura di coercizione indiretta non sia stata richiesta al giudice della cognizione»³⁸⁷.

Ed è esattamente in questo contesto che si colloca questa tesi di dottorato, finanziata da una Borsa di studio del PNRR per la pubblica amministrazione.

Procedo, adesso, ad individuare³⁸⁸ le differenze più rilevanti rispetto alla formulazione del 2015. Innanzitutto, al primo comma, il legislatore ha attribuito al giudice il compito di individuare il termine

³⁸⁶ Sul punto, specialmente, C. CONSOLO, F. GODIO, *Sub art. 614-bis c.p.c.*, cit., p. 164 ss. Questa problematica è stata, in ogni caso, risolta con l'introduzione, a opera del D. lgs. 149/2022, c.d. 'riforma Cartabia', di un secondo comma, che attribuisce la cognizione in merito all'*astreinte* anche al giudice dell'esecuzione.

³⁸⁷ Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, online su <https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR.pdf>, p. 64.

³⁸⁸ Riporto, quindi, il testo dell'art. 614-bis c.p.c., così come riformato nel 2022: «Con il provvedimento di condanna all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta all'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento, determinandone la decorrenza. Il giudice può fissare un termine di durata della misura, tenendo conto delle finalità della stessa e di ogni circostanza utile. Se non è stata richiesta nel processo di cognizione, ovvero il titolo esecutivo è diverso da un provvedimento di condanna, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza o ritardo nell'esecuzione del provvedimento è determinata dal giudice dell'esecuzione, su ricorso dell'avente diritto, dopo la notificazione del precetto. Si applicano in quanto compatibili le disposizioni di cui all'articolo 612 c.p.c. Il giudice determina l'ammontare della somma tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione dovuta, del vantaggio per l'obbligato derivante dall'inadempimento, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile. Il provvedimento costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione, inosservanza o ritardo. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano alle controversie di lavoro subordinato pubblico o privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409 c.p.c.».

iniziale della misura, nonché la durata, tenendo conto delle finalità della stessa e di ogni circostanza utile. La *ratio* è, evidentemente, quella di limitare la portata sanzionatoria dell'*astreinte*, apportando dei limiti all'autoliquidazione della stessa da parte del creditore.

La seconda novità attiene, poi, all'introduzione di un nuovo criterio che il giudice deve utilizzare nella determinazione dell'ammontare della somma di denaro comminabile, cioè il vantaggio per l'obbligato derivante dall'inadempimento.

Infine, la modifica più significativa ha riguardato l'introduzione di un nuovo secondo comma, con il quale si estende notevolmente l'ambito di applicazione dell'*astreinte*. In particolare, laddove non vi sia stata istanza di parte nel corso del giudizio di cognizione (e, comunque, fino al momento di precisazione delle conclusioni³⁸⁹) oppure qualora il titolo esecutivo abbia forma diversa dal provvedimento di condanna, la parte esecutante – dopo la notificazione del precetto – può richiedere al giudice dell'esecuzione di fissare una somma di denaro per ogni violazione, inosservanza o ritardo nell'esecuzione del provvedimento.

Infine, il legislatore è intervenuto con il D.lgs. n. 164/2024, modificativo del D.lgs. n. 150/2022, introducendo nel corpo del secondo comma, in materia di *astreinte* comminata dal giudice dell'esecuzione, una importante precisazione: «Il provvedimento perde efficacia in caso di estinzione del processo esecutivo».

Come si vedrà quando proseguirò nell'esame del secondo comma dell'articolo 614-*bis* c.p.c., una tale precisazione è risultata foriera di numerosi interrogativi, specialmente con riferimento al rapporto instauratesi fra la procedura compulsoria e l'esecuzione diretta.

In definitiva, l'evoluzione dell'art. 614-*bis* c.p.c. evidenzia un progressivo mutamento della sua *ratio* originaria: da strumento destinato a colmare una lacuna strutturale nella tutela esecutiva delle obbligazioni di *facere* infungibili, si è trasformato in un meccanismo generale di pressione indiretta sull'obbligato, applicabile a tutte le obbligazioni diverse da quelle pecuniarie. L'ampliamento dell'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione della misura, unitamente all'attribuzione del potere di comminatoria anche al giudice dell'esecuzione, segna un decisivo superamento dell'impostazione iniziale fondata sul principio '*nemo ad factum cogi potest*', in favore di una logica orientata all'effettività della giurisdizione.

³⁸⁹ G. OLIVIERI, *Le misure coercitive indirette riformate*, in *InExecutivis – La rivista telematica dell'esecuzione forzata*, 2022, p. 4.

Tale mutamento si inserisce in un disegno normativo più ampio, che mira a rafforzare il sistema delle garanzie esecutive attraverso un modello flessibile, accessibile e idoneo a disincentivare condotte dilatorie, in linea con le esigenze di accelerazione e razionalizzazione della giustizia civile richieste in sede europea.

Tuttavia, come si vedrà nei successivi paragrafi, il nuovo assetto normativo, pur ampliando le possibilità operative dell'*astreinte*, ha introdotto a sua volta questioni interpretative rilevanti, in particolare con riferimento all'autoliquidazione dell'*astreinte* a opera del creditore, nonché al rapporto tra la coazione indiretta e l'esecuzione forzata in forma specifica nell'ipotesi di cui al secondo comma.

6. **Il primo comma dell'art. 614-bis c.p.c.: l'*astreinte* comminata dal giudice della cognizione.**

Dopo aver ricostruito, nel paragrafo precedente, l'evoluzione normativa dell'art. 614-bis c.p.c. — dalla sua introduzione nel 2009 fino alle modifiche apportate con le recenti riforme — si rende ora necessario un esame sistematico dei presupposti applicativi, della struttura e degli effetti della misura di coercizione indiretta.

In particolare, alla luce dell'importante novità introdotta dal legislatore con il D.lgs. n. 149/2022, come modificato dal D.lgs. n. 164/2024, che ha attribuito anche al giudice dell'esecuzione la competenza a disporre l'*astreinte*, appare opportuno distinguere, sul piano dell'analisi, le due diverse sedi processuali in cui può essere pronunciata la misura: da un lato, in sede del giudice della cognizione, ai sensi del primo comma dell'art. 614-bis c.p.c.; dall'altro, quella eventualmente disposta dal giudice dell'esecuzione, secondo quanto previsto dal nuovo secondo comma, quando non sia stato pronunciato dal giudice della cognizione o quando il titolo esecutivo sia diverso da un provvedimento di condanna.

Tuttavia, è fondamentale sottolineare che i presupposti processuali e i limiti all'emissione della misura coercitiva individuati nel primo, nel terzo e nel quarto comma devono essere estesi anche al secondo. Tale estensione trova giustificazione non solo nell'esigenza di coerenza sistematica, ma anche nella necessità di garantire un'adeguata tutela del debitore. Infatti, l'applicazione dei medesimi criteri da parte del giudice dell'esecuzione (quali la non manifesta iniquità della misura, il divieto di applicazione per le obbligazioni pecuniarie e l'esclusione della materia lavoristica) assicura che la misura coercitiva sia proporzionata e giustificata, evitando l'imposizione di oneri eccessivi o ingiustificati a carico del debitore. In questo modo, si preserva l'equilibrio tra l'effettività della tutela del creditore e la salvaguardia dei diritti del debitore, principio cardine del nostro ordinamento processuale.

Procedo, allora, nell'illustrare la modalità di funzionamento dell'*astreinte* disposta dal giudice della cognizione, secondo quanto previsto dai commi primo, terzo e quarto dell'art. 614-bis c.p.c.

In particolare, su istanza della parte interessata — generalmente formulata nell'atto introduttivo del giudizio e, comunque, proponibile sino alla precisazione delle conclusioni, nonché persino in grado di appello —, il giudice della cognizione può disporre, contestualmente alla pronuncia di condanna, l'obbligo per il debitore di corrispondere una somma di denaro per ogni successiva violazione, inosservanza o ritardo nell'adempimento del provvedimento condannatorio (non avente contenuto pecuniario).

Ciò impone una riflessione sulla natura dell'atto suscettibile di essere corredato da una misura coercitiva ai

sensi dell'art. 614-bis c.p.c. La norma, infatti, si limita a fare riferimento al «provvedimento di condanna», formulazione che ha sollevato in dottrina interrogativi circa il suo effettivo ambito applicativo.

Occorre primariamente partire dal presupposto che il testo reca la parola «provvedimento» e non anche «sentenza», così da potervi includere qualsiasi pronuncia, anche emessa al di fuori del tradizionale procedimento di cognizione, che accerti una situazione giuridica sostanziale come bisognosa di tutela esecutiva³⁹⁰.

Per altro verso, il Legislatore ha invece limitato l'applicazione dell'istituto al solo caso di provvedimenti «di condanna»; ne vengono inevitabilmente esclusi sia i provvedimenti che non assumano alcuna veste condannatoria, ma costitutiva³⁹¹ e accertativa, nonché i provvedimenti condannatori in senso improprio, cioè quelli meramente processuali e a carattere istruttorio (come gli ordini di esibizione documentale e le richieste di comparizione di testimoni).

Diversamente, vengono genericamente ricompresi nella nozione di «provvedimento di condanna»,

³⁹⁰ C.V. GIABARDO, *Effettività della tutela giurisdizionale*, cit., p. 181.

³⁹¹ La dottrina si è interrogata sulla possibilità di prevedere a tutela della sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c. la misura compulsoria ex art. 614-bis c.p.c., nonostante l'apparente esclusione legislativa. Sul punto, specialmente, C. CONSOLO, F. GODIO, *Una buona "novella" al cod. proc. civ.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corriere giuridico*, 2009, p. 741; ID., *La "impasse" del combinato degli artt. 2932-2908-2909 c.c. e l'alternativa dell'art. 614 bis c.p.c. dopo la riforma del 2015 per gli obblighi a contrarre ed anche solo a negoziare*, in *Corriere giuridico*, 2018, p. 370 ss.; N. VENTURA, *La misura coercitiva di cui all'art. 614 bis c.p.c. e l'esecuzione dell'obbligo di contrarre*, in *Giurisprudenza italiana*, 2014, p. 767 ss.; R. MURONI, *L'azione ex art. 2932 c.c. Contributo allo studio del giudicato costitutivo*, Napoli, 2018, 18 ss. e 191 ss.; C. CONSOLO, *Obblighi a contrarre (e anche solo a rinegoziare): gli artt. 2932, 2908, 2009 c.c. e l'alternativa posta dall'art. 614-bis c.p.c. (ante e post riforma del 2015)*, in Grisi (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto*, Napoli, 2019, p. 83 ss.; ID., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino, 2019, I, p. 76-78. Secondo tali Autori, per realizzare il risultato di cui all'art. 2932 c.c., cioè la produzione degli effetti del contratto non concluso, in un momento precedente al passaggio in giudicato della sentenza, il giudice dovrebbe articolare il proprio provvedimento in più capi: accanto al capo prettamente costitutivo sarebbe necessario aggiungere un capo condannatorio (anche implicito), suscettibile di coazione ex art. 614-bis c.p.c. Una tale ricostruzione, inoltre, trova ulteriore conferma nella riforma del 2015 che, nell'estendere la tutela compulsoria a tutte le obbligazioni diverse dal pagamento di una somma di denaro, supera l'ostacolo tradizionale rappresentato dall'impossibilità di coartare l'inadempimento dell'obbligo di contratto, considerato fungibile. Diversamente, U. COREA, *Sentenza ex art. 2932 c.c. e condanna implicita*, in *Rivista di diritto processuale*, 2024, p. 1361; ID., *L'art. 614-bis c.p.c. nel prima della tutela giurisdizionale*, in *Judicium*, 2025, par. 4. In particolare, quest'ultimo – sulla base della sentenza della Cassazione del 5 settembre 2023, n. 25941 – ritiene che non si possa annettere alla sentenza costitutiva di cui all'art. 2932 c.c. alcuna comminatoria ex art. 614-bis c.p.c. Infatti, «pare difficile ammettere la possibilità di una condanna a stipulare un contratto, in quanto si farebbe conseguire con una sentenza di primo grado lo stesso effetto della sentenza costitutiva prevista dall'art. 2932 c.c., ma in via anticipata rispetto al giudicato». Si aggiunga, inoltre, che la sentenza ex art. 2932 c.c. difficilmente può contenere una condanna implicita, che potrebbe esserci o quando la natura della pronuncia esiga necessariamente il rilascio dell'immobile o quando la natura condannatoria si ricavi dal corpo della sentenza e dalla domanda di parte, nel rispetto del principio della corrispondenza fra chiesto e giudicato.

meritevole di comminatoria ex art. 614-bis c.p.c., i provvedimenti cautelari (almeno quelli anticipatori)³⁹², i nunciatori³⁹³, i possessori, quelli pronunciati all'esito del rito sommario di cognizione (oggi semplificato), le ordinanze emesse nell'interesse dei coniugi e dei figli nei procedimenti di separazione e divorzio, nonché gli ordini di protezione contro gli abusi familiari³⁹⁴.

³⁹² La giurisprudenza sul punto è pacifica. Cfr. Trib. Cagliari, 19 ottobre 2009, in *Giur. merito*, 2010, p. 394, con nota di A. LOMBARDI, *Il nuovo art. 614 bis c.p.c.: l'astreinte quale misura accessoria ai provvedimenti cautelari ex art. 700 c.p.c.*; Trib. Torino, 2 luglio 2010, in *Giurisprudenza Italiana*, 2011, p. 1121, con commento di D. FRASCHINI, *Note in tema di reclamo sul rifiuto del conservatore di eseguire l'ordine giudiziale (contenuto in una sentenza non passata in giudicato) di cancellare la trascrizione di un sequestro conservativo*; Trib. Messina, 6 luglio 2010, in *Corriere del merito*, 2010, p. 1161; Trib. Reggio Emilia, ordinanza del 15 aprile 2015, in *Giurisprudenza Italiana*, 2015, p. 2382 ss., con nota di G. FRUS, *La coercibilità indiretta della misura cautelare ed i rimedi a disposizione di chi la subisce*; Trib. Genova, sentenza 28 aprile 2015, in *Giurisprudenza Italiana*, 2016, con nota di E. BERTILLO, *Sui rimedi avverso la condanna ex art. 614 bis c.p.c. emessa in sede cautelare*; Trib. Bari, sentenza del 16 maggio 2016, in *Giurisprudenza Italiana*, 2017, p. 839, con nota di M. MONTANARI, *Astreinte in sede cautelare ed azione di manutenzione del contratto*; Trib. Grosseto, Sez. Lavoro, ordinanza del 23 aprile 2020, in www.judicium.it (online), con nota di R. FRATINI, *Astreinte e diritto del lavoro durante il covid-19*, e in *Questione Giustizia* (online), con nota di S. D'ASCOLA, *Il lavoro a distanza come diritto? Sui 700 dell'emergenza (e sulla normalizzazione del lavoro agile)*. In dottrina, S. RECCHIONI, *L'attuazione forzata indiretta dei comandi cautelari ex art. 614 bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 1475; J. V. D'AMICO, *Sull'applicabilità dell'art. 614 bis c.p.c. ai provvedimenti cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 713. Contrario a tale estensione, invece, A. CHIZZINI, *Commento all'art. 614-bis*, cit., p. 146, per il quale la nozione di condanna non comprenderebbe i provvedimenti cautelari. Occorre, inoltre, far riferimento a una particolare orientamento giurisprudenziale (Trib. Rieti, sentenza del 9 luglio 2013, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, p. 120), sulla cui scorta si è poi uniformata parte della dottrina, secondo cui l'attuazione della comminatoria ai provvedimenti cautelari fosse dovuta già in virtù dell'art. 669-duodecies c.p.c., in virtù dell'ampio potere discrezionale di cui gode il giudice della cautela in sede di attuazione dei provvedimenti che è chiamato ad emanare. Conseguentemente, l'esecuzione indiretta sarebbe stata già ben possibile prima dell'introduzione, a opera del legislatore del 2009, dell'art. 614-bis c.p.c. A sostengo di una tale tesi, V. COSTANTINO, *Tutela di condanna e misure coercitive*, cit., p. 740 ss.; S. MAZZAMUTO, *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2010, p. 640 ss.

³⁹³ Trib. Terni, ordinanza del 6 agosto 2009, in *Giurisprudenza italiana*, 2010, p. 638, con nota di S. Mazzamuto, *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito*; in dottrina, A. CHIZZINI, *Commento all'art. 614-bis*, cit., p. 146; L. BARRECA, *L'attuazione degli obblighi di fare infungibile*, cit., p. 508 ss.

³⁹⁴ In giurisprudenza, Trib. Roma 6 luglio 2012, nella quale i giudici hanno ordinato, mediante l'applicazione di misure coercitive, ai genitori di intraprendere un percorso terapeutico di sostegno alla genitorialità presso i Servizi Sociali. Più recentemente, Cass. 6 marzo 2020, n. 6471 (in *Famiglia e diritto*, 2020, p. 335, con nota di B. FICCARELLI, *Misure coercitive e diritto-dovere di visita del genitore non collocatario*; in *Famiglia e diritto*, p. 792 ss., con nota di E. VULLO, *Non coercibilità del diritto-dovere di visita del figlio minore spettante al genitore non collocatario*; anche in www.judicium.it, 30 marzo 2020, online, con nota di A. DI BERNARDO, *L'art. 614-bis c.p.c. non si applica all'obbligo di visita del figlio minore da parte del genitore non affidatario*) ha escluso, però, che il diritto-dovere di visita da parte del genitore non collocatario nei confronti del figlio minore possa essere imposto, anche in via indiretta, in quanto il suo esercizio non può che essere libero. Nei procedimenti relativi agli ordini di protezione, inoltre, è evidente come la misura compulsoria non si ricolleggi a un provvedimento di condanna fondato sull'accertamento di un inadempimento già verificatosi. In una tale ipotesi, infatti, il giudice non ha ancora la certezza, ad esempio, che il coniuge violerà il divieto di avvicinamento o che la parte obbligata non adempirà al pagamento degli assegni periodici. Pertanto, in questo contesto, la condanna è 'in futuro' o 'condizionata' e la misura coercitiva si configura come strumento di rafforzamento dell'efficacia del provvedimento. In tal senso, A. RONCO, *L'art. 614-bis c.p.c. e le controversie in materia di famiglia*, in *Giurisprudenza italiana*, 2014, p. 758 ss.

Infine, va condivisa l'opinione di chi³⁹⁵ ritiene che anche il lodo arbitrale possa essere assistito da misura compulsoria ex art. 614-*bis* c.p.c., pronunciata direttamente dagli arbitri, purché su istanza di parte. Ciò varrebbe anche nell'ipotesi in cui la convenzione di arbitrato non abbia previsto nulla in merito, ma non anche quando le parti abbiano escluso espressamente una tale possibilità dalla convenzione, stante la fonte contrattuale della giurisdizione arbitrale.

Ai fini dell'equiparazione fra il provvedimento giudiziale di condanna e il lodo arbitrale milita, in particolare, l'argomento³⁹⁶ della quasi completa equiparazione della sentenza e del lodo nell'ordinamento italiano ex art. 824-*bis* c.p.c.

Diversamente, vanno esclusi dall'attuale portata precettiva dell'art. 614-*bis* co. 1 c.p.c. i verbali di conciliazione, giudiziali e stragiudiziali, nonché gli accordi di negoziazione, in quanto non definibili alla stregua di 'provvedimenti'³⁹⁷.

Al contrario, il verbale di mediazione, che costituisce titolo esecutivo ex art. 12 del d.lgs. 28/2010, può prevedere un'*astreinte*, ove le parti lo abbiano accordato. Infatti, l'art. 11 co. 7 del d.lgs. 28/2010 prevede che «(...) L'accordo raggiunto, anche a seguito della proposta del mediatore, può prevedere il pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza degli obblighi stabiliti ovvero per il ritardo nel loro adempimento».

Ciò sembra costituire una deroga al primo comma dell'art. 614-*bis* c.p.c. che non riconosce la possibilità del giudice della cognizione di emettere la misura coercitiva a quegli atti differenti dai 'provvedimenti'. Si tratta, a mio avviso³⁹⁸, di una dimostrazione del criterio di specialità: la norma

³⁹⁵ M. BOVE, *La misura coercitiva di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2010, p. 343 ss.; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, 2012, p. 374 ss.; C. BESSO MARCHEIS, *L'art. 614 bis c.p.c. e l'arbitrato*, in *Giurisprudenza italiana*, 2014, p. 763 ss.; S. CHIARLONI, *L'esecuzione indiretta ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c.*, cit., p. 736 ss.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Misure coercitive e arbitrato*, in *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2014, p. 423 ss.; F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 2019, p. 246 ss.; I. LOMBARDINI, *Arbitrato e misure coercitive indirette*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2020, 45 ss.

³⁹⁶ C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2012, pp. 520-521, specialmente nt. 4.

³⁹⁷ Una tale esclusione dal novero dei provvedimenti sottoponibili a misura coercitiva non vale però, con riferimento al secondo comma dell'art. 614-*bis* c.p.c., così come riformulato dalla riforma del 2022. Sul punto, si rinvia al par. 10 di questo capitolo.

³⁹⁸ Qualora, invece, non si ritenesse che il d.lgs. 28/2010 costituisca una norma speciale derogatoria rispetto all'art. 614-*bis* co. 1 c.p.c., ne conseguirebbe che il creditore, per ottenere l'applicazione dell'*astreinte*, dovrebbe seguire il modello previsto dal secondo comma dell'art. 614-*bis* c.p.c., presentando apposito ricorso al giudice dell'esecuzione, e non già avvalersi del meccanismo di cui al primo comma, riservato ai provvedimenti del giudice della cognizione. Tuttavia, nel caso dell'accordo di mediazione, si applica il criterio di specialità, sia perché la materia è disciplinata da una normativa settoriale e autonoma, sia perché l'*astreinte* non viene disposta dal giudice, ma è pattuita dalle stesse parti e,

speciale, in materia di mediazione, deroga quella generale ex art. 614-*bis* c.p.c.

Pertanto, ammettendo l'applicazione del criterio di specialità, il creditore potrebbe fare istanza già al giudice della cognizione (e non solamente a quello dell'esecuzione) per l'emissione di una *astreinte* in caso di inadempimento del verbale di mediazione.

Si aggiunga, poi, che il secondo comma dell'art. 614-*bis* c.p.c. consente oggi – ove la competenza nell'emissione dell'*astreinte* ricada sul giudice dell'esecuzione – al creditore di richiedere l'applicazione della misura coercitiva anche qualora il titolo esecutivo non consista in un provvedimento di condanna³⁹⁹, purché l'istanza venga presentata al giudice dell'esecuzione.

In ogni caso, il provvedimento condannatorio non deve avere ad oggetto obblighi al pagamento di somme di denaro.

L'esclusione delle obbligazioni pecuniarie dall'ambito di applicazione dell'art. 614-*bis* c.p.c. trova fondamento in una precisa *ratio* sistematica, strettamente connessa alla struttura dell'ordinamento processuale civile e alla funzione tipica delle misure di coercizione indiretta.

In particolare, tali misure sono concepite per rafforzare l'efficacia delle pronunce giudiziali che impongono obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro, in quanto, a differenza delle obbligazioni pecuniarie, questi ultimi risultano spesso non suscettibili di esecuzione coattiva in forma specifica o caratterizzati da una particolare resistenza strutturale all'attuazione forzata.

Diversamente, l'adempimento di un'obbligazione pecuniaria è già assistito da strumenti di tutela effettiva e automatica e, *in primis*, dalla disciplina degli interessi moratori di cui all'art. 1224 c.c., i quali decorrono di diritto dal momento della *mora debendi*, costituendo una forma sanzionatoria intrinseca al ritardo.

Pertanto, estendere le misure coercitive indirette anche a tali obbligazioni determinerebbe – ove la funzione primariamente compulsoria della misura non raggiunga il suo effetto deterrente sul debitore – una duplicazione sanzionatoria priva di reale giustificazione, comportando il rischio di un

dunque, non rientra nel campo di applicazione del primo comma dell'art. 614-*bis* c.p.c., che riconosce tale potere esclusivamente al giudice della cognizione.

³⁹⁹ Per l'esame dei provvedimenti non condannatori suscettibili di tutela coercitiva indiretta, si rimanda al par. 10 di questo capitolo.

arricchimento indebito del creditore⁴⁰⁰, in violazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza.

In tale prospettiva, la scelta del legislatore di escludere espressamente dal campo di applicazione dell'art. 614-*bis* c.p.c. gli obblighi di pagamento di somme di denaro risponde a un'esigenza di equilibrio tra l'effettività della tutela giurisdizionale e la necessaria protezione del debitore da forme di pressione economicamente ingiustificate.

Del resto, un simile approccio risulta coerente con l'originaria *ratio* dell'istituto, che – come illustrato nel primo capitolo – si innesta nel solco di un'esigenza già nota al diritto romano.

Infatti, il *vulnus* determinato dall'assenza di un meccanismo esecutivo efficace per le obbligazioni di *facere* o *non facere* veniva risolto tramite un espediente tecnico-giuridico: la *novatio* (o la *quasi novatio*, in mancanza dell'*aliquid novi*). Attraverso tale strumento, l'obbligazione originaria di *facere* veniva '*translata*' in un'obbligazione pecuniaria e, dunque, suscettibile di esecuzione diretta. È evidente che tale trasformazione novativa non sarebbe stata necessaria ove l'obbligazione avesse avuto sin dall'origine contenuto patrimoniale, ossia consistente nel pagamento di una somma di denaro.

In questa prospettiva, l'attuale struttura dell'art. 614-*bis* c.p.c. si pone in continuità ideale con quella prassi romana, replicandone – pur in termini non tecnicamente novativi – la logica funzionale: là dove l'ordinamento non è in grado di garantire una tutela in forma specifica, si rende necessaria una pressione economica indiretta che spinga il debitore all'adempimento. Per converso, quando l'obbligazione è già in sé coercibile con mezzi diretti, tale strumentazione accessoria diviene superflua, se non addirittura ridondante.

In conclusione, l'analisi condotta in questo paragrafo ha evidenziato come l'art. 614-*bis* c.p.c. si configuri quale strumento coerente con la struttura dell'ordinamento processuale, rispondendo all'esigenza di rafforzare l'effettività delle pronunce di condanna non pecuniarie mediante una forma di pressione indiretta sul debitore.

Nello specifico, la sua applicazione, rigorosamente delimitata a provvedimenti aventi natura condannatoria e contenuto diverso dal pagamento di somme di denaro, riflette un bilanciamento accurato tra la tutela del diritto del creditore e la salvaguardia delle garanzie del debitore.

⁴⁰⁰ Sul punto, anche S. MAZZAMUTO, *Esecuzione forzata*, cit., p. 140; U. COREA, *Condanna civile e misure coercitive*, cit., pp. 214-215.

Tale assetto normativo si inserisce nel solco di una tradizione giuridica che, già nel diritto romano, aveva individuato nella sanzione patrimoniale un rimedio funzionale all'inadempimento delle obbligazioni di *facere*. L'attuale disciplina, pur non adottando una struttura novativa in senso tecnico, ne riprende la logica funzionale, confermando la vocazione dell'*astreinte* a costituire uno strumento di stimolo all'adempimento spontaneo, ove la tutela in forma specifica risulti altrimenti inefficace o non praticabile.

7. I limiti espliciti nell'emissione della misura coercitiva indiretta: la materia lavoristica.

L'art. 614-*bis* co. 1 c.p.c. prevede due diversi limiti all'emissione della misura compulsoria: l'impossibilità di applicare l'*astreinte* alle controversie di lavoro subordinato pubblico e privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa ex art. 409 c.p.c., nonché il vaglio di non manifesta iniquità della misura da parte del giudice.

Quanto al primo limite, l'esclusione delle controversie in materia lavoristica dall'ambito di applicazione dell'art. 614-*bis* c.p.c. appare oggi difficilmente giustificabile, sia alla luce dell'evoluzione normativa della disposizione, sia per ragioni di coerenza sistematica e di effettività della tutela giurisdizionale.

In origine, nel 2009, l'articolo era stato concepito dal legislatore come uno strumento di coazione indiretta volto a rafforzare l'adempimento delle sole obbligazioni di *facere* infungibili, nelle quali rientra tipicamente la prestazione lavorativa, considerata personalissima e non suscettibile di esecuzione forzata. In questo contesto iniziale, l'esclusione della materia lavoristica poteva apparire coerente, poiché l'unica obbligazione astrattamente coinvolgibile – quella del lavoratore – restava comunque sottratta a qualsiasi possibilità di coercizione⁴⁰¹.

Tuttavia, con la modifica apportata nel 2015, l'art. 614-*bis* ha esteso la sua portata a tutte le obbligazioni diverse da quelle aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro e, dunque, anche a obbligazioni di *facere* fungibili. Tale ampliamento ha mutato profondamente la *ratio* della norma, trasformandola da misura eccezionale e settoriale a strumento generalizzato di pressione indiretta, applicabile in una pluralità di contesti.

In questo mutato quadro normativo, l'esclusione delle controversie di cui all'art. 409 c.p.c., ossia l'intero contenzioso lavoristico e parasubordinato, appare, a mio avviso, priva di giustificazione logico-sistematica: non si comprende, infatti, perché debbano essere escluse obbligazioni tipiche del datore di lavoro o del lavoratore che ben potrebbero essere coartate tramite la minaccia di una sanzione pecuniaria periodica.

Si potrebbe ritenere che il legislatore del 2015, e successivamente quelli del 2022 e del 2024, non abbiano ritenuto opportuno – o non abbiano ancora avuto occasione – di riesaminare l'esclusione

⁴⁰¹ L. NOGLER, *La nuova disciplina dei licenziamenti alla prova del diritto comparato*, in *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 2012, p. 136 ss.

delle controversie lavoristiche alla luce della nuova *ratio*, mantenendo così una formulazione che, nel mutato contesto normativo, potrebbe risultare superata.

Tra le argomentazioni più frequentemente richiamate per giustificare l'esclusione delle controversie lavoristiche dall'ambito applicativo dell'art. 614-bis c.p.c., se ne possono individuare almeno altre tre.

Anzitutto, si invoca la presunta autosufficienza delle tutele lavoristiche, fondata su rimedi già esistenti come l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori⁴⁰². In secondo luogo, si richiama⁴⁰³ la particolare struttura del rapporto di lavoro, caratterizzata da un'ampia discrezionalità del datore nei poteri direttivo, organizzativo e disciplinare, che renderebbe particolarmente complesso stabilire, in modo oggettivo e inequivocabile, se una determinata condotta o omissione costituisca effettiva violazione di un obbligo derivante da un provvedimento giudiziale. Infine, si suggerisce⁴⁰⁴ che l'esclusione risponderebbe a esigenze di politica economica, volte a contenere i costi per le imprese e a ridurre i rischi derivanti dal contenzioso lavoristico.

Tuttavia, tali argomentazioni non risultano del tutto convincenti.

La prima tesi, relativa all'autosufficienza delle tutele lavoristiche, si scontra con l'esperienza concreta della fase esecutiva, nella quale strumenti come l'art. 18 della l. n. 300/1970 si rivelano spesso inefficaci, soprattutto quando si tratta di ottenere un *facere* da parte del datore di lavoro.

La seconda giustificazione, fondata sulla difficoltà di accertamento dell'inadempimento, non considera che l'applicazione della misura coercitiva indiretta interviene ordinariamente dopo una pronuncia giudiziale che ha già accertato l'illegittimità della condotta datoriale⁴⁰⁵. Si pensi, ad esempio, a una sentenza che ordini la reintegrazione del lavoratore nel posto precedentemente occupato o il ripristino di mansioni illecitamente modificate. In tali casi, la condotta successiva del datore si pone in aperto contrasto con un comando giudiziale specifico e vincolante, rendendo del tutto coerente l'attivazione di una misura coercitiva indiretta. Inoltre, l'assenza di tale strumento

⁴⁰² M. TARUFFO, *Note sull'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare*, in *Giurisprudenza italiana*, 2014, p. 744 ss.

⁴⁰³ A. CHIZZINI, *Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*, cit., p. 174 ss.

⁴⁰⁴ B. SASSANI, R. TISCINI, *Prime osservazioni sulla legge 18 giugno 2009*, in *Judicium*, 2009; R. TISCINI, *La procedura conciliativa che precede il licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo*, in F.P. Luiso, R. Tiscini, A. Vallebona (a cura di), *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 142.

⁴⁰⁵ M. BIASI, *L'esclusione lavoristica dalla misura coercitiva indiretta ex art. 614-bis c.p.c.: un opportuno ripensamento*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2020, p. 5 ss.

impone oggi al lavoratore, in caso di inottemperanza, di promuovere un nuovo giudizio esecutivo o di accertamento dell'inadempimento, con inevitabili ricadute in termini di costi, tempi e dispersione dell'effettività della tutela.

Infine, la terza argomentazione, di natura politico-economica, pur muovendo su un piano legittimo di ponderazione degli interessi, rischia di comprimere in modo irragionevole il diritto del lavoratore a una tutela effettiva, ponendosi in potenziale contrasto con i principi costituzionali e sovranazionali di uguaglianza e giustizia sostanziale.

In definitiva, le giustificazioni tradizionalmente offerte per escludere le controversie lavoristiche dall'ambito di applicazione dell'art. 614-*bis* c.p.c. mi sembrano oggi sempre meno sostenibili, tanto sul piano tecnico-giuridico quanto su quello della coerenza sistematica e della tutela effettiva dei diritti.

L'evoluzione della norma e le concrete esigenze di giustizia del processo del lavoro suggeriscono l'opportunità di un ripensamento normativo, volto a ricomprendere anche tali controversie nel perimetro applicativo della misura coercitiva indiretta, nel rispetto dei principi di effettività, uguaglianza e ragionevolezza dell'ordinamento processuale.

Si aggiunga, inoltre, che l'esclusione della disciplina lavoristica ha suscitato ampie critiche della dottrina⁴⁰⁶, che ha addirittura dubitato della costituzionalità dell'esclusione della comminatoria, nella parte in cui si applicherebbe anche al datore di lavoro (e non solamente al lavoratore subordinato). Per di più, l'irragionevole discriminazione opererebbe altresì con riferimento al lavoratore autonomo, che – al contrario del subordinato – potrebbe essere destinatario della misura ex art. 614-*bis* c.p.c.

7.1. I limiti espliciti nell'emissione della misura coercitiva indiretta: la non manifesta iniquità della misura.

Quanto, invece, all'altro limite esplicito nell'emissione della misura coercitiva indiretta, il primo comma dell'art. 614-*bis* c.p.c. prevede che il giudice, su istanza di parte, debba fissare una somma di denaro per ogni violazione, inosservanza e ritardo nell'esecuzione del provvedimento, salvo che ciò risulti manifestamente iniquo.

⁴⁰⁶ Per l'analisi approfondita e aggiornata della questione, rinvio a U. COREA, *L'art. 614-bis c.p.c. nel prisma della tutela giurisdizionale*, in *Judicium*, 2025, par. 7.1.

È indubbio che il legislatore, nel prevedere una tale disposizione, abbia attribuito un elevato margine di discrezionalità all'interprete, non avendo individuato preventivamente i criteri in base ai quali la misura debba ritenersi iniqua. Conseguentemente, la previsione della non manifesta iniquità sembra costituire una clausola generale e di chiusura che attribuisce al giudice il compito di stabilire, caso per caso, le condizioni che impediscono la concessione della comminatoria⁴⁰⁷.

Si tratta, inevitabilmente, di uno strumento a tutela della parte debitrice che, a causa delle particolari esigenze del caso concreto, non possa essere costretta ad adempiere, sotto minaccia di sanzione, il provvedimento giudiziale.

Si aggiunga poi che – a mio avviso – l'indagine sulla non manifesta iniquità potrebbe attenersi solamente all'*an* della comminatoria e non anche al *quantum*. Infatti, la determinazione dell'ammontare dell'*astreinte* è affidato al terzo comma dell'art. 614-*bis* c.p.c., che elenca quei criteri che il giudice deve prendere in considerazione ai fini della determinazione dell'entità della misura compulsoria. Tra questi rientrano il valore della controversia, la natura della prestazione dovuta, il danno quantificato e prevedibile, il vantaggio per l'obbligato derivante dall'inadempimento, nonché ogni altra circostanza utile.

Laddove il giudice ritenga, inoltre, che nel caso concreto debba rigettare l'istanza ex art. 614-*bis* c.p.c., non comminando la misura, in quanto manifestamente iniqua, sarà investito di un obbligo puntuale di motivazione delle ragioni del diniego. La parte creditrice che ha subito il diniego potrà, allora, contestare la decisione in sede di appello (ed eventualmente in Cassazione nelle poche ipotesi di cui all'art. 360 c.p.c.⁴⁰⁸). Qualora, invece, il giudice accolga l'istanza ex art. 614-*bis* c.p.c., si

⁴⁰⁷ U. COREA, *Condanna civile e misure coercitive*, cit., p. 226 ss.; ID., *L'art. 614-bis c.p.c. nel prisma della tutela giurisdizionale*, cit., par. 7.2. individua, oltre a quella della non manifesta iniquità, un'ulteriore e preliminare valutazione cui il giudice è tenuto in sede di emanazione del provvedimento compulsorio. Infatti, prima di indagare in concreto la sussistenza del requisito equitativo, il giudice deve valutare la sussistenza dei presupposti per accogliere non solo la domanda di misura coercitiva, ma anche il provvedimento di condanna. Infatti, è stato osservato che, in fattispecie particolarmente delicate, nelle quali sono coinvolti diritti della personalità e posizioni soggettive di rilievo costituzionale, il giudice debba procedere ad un preventivo bilanciamento fra il diritto alla dignità del debitore e l'autonomia privata e contrattuale delle parti. Nel caso di prevalenza del primo sul secondo, il debitore non potrà neppure essere destinatario di una sentenza di condanna in forma specifica, ma solamente al risarcimento del danno. Nel caso opposto, invece, in cui prevalga il diritto all'autonomia privata, certamente il giudice procederà nell'emissione della sentenza di condanna in forma specifica, ma, prima di comminare la misura di cui all'art. 614-*bis* c.p.c., dovrà valutare la sua non manifesta iniquità.

⁴⁰⁸ In tal senso, Cass. n. 7927/2024, secondo la quale «Il provvedimento che dispone misure di coercizione indiretta ex art. 614-*bis* c.p.c. è sindacabile in sede di legittimità, per violazione di norma processuale, sotto i profili della sussistenza dei presupposti normativi richiesti per esercitare il potere e della verifica del suo corretto esercizio in punto di quantificazione, non già nel merito di questa valutazione, bensì della congruità della motivazione addotta, da rendere con riferimento concreto ai parametri previsti dalla disposizione».

condivide la tesi⁴⁰⁹ secondo la quale il giudice sarà investito di un onere di puntuale motivazione solo ove vi sia stata contestazione della controparte.

Sul significato di non manifesta iniquità e sulle fattispecie in essa ricomprese è sorto, inoltre, un ampio dibattito in dottrina⁴¹⁰. Infatti, come anticipato, la formulazione generica della disposizione attribuisce una grande discrezionalità al giudice, che la letteratura ha tentato di circoscrivere entro limiti ben definiti. Tuttavia, è stato parimenti rilevato⁴¹¹ come una eccessiva schematizzazione e predeterminazione delle ipotesi di non manifesta iniquità potrebbe rischiare di contrarre eccessivamente lo strumento processuale ex art. 614-bis c.p.c.

Difatti, come affermato all'inizio di tale primo paragrafo, la clausola generale di non manifesta iniquità costituisce una 'valvola di sicurezza', non determinabile a priori, che pone freno a forme di coazione che, seppur legittime, possono comportare, nella fattispecie concreta, una eccessiva '*vis compulsiva*'⁴¹².

In ogni caso, procederò ad individuare quelle fattispecie che sicuramente, valutate nel caso concreto, possono impedire la comminatoria ex art. 614-bis c.p.c., in quanto risulterebbe manifestamente iniqua.

⁴⁰⁹ G. COSTANTINO, *Tutela di condanna e misure coercitive*, cit., p. 742.

⁴¹⁰ C. CROCI, *L'esecuzione forzata per obblighi di fare e di non fare*, in AA. VV., *La nuova esecuzione forzata*, diretta da P.G. Demarchi, Bologna, 2009, p. 1207 ss.; A. CHIZZINI, *Commento all'art. 614-bis*, cit., p. 171; A. SALETTI, *L'esecuzione processuale indiretta nella riforma del "Codice di procedura civile" italiano*, in *Rivista de derecho*, 2009, p. 511 ss.; B. GAMBINERI, *Attuazione degli obblighi di fare infungibili o di non fare*, in *Foro Italiano*, 2009, p. 323; F. TOMMASEO, *L'esecuzione indiretta e l'art. 614-bis c.p.c.*, in *Rivista di diritto processuale*, 2014, p. 1004; C. ASPRELLA, *L'esecuzione processuale indiretta nel processo civile*, in *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2012, p. 29 ss.; G. COSTANTINO, *Tutela di condanna e misure coercitive*, cit., p. 925; A. CARRATTA, *Tecniche di attuazione dei diritti e principio di effettività*, in G. Grisi (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, Napoli, 2019, p. 721 ss.; M. MONTANARI, *Astreinte in sede cautelare ed azione di manutenzione del contratto*, cit., p. 841 ss.; A. NASCOSI, *Le misure coercitive indirette nel sistema di tutela dei diritti in Italia e in Francia*, Napoli, 2019, p. 158; G. MICCOLIS, *Sull'effettività delle obbligazioni di fare alla luce dell'art. 614-bis c.p.c.: l'esempio del rilievo del fideiussore*, in *Scritti in onore di Bruno Sassani*, Pisa, 2022, p. 1165 ss.; U. COREA, *Condanna civile e misure coercitive*, cit., p. 226 ss.; ID., *L'art. 614-bis c.p.c. nel prisma della tutela giurisdizionale*, cit., par. 7.3.

⁴¹¹ C. CONSOLO, F. GODIO, *Sub art. 614-bis c.p.c.*, in L.P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani e R. Vaccarella (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Torino, VII, 1, 2014, p. 138 ss.

⁴¹² U. COREA, *Condanna civile e misure coercitive*, cit., p. 253, secondo il quale la previsione della clausola generale di non manifesta iniquità «In questo senso, la sua previsione ci pare opportuna perché, pur scontando una certa indeterminatezza fisiologicamente insita nella valutazione "integrativa della fattispecie", ribadisce la prudenza del nostro ordinamento verso forme di coazione che implicano pur sempre l'uso di una *vis compulsiva*. Il vaglio giudiziale, in luogo di un piatto automatismo nell'applicazione della misura, deve qui intendersi dunque come una forma di garanzia della persona – non come un ostacolo all'applicazione della misura, né tanto meno come una ottusa quanto ingiustificata difesa del debitore, come una lettura solo superficiale può far credere, e neppure come un segno di timidezza del legislatore, da ritenersi per contro nel caso assai consapevole – del tutto corrispondente alla nostra tradizione liberale».

Fra queste rileva, in particolare, l'eccessiva onerosità⁴¹³ della misura per il debitore, valutata in concreto con riferimento alla sua situazione economico-patrimoniale, potendo risultare la misura inutilmente vessatoria o idonea a ledere indirettamente i beni primari della persona.

Ancora, bisogna menzionare – fra le fattispecie che possano costituire un ostacolo alla manifesta equità della misura – la possibilità di agire contestualmente sia con l'esecuzione diretta che con la misura coercitiva indiretta⁴¹⁴. Benché una tale possibilità fosse implicitamente esclusa dal legislatore del 2009, che rivolgeva l'art. 614-*bis* c.p.c. alle sole obbligazioni di *facere* infungibili non suscettibili di esecuzione diretta, a partire dal 2015 essa è divenuta espressamente possibile. In particolare, poiché la norma nella sua attuale formulazione ammette la condanna al pagamento dell'*astreinte* per ogni obbligazione diversa da quella pecuniaria, quest'ultima potrebbe risultare eseguibile, ad esempio, nelle forme di cui al 605 c.p.c. (esecuzione per consegna e rilascio). Pertanto, il creditore avrebbe la facoltà di agire contestualmente sia ex art. 605 c.p.c. per ottenere, appunto, la consegna o il rilascio del bene che ex art. 614-*bis* c.p.c., al fine di spronare il debitore allo spontaneo adempimento

Allora, ammettendo che oggi il creditore debba agire esecutivamente sia per l'*astreinte* che in forma specifica, il giudice dovrà valutare, prima di accogliere l'istanza di cui all'art. 614-*bis* c.p.c. se vi sia una evidente sproporzione fra la possibilità di agire contestualmente con i due mezzi esecutivi e il fine che il creditore intende realizzare.

Infine, anche una causa di forza maggiore, non imputabile al debitore, può integrare un motivo idoneo a escludere l'applicazione della misura compulsoria ex art. 614-*bis* c.p.c., per mancanza del requisito della non manifesta iniquità⁴¹⁵.

In conclusione, l'analisi della clausola di 'non manifesta iniquità' permette di cogliere la profonda tensione insita nell'istituto di cui all'art. 614-*bis* c.p.c. Tale clausola, infatti, mira a operare un

⁴¹³ M. BOVE, *Diritto e processo nell'applicazione dell'art. 614-bis c.p.c.: un rapporto circolare*, in *Giusto processo civile*, 2020, p. 1519 ss.

⁴¹⁴ U. COREA, *L'art. 614-bis c.p.c. nel prisma della tutela giurisdizionale*, cit., par. 7.3.

⁴¹⁵ La dottrina rileva come la causa di forza maggiore non imputabile al debitore possa determinare l'inopportunità di cumulare l'*astreinte* con le comminatorie speciali preesistenti, specialmente in materia di controversie familiari ex art. 709-*ter* c.p.c. Sul punto, specialmente S. VINCRE, *Le misure coercitive ex art. 614-bis c.p.c. dopo la riforma del 2015*, in *Rivista di diritto processuale*, 2017, p. 380 ss. Il problema del cumulo è stato, tuttavia, risolto – ammettendolo esplicitamente – con la sostituzione dell'art. 709-*ter* c.p.c. con l'art. 473-bis.39 ad opera del legislatore del 2022. Una tale ultima norma, infatti, consente l'emanazione anche in materia di famiglia di comminatorie ai sensi dell'art. 614-*bis* c.p.c. Pertanto, la possibilità del cumulo – astrattamente ammessa – rimane sottoposta al vaglio del giudice, che dovrà di fatto escluderla ove appaia manifestamente iniqua. In tal senso, R. DONZELLI, *L'attuazione delle misure*, in *La riforma del giudice e del processo per le persone, i minori e le famiglie*, Torino, 2022, p. 220 ss.

bilanciamento fra l'esigenza di tutela giurisdizionale e la necessità che lo strumento compulsorio non si traduca in forme eccessive di pressione sul debitore.

In tal senso, allora, il legislatore ha affidato al giudice un'importante valutazione di equità, richiedendogli di vagliare – caso per caso, a seconda della fattispecie concreta – l'opportunità di emanare la misura, evitando così l'insorgenza di derive eccessivamente afflittive e sproporzionate.

Si può, pertanto, affermare come il legislatore del 2009, nell'introdurre nel tessuto dell'articolo una tale clausola, sia riuscito perfettamente a superare quelle indecisioni e quelle perplessità che, nel secolo precedente, avevano investito la dottrina e la giurisprudenza. Come affermato, infatti, al quinto paragrafo di questo capitolo, tali timori si fondavano sull'idea che una estensione indiscriminata e generalizzata delle misure di coazione indiretta all'adempimento avrebbe potuto sfociare nell'imposizione di sanzioni ingiustificate e sproporzionate per il debitore, finendo per evocare, seppur in nuove forme, l'antico istituto dell'arresto per debiti.

La clausola di manifesta iniquità costituisce, allora, un presidio contro possibili derive eccessivamente sanzionatorie, introducendo un filtro di equità che il giudice è chiamato ad operare preliminarmente all'accoglimento dell'istanza, così da garantire un uso proporzionato e ragionevole dello strumento coercitivo.

8. L'autoliquidazione dell'*astreinte* da parte del creditore e tutela inadeguata del contraddittorio.

Particolarmente delicata risulta la questione relativa alla concreta liquidazione dell'*astreinte*, stante la mancanza di una disciplina esplicita enunciata dal legislatore.

La problematica può essere ricostruita nel modo seguente: qualora il debitore sia inadempiente all'ordine impartito dal giudice e contenuto nel provvedimento di condanna, potrebbe essere condannato ex art. 614-*bis* c.p.c. al pagamento di una somma di denaro, così come determinata dal giudice, per ogni ritardo o violazione nell'esecuzione del provvedimento.

Ove, poi, il debitore non abbia pagato neppure una tale somma di denaro, potrebbe essere sottoposto ad esecuzione forzata nelle forme del pignoramento. Una tale procedura è indipendente e si svolge in parallelo rispetto all'esecuzione diretta (ad esempio, per consegna e rilascio) conseguente all'inadempimento della condanna in forma specifica⁴¹⁶.

Pertanto, affinché possa aver luogo la procedura esecutiva per equivalente dell'*astreinte*, è necessario – *in primis* – notificare titolo esecutivo e precetto. Come noto, il titolo esecutivo deve riferirsi ex art. 474 c.p.c. a un diritto certo, liquido ed esigibile.

Il diritto si definisce 'liquido' quando il suo ammontare risulta espresso in misura determinata.

È indubbio, allora, che il diritto a procedersi all'esecuzione forzata per somma di denaro prevista a titolo di *astreinte* debba divenire liquido. Infatti, il giudice ha fissato solamente il valore per un teorico, futuro ed eventuale ritardo o inosservanza, lasciando al creditore il compito di calcolare l'ammontare complessivo, moltiplicando tale valore per il numero effettivo di violazioni.

È esattamente in tale contesto che sorge il problema, assai esaminato dalla dottrina, dell'autoliquidazione dell'*astreinte* a opera del creditore che intende procedere ad esecuzione forzata.

Infatti, in assoluta assenza di ogni diversa indicazione nel disposto dell'art. 614-*bis* c.p.c., l'operazione di liquidazione, che si riduce essenzialmente in un mero calcolo aritmetico, deve essere condotta dal creditore. In altre parole, differentemente da quanto proposto nel 2003 dal Progetto della

⁴¹⁶ Si ricordi, infatti, come a partire dal 2015 sia possibile cumulare esecuzione diretta e indiretta, in quanto il *focus* dell'art. 614-*bis* c.p.c. non è più la sola obbligazione di *facere* infungibile o *non facere*, ma qualsiasi obbligazione, purché non pecuniaria, anche eseguibile in forma specifica.

commissione Vaccarella alla riforma del Codice di rito⁴¹⁷, nonché dal modello bifasico francese⁴¹⁸, non si istaura un nuovo procedimento di cognizione (anche semplificato), finalizzato a valutare le circostanze nelle quali si verificano le infrazioni agli ordini della giustizia, così da liquidare – successivamente e in contraddittorio fra le parti – le somme dovute a titolo di *astreinte*.

Dalla stringata formulazione dell'art. 614-*bis* c.p.c., infatti, non si ricava l'esistenza di un autonomo procedimento accertativo, destinato a concludersi con la liquidazione dell'*astreinte*.

Per tale motivo, la lettera della disposizione in esame è sempre (o quasi) stata interpretata⁴¹⁹ nel senso di attribuire l'operazione aritmetica di valutazione delle somme da liquidare direttamente al creditore, che dovrà moltiplicare la somma individuata dal giudice ex art. 614-*bis*, ultimo comma, c.p.c., con il numero di violazioni o i giorni di ritardo⁴²⁰, con il rischio evidente di sovrastimare la somma dovuta. La somma così individuata viene, allora, indicata direttamente nel precetto, da notificarsi al debitore.

In questo assetto, in cui il procedimento di cognizione si conclude già nella fase anteriore all'emanazione della sentenza e non è previsto un ulteriore intervento del giudice per la determinazione dell'importo dovuto, la condanna pecuniaria per ogni ritardo o violazione nell'esecuzione del provvedimento viene qualificata come '*astreinte* monofasica'. Si tratta, cioè, di una misura coercitiva in cui il calcolo delle somme spettanti è rimesso interamente al creditore, il quale, sulla base dei parametri fissati dal giudice, procede autonomamente alla quantificazione della penalità da indicare nel precetto.

Ad essa si contrappone il modello 'bifasico' francese, nel quale una *astreinte* provvisoria, emessa con la sentenza di condanna, viene seguita da un nuovo provvedimento di accertamento, diretto a liquidare e, quindi, ad emettere '*l'astreinte définitive*'.

Una conseguenza diretta del sistema monofasico è che, nell'ipotesi di cui al primo comma dell'art. 614-*bis* c.p.c., eventuali contestazioni del debitore, il quale potrebbe non aver potuto adempiere per validi e giustificabili motivi o che, pur avendo adempiuto, si trovi sottoposto suo malgrado a procedimento esecutivo, non possono essere fatte valere in sede esecutiva, data la mancanza di un contraddittorio pieno o, comunque, delle forme contenziose tipiche dei procedimenti di cognizione,

⁴¹⁷ *Supra*, par. 4 di questo capitolo.

⁴¹⁸ *Supra*, par. 12 e 13 del II capitolo.

⁴¹⁹ In tal senso, Trib. Roma, sentenza del 24 aprile 2019, n. 8771.

⁴²⁰ In tal senso, Trib. Roma, sentenza del 3 aprile 2019, secondo il quale il creditore, nell'operazione di autoliquidazione, ha l'onere di indicare analiticamente gli ulteriori inadempimenti cui il debitore è incorso o in preciso ammontare del ritardo nell'adempimento.

ma solamente in sede di opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c., ossia tramite quell'istituto che è propriamente diretto ad istaurare, in seno al processo esecutivo, una fase a cognizione piena (sebbene eventuale).

Si deve osservare, innanzitutto, che il creditore non dispone, almeno nell'ipotesi del primo comma dell'art. 614-*bis* c.p.c. in cui la misura coercitiva sia stata disposta in sede di cognizione, della possibilità di rivolgersi nuovamente al giudice che ha pronunciato la comminatoria, al fine di chiederne la modifica o la revoca.

Tale rigidità si contrappone al modello francese, nel quale l'*astreinte* provvisoria, strutturalmente modificabile, può essere seguita da un'*astreinte* definitiva, emessa a valle di un accertamento successivo. In ambito italiano, invece, l'unico rimedio esperibile rimane l'impugnazione della sentenza contenente la comminatoria mediante i mezzi ordinari di gravame, con tutte le conseguenze in termini di costi, tempi e rigidità procedimentale.

Una simile problematicità si riflette, inevitabilmente, anche sul versante dell'*astreinte* emessa dal giudice dell'esecuzione. Sebbene a quest'ultimo sia attribuito un ruolo cruciale nella fase esecutiva, il legislatore non ha colto l'occasione per avvicinare la disciplina di cui all'art. 614-*bis* c.p.c. alla più evoluta esperienza francese, in particolare nella parte in cui non riconosce al giudice dell'esecuzione un esplicito potere di liquidare la misura coercitiva in funzione della concreta evoluzione del rapporto obbligatorio.

Tuttavia, diversamente da quanto avviene per l'*astreinte* comminata in sede di cognizione, si potrebbe ritenere che nessuna preclusione osti, in linea di principio, alla modificabilità dell'*astreinte* disposta dal giudice dell'esecuzione ex art. 614-*bis* co. 2 c.p.c., qualora intervengano circostanze nuove o sopravvenute che giustifichino una revisione della misura.

Tale ipotesi interpretativa si fonda sul rilievo che l'*astreinte*, in quanto contenuta in un'ordinanza del giudice dell'esecuzione, ricadrebbe nell'ambito applicativo dell'art. 487 c.p.c., secondo cui i provvedimenti adottati nel corso dell'esecuzione possono essere modificati fintanto che questa non sia iniziata.

La nozione di «inizio dell'esecuzione», in tale prospettiva, potrebbe essere riferita al momento in cui diventa astrattamente possibile per il creditore avviare la procedura esecutiva, cioè quando sia decorso il termine minimo indicato nell'ordinanza affinché l'*astreinte* inizi a produrre i propri effetti (utilizzando un lessico latino, sia '*commissa*'), rendendo azionabile il credito a essa correlato.

Così, ad esempio, nel caso in cui il provvedimento stabilisca che sono dovuti 100 euro per ogni dieci giorni di ritardo, si dovrebbe attendere il decorso di tale termine perché si configuri la possibilità, in astratto, di notificare il titolo esecutivo. Soltanto a partire da quel momento, si potrebbe ritenere che l'ordinanza non sia più modificabile, avendo acquisito efficacia esecutiva.

In base a tale impostazione, sarebbe, dunque, ammissibile una modifica dell'*astreinte* disposta dal giudice dell'esecuzione, qualora intervengano mutamenti nelle circostanze fattuali o giuridiche che ne avevano giustificato l'adozione originaria, fermo restando che tale modifica opererebbe con efficacia *ex nunc*, incidendo esclusivamente sugli sviluppi successivi della misura e lasciando invariati gli eventuali effetti già maturati.

Diversamente, nell'ipotesi di cui al secondo comma dell'art. 614-*bis* c.p.c., il debitore interessato alla revoca della misura coercitiva contenuta nell'ordinanza potrebbe procedere solamente tramite opposizione agli atti esecutivi ex art. 617 co. 2 c.p.c.

Pertanto, una tale limitazione nelle modalità di liquidazione dell'*astreinte* (specialmente se disposta dal giudice della cognizione) ha indotto una certa dottrina⁴²¹ a ritenere che il sistema monofasico (cioè contenente una sola e unica fase cognitoria) dell'art. 614-*bis* c.p.c. risulti eccessivamente rigido ed inefficiente, cagionando pregiudizi ad entrambe le parti del rapporto obbligatorio. Infatti, nell'ipotesi di cui al primo comma, né il creditore può richiedere di modificare l'entità e le modalità operative della comminatoria, laddove le stesse siano inadeguate, né il debitore può richiedere una riduzione della somma di denaro, dovuta a titolo di *astreinte*, manifestamente eccessiva, autoliquidata dal creditore, potendo far valere le sue ragioni solamente in sede di opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c.

Per tali motivi, allora, la dottrina sopra citata ha proposto una interpretazione dell'art. 614-*bis* c.p.c. alla luce degli insegnamenti del diritto francese che, nei secoli di sua applicazione pretoria, ha elaborato un sistema di misure coercitive particolarmente efficace a garantire l'adempimento delle

⁴²¹ C. CONSOLO, F. GODIO, *Sub art. 614-bis c.p.c.*, cit., pp. 165 ss., p. 183 ss.; B. CAPPONI, *Ancora su astreinte e condanna civile*, in *Judicium*, 2017, p. 1 ss.; ID., *Perché in Italia l'astreinte non si ama*, in *Giustizia insieme*, 2021, p. 10, secondo il quale «al g.e., sul modello francese, andrebbe riconosciuto il potere di liquidare l'*astreinte* (anche quella imposta dal giudice della cognizione su modello della condanna in futuro) con un procedimento sommario in cui fosse salvaguardata la garanzia del contraddittorio. Egual procedimento sommario andrebbe previsto (anche dinanzi al giudice monocratico) per il controllo di adeguatezza del provvedimento, separato dalle impugnazioni ordinarie, con la conseguenza che dell'*astreinte* si potrebbe discutere, o ridiscutere, sia separatamente da quelle, sia unitamente a quelle (il modello sarebbe quindi quello dell'inibitoria) qualora il gravame avesse un oggetto più esteso. Non è infatti concepibile un'impugnazione ordinaria che abbia per oggetto la sola misura dell'*astreinte*»

obbligazioni. Infatti, come ampiamente esaminato nel secondo capitolo, il giudice francese ha la possibilità, dapprima, di emettere una *astreinte* provvisoria, sempre modificabile e revocabile. Successivamente, emetterà, a seguito di un procedimento liquidativo, ‘l’*astreinte définitive*’ per l’effettivo ritardo o l’effettiva violazione riscontrata.

Si aggiunga, inoltre, che la struttura monofasica dell’art. 614-*bis* c.p.c. impedisce la circolazione del titolo esecutivo europeo ex art. 55 del Reg. 1215/2012 (prima, Reg. CE n. 44/2001). Secondo una tale disposizione, infatti, «le decisioni emesse in uno Stato membro che dispongono il pagamento di una penalità sono esecutive nello Stato membro richiesto solo se l’ammontare di quest’ultima è stato definitivamente fissato dall’autorità giurisdizionale d’origine».

Pertanto, ai fini della circolazione del titolo esecutivo a livello europeo, la liquidazione dell’*astreinte* dovrebbe essere compiuta necessariamente dal giudice e non anche dallo stesso creditore procedente⁴²². Indipendentemente, dunque, dall’idoneità della *astreinte* a costituire, in Italia, valido titolo esecutivo per l’espropriazione forzata, per potere eseguire il titolo in ambito europeo, il creditore dovrebbe comunque adire nuovamente l’Autorità giudiziaria, per ottenere la definitiva liquidazione del *quantum dovuto*⁴²³.

Allora, anche cogliendo le sollecitazioni provenienti dalle istituzioni europee, sembrerebbe opportuno interpretare l’art. 614-*bis* c.p.c. alla luce degli insegnamenti della dottrina d’oltralpe.

Così, d’altronde, ha fatto il Tribunale di Roma nella sentenza n. 9884 del 2017 in materia cautelare,

⁴²² E. VULLO, *L’esecuzione indiretta fra Italia, Francia e Unione Europea*, in *Rivista di diritto processuale*, 2004, p. 727 ss.; E. D’ALESSANDRO, *La circolazione della condanna ex art. 614 bis c.p.c. nello spazio giuridico europeo*, in *Giurisprudenza italiana*, 2014, p. 1023 ss.

⁴²³ In tal senso si è espressa la Corte di Giustizia nella sua sentenza del 20 aprile 2023 (causa C-291/21). Nello specifico, la Corte è stata chiamata a interpretare l’art. 55 del Regolamento (UE) n. 1215/2012 in relazione alla possibilità di ottenere un’ordinanza europea di sequestro conservativo su conti bancari fondata su un provvedimento giurisdizionale che preveda il pagamento di una penalità per inadempimento futuro senza fissarne sin da subito l’importo. La Corte ha chiarito che l’esecutività richiesta dall’art. 7, par. 2, del Regolamento (UE) n. 655/2014 presuppone, in forza del rinvio operato all’art. 55 del regolamento n. 1215/2012, che la decisione invocata abbia forza esecutiva nello Stato membro d’origine secondo le regole processuali nazionali. In tal senso, l’art. 55 impone un accertamento sulla possibilità concreta che la decisione sia attuabile coattivamente nel suo ordinamento di provenienza. Nel caso esaminato, la decisione posta a fondamento della richiesta di sequestro conservativo si limitava a condannare la parte convenuta al pagamento di una penalità condizionata alla futura violazione di un ordine inibitorio, senza procedere alla liquidazione definitiva della somma dovuta. In assenza di una determinazione attuale e certa del *quantum*, la Corte ha ritenuto che tale provvedimento non possa essere qualificato come ‘esecutivo’ ai sensi dell’art. 55, risultando pertanto inidoneo a fondare un’ordinanza di sequestro conservativo europea senza ulteriore verifica della fondatezza del credito. La pronuncia conferma che, ai fini dell’applicazione automatica della tutela conservativa ex Reg. 655/2014, è necessario che la decisione sia non solo formale e giurisdizionale, ma anche immediatamente suscettibile di esecuzione. Tale condizione che non ricorre quando l’importo è subordinato a eventi futuri e non ancora liquidato da un giudice competente.

prospettando l'instaurazione di un procedimento di cognizione ai fini dell'esecuzione di un provvedimento ex art. 614-*bis* c.p.c.

In particolare, secondo il tribunale della capitale, nonostante l'articolo 614-*bis* del Codice di procedura civile stabilisca che il «provvedimento di condanna del giudice» è titolo esecutivo, il creditore non potrebbe procedere direttamente all'esecuzione, ma dovrebbe preventivamente far accertare l'inadempimento, agendo successivamente in via esecutiva. Infatti, «se la parte onerata non adempie a conformarsi agli ordini di *facere*, al fine di legittimare l'esecuzione forzata, occorre adire nuovamente il giudice della cognizione affinché accerti l'effettiva sopravvenienza degli specifici inadempimenti contemplati dal titolo e la relativa entità».

Naturalmente, un tale provvedimento è stato ampiamente criticato da quella parte della dottrina⁴²⁴ che propende per una applicazione letterale dell'art. 614-*bis* c.p.c., conforme al principio di celerità dei giudizi. Viene, difatti, rilevato come un ulteriore procedimento di cognizione, seppur semplificato, rischierebbe di dilatare eccessivamente i tempi processuali, che invece vengono contenuti a mezzo del procedimento monofasico ex art. 614-*bis* c.p.c. Inoltre, parrebbe che lo stesso Tribunale di Roma disapplichi l'art. 614-*bis* c.p.c., nella parte in cui non riconosce che il provvedimento di condanna al pagamento di una somma di denaro a titolo di *astreinte* costituisca titolo esecutivo.

Per tale motivazione, allora, si preferirebbe, secondo questi Autori, far riferimento alla nozione di condanna in futuro, non presupponendo né l'inadempimento né il suo accertamento⁴²⁵.

Diversamente, a mio parere, potrebbe essere individuata una soluzione alternativa, che sia si ponga in linea di continuità con l'art. 55 del Reg. 1215/2012, sia non sviscisi – come ha fatto invece il tribunale della capitale – il ruolo del titolo esecutivo attribuito al provvedimento di *astreinte*. In particolare, si potrebbe ipotizzare la possibilità del creditore – una volta che abbia ottenuto il provvedimento compulsorio e una volta che il debitore sia risultato inadempiente o in ritardo nell'esecuzione del provvedimento – di rivolgersi nuovamente al giudice della cognizione, chiedendo

⁴²⁴ Specialmente, U. COREA, *Disorientamenti in materia di esecuzione delle misure coercitive indirette ex art. 614 bis c.p.c.: al creditore non basta il titolo esecutivo e l'autoliquidazione nel precetto delle somme dovute ma deve previamente introdurre un giudizio di cognizione per la relativa quantificazione*, in *Judicium*, 2017, p. 1 ss., il quale rileva che «il giudice dimostra di non aver compreso il meccanismo previsto dall'art. 614-*bis* c.p.c., essendo proprio il giudizio di opposizione all'esecuzione, di cui egli era stato investito, deputato ad accertare l'esistenza delle violazioni e a quantificare le somme dovute»; ID., *Sull'astreinte accessoria a provvedimento cautelare*, in *Judicium*, 2017, p. 377 ss.

⁴²⁵ Come dirò al par. 12, personalmente preferisco utilizzare la nozione di 'condanna condizionata', in quanto – come per le *stipulationes* nel diritto romano – la condanna pecuniaria è subordinata al verificarsi dell'inadempimento, condizione sospensiva negativa di produzione degli effetti dell'*astreinte*.

di pronunciare una sentenza di condanna del debitore per le somme maturate per il ritardo e la violazione. In tal modo, allora, il giudice della cognizione liquiderebbe all'interno della sentenza esattamente le somme dovute a titolo di *astreinte*, in modo che si possa procedere – in assoluta conformità della regolamentazione europea – all'esecuzione forzata.

In definitiva, sebbene la dottrina non sia concorde nell'adottare un sistema bifasico o monofasico nella liquidazione dell'*astreinte*, è innegabile che la questione presenti profili di oggettiva problematicità, a tal punto da indurre persino il Tribunale di Roma nella sentenza del 2017 a interpretare l'art. 614-*bis* c.p.c. conformemente agli insegnamenti d'oltralpe, in evidente antitesi rispetto alla sua formulazione letterale.

Ciò conferma, al di là delle differenti posizioni dottrinali, che la sua struttura normativa sia ambigua, non fornendo una specifica e dettagliata disciplina, e poco idonea ad evitare incertezze applicative.

In definitiva, l'analisi condotta mette in luce come l'intera disciplina delineata dall'art. 614-*bis* c.p.c. sia segnata da una strutturale indeterminatezza nella fase di liquidazione dell'*astreinte*, la cui attuazione è rimessa, in assenza di ogni accertamento giudiziale, all'autonoma valutazione del creditore.

Una simile impostazione, pur rispondendo all'esigenza di celerità sottesa al modello monofasico, compromette le garanzie del contraddittorio e si rivela inadeguata a tutelare, soprattutto nell'ipotesi del primo comma, sia il creditore – che non può chiedere, specialmente nell'ipotesi delineata nel primo comma, una revisione o modulazione della misura in base al mutamento delle condizioni – sia, ancor più, il debitore, costretto ad attivarsi tramite le opposizioni in sede esecutiva.

Tale quadro si complica ulteriormente se si considera la dimensione sovranazionale dell'esecuzione forzata, poiché il difetto di una liquidazione giudiziale del *quantum* rende il provvedimento inidoneo a circolare come titolo esecutivo europeo, in violazione dell'art. 55 del Regolamento (UE) n. 1215/2012.

In quest'ottica, emerge con particolare evidenza la fragilità sistemica della norma italiana, la cui formulazione ambigua non consente di ricavare, né in via espressa né per implicito, un percorso giurisprudenziale certo di quantificazione delle somme dovute.

È proprio a fronte di questa lacuna che la ricostruzione alternativa da me proposta — secondo cui il creditore, dopo l'inadempimento, può nuovamente adire il giudice della cognizione per ottenere una

sentenza di condanna alla somma maturata a titolo di *astreinte* — si presenta come una soluzione coerente con l'assetto del diritto interno, rispettosa del ruolo del titolo esecutivo e, al contempo, funzionalmente conforme alla disciplina europea in materia di esecuzione transfrontaliera, mantenendo il sistema della liquidazione dell'*astreinte* monofasico.

Difatti, tale via interpretativa, pur in mancanza di una riforma esplicita, avrebbe il pregio di ridurre il margine d'incertezza operativa e di restituire equilibrio tra le esigenze di effettività della tutela e quelle di legalità e garanzia del processo esecutivo.

9. **Il comma 2 dell'art. 614-bis c.p.c.: la competenza del giudice dell'esecuzione e il rinvio alle disposizioni di cui all'art. 612 c.p.c., in quanto compatibili.**

Il secondo comma dell'art. 614-bis c.p.c., nella sua più recente formulazione, descrive il procedimento compulsorio che viene svolto innanzi al giudice dell'esecuzione, qualora l'*astreinte* non sia stata richiesta nel procedimento di cognizione o laddove il titolo esecutivo sia differente dal provvedimento di condanna.

Riporto il testo del secondo comma dell'articolo al fine di agevolare il lettore nella sua comprensione: «Se non è stata richiesta nel processo di cognizione, ovvero il titolo esecutivo è diverso da un provvedimento di condanna, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza o ritardo nell'esecuzione del provvedimento è determinata dal giudice dell'esecuzione, su ricorso dell'avente diritto, dopo la notificazione del precetto. Il provvedimento perde efficacia in caso di estinzione del processo esecutivo. Si applicano in quanto compatibili le disposizioni di cui all'articolo 612».

In primo luogo, va rilevato come l'estensione della misura coercitiva anche ai titoli esecutivi diversi dal provvedimento giudiziale di condanna, resa possibile dal secondo comma dell'art. 614-bis c.p.c., consenta di ampliare in modo significativo l'ambito applicativo della tutela esecutiva indiretta rispetto a quanto previsto nel primo comma, il quale si riferisce unicamente alle misure comminatorie pronunciate dal giudice della cognizione.

In tale prospettiva, rientrano senz'altro tra i titoli suscettibili di essere assistiti da un'*astreinte*, emessa dal giudice dell'esecuzione, anche:

- a. il verbale di mediazione, che costituisce titolo esecutivo ai sensi dell'art. 12 del d.lgs. n. 28/2010 e che può contenere, in forza dell'art. 11 co. 7 del medesimo decreto, una clausola di natura coercitiva⁴²⁶;
- b. il verbale di conciliazione redatto in corso di causa, il quale, ai sensi dell'art. 185 co. 3 c.p.c., assume efficacia esecutiva;
- c. l'accordo raggiunto in sede di negoziazione assistita, che, a norma dell'art. 5 del d.l. n. 132/2014, rappresenta anch'esso un titolo esecutivo.

⁴²⁶ *Supra*, par. 7, cap. 3.

Infine, alla luce di tale apertura normativa, non paiono sussistere più ostacoli⁴²⁷ alla possibilità di applicare una misura coercitiva indiretta anche al lodo arbitrale, purché munito di decreto di omologazione, che lo rende titolo esecutivo ai sensi dell'art. 825 c.p.c. L'inclusione del lodo tra gli atti destinatari della misura coercitiva appare coerente con la ratio dell'art. 614-*bis* co. 2 c.p.c. che mira ad assicurare l'effettività dell'esecuzione anche al di fuori del perimetro strettamente giudiziale.

Esaminato, così, l'esteso ambito di applicazione dell'art. 614-*bis* co. 2, tenterò adesso di ricostruirne il meccanismo processuale, evidenziando anche le problematiche connesse ad una sua pacifica applicazione.

Il creditore, ove non abbia richiesto al giudice della cognizione di pronunciarsi sull'*astreinte* e sempre che in sede di cognizione non vi sia stato rigetto dell'istanza, nonché nell'ipotesi in cui il titolo esecutivo sia diverso da un provvedimento di condanna, può ricorrere al giudice dell'esecuzione per l'emissione della misura compulsoria.

Si può aggiungere, poi, la fattispecie consistente nell'omessa pronuncia da parte giudice della cognizione, nonostante l'istanza di parte, sulla richiesta di comminatoria ex art. 614-*bis* co. 1 c.p.c. Infatti, benché tale evenienza non sia esplicitamente prevista nella lettera della disposizione novellata, si ritiene⁴²⁸ che il Giudice dell'esecuzione possa essere investito della questione sempre che l'omessa decisione non abbia formato oggetto di impugnazione. La logica seguita del legislatore sembra orientata, invero, ad evitare interferenze fra il giudice della cognizione e dell'esecuzione.

Una questione particolarmente delicata riguarda l'individuazione del giudice dell'esecuzione dinanzi al quale il creditore è legittimato a depositare il ricorso ex art. 614-*bis* co. 2 c.p.c., all'esito della notificazione del precetto.

Tale profilo si intreccia inevitabilmente con il tema, più generale, del rapporto strutturale tra il procedimento compulsorio e l'esecuzione forzata diretta: se, cioè, essi si pongano in una relazione di reciproca autonomia, tale da consentire al creditore di introdurre disgiuntamente l'uno o l'altro, oppure se il primo debba considerarsi funzionalmente subordinato al secondo, al punto da seguirne le sorti, anche sotto il profilo dell'eventuale estinzione.

In particolare, le interpretazioni astrattamente possibili sono due. Secondo un primo modello, il creditore, munito di titolo esecutivo (privo, però, della misura coercitiva emessa dal giudice della

⁴²⁷ *Supra*, par. 7, cap. 3.

⁴²⁸ U. COREA, *L'art. 614-bis c.p.c. nel prisma della tutela giurisdizionale*, cit., par. 5.

cognizione), dovrebbe iniziare l'esecuzione diretta e, in seno a questa, richiedere al giudice dell'esecuzione la misura compulsoria. Secondo un diverso modello, il creditore potrebbe, invece, richiedere autonomamente la misura coercitiva a un 'giudice dell'esecuzione' e, separatamente e in via eventuale, iniziare anche l'esecuzione diretta.

L'analisi del dato normativo non risolve in modo univoco questa apparente ambiguità. Da un lato, infatti, l'art. 614-*bis* co. 2 c.p.c. prevede espressamente che il ricorso possa essere depositato, genericamente, «dopo la notificazione del precetto», ossia in un momento anteriore rispetto all'inizio dell'esecuzione diretta vera e propria (nelle forme dell'art. 605 o 612 c.p.c.).

Tale formulazione sembra aprire alla possibilità che il creditore possa attivare in via autonoma il procedimento per la comminatoria dell'*astreinte* senza poi necessariamente dare impulso alla procedura esecutiva in forma specifica.

Tuttavia, questa lettura, se assunta in termini assoluti, si scontra con un'ulteriore previsione, introdotta dalla riforma del 2024, secondo cui «il provvedimento perde efficacia in caso di estinzione del processo esecutivo». Una simile previsione conferma implicitamente, ma inequivocabilmente la dipendenza funzionale tra i due procedimenti, nella misura in cui l'ordinanza conclusiva del procedimento compulsorio si regge sull'esistenza e prosecuzione del processo esecutivo diretto⁴²⁹.

Sarebbe, infatti, contraddittorio attribuire al creditore la facoltà di attivare il procedimento ex art. 614-*bis* in via del tutto autonoma, per poi assistere alla declaratoria di inefficacia dell'ordinanza, a causa della mancata instaurazione di quella procedura che si assumeva facoltativa.

Pertanto, aderendo a questa impostazione, l'interpretazione secondo cui la misura coercitiva perderebbe efficacia in caso di estinzione del processo esecutivo rischierebbe di ridursi a una formula tautologica, se non addirittura a una endiadi concettuale. Essa finirebbe, in effetti, per affermare che, nel caso di estinzione del «processo esecutivo» – ammesso che tale possa qualificarsi quello iniziato con il ricorso per ottenere l'*astreinte* – la misura coercitiva perderebbe efficacia al pari di qualsiasi altro atto esecutivo ai sensi dell'art. 632 c.p.c.

Un ulteriore argomento a favore della tesi della dipendenza strutturale fra i due procedimenti emerge dalla stessa previsione che, ad emettere la misura, debba essere il «giudice dell'esecuzione». La

⁴²⁹ Sulle incertezze interpretative che ha cagionato l'espressione generica «processo esecutivo», se cioè si riferisca al procedimento esecutivo diretto, al procedimento compulsorio o a quello eventuale di pignoramento, rinvio al paragrafo seguente.

norma richiede che l'istanza sia rivolta non al giudice competente in astratto, ma esattamente al giudice dell'esecuzione, figura che, secondo l'art. 484 co. 2 c.p.c., si individua solo all'atto della formazione del fascicolo d'ufficio.

Ne deriva che, se l'esecuzione forzata diretta non è ancora stata formalmente avviata, non esiste ancora un giudice dell'esecuzione determinato cui poter indirizzare il ricorso. Si aggiunga poi che l'indicazione, contenuta nel precetto, del «giudice competente per l'esecuzione», ex art. 430, comma 3, c.p.c., non mi sembra sufficiente a colmare questa lacuna, giacché tale nozione si riferisce a una competenza meramente astratta e funzionale, distinta dalla piena individuazione organica del giudice procedente.

Alla luce di tali elementi, mi sembra maggiormente coerente⁴³⁰ sul piano sistematico e funzionale ritenere che il ricorso ex art. 614-*bis* co. 2 c.p.c. debba essere non solo successivo alla notificazione

⁴³⁰ Non appare del tutto persuasiva l'interpretazione secondo cui il procedimento ex art. 614-*bis* co. 2 c.p.c. potrebbe validamente essere introdotto immediatamente dopo la notificazione del precetto, e dunque prima dell'effettivo avvio del procedimento esecutivo in forma specifica. Tale lettura, pur trovando un appiglio nel dato letterale della norma – che menziona il deposito del ricorso «dopo la notificazione del precetto» – solleva rilevanti difficoltà sistematiche. Anzitutto, essa implicherebbe che il creditore possa attivare il procedimento per la comminatoria dell'*astreinte* senza necessariamente dar corso all'esecuzione diretta, scegliendo in via autonoma e discrezionale di non promuovere l'azione esecutiva ex art. 605 o 612 c.p.c. Tuttavia, una simile impostazione risulta difficilmente conciliabile con la disposizione – introdotta dalla riforma del 2024 – secondo cui «il provvedimento perde efficacia in caso di estinzione del processo esecutivo». Se ne dovrebbe desumere che, pur in assenza di un obbligo giuridico del creditore di introdurre l'esecuzione diretta, l'ordinanza emessa nel frattempo sarebbe, comunque, destinata a perdere efficacia ove il procedimento esecutivo (non promosso) si estingua. Si verrebbe così a creare un paradosso normativo: da un lato, si riconoscerebbe al creditore la facoltà di limitarsi alla sola fase compulsoria; dall'altro, gli effetti della relativa ordinanza risulterebbero vanificati proprio per l'omessa instaurazione del procedimento che, in teoria, egli non era tenuto a iniziare. In secondo luogo, si pongono delicati problemi in ordine all'individuazione del giudice competente a decidere sulla misura coercitiva. Infatti, l'art. 614-*bis* co. 2 c.p.c. fa espresso riferimento al «giudice dell'esecuzione», figura che si identifica solo a seguito dell'effettiva iscrizione a ruolo del processo esecutivo, con la formazione del fascicolo d'ufficio a norma dell'art. 484 co. 2 c.p.c. Ne deriva che, in assenza di avvio dell'esecuzione diretta, non sarebbe ancora possibile individuare il giudice funzionalmente competente a pronunciarsi sull'*astreinte*, con conseguente incertezza sulla stessa legittimità del ricorso. Non sembra, infine, risolutiva l'eventuale evocazione dell'art. 430 co. 3 c.p.c., come modificato dalla riforma del 2022, il quale impone che il precetto rechi l'indicazione del «giudice competente per l'esecuzione». D'altronde, l'espressione impiegata dal legislatore nel 614-*bis* co. 2 – «giudice dell'esecuzione» – pare riferirsi non a una mera competenza astratta per materia o territorio, bensì alla formale e concreta instaurazione del procedimento esecutivo, da cui discende la costituzione dell'ufficio del giudice dell'esecuzione in senso proprio. Se il legislatore avesse inteso consentire al creditore di rivolgersi al giudice già prima dell'effettiva iscrizione della procedura esecutiva, avrebbe potuto richiamare espressamente il «giudice competente per l'esecuzione», e non invece il «giudice dell'esecuzione», espressione che evoca una fase processuale già formalmente avviata. Alla luce di tali considerazioni, pur non potendosi escludere in modo assoluto la praticabilità di una lettura anticipatoria del ricorso ex art. 614-*bis* co. 2 c.p.c., si deve quantomeno rilevare che essa pone significative criticità di ordine sistematico e funzionale, che sembrano – a mio avviso – deporre a favore della tesi secondo la quale la fase compulsoria debba necessariamente collocarsi all'interno di un processo esecutivo in forma specifica già formalmente instaurato.

del precetto, ma anche temporalmente subordinato all'effettivo avvio dell'esecuzione forzata in forma specifica.

In tal modo, il procedimento compulsorio si configura come un subprocedimento del processo esecutivo, da trattarsi dinanzi al medesimo giudice dell'esecuzione, già formalmente investito del procedimento.

Si salvaguarda, in tal modo, la *ratio* della novella del 2024, che ha voluto evitare il rischio di una dissociazione fra coercizione e tutela esecutiva, riaffermando, invece, l'esigenza di coerenza e unitarietà nella gestione dell'inadempimento.

Pertanto, alla luce delle considerazioni che precedono, il procedimento disciplinato dall'art. 614-*bis* co. 2 c.p.c. appare strutturarsi nel modo seguente: una volta avviata l'esecuzione forzata in forma specifica, il creditore è legittimato a proporre, mediante ricorso, un subprocedimento incidentale dinanzi al medesimo giudice dell'esecuzione, volto a ottenere l'emissione di un'ordinanza coercitiva con cui il debitore venga condannato (in futuro e in via condizionale) al pagamento di una somma di denaro per ogni giorno di ritardo o per ogni violazione nell'adempimento dell'obbligo contenuto nel titolo esecutivo.

Ai fini della procedura compulsoria, inoltre, il legislatore rinvia con riferimento alle modalità esecutive all'art. 612 c.p.c., norma che disciplina l'esecuzione di obbligazioni di *facere* e *non facere* (fungibili).

Tuttavia, tale rinvio deve intendersi operato nei limiti della compatibilità, in quanto nel caso dell'*astreinte* non occorre determinare le modalità esecutive di una obbligazione in forma specifica, né individuare i soggetti tenuti a provvedere all'esecuzione o alla rimozione dell'opera, ma solamente accertare i presupposti per l'emissione della misura esecutiva.

Il giudice dell'esecuzione, in particolare, è chiamato a verificare ex art. 612 c.p.c.: l'esistenza di un titolo esecutivo, anche diverso da un provvedimento di condanna; che non si tratti di obbligazioni pecuniarie e che non riguardi la materia lavoristica; la mancata richiesta della misura coercitiva al giudice della cognizione o il mancato rigetto della richiesta avanzata; la persistenza dell'inadempimento successivamente alla notifica del precetto; l'assenza di manifesta iniquità della misura richiesta; nonché tutti gli altri elementi rilevanti ai fini della determinazione dell'entità dell'*astreinte*.

Questo subprocedimento si conclude con ordinanza, con la quale il giudice dell'esecuzione condanna il debitore al pagamento di una somma di denaro da dover corrispondere per ogni giorno di ritardo o violazione nell'esecuzione del provvedimento. Tale ordinanza costituisce titolo esecutivo per l'eventuale espropriazione forzata delle somme dovute a titolo di *astreinte*, così come determinate dal giudice nell'ordinanza.

Pertanto, qualora il debitore esecutato si renda inadempiente anche all'ordine coercitivo contenuto nell'ordinanza, contro di lui il creditore esecutante potrà avviare procedimento esecutivo, consistente questa volta nell'esecuzione forzata a mezzo di pignoramento ex art. 543 c.p.c. delle somme di denaro dovute a titolo di *astreinte*.

Ai fini del pignoramento, inoltre, la liquidazione dell'*astreinte* è rimessa allo stesso creditore esecutante ed eventuali contestazioni del debitore esecutato possono farsi valere solo in sede di opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c.

Ne deriva che, nell'ipotesi di cui al comma secondo, potrebbero pendere tre diversi procedimenti: il procedimento esecutivo 'principale' per l'esecuzione diretta del titolo esecutivo (ad esempio, un procedimento di consegna o rilascio ex art. 605 c.p.c.); il subprocedimento nelle forme di cui all'art. 612 c.p.c. per l'emissione della misura coercitiva all'interno dell'ordinanza (in realtà, come detto, fase endoprocedimentale rispetto all'esecuzione diretta 'principale'); il procedimento esecutivo, eventualmente azionato 'a valle', per espropriazione forzata delle somme dovute in caso di inadempimento della misura coercitiva.

Si deduce, inoltre, come – nonostante le molteplici sollecitazioni dottrinali – il procedimento di cui all'art. 614-*bis*, anche con riferimento al suo secondo comma, sia rimasto essenzialmente monofasico. È vero, infatti, che ex art. 612 c.p.c. deve essere instaurata, ai fini dell'emissione dell'ordinanza, un'istruttoria con contraddittorio fra le parti. Tuttavia, tale istruttoria non è finalizzata alla liquidazione dell'*astreinte*, ma alla sua comminatoria. Si tratta, essenzialmente, del medesimo accertamento che il giudice della cognizione è tenuto a compiere ai sensi del primo comma dell'art. 614-*bis* c.p.c., precedentemente all'emissione del provvedimento di condanna, recante anche la comminatoria coercitiva.

Pertanto, il procedimento previsto nel secondo comma si figura sempre come monofasico, sebbene traslato nella fase esecutiva, piuttosto che nella cognitiva.

Mi pare, allora, che la scelta di attribuire al giudice dell'esecuzione la competenza nell'irrogare la

misura compulsoria, pur offrendo al creditore una possibilità ulteriore di ottenere la misura nel silenzio del giudice dell'esecuzione, finisce per appesantire un sistema già complesso e poco applicato nella pratica dei tribunali⁴³¹.

Questo risultato sarebbe stato, invece, raggiunto ove il legislatore italiano si fosse conformato al modello francese di *astreinte*, anche semplicemente attribuendo al giudice dell'esecuzione il potere di liquidare la misura compulsoria.

Permangono, così, ambiguità interpretative, disallineamenti rispetto agli *standard* europei e un evidente squilibrio fra efficienza esecutiva e garanzie processuali, che continuano a rendere il sistema compulsorio italiano meno funzionale rispetto al modello francese, cui si ispira. Tali ambiguità vengono, poi, ancor più accentuate dalla complessa formulazione del secondo comma dell'art. 614-*bis* c.p.c., ove – a una prima lettura – è dubbia sia l'identità del giudice competente per l'emanazione dell'ordinanza compulsoria, sia il rapporto in termini di autonomia-dipendenza fra il procedimento compulsorio e l'esecutivo diretto.

In un tale scenario, apparirebbe forse necessario un ripensamento organico dell'istituto, finalizzato ad assicurare contestualmente certezza, flessibilità e tutela effettiva degli interessi delle parti.

9.1. La sorte dell'ordinanza di astreinte in ipotesi di estinzione dell'esecuzione forzata: riflessioni sulla disposizione introdotta nel 2024.

Neppure il D.lgs. n. 164/2024, modificativo del D.lgs. n. 150/2022, è riuscito a risolvere le criticità sovra prospettate, sollevando, anzi, ulteriori interrogativi in dottrina.

Infatti, come anticipato, il legislatore ha inserito nel secondo comma dell'art. 614-*bis* c.p.c., riguardante la misura coercitiva indiretta comminata dal giudice dell'esecuzione, una disposizione di difficile interpretazione: «il provvedimento perde efficacia in caso di estinzione del processo esecutivo».

Tale intervento, tuttavia, se da un lato non ha chiarito gli aspetti più controversi della disposizione, concernenti la liquidazione dell'*astreinte*, la sua revoca e la sua modifica, dall'altro ha certamente

⁴³¹ B. CAPPONI, *Perché in Italia l'astreinte non si ama*, cit., p. 1 ss.

fomentato le incertezze interpretative, specialmente con riguardo ai rapporti fra il procedimento ‘principale’ di esecuzione diretta e il procedimento compulsorio.

D'altronde, come evidenziato nel paragrafo precedente, l'introduzione di tale previsione normativa ha sollevato il dubbio che i due procedimenti non possano essere considerati del tutto autonomi, nel senso che il creditore possa liberamente attivare l'uno senza necessariamente dar corso all'altro. Al contrario, sembrerebbe emergere un rapporto di stretta dipendenza funzionale, il che risulterebbe difficilmente conciliabile con la formulazione che consente il deposito del ricorso per l'*astreinte* dopo la notificazione del precetto e, dunque, in un momento anteriore all'inizio dell'esecuzione forzata diretta.

Si aggiunga, poi, come nell'assoluta complessità della strutturazione della misura compulsoria ex art. 614-bis c.p.c. la dottrina⁴³² abbia rilevato la difficoltà nel comprendere - almeno a prima vista - quale sia il processo esecutivo la cui estinzione determini la perdita di efficacia del provvedimento.

D'altronde, si è già evidenziata nello scorso paragrafo la possibilità della coesistenza – nel contesto della comminatoria di cui al secondo comma – di ben tre procedimenti: il procedimento esecutivo ‘principale’ per l'esecuzione diretta del titolo esecutivo (ad esempio, un procedimento di consegna o rilascio ex art. 605 c.p.c.); il subprocedimento ex art. 614-bis co. 2 e 4; il procedimento esecutivo per espropriazione forzata delle somme dovute a titolo di *astreinte*.

Dunque, la dottrina⁴³³ si è domandata, come si è detto, quale sia il ‘processo esecutivo’ cui la nuova disposizione del secondo comma fa riferimento: il procedimento esecutivo ‘principale’ volto all'esecuzione diretta del titolo esecutivo derivante da provvedimento anche diverso da quello di condanna? Oppure il procedimento esecutivo per espropriazione forzata delle somme dovute a titolo di *astreinte*?

Si aggiunga, poi, che anche il termine «provvedimento» adottato nell'inciso aggiunto dal D.lgs. n. 164/2024 lascia perplessi. Infatti, se il provvedimento cui inizialmente fa riferimento il legislatore nel secondo comma è quello che costituisce il titolo esecutivo ‘principale’ e che può avere natura più o meno condannatoria, nella parte appena riformata con «provvedimento» si fa, invece, riferimento

⁴³² B. CAPPONI, *L'art. 614-bis c.p.c. (versione 2022) e il giudice dell'esecuzione*, in *Foro italiano*, 2024, V, p. 167; ID., *I poteri del giudice dell'esecuzione alla luce del 2 comma dell'art. 614-bis c.p.c. come modificato dal “correttivo” (d.leg. 31 ottobre 2024 n. 164)*, in *Foro Italiano*, 2, 2025, p. 110 ss.; F. LUISO, *Il processo civile, Commentario breve al c.d. 'Correttivo Cartabia' (d.lgs. 31 ottobre 2024, n. 164)*, 2024, p. 162; U. COREA, *L'art. 614-bis c.p.c. nel prisma della tutela giurisdizionale*, cit., par. 5.

⁴³³ *Supra*, nt. n. 432.

all'ordinanza emessa a seguito del procedimento ex art. 612 c.p.c. e 614-*bis* co. 4 c.p.c.

Pertanto, ammettendo che il provvedimento che perde efficacia sia l'ordinanza emessa a seguito di un procedimento ispirato quello dell'art. 612 e che costituisce titolo esecutivo per il successivo ed eventuale procedimento di pignoramento, occorre interrogarsi su quale sia il processo che, una volta estinto, determini tale perdita di efficacia: il processo esecutivo volto all'adempimento in forma specifica o l'eventuale procedimento per pignoramento delle somme dovute a titolo di *astreinte*?

Nonostante la questione sia oggetto di dibattito dottrinale, ritengo che la soluzione non possa essere che la prima. Infatti, il pignoramento costituisce una fase eventuale e successiva. In altri termini, non ha senso sostenere che l'ordinanza che dispone la comminatoria perda efficacia a seguito dell'estinzione di un procedimento esecutivo meramente eventuale e, comunque, con ogni probabilità, successivo all'adempimento dell'obbligazione di *facere* o di *non facere*.

Pertanto, si deve ritenere che con «processo esecutivo» debba farsi riferimento al procedimento basato sul titolo esecutivo 'originale', avente ad oggetto l'esecuzione in forma diretta dell'originario provvedimento (anche non condannatorio).

In effetti, ove il creditore ottenga soddisfazione a seguito della procedura esecutiva diretta – ad esempio, per consegna o rilascio –, avendo conseguito la consegna del bene mobile o il rilascio del bene immobile, viene meno ogni ragione di proseguire nell'azione coercitiva istaurata ex art. 614-*bis* co. 2 e 4, successivamente alla notificazione del precetto.

Il problema si pone, invece, secondo parte della dottrina⁴³⁴, con riferimento alle ipotesi di estinzione del procedimento di esecuzione diretta diverse dalla semplice soddisfazione del creditore e, in particolare, nei casi di inattività delle parti o di rinuncia agli atti esecutivi. Tali ipotesi, infatti, secondo gli Autori, solleverebbero profili di incompatibilità con la natura stessa dell'esecuzione diretta, la cui struttura sarebbe coerente unicamente con una conclusione determinata dall'avvenuto adempimento dell'obbligazione

La possibilità che tali tipologie di estinzione incidano anche sull'efficacia dell'ordinanza compulsoria dipende dalla natura del rapporto che si ritiene intercorra fra la procedura in forma specifica e quella coercitiva. Si ritorna, pertanto, alla necessità di descrivere il rapporto fra la procedura coercitiva e quella diretta in termini di dipendenza o autonomia.

⁴³⁴ *Supra*, nt. n. 432.

Nel primo caso, il creditore è sostanzialmente onerato di promuovere contestualmente sia la procedura esecutiva diretta sia il procedimento volto alla comminatoria della misura coercitiva. In particolare, egli, dopo aver avviato l'esecuzione forzata nelle forme previste dagli artt. 605 o 612 c.p.c. — e, dunque, in un momento successivo alla notificazione del precetto previsto dall'art. 614-*bis* co.2 c.p.c. — dovrà depositare il ricorso per l'*astreinte* dinanzi al medesimo giudice dell'esecuzione.

Come in precedenza evidenziato, sebbene la norma in esame faccia riferimento al deposito del ricorso «dopo la notificazione del precetto», è da ritenersi che tale requisito non sia da solo sufficiente: affinché possa individuarsi il giudice competente a decidere sulla misura coercitiva, è necessario che l'esecuzione forzata sia stata già introdotta. Solamente successivamente alla presentazione del fascicolo di ufficio da parte del cancelliere, infatti, viene individuato il giudice dell'esecuzione competente ai sensi dell'art. 484 co. 2 c.p.c.

Ne deriva che l'esecuzione diretta deve essere effettivamente avviata, affinché possa dirsi integrato il presupposto processuale per la proposizione del ricorso volto alla comminatoria dell'*astreinte*. In altri termini, il giudice competente ad adottare la misura coercitiva ai sensi dell'art. 614-*bis* co. 2 c.p.c. coincide con il giudice dell'esecuzione diretta, la cui individuazione richiede, quale condizione necessaria, l'instaurazione della relativa procedura.

Ne discende, pertanto, che il procedimento ex art. 614-*bis* c.p.c. non possa — a mio parere — svolgersi autonomamente, in assenza dell'instaurazione della procedura esecutiva in forma specifica cui esso si correla funzionalmente.

Ammettendo una così stretta interdipendenza fra la procedura esecutiva in forma specifica e la coercitiva, si comprenderebbe anche la scelta legislativa di prevedere come ogni forma di estinzione del procedimento esecutivo in forma specifica (e non solo tramite soddisfazione del creditore) determini la perdita di efficacia dell'ordinanza coercitiva.

Diversamente opinando — ma si tratta di una tesi che, sulla base del portato letterale della nuova legge, non può essere condivisa —, ove si voglia propendere per una maggiore autonomia fra i due procedimenti, ritenendo che la parte attrice possa avviare il procedimento coercitivo indiretto ma non anche quello esecutivo in forma specifica, bisognerebbe concludere che l'estinzione del procedimento esecutivo in forma specifica conseguente a volontà delle parti (che lo non proseguano o non riassumano nei termini perentori stabiliti dalla legge o che, in ogni caso, rinuncino agli atti) non

avrebbe conseguenze sull'ordinanza compulsoria, che rimarrebbe perfettamente valida ed efficace.

Pertanto, si dovrebbe propendere – come dimostrato nel par. 10 – per la tesi che riconosce la stretta dipendenza fra la procedura esecutiva in forma specifica e quella coercitiva. In tal modo, allora, si ammetterebbe che l'estinzione del processo di esecuzione diretta comporti sempre e comunque – prescindendosi dalla sua causa, sia essa rinuncia o inattività – la perdita di efficacia dell'ordinanza compulsoria.

Una simile conclusione, d'altronde, – pur sollevando rilevanti perplessità sul piano sistematico e funzionale dell'istituto – pare al momento la più aderente alla formulazione letterale della norma, alla luce della novella del 2024, sebbene debba spostarsi il momento di deposito del ricorso ex art. 614-*bis* co. 2 in un momento successivo all'inizio della procedura esecutiva diretta.

In ogni caso, proprio alla luce delle ambiguità interpretative che permangono, si auspica un intervento chiarificatore della Supremo Consesso o del legislatore, volto a delineare con certezza il rapporto fra i due procedimenti e a garantire coerenza e prevedibilità nell'applicazione delle misure coercitive indirette.

9.2. Possibili strumenti di contestazione esperibili dal debitore nell'ipotesi di cui all'art. 614-*bis* co. 2 c.p.c.: il regime delle opposizioni.

L'ordinanza con cui il giudice dell'esecuzione dispone, ai sensi dell'art. 614-*bis* co. 2 c.p.c., la misura di coercizione indiretta solleva importanti questioni in merito alla tutela giurisdizionale del debitore che intenda contestare la concreta sussistenza dei presupposti per la comminatoria della misura.

Infatti, una tale ordinanza incide significativamente sulla sfera patrimoniale del debitore, generando effetti afflittivi potenzialmente sproporzionati, in assenza di un effettivo riscontro dell'inadempimento o in assenza dei presupposti di legge per l'emissione della misura.

Tuttavia, diversamente da quanto previsto per la comminatoria disposta in sede di cognizione ex art. 614-*bis* co. 1 — che assume la forma di sentenza ed è, dunque, appellabile —, l'ordinanza del giudice dell'esecuzione è, in linea generale, non impugnabile nei modi ordinari. Da ciò deriva la necessità di individuare un rimedio idoneo a garantire il diritto di difesa del debitore esecutato, in coerenza con gli artt. 24 e 111 Cost.

Pertanto, occorre individuare uno strumento di contestazione esperibile dal debitore, domandandosi se esso possa consistere nell'opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c. o nell'opposizione agli atti esecutivi ex art. 617 c.p.c.

Certamente, ove si tratti di opposizioni fondate meramente sul titolo e finalizzate a contestare lo stesso diritto a procedere ad esecuzione forzata (*an*), la tutela riconosciuta al debitore deve essere necessariamente quella individuata all'art. 615 c.p.c. Si pensi, a titolo di esempio, alla mancata esistenza di un titolo esecutivo, ove il provvedimento sulla cui scorta si intende procedere con l'*astreinte* sia un provvedimento cautelare con carattere anticipatorio, sottoponibile ad attuazione ex art. 669-*duodecies*, ma non anche ad esecuzione vera e propria. Ancora, si pensi a una sentenza di mero accertamento, priva di qualsivoglia contenuto precettivo, che non possa sostenere in alcun modo – mancando il requisito del titolo esecutivo (neppure implicito) – l'esecuzione forzata⁴³⁵.

Ancora, le opposizioni volte ad accertare la regolarità formale del titolo esecutivo vanno proposte ai sensi dell'art. 617 co. 1 c.p.c. Si pensi, quindi, all'ipotesi di notificazione del precetto non preceduta dalla notificazione del titolo esecutivo oppure alla notificazione della sentenza esecutiva priva dell'attestazione di conformità.

Più complesso, invece, risulta individuare, in assenza di una precisa previsione normativa, il mezzo di contestazione dell'ordinanza emessa dal giudice dell'esecuzione ex art. 614-*bis* co. 2 e 4 c.p.c.

In particolare, la questione si pone non soltanto nell'ipotesi in cui il debitore abbia adempiuto — o l'obbligazione si sia comunque estinta per altra causa, si pensi all'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile al debitore — anteriormente all'adozione dell'ordinanza, né soltanto nel caso in cui l'obbligazione di *facere* infungibile si estingua per la morte del debitore, ma anche quando il giudice dell'esecuzione abbia disposto la misura coercitiva in difetto dei presupposti imprescindibili richiesti dalla legge per l'applicazione dell'art. 614-*bis* c.p.c.

Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui il giudice abbia emesso la misura compulsoria sebbene l'obbligazione verta sulla materia lavoristica o quando abbia ad oggetto somme di denaro. Ancora, si pensi al caso in cui la stessa *astreinte* emessa dal giudice dell'esecuzione sia inficiata da manifesta iniquità o il giudice non abbia correttamente tenuto conto delle modalità di determinazione della misura ai sensi dell'art. 614-*bis* co. 3 c.p.c.

⁴³⁵Cass. n. 7369/2009; Cass. n. 4007/2018 ove si legge che le sentenze di condanna sono «le uniche idonee, per loro natura, a costituire titolo esecutivo, postulando il concetto stesso di esecuzione un'esigenza di adeguamento della realtà al "*decisum*" che, evidentemente, manca sia nelle pronunce di natura costitutiva che in quelle di accertamento».

Inoltre, va ricordato che, secondo la formulazione del novellato art. 614-*bis* co. 2 c.p.c. — così come modificato dal Correttivo del 2024 —, in ragione della stretta connessione funzionale tra il procedimento volto alla comminatoria della misura coercitiva e quello relativo all'esecuzione diretta, entrambi dinanzi al medesimo giudice dell'esecuzione, il ricorso per la richiesta dell'*astreinte* deve essere necessariamente depositato solo successivamente all'inizio dell'esecuzione forzata diretta. In tale prospettiva, assume rilievo problematico l'eventualità in cui l'ordinanza adottata ai sensi dei commi 2 e 4 dell'art. 614-*bis* c.p.c. venga emessa *ante tempus*, ossia prima dell'avvio effettivo della procedura esecutiva diretta, in violazione del necessario presupposto processuale previsto dalla norma. Si tratta dell'ipotesi in cui il creditore, ritenendo autonomi i due procedimenti, quello volto all'emissione della misura coercitiva e quello di esecuzione diretta, abbia depositato il ricorso ex art. 614-*bis* co. 2 c.p.c. ben prima dell'inizio dell'esecuzione diretta e il 'giudice competente per l'esecuzione' abbia, sempre prima dell'inizio della stessa, emesso l'ordinanza compulsoria.

Ancora, può essere ipotizzata una fattispecie nella quale l'istanza di *astreinte* sia stata proposta al giudice della cognizione che l'abbia rigettata e successivamente venga riproposta al giudice dell'esecuzione che l'abbia, invece, concessa.

In tutte le suddette ipotesi, emerge, dunque, l'esigenza di individuare un rimedio processuale idoneo a garantire la tutela del debitore esecutato, pur in assenza di una previsione normativa espressa in ordine alla contestazione dell'ordinanza in esame.

Tale esigenza di tutela trova, a ben vedere, una possibile risposta nell'opposizione agli atti esecutivi di cui all'art. 617 co. 2 c.p.c., da ritenersi — a mio parere — esperibile, ad esecuzione già avviata, anche nei confronti dell'ordinanza emessa dal giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 614-*bis* co. 2 e 4 c.p.c.

Si tratta, infatti, di un atto esecutivo a tutti gli effetti, la cui natura decisoria e gli effetti afflittivi imposti al debitore impongono un vaglio di legittimità e congruità, non solo sotto il profilo formale, ma anche sotto quello sostanziale.

Occorre tener presente come, in assenza di uno specifico rimedio *ad hoc*, l'opposizione agli atti si configuri, in linea con l'elaborazione dottrinale⁴³⁶, come rimedio di chiusura del sistema esecutivo,

⁴³⁶ Specialmente, B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, Torino, 2020, pp. 433 ss., 464 ss., secondo il quale « La definizione dell'istituto, muovendo dalle disposizioni del codice, dev'essere integrata con ampi riferimenti al «diritto vivente», perché l'opposizione agli atti esecutivi è stata oggetto di un lento ma inarrestabile processo di adeguamento alle esigenze di tutela interne all'esecuzione, che ne ha profondamente modificato la natura e la funzione rispetto alla originaria costruzione del legislatore fino a farne il vero *rimedio di chiusura*, sperimentabile in assenza di

esperibile in tutte le ipotesi in cui vi sia un atto del giudice dell'esecuzione che incida unilateralmente sulla posizione giuridica del debitore senza adeguate garanzie procedurali.

La dottrina più autorevole ha, in tal senso, evidenziato come l'opposizione agli atti abbia progressivamente ampliato la propria portata, superando l'originaria funzione di rimedio per soli vizi formali, fino a divenire uno strumento idoneo a censurare l'ingiustizia sostanziale degli atti dell'esecuzione, ove manchi un rimedio specificamente previsto.

L'evoluzione della giurisprudenza e della prassi applicativa ha, d'altronde, condotto a una progressiva estensione dell'ambito operativo dell'art. 617 c.p.c., ben oltre i limiti originari che lo relegavano alla denuncia di vizi formali del procedimento esecutivo (*quomodo*).

La riforma del 2006 ha poi definitivamente chiarito come tale rimedio possa essere utilizzato anche per far valere vizi di merito (*an*), come esemplificato dalla fase distributiva di cui all'art. 512 c.p.c., in cui si consente di contestare la sussistenza dei crediti e dei diritti di prelazione mediante ordinanza impugnabile ex art. 617, o dalla dichiarazione del terzo ex art. 549 c.p.c., ove la verifica dell'obbligo del terzo investe questioni sostanziali (sussistenza del credito, entità della somma, possesso di beni). Anche in tali ipotesi, infatti, l'opposizione agli atti assume una funzione sostanziale e non meramente formale.

Questo inquadramento risulta pienamente applicabile anche all'ipotesi in esame, in cui il giudice dell'esecuzione, disponendo la misura coercitiva in difetto dei presupposti di legge pronuncia un provvedimento che incide illegittimamente sulla sfera giuridica del debitore.

Pertanto, la stessa struttura 'leggera' del procedimento ex art. 617 c.p.c. ne favorisce l'impiego anche in queste ipotesi, in cui si tratta di sottoporre al giudice un controllo non solo sul *quomodo* dell'ordinanza, ma sull'*an* della stessa.

uno strumento *ad hoc*. Ogni questione che non fosse deducibile mediante le opposizioni «tipiche», è risultata denunziabile con l'opposizione formale. Il processo è stato completato da recenti interventi del legislatore e della giurisprudenza, che hanno fatto dell'opposizione agli atti il solo rimedio sperimentabile in tema di contestazione dei crediti, di accertamento dell'obbligo del terzo nell'espropriazione presso terzi, di reazione avverso l'estinzione atipica (o *improcedibilità* dell'esecuzione)». Sul punto, anche F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile*, Roma, 1942, p. 671; R. VACCARELLA, *Titolo esecutivo, precetto, opposizione*, Torino, 1983, p. 276; R. ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, Napoli, 1987; F. RUSSO, *La sospensione del processo esecutivo*, Roma, 2012, p. 54 ss.; A.M. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Padova, 2019, p. 2299.

In tal senso, la giurisprudenza⁴³⁷ ha riconosciuto costantemente l'utilizzabilità dell'art. 617 c.p.c. per censurare l'inopportunità o l'incongruenza degli atti esecutivi, delineando un'interpretazione che valorizza le esigenze di effettività della tutela e rafforza la natura residuale dell'opposizione in parola.

Tale rimedio diventa, dunque, indispensabile proprio nei casi, come quello in esame, in cui il giudice dell'esecuzione abbia ignorato le contestazioni del debitore sulla sussistenza dell'inadempimento. Una tale contestazione, se correttamente valutata, avrebbe potuto condurre a un rigetto della richiesta di *astreinte*. Infatti, in virtù del rimando operato dal secondo comma dell'art. 614-*bis* c.p.c. all'art. 612 c.p.c., è necessario che il giudice dell'esecuzione – al fine di valutare la possibilità di comminare l'*astreinte* – disponga la comparazione delle parti. È esattamente in un tale contesto che il debitore-esecutato potrebbe contestare la debenza dell'*astreinte*, facendo valere, per esempio, l'avvenuto adempimento o, ancora, la mancanza dei presupposti processuali richiesti per la sua concessione. Laddove, però, il giudice non ne tenga conto e commini ugualmente l'*astreinte*, il debitore potrebbe nuovamente far valere la propria situazione debitoria attraverso l'opposizione agli atti esecutivi ex art. 617 co. 2 c.p.c.

La dottrina⁴³⁸ rileva che l'applicazione dell'opposizione agli atti esecutivi ex art. 617 c.p.c. quale 'norma di chiusura dell'ordinamento' incontra due ordini di limiti: da un lato, la presenza di una diversa forma di opposizione espressamente prevista per contestare quello specifico atto dell'esecuzione; dall'altro lato, l'esistenza di una previsione normativa che dichiari espressamente inoppugnabile il provvedimento del giudice dell'esecuzione (come avviene, ad esempio, per l'ordinanza ex art. 593 co. 3 in tema di amministrazione giudiziaria o per il provvedimento di sostituzione del custode ex artt. 66 e 599 c.p.c.).

Tuttavia, nessuno di questi limiti opera nell'ipotesi dell'ordinanza con cui il giudice dell'esecuzione commina la misura coercitiva ex art. 614-*bis* co. 2 c.p.c. Infatti, non solo manca una disciplina speciale di impugnazione — il che esclude la concorrenza di un rimedio alternativo come l'opposizione ex art. 615 c.p.c. —, ma soprattutto non vi è alcuna previsione normativa che ne sancisca l'inoppugnabilità. Al contrario, l'atto incide in modo diretto e immediato sulla sfera giuridico-patrimoniale del debitore, con effetti afflittivi che presuppongono un accertamento (quantomeno implicito) dell'inadempimento e la sussistenza dei presupposti di legge per la sua comminatoria.

⁴³⁷ Cass. 26 luglio 1967, n. 1981; Cass. 28 maggio 1992, n. 6442; Cass. 11 febbraio 1999, n. 1150; Cass. 19 agosto 2003, n. 12120.

⁴³⁸ B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, Torino, 2020, pp. 433 ss., 464 ss.

Proprio per tale ragione, l'opposizione ex art. 617 co. 2 rappresenta in questo caso l'unico rimedio esperibile per censurare l'illegittimità dell'ordinanza, tanto sotto il profilo formale quanto sotto quello sostanziale, in coerenza con la funzione di norma di chiusura che la dottrina più autorevole ha ormai stabilmente riconosciuto a tale disposizione.

In conclusione, l'ordinanza ex art. 614-*bis* co. 2 si configura come una delle ipotesi in cui, secondo le regole generali, l'opposizione agli atti esecutivi ex art. 617 co. 2 c.p.c. è esperibile anche per censurare il merito del provvedimento, purché non sia disponibile altro rimedio tipico.

9.3. Un'ipotesi ulteriore di tutela del debitore: è esperibile l'azione di ripetizione dell'indebito ex art. 2033 c.c. in caso di mancata opposizione o di rigetto/inammissibilità della stessa?

Rimane da interrogarsi se, al di là dei rimedi oppositivi ordinariamente previsti ed esaminati nel paragrafo precedente, possa residuare in capo al debitore una forma di tutela suppletiva, fondata sull'esperibilità di un giudizio ordinario di cognizione volto alla ripetizione dell'indebito, ai sensi dell'art. 2033 c.c.

La questione si pone, in particolare, in relazione ai casi in cui il debitore non abbia esperito tempestivamente l'opposizione ex artt. 615 e 617 c.p.c. o, se esperita, sia stata rigettata nel merito o dichiarata inammissibile nel rito e successivamente contesti la legittimità dell'ordinanza di *astreinte* emessa dal giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 614-*bis* co. 2 c.p.c., chiedendo la ripetizione delle somme versate in esecuzione della stessa.

L'analisi della questione, se sia possibile agire per la ripetizione dell'indebito, richiede una distinzione tra tre ipotesi.

In primis, si fa riferimento all'evenienza nella quale il debitore abbia effettivamente proposto opposizione e questa sia stata rigettata nel merito.

In tal caso, la sentenza di rigetto sarebbe idonea al giudicato formale e sostanziale, sicché esauriti i mezzi di impugnazione, farebbe stato fra le parti, i loro eredi e aventi causa, ai sensi dell'art. 2909 c.c.

Conseguentemente, non appare possibile per il debitore instaurare un nuovo giudizio ordinario volto alla ripetizione dell'indebitito, in quanto ciò implicherebbe una inammissibile rimessione in discussione di un assetto giuridico ormai definitivo. La stabilità prodotta dal giudicato sostanziale osterebbe, infatti, a qualsivoglia riesame della legittimità della misura coercitiva, dedotta o deducibile in sede di opposizione.

Particolarmente complessa è, invece, l'ipotesi in cui il debitore non abbia proposto alcuna opposizione contro l'ordinanza con cui il giudice dell'esecuzione ha disposto l'*astreinte*.

Sul punto, alla luce dell'elaborazione giurisprudenziale più recente in tema di esecuzione forzata e azione di ripetizione dell'indebitito⁴³⁹, appare interessante interrogarsi se taluni principi affermati dalla Corte di Cassazione, in tema di stabilità dei provvedimenti del giudice dell'esecuzione, siano applicabili anche all'ordinanza con cui il giudice dell'esecuzione dispone l'*astreinte* ai sensi dell'art. 614-*bis* co. 2 c.p.c.

L'ipotesi che si intende analizzare è quella in cui l'ordinanza del giudice dell'esecuzione abbia disposto una misura coercitiva con efficacia subordinata al decorso di un determinato termine, decorso il quale la misura diviene suscettibile di esecuzione ai sensi dell'art. 487 c.p.c. e, dunque, non più modificabile⁴⁴⁰.

In tale contesto, se il debitore non propone opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c. (o eventualmente ex art. 617 co. 2 c.p.c., qualora la misura comminata con l'ordinanza, ad esempio, abbia ad oggetto una obbligazione pecuniaria o riguardi la materia lavoristica), l'ordinanza acquisisce – secondo quanto stabilito dalla Suprema Corte⁴⁴¹ – una stabilità sostanziale che, pur non traducendosi in un giudicato formale, ne rende assimilabile la forza sul piano esecutivo e ne cristallizza gli effetti. Tale tendenziale definitività troverebbe il suo fondamento nella circostanza secondo la quale il procedimento esecutivo sia compiutamente garantito al suo interno: le parti hanno avuto l'opportunità di sollevare opposizioni, al punto che la mancata attivazione di tali rimedi integra un comportamento acquiescente che impedisce successive pretese di revisione.

⁴³⁹ Cass. n. 20994/2018; Cass. n. 15963/2021; Cass. n. 23283/2024.

⁴⁴⁰ *Supra*, par. 9, cap. III.

⁴⁴¹ Sul punto, specialmente, Cass. n. 20994/2018, secondo la quale «In tema di esecuzione forzata, il provvedimento che chiude il procedimento esecutivo, pur non avendo, per la mancanza di contenuto decisorio, efficacia di giudicato, è, tuttavia, caratterizzato da una definitività insita nella chiusura di un procedimento esplicito col rispetto delle forme atte a salvaguardare gli interessi delle parti ed incompatibile con qualsiasi sua revocabilità, in presenza di un sistema di garanzie di legalità per la soluzione di eventuali contrasti, all'interno del processo esecutivo».

In tale prospettiva, mi pare preferibile l'orientamento, espresso dalla Corte di Cassazione nelle sentenze n. 23283/2024 e n. 20994/2018, secondo cui l'azione di ripetizione dell'indebitto non è esperibile dal debitore che abbia versato spontaneamente l'importo richiesto in esecuzione dell'*astreinte*, se non ha previamente contestato il diritto di procedere all'esecuzione mediante tempestiva opposizione. Il fondamento di tale preclusione risiede nel principio di stabilità della procedura esecutiva e nella chiusura del circuito delle garanzie, che devono essere attivate nel corso del processo esecutivo attraverso i rimedi endoprocedimentali previsti dal codice di rito.

Diversamente, l'orientamento espresso da Cass. n. 15963/2021, secondo cui la ripetizione sarebbe comunque esperibile anche in assenza di opposizione, è difficilmente conciliabile con la natura coercitiva e autoritativa dell'ordinanza esecutiva ex art. 614-*bis* co. 2 c.p.c. Accogliere questa impostazione significherebbe disconoscere il carattere tendenzialmente definitivo dell'atto esecutivo una volta che sia divenuto efficace ed eseguibile, compromettendo la certezza dei rapporti derivanti dall'esecuzione e la coerenza sistematica delle tutele offerte all'interno del procedimento esecutivo.

Per tali ragioni, si ritiene più coerente sul piano sistematico e garantista l'esclusione dell'azione di ripetizione in mancanza di opposizione, anche con riferimento all'*astreinte* disposta ai sensi dell'art. 614-*bis* co.2 c.p.c., una volta che quest'ultima abbia prodotto i propri effetti esecutivi in seguito al decorso del termine indicato nell'ordinanza.

L'ultima ipotesi riguarda il caso in cui il debitore abbia proposto opposizione, ma questa sia stata dichiarata inammissibile per motivi di rito.

La sentenza che dichiara l'inammissibilità è, come ogni pronuncia di rito, priva di efficacia di giudicato sostanziale⁴⁴².

Difatti, le sentenze che si limitano a decidere su profili processuali non producono giudicato sostanziale perché non contengono alcun accertamento sul diritto sostanziale dedotto in giudizio⁴⁴³.

⁴⁴² *Ex plurimis*, Cass. civ., ord. 19 maggio 2021, n. 13603, «La pronuncia “in rito” dà luogo soltanto al giudicato formale, con la conseguenza che essa produce effetto limitato al solo rapporto processuale nel cui ambito è emanata e, pertanto, non è idonea a produrre gli effetti del giudicato in senso sostanziale».

⁴⁴³ Sul punto, specialmente, G. MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, vol. 1, *Disposizioni generali. I processi di congizione di primo grado. Le impugnazioni*, Milano, 2023, p. 511 ss. Si citano, senza pretesa di completezza, anche E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. II, Milano, 1974, pp. 288-290; L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., p. 243-246; A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, vol. I, *Parte generale*, Padova, 1999, p. 423 ss.; C. MANDRIOLI, A. CARATTA, *Diritto processuale civile*, vol. I, *Disposizioni generali*, Torino, 2015, p. 11 ss.

L'oggetto della pronuncia, in tali casi, è costituito unicamente dalla regolarità del processo o dalla validità dell'azione introduttiva, senza che il giudice si pronunci sulla fondatezza della pretesa. Proprio in ragione di questa assenza di decisione sul merito, tali sentenze non sono idonee a determinare effetti preclusivi in giudizi successivi, anche se instaurati tra le medesime parti e aventi ad oggetto lo stesso diritto.

La funzione della sentenza di rito è strettamente interna al processo in cui viene resa: essa si limita a concludere quel determinato procedimento sulla base di una valutazione preliminare o accessoria, senza incidere in alcun modo sul rapporto sostanziale sottostante. L'effetto che si produce è esclusivamente quello previsto dall'art. 324 c.p.c., cioè il giudicato formale, inteso come l'irrevocabilità della decisione in quanto non più suscettibile di impugnazione.

Tuttavia, proprio perché il giudice non si è pronunciato sul merito, la sentenza non vincola le parti né il giudice in un successivo processo in cui il medesimo diritto venga nuovamente fatto valere. Non si determina, in altri termini, alcuna stabilizzazione del rapporto sostanziale controverso.

Al contrario, affinché una sentenza possa produrre giudicato sostanziale ai sensi dell'art. 2909 c.c., è necessario che essa contenga un accertamento effettivo del diritto fatto valere in giudizio e che tale accertamento si sia consolidato attraverso il passaggio in giudicato. Solo in presenza di una pronuncia sul merito si realizza quella forza preclusiva che impedisce alle parti di sottoporre nuovamente al giudice la medesima questione.

Pertanto, la sentenza di rito con cui il giudice dichiara inammissibile l'opposizione esaurisce il potere di impugnazione ex art. 324 c.p.c., ma non preclude la successiva instaurazione di un giudizio di cognizione, quanto meno sul piano teorico.

Tuttavia, anche in questa ipotesi, l'ordinanza del giudice dell'esecuzione che dispone la misura coercitiva, una volta divenuta eseguibile, acquista un'efficacia tendenzialmente stabile e difficilmente rimovibile, esattamente come affermato poc'anzi con riguardo all'ipotesi di mancata opposizione.

Pertanto, sebbene non sussista un vero e proprio giudicato sostanziale, l'effetto cristallizzante dell'esecuzione già intrapresa rende preferibile estendere a tale ipotesi le medesime conclusioni elaborate con riferimento alla mancata opposizione.

Quindi, anche in caso di inammissibilità dell'opposizione per ragioni di rito, non sembrerebbe ammissibile la proposizione di un'azione restitutoria ex art. 2033 c.c., una volta che l'ordinanza abbia prodotto i propri effetti esecutivi.

In definitiva, appare coerente sul piano sistematico e garantista ritenere che, una volta che l'ordinanza di *astreinte* abbia acquisito efficacia esecutiva e non sia stata proposta opposizione, sia preclusa al debitore ogni successiva azione restitutoria.

Tale conclusione si impone non solo in presenza di un rigetto nel merito dell'opposizione, ma anche nei casi di mancata opposizione o di declaratoria di inammissibilità per ragioni di rito, attesa la stabilità che l'atto coercitivo assume nella fase esecutiva.

Accogliere una diversa ricostruzione potrebbe compromettere l'effettività della tutela esecutiva e la coerenza del sistema delle garanzie processuali previste dal legislatore.

10. Rapporto fra clausola penale e misura di coazione indiretta ex 614-bis c.p.c.: condividono la medesima natura giuridica?

Conclusa l'analisi concernente l'origine e l'evoluzione normativa della misura compulsoria di cui all'art. 614-*bis* c.p.c., unitamente alle difficoltà interpretative che essa ha suscitato in dottrina, è opportuno domandarsi quale sia la sua natura giuridica.

La questione principale è se tale misura, analogamente alla clausola penale ex art. 1382 c.c., possa essere qualificata come una sanzione, volta a condannare il comportamento inadempiente del debitore.

Sicuramente, come evidenziato nei capitoli precedenti, la clausola penale ha rappresentato il modello storico di riferimento per l'elaborazione delle misure compulsorie civili⁴⁴⁴, nate dall'esigenza di ovviare all'impossibilità di eseguire in forma specifica una obbligazione di *facere*, in quanto '*nemo ad factum cogi potest*'. Occorre rilevare nuovamente, infatti, come il noto brocardo sia sorto dall'opera dei Glossatori e dei Commentatori, che nel ripercorrere ed esaminare i passi del Digesto, individuarono – grazie alla previsione di una *stipulatio poenae* all'interno del contratto – la possibilità di una soddisfazione mediata e indiretta del creditore tramite l'esecuzione per equivalente pecuniario.

Non vi è dubbio, allora, che l'origine storica della misura compulsoria trovi almeno una sua fonte d'ispirazione storica nella clausola penale; tuttavia, occorre domandarsi se i due istituti condividano o meno la medesima natura giuridica. Se, cioè, esse assumano al contempo natura sia coercitiva che sanzionatoria.

Certamente, l'indagine della natura dei due istituti non può essere condotta sul medesimo piano. Infatti, la misura coercitiva di cui all'art. 614-*bis* c.p.c. ha natura processuale, mentre la clausola penale esclusivamente sostanziale. Quindi, mentre la clausola penale è funzionale all'adempimento dell'originaria obbligazione cui le parti si erano vincolate all'interno del contratto, la misura coercitiva di cui all'art. 614-*bis* c.p.c. presuppone il già avvenuto inadempimento dell'originaria obbligazione non pecuniaria e si propone di indurre, in via coattiva, il debitore soccombente allo spontaneo adempimento del *dictum* giudiziale.

In altri termini, se con la clausola penale le parti convengono il pagamento di una somma di denaro in caso di inadempimento dell'originaria prestazione dedotta in obbligazione, nel contesto dell'art.

⁴⁴⁴ M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954, p. 153; E. MOSCATI, *Fonti legali e fonti 'private' delle obbligazioni*, Padova, 1999, pp. 357 e 361 ss.

614-*bis* c.p.c. tale inadempimento costituisce un mero presupposto, essendo la coazione rivolta all'osservanza del provvedimento giudiziale (o stragiudiziale). Se, dunque, la clausola penale è da collocarsi sul piano sostanziale, riferendosi all'inadempimento della prima obbligazione cui le parti si erano vincolate, l'ambito di applicazione della misura di cui all'art. 614-*bis* c.p.c. è prettamente processuale, in quanto funzionale all'ottemperanza dell'*obligatio ex causa iudicati*.

Si aggiunga, inoltre, che le funzioni della clausola penale e della misura di cui all'art. 614-*bis* c.p.c. solo in parte coincidono. Infatti, la clausola penale ha quale fine principale la preventiva forfettizzazione del valore del danno, ingenerando un significativo alleggerimento dell'onere probatorio incombente sull'attore. Diversamente, la funzione coercitiva è in essa – come chiarito dalla Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice civile del 1942⁴⁴⁵ – prettamente incidentale e secondaria.

Quindi, certamente la clausola penale determina l'induzione coattiva all'adempimento spontaneo, ma un tale effetto è solamente secondario, costituendo una ovvia e naturale conseguenza della predeterminazione negoziale del valore dell'inadempimento.

Si tratta, d'altronde, delle medesime conclusioni cui sono pervenuta nel primo capitolo di questo elaborato, ove per definire la *stipulatio poenae* ho utilizzato la dizione 'misura coercitiva in senso lato', in quanto non precipuamente volta ad indurre il debitore all'adempimento spontaneo, ma che – nella pratica – produceva un tale effetto persuasivo e deflattivo. Si trattava (e si tratta), in altri termini, di un abile *escamotage* utilizzabile dal creditore per spronare il debitore allo spontaneo adempimento, senza che la clausola penale assuma precipuamente un tale scopo primario.

La questione si complica ulteriormente quando si considera la possibile natura sanzionatoria della misura ex art. 614-*bis* c.p.c. Se la clausola penale costituisce, infatti, una sanzione, più controversa è la possibilità di attribuire tale qualificazione alla misura di coazione indiretta.

Sono due le tesi che vengono in considerazione sul punto. La prima, in particolare, nega la natura sanzionatoria dell'art. 614-*bis* c.p.c., la seconda – confermata dal parere dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sent. n. 15/2014) – la afferma.

⁴⁴⁵ D. GRANDI, *Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile*, in *Gazzetta Ufficiale* n. 79, 4 aprile 1942, Supplemento Ordinario, p. 632: «Il valore giuridico dato alla clausola penale dall'art. 1382 del c.c. è quello di limitare il danno, salvo che le parti non ne abbiano convenuto il risarcimento integrale. Nell'art. 1382 non si allude alla funzione coercitiva che alla clausola assegnava l'art. 1209 cod. civ. del 1865, perciò tale funzione è solo indirettamente esercitata dalla penale, mentre direttamente la coazione all'adempimento viene dall'obbligo di risarcire il danno, di cui la clausola agevola l'esecuzione: la agevola evitando la prova del danno (art. 1382, secondo comma).»

In particolare, viene evidenziato dai sostenitori della tesi negativa⁴⁴⁶ che la funzione principale della comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c. vada ravvisata «nel perseguimento del tasso più alto possibile di effettività dei provvedimenti di condanna» e, pertanto, «la natura della misura compulsoria di carattere pecuniario è quella di mezzo di tutela preordinata al rafforzamento dell'attitudine del provvedimento di condanna ad imporsi sul suo destinatario». Ne deriverebbe, allora, la funzione esclusivamente coercitiva e non anche sanzionatoria della misura.

Ciò sarebbe, poi, secondo questa dottrina, ulteriormente giustificato dalla natura 'oggettiva' della responsabilità richiesta per la concessione della comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c. Infatti, la disposizione non prevede né il dolo né la colpa del debitore nell'inadempimento del *dictum* giudiziale quale requisito di efficacia della misura. Allora, proprio l'assenza di un tale elemento soggettivo impedirebbe, secondo questi studiosi, di qualificarla come sanzione vera e propria. Diversamente opinando, la misura rischierebbe di tradursi in quella concezione autoritaria che era stata superata con l'abrogazione dell'antico istituto dell'arresto per debiti.

Infine, viene rilevato⁴⁴⁷ come la qualificazione della misura di cui all'art. 614-bis c.p.c. come pena si porrebbe in contrasto con il principio di legalità tutelato all'art. 25 co. 2 della Costituzione. Quindi, le *astreintes* rischierebbero – secondo questa dottrina – di configurarsi come 'sanzioni penali mascherate', senza però offrire le garanzie costituzionali minime richieste per l'irrogazione di pene, come la legalità, la tipicità e l'accertamento della responsabilità personale.

Per questo motivo, la dottrina più critica contesta l'uso soggettivo e sanzionatorio delle misure coercitive, proprio per evitare che il diritto civile venga distorto attraverso l'introduzione surrettizia di logiche penalistiche.

Di segno opposto è, invece, l'orientamento di altra parte della dottrina⁴⁴⁸, secondo la quale la misura

⁴⁴⁶ Specialmente S. MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, in *Europa e diritto privato*, 2009, p. 969 ss. Sul punto, anche P. CENDON, *Le misure compulsorie a carattere pecuniario*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, I, Napoli, 1989, p. 307; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1993, p. 125 ss. D. AMADEI, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, in *Rivista trimestrale diritto processuale civile*, 2010, p. 350; G. MICCOLIS, *Sub Art. 614-bis c.p.c.*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010, p. 1055; C. BESSO, *L'art. 614-bis c.p.c. e l'arbitrato privato*, in *Il processo esecutivo*, 2014, p. 893; F. TOMMASEO, *L'esecuzione indiretta e l'art. 614-bis c.p.c.*, cit., p. 1010; R. DONZELLI, *Sanzioni civili pecuniarie e giusto processo*, in *Giurisprudenza civile*, 2019, p. 373 ss.

⁴⁴⁷ S. MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, cit., p. 969.

⁴⁴⁸ P. CENDON, *Le misure compulsorie a carattere pecuniario*, cit., p. 311-312; G. COSTANTINO, *Tutela di condanna e misure coercitive*, cit., p. 911 ss.; C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie*, Milano, 2019, p. 208; U. COREA, *Condanna civile e misure coercitive*, cit., p. 188; ID., *L'art. 614-bis c.p.c. nel prisma della tutela giurisdizionale*, in *Judicium*, 2025, par. 3; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo di primo grado e*

di coercizione indiretta può assumere anche natura sanzionatoria.

In particolare, viene rilevato⁴⁴⁹ come la misura di cui all'art. 614-*bis* c.p.c. assuma una 'duplice finalità', la prima certamente compulsoria, volta a sollecitare il debitore allo spontaneo adeguamento al contenuto del *dictum* giudiziale, sotto minaccia di irrogazione di una condanna pecuniaria; la seconda, invece, sanzionatoria e da considerare *ex post*. Infatti, solo ove fallisca la prima funzione persuasiva, allora, la misura acquista funzione sanzionatoria, in modo che il debitore risulti obbligato (oltre all'adempimento dell'originaria obbligazione, sempre dovuta) a corrispondere alla controparte una somma di denaro ex art. 614-*bis* c.p.c.⁴⁵⁰.

Come si dirà al par. 13, infatti, si tratta di una condanna condizionata (o, secondo parte della dottrina, in futuro) all'inadempimento del provvedimento giudiziale. Solo a partire da un tale momento, allora, la misura coercitiva si dota di efficacia sanzionatoria, imponendo al debitore il pagamento di una somma di denaro per ogni violazione e inosservanza del provvedimento⁴⁵¹.

Inoltre, finché sussisterà un sistema a struttura 'monofasica' di attuazione della misura di cui all'art. 614-*bis* c.p.c. e, conseguentemente, l'autoliquidazione da parte del creditore esecutante, senza necessità di un ulteriore accertamenti giudiziale dell'inadempienza e senza la possibilità di modificare o revocare la comminatoria, è evidente come l'impossibilità di ridurre l'entità dell'*astreinte*, che potrebbe risultare sproporzionata o non dovuta, faccia propendere per la natura sanzionatoria della stessa.

l'impugnazione delle sentenze, Torino, 2023, p. 101; C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, IV, Torino, 2024, p. 1535.

⁴⁴⁹ S. MAZZAMUTO, *Esecuzione forzata*, cit., p. 141 ss.; B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, Torino, 2017, p. 32; C.V. GIABARDO, *Effettività della tutela giurisdizionale e misure coercitive nel processo civile*, cit., p. 7; U. COREA, *Condanna civile e misure coercitive*, cit., p. 188; ID., *L'art. 614-bis c.p.c. nel prisma della tutela giurisdizionale*, in *Judicium*, 2025, par. 3.

⁴⁵⁰ Mi pare che una tale tesi sia conforme a quanto espresso dal Trib. Roma, sez. VI, 15.11.2024, n. 17402 con riferimento anche all'*astreinte* comminata dal giudice dell'esecuzione: «Il legislatore ha attribuito al giudice della cognizione, e successivamente a quello dell'esecuzione, il potere-dovere di verificare caso per caso la sussistenza dei presupposti per la concessione, ai sensi dell'art. 614-*bis* c.p.c., di una somma di denaro dovuta a titolo di penale (*astreinte*) per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione del provvedimento. Nello specifico, nel caso di mancata restituzione di un immobile, l'inosservanza dell'ordine giudiziale non può ritenersi irrilevante e, pertanto, la misura di coercizione indiretta, avente una funzione sanzionatoria, può essere legittimamente concessa. In tale ipotesi, tale misura appare in grado di esercitare una pressione sul debitore affinché adempia tempestivamente agli obblighi accertati giudizialmente».

⁴⁵¹ È lampante la somiglianza di un tale strumento processuale e della sua produzione di effetti sanzionatori con la *stipulatio poenae* esaminata nel primo capitolo di questa tesi. Infatti, al pari dell'*astreinte*, nel diritto romano la *poena* diveniva '*commissa*' e, cioè, produttiva di effetti solamente nel momento in cui si verificava la condizione sospensiva negativa dell'inadempimento. Entrambe le fattispecie, allora, potrebbero qualificarsi alla stregua di una 'condanna condizionale'. Quindi, esse condividono la medesima funzione sanzionatoria, che si aggiunge solo eventualmente alla coercitiva.

Sulla natura anche sanzionatoria della misura compulsoria ex art. 614-*bis* c.p.c. si è espressa anche l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁴⁵², quando doveva decidere dell'applicazione della penalità di mora di cui all'art. 114 co. 4, lett. e) c.p.a. In particolare, nel delineare il rapporto fra i due istituti, oltre a rilevare la funzione di assicurare l'effettività e la pienezza della tutela giurisdizionale, il Consiglio di Stato ha rilevato come l'*astreintes* costituiscano sanzioni civili indirette, in quanto – ove non sia possibile vincere il comportamento riottoso del debitore – sono volte a comminargli una condanna al pagamento di una somma di denaro.

Tali conclusioni possono poi essere ancor più avvalorate se si considera come, a partire dal 2015, sia ammesso il concorso fra esecuzione diretta e indiretta. Pertanto, se il debitore è tenuto a sottostare sia all'esecuzione, ad esempio, per consegna e rilascio che al pagamento di una somma di denaro per ogni ritardo o violazione nell'adempimento del *dictum* giudiziale, è evidente come la funzione coercitiva non sia più la sola presente. Infatti, ove si volesse indurre il debitore semplicemente ad adempiere, in un'ottica persuasiva, non si comprende perché dar avvio congiuntamente all'esecuzione in forma specifica della sentenza e allo strumento compulsorio. In un tale contesto, quindi, la misura di cui all'art. 614-*bis* c.p.c. (ove il debitore persista nell'inadempimento) mi sembra che condivida una funzione anche sanzionatoria, volta a comminare la condanna al pagamento di una somma di denaro che si aggiunge all'esecuzione in atto.

Si aggiunga, poi, che con il D. lgs. 149/2022, c.d. 'riforma Cartabia', come accennato, è stata ulteriormente accentuata la natura sanzionatoria dell'*astreinte*. Infatti, il legislatore ha individuato quale nuovo criterio, che il giudice deve utilizzare per determinare il valore della condanna, il vantaggio per l'obbligato⁴⁵³. In altre parole, tanto più l'inadempimento del provvedimento cagiona un vantaggio per il debitore, tanto più la somma di denaro che egli è tenuto a pagare aumenta. È evidente, allora, la logica sanzionatoria di una tale previsione.

In conclusione, sebbene la misura prevista dall'art. 614-*bis* c.p.c. sia sorta con chiara vocazione

⁴⁵² In particolare, Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sent. 25 giugno 2014 n. 15, ove si legge «la norma [...] delinea una misura coercitiva indiretta a carattere pecuniario, inquadrabile nell'ambito delle pene private o delle sanzioni civili indirette, che mira a vincere la resistenza del debitore, inducendolo ad adempiere all'obbligazione sancita a suo carico dall'ordine del giudice». Ancora, «la penalità di mora [...] assolve a una funzione coercitivo-sanzionatoria e non, o quanto meno non principalmente, a una funzione riparatoria». In modo simile, anche Consiglio di Stato, sentenza 12 settembre 2018 n. 5345.

⁴⁵³ In tal senso, G. OLIVIERI, *Le misure coercitive indirette riformate. Riflessioni a seguito del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, in *La rivista telematica dell'esecuzione forzata*, 2022, p. 9; tuttavia, non ritengo di condividere l'opinione dell'Autore, secondo il quale la previsione del criterio del vantaggio dell'obbligato aprirebbe ufficialmente all'ingresso, nel nostro ordinamento, dei danni punitivi.

coercitiva, finalizzata ad assicurare l'effettività del *dictum* giudiziale tramite una minaccia al pagamento di una somma di denaro, l'evoluzione normativa e giurisprudenziale, oltre le sue concrete modalità applicative, consentono di riconoscerle anche una funzione sanzionatoria.

Infatti, la comminatoria non mira solo a prevenire l'inosservanza del provvedimento, ma – ove questo si verifichi – si traduce in una vera e propria reazione sanzionatoria nei confronti del debitore, finalizzata ad assicurare efficacemente la tutela giurisdizionale dei diritti.

10.1. Astreintes e danni punitivi.

L'*astreinte* – sebbene assuma natura anche sanzionatoria – non può e non deve, però, in alcun modo essere qualificata, coerentemente con quanto statuito dal Supremo Consesso nel 2015⁴⁵⁴, alla stregua di 'danno punitivo'⁴⁵⁵.

In particolare, con l'espressione 'danno punitivo' si fa riferimento a un istituto tipico del sistema di *common law*, consistente nell'irrogazione di somma di denaro che, nel corso di un processo civile, specialmente nel contesto della responsabilità aquiliana, deve essere riconosciuta a favore dell'attore, in aggiunta al risarcimento del danno erogato a titolo compensativo. Infatti, il convenuto, in ragione della sua particolare condotta dolosa o gravemente colposa⁴⁵⁶, è sottoposto a una pena pecuniaria eccedente il danno effettivamente subito. Nello specifico, i danni punitivi possono essere liquidati in misura del tutto indipendente rispetto ai danni compensativi (*punitive damages* in senso stretto)

⁴⁵⁴ Cass., I sez. civ., sentenza del 15 aprile 2015 n. 7613.

⁴⁵⁵ Analogamente, la Cassazione, III sez. civ., sentenza del 19 gennaio 2007 n. 1183 ha chiarito come neppure la clausola penale, sebbene nell'ordinamento italiano rappresenti l'ipotesi più tipica di pena privata, costituisca una fattispecie di danno punitivo. In particolare, la Corte concludeva: «nel vigente ordinamento l'idea della punizione e della sanzione è estranea al risarcimento del danno, così come è indifferente la condotta del danneggiante». Come risaputo, sebbene in alcun modo la clausola penale possa essere qualificata oggi alla stregua di danno punitivo, il Supremo Consesso con la sentenza a SS.UU. n. 16601 del 2017 ha ammesso in astratto la compatibilità del nostro ordinamento, ai fini deliberativi, del danno punitivo, ove «il riconoscimento di una sentenza straniera che contenga una pronuncia di tale genere deve, però, corrispondere alla condizione che essa sia stata resa nell'ordinamento straniero su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa e i limiti quantitativi, dovendosi avere riguardo, in sede di delibazione, unicamente agli effetti dell'atto straniero e alla loro compatibilità con l'ordine pubblico».

⁴⁵⁶ P. PETRELLI, *Verso i danni punitivi?*, in *Contratto e impresa*, 2017, p. 1188, secondo la quale «gli ordinamenti di *common law*, in aggiunta ai danni con funzione compensatoria-risarcitoria (*compensatory damages*), contemplano anche i *punitive* o *exemplary damages*, i quali vengono concessi con il fine di punire il colpevole per avere commesso con *malice* (dolo o malafede) o *gross negligence* (colpa grave), un fatto particolarmente grave e riprovevole, in genere si tratta di un *tort* cioè un illecito civile».

oppure in un ammontare pari ad un multiplo del loro valore (*punitive damages* in senso lato).

Pertanto, un evento dannoso già verificatosi viene sanzionato dall'ordinamento con l'obiettivo di prevenire future e ulteriori lesioni, nel caso in cui occorra ovviare all'insufficiente efficacia deterrente del risarcimento⁴⁵⁷.

Si evince, allora, già da una tale semplice definizione una funzione marcatamente sanzionatoria e coercitiva dell'istituto, finalizzato a disincentivare future ed eventuali violazioni.

In ragione di una tale funzione, si è posta in giurisprudenza l'assoluta necessità di distinguere le misure coercitive di cui all'art. 614-*bis* c.p.c. dai danni punitivi.

Infatti, la Suprema Corte con la sentenza n. 7613 del 15 aprile 2015 si è pronunciata, sebbene in un *obiter dictum*, sulla natura giuridica della misura di coazione indiretta ex art. 614-*bis* c.p.c. e sul suo rapporto con l'istituto dei danni punitivi.

In particolare, il Supremo Consesso era stato investito della questione concernente la compatibilità con l'ordine pubblico italiano – requisito essenziale ai fini della delibazione delle sentenze straniere – della misura coercitiva belga fissata con un provvedimento cautelare. Nello specifico, doveva esprimersi sul provvedimento emesso dalla Corte di Appello di Palermo con cui essa respingeva l'opposizione al decreto disponente l'esecutività della misura coercitiva straniera, ritenendola compatibile con l'ordine pubblico interno, in quanto corrispondente alla misura di cui all'art. 614-*bis* c.p.c.

Quindi, la Corte di Legittimità è stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità dei danni punitivi (cui appartiene la misura coercitiva belga) con la misura compulsoria ex art. 614-*bis* c.p.c.

Sul punto, essa ha stabilito che entrambi gli istituti certamente mirano all'adempimento a mezzo di coazione psicologica. Tuttavia, mentre l'*astreinte* si riferisce all'obbligo già definito da un provvedimento giudiziale, i danni punitivi sono collocabili nel contesto della responsabilità aquiliana e tendono all'adempimento del generale divieto di *neminem laedere*, mediante l'aggiunta di una sanzione per il responsabile oltre il risarcimento del danno.

Se ne deduce, pertanto, che la natura giuridica dei due istituti sia profondamente differente. In

⁴⁵⁷ M. DELLACASA, *Punitive damages, risarcimento del danno, sanzioni civili un punto di vista sulla funzione deterrente della responsabilità aquiliana*, in *Contratto e impresa*, 4, 2017, p. 1145 ss.

particolare, l'art. 614-*bis* c.p.c. ha funzione preventiva e coercitiva, volta a garantire – mediante la minaccia di irrogazione di una sanzione futura e condizionata – l'effettività dell'ordine giudiziale, senza alcun intento di punizione morale del debitore. Invece, i danni punitivi perseguono una finalità repressiva e dissuasiva ben più accentuata, finalizzata non solo a scoraggiare future violazioni, ma anche ad infliggere una pena patrimoniale per stigmatizzare la gravità della condotta illecita già realizzata e violatrice del generale principio di *neminem laedere*.

Pertanto, se l'*astreinte* ha ad oggetto una condanna solo eventuale e condizionata al verificarsi dell'inadempimento, il danno punitivo attiene ad una condotta già commessa, che per la sua gravità e per la riprovevolezza della condotta del danneggiante viene punita assai severamente.

La Corte ha, inoltre, rilevato che, quando l'*astreinte* viene applicata per la coazione di obblighi di consegna di un bene determinato e ad essa non si aggiunga la condanna risarcitoria, essa si allontana definitivamente dalla liquidazione del danno punitivo, presentando solo i caratteri di una tecnica di tutela delle ragioni dell'avente diritto mediante coazione psicologica all'adempimento.

È possibile, poi, individuare – oltre quanto sapientemente evidenziato dalla Corte – ulteriori e fondamentali differenze fra i due istituti.

In primis, sotto il profilo cronologico e casuale, l'art. 614-*bis* c.p.c. opera in relazione ad un evento futuro ed eventuale, cioè l'inadempimento del *dictum* giudiziale, che – come detto – costituisce la condizione sospensiva negativa dell'esplicazione degli effetti della misura compulsoria. Diversamente, il danno punitivo presuppone una condotta illecita già verificatasi. Infatti, l'irrogazione della condanna al risarcimento punitivo avviene *ex post*, a fronte di un comportamento lesivo già consumato.

Ulteriore distinzione riguarda l'elemento soggettivo. In particolare, come accennato, l'applicazione dell'art. 614-*bis* c.p.c. prescinde totalmente dall'accertamento del dolo e della colpa: il responsabile è tenuto a corrispondere in via oggettiva, indipendentemente dalla volontarietà o dalla consapevolezza della sua azione, una somma di denaro per ogni ritardo o violazione nell'esecuzione del provvedimento. È, difatti, sufficiente il mero fatto materiale dell'inosservanza del *dictum* giudiziale. Invece, il danno punitivo richiede l'accertamento di un elemento soggettivo qualificato. Quindi, il danneggiato deve dimostrare che la condotta del danneggiante sia stata sorretta da dolo o, almeno, da colpa grave, essendo il risarcimento punitivo riservato alla repressione dei comportamenti riprovevoli.

Connessa a questo profilo è la diversa necessità di verificare l'esistenza del danno fra i due istituti. Nello specifico, nell'ipotesi di cui all'art. 614-*bis* c.p.c., non è richiesta la dimostrazione di alcun danno effettivamente subito dal creditore. Infatti, la spettanza della somma di denaro non è subordinata all'esistenza di un pregiudizio concreto, ma al semplice verificarsi dell'inadempimento debitorio. Diversamente, nel caso di danni punitivi la sussistenza del danno costituisce un elemento assolutamente imprescindibile.

Una tale considerazione va, poi, coordinata con la nuova formulazione dell'art. 614-*bis* c.p.c., così come modificato dal legislatore con la riforma del 2022. Il nuovo comma 3, in particolare, prevede espressamente che, ai fini della determinazione della somma dovuta a titolo di *astreinte*, il giudice debba considerare anche «il danno quantificato o prevedibile». Se ne deduce, pertanto, che il danno oggi non rilevi quale presupposto della misura coercitiva, ma quale mero indice quantificatorio della somma di denaro destinata a indurre il debitore allo spontaneo adempimento.

Occorre, infine, ricordare come nel 2017 la Corte di Cassazione⁴⁵⁸, nella sua conformazione più autorevole, abbia statuito ex art. 363 co. 3 c.p.c., in termini puramente generali e astratti, la non incompatibilità con l'ordinamento interno dei danni punitivi. Ne consegue, allora, che le sentenze straniere che prevedano l'irrogazione dei danni punitivi siano delibabili all'interno del nostro ordinamento, sebbene a determinare condizioni. In particolare, «il riconoscimento di una sentenza straniera che contenga una pronuncia di tale genere deve, però, corrispondere alla condizione che essa sia stata resa nell'ordinamento straniero su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa e i limiti quantitativi, dovendosi avere riguardo, in sede di delibazione, unicamente agli effetti dell'atto straniero e alla loro compatibilità con l'ordine pubblico».

In definitiva, pur essendo sia l'*astreinte* sia i danni punitivi strumenti che impiegano la pressione psicologica per incidere sul comportamento del destinatario, essi rispondono a due logiche profondamente diverse. Difatti, la prima costituisce primariamente una misura di coazione indiretta all'adempimento di un obbligo già sorto e solo eventualmente, in caso di inadempimento debitorio, una sanzione. Al contrario, il danno punitivo tipico del sistema di *common law* presenta natura intrinsecamente sanzionatoria, essendo finalizzato a reprimere condotte dolose o gravemente colpose, non predeterminate ma rispondenti al generale principio di *neminem laedere*, mediante l'irrogazione di una pena pecuniaria aggiuntiva e non proporzionale al danno effettivamente subito.

⁴⁵⁸ Cass. civ., SS.UU., sentenza del 5 luglio 2017 n. 16601.

La giurisprudenza italiana, pertanto, – come sapientemente chiarito dalla Cassazione del 2015 – ha escluso ogni sovrapposizione fra i due istituti, ribadendo l'estraneità dell'*astreinte* dall'ambito del danno punitivo. La riforma del 2022 ha, inoltre, confermato una tale impostazione, attribuendo al danno solo una funzione quantificatoria della misura compulsoria e confermandone la *ratio*: coartare il debitore all'adempimento spontaneo del *dictum* giudiziale e, solo in ipotesi di futuro ed eventuale inadempimento, sanzionare il debitore per la sua inosservanza.

11. Natura condannatoria dell'*astreinte*: condanna in futuro o condanna condizionale?

Giunti alla fine di un tale capitolo e accertata la natura anche sanzionatoria dell'*astreinte*, è opportuno interrogarsi sulla configurazione della condanna compulsoria, se cioè essa possa qualificarsi alla stregua di una condanna in futuro o di una condanna condizionale.

La questione mi sembra particolarmente interessante in quanto, ammettendosi la struttura condizionale della condanna, è possibile individuare un *fil rouge* fra la *stipulatio poenae*, ampiamente discussa nel primo capitolo di questa tesi con riferimento alle misure latamente coercitive nel diritto romano, e la misura compulsoria di cui all'art. 614-bis c.p.c.

Come ormai risaputo, il giudice – sia nell'ipotesi di cui al primo che al secondo comma – fissa una somma di denaro per ogni violazione, inosservanza o ritardo nell'esecuzione del provvedimento, che il debitore è tenuto a corrispondere solo ove maturi un successivo ed eventuale inadempimento.

Pertanto, l'inadempimento del debitore costituisce la causa giustificatrice della produzione degli effetti dell'*astreinte*⁴⁵⁹.

La dottrina appare divisa: da una parte quegli autori⁴⁶⁰ che qualificano la condanna al pagamento della somma di denaro come futura, ritenendo che l'*astreinte* produca effetti solo a partire dal successivo inadempimento; dall'altra, invece, coloro⁴⁶¹ che interpretano la condanna come sospensivamente condizionata all'inadempimento, che potrebbe anche non verificarsi mai.

Pertanto, secondo la prima impostazione, la condanna è da intendersi in futuro quando il diritto del creditore sorge immediatamente, ma l'obbligo di pagamento diviene esigibile solo a partire dal verificarsi di un evento futuro e certo, quale il ritardo o la violazione nell'esecuzione del provvedimento.

⁴⁵⁹ Suggestivo potrebbe apparire recuperare, nel contesto processuale civile odierno, l'utilizzo del verbo '*committo*' per indicare il momento produttivo di effetti della misura coercitiva e, cioè, l'inadempimento, analogamente a quanto avveniva con la *stipulatio poenae* nel diritto romano.

⁴⁶⁰ U. COREA, *Disorientamenti in materia di esecuzione delle misure coercitive indirette*, cit., p. 1 ss.; B. CAPPONI, *Ancora su astreinte e condanna civile*, cit., p. 1 ss.; ID., *Perché in Italia l'astreinte non si ama*, cit., p. 1 ss.; G. CICALESSE, *Le misure coercitive*, in *Rivista dell'esecuzione forzata*, I, 2023, p. 203 ss.

⁴⁶¹ A. CHIZZINI, *Commento all'art. 614-bis*, cit., p. 163; M. BOVE, *La misura coercitiva di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, cit., p. 343 ss.; C. CONSOLO, F. GODIO, *Sub art. 614-bis c.p.c.*, cit., p. 183; F. TOMMASEO, *L'esecuzione indiretta e l'art. 614-bis c.p.c.*, cit., p. 1011; P. PUCCIARELLO, *Art. 614-bis c.p.c. e art. 114,4° co., lett. e), c.p.a. il caso dell'applicazione dell'astreinte alla condanna della p.a. al pagamento di somme di denaro*, in B. Capponi, B. Sassani, A. Storto, R. Tiscini (a cura di), *Il processo esecutivo. Liber amicorum Romano Vaccarella*, 2014, p. 977.

Diversamente, secondo i sostenitori della tesi della condanna condizionale, l'efficacia della comminatoria è subordinata al verificarsi di un evento futuro e incerto. Conseguentemente, la condanna – pur esistente – non può produrre effetti esecutivi fino all'avveramento della condizione, che potrebbe anche non verificarsi mai.

Alla luce di tali definizioni, pare già evidente come la condanna debba essere qualificata come condizionale, considerando che l'inadempimento potrebbe non maturare. Anzi, è corretto dire che il creditore auspica che un tale inadempimento non si verifichi mai, in quanto – ove non si verifichi – otterrebbe soddisfazione diretta e immediata delle proprie pretese e non anche un mero surrogato nella forma dell'equivalente pecuniario.

Infatti, bisogna rammentare come la natura dell'*astreinte* sia solo eventualmente sanzionatoria, ma principalmente compulsoria. Ne consegue come il fine principale della misura coercitiva sia prioritariamente quello di indurre il debitore all'adempimento spontaneo del *dictum* giudiziale. Solo nell'eventuale e ipotetico caso in cui si verifichi l'inadempimento l'*astreinte* assume carattere anche sanzionatorio.

Pertanto, se l'inadempimento costituisce un evento futuro e incerto, non vi è dubbio che la condanna sia condizionale e non anche in futuro.

Ribadisco, infatti, che la condanna in futuro ha ad oggetto un evento futuro e certo, mentre la condanna condizionale riguarda un evento futuro e incerto.

Tali risultanze devono essere, poi, coordinate⁴⁶² con quanto sapientemente statuito dalla Corte di Cassazione⁴⁶³, con riferimento all'ammissibilità nel nostro ordinamento di condanne condizionali. In particolare, si registra come «nell'ordinamento processuale vigente è possibile emettere sentenze di condanna condizionata, quanto alla loro efficacia, al verificarsi di un determinato evento futuro ed incerto, o alla scadenza di un termine prestabilito o ad una controprestazione specifica, purché il verificarsi dell'evento dedotto in condizione non richieda ulteriori accertamenti di merito da compiersi in un nuovo giudizio di cognizione, ma possa semplicemente esser fatto valere in sede esecutiva mediante opposizione all'esecuzione».

⁴⁶² P. PUCCIARELLO, *Art. 614-bis c.p.c. e art. 114,4° co., lett. e), c.p.a. il caso dell'applicazione dell'astreinte alla condanna della p.a. al pagamento di somme di denaro*, cit., p. 977.

⁴⁶³ Corte di Cassazione, sez. III., sentenza n. 19657 del 2004. Analogamente, Corte di Cassazione, sez. III, sentenza n. 11061 del 2003.

Quindi, la condanna è condizionale – secondo il Supremo Consesso – quando l’evento dedotto in condizione non richieda ulteriori accertamenti di merito da compiersi in un nuovo giudizio di cognizione.

Si è detto – ma è opportuno ribadirlo – che il sistema italiano delle misure coercitive indirette è strutturato secondo un modello monofasico, nel quale, ai fini della liquidazione dell’*astreinte*, non occorre un nuovo accertamento dell’inadempimento debitorio. Infatti, è il creditore ad autoliquidare l’*astreinte*, tramite un semplice calcolo aritmetico.

Pertanto, finché l’ordinamento italiano sarà improntato verso il sistema monofasico di coercizione indiretta non vi è dubbio che, seguendo l’insegnamento della Suprema Corte, la condanna dovrà qualificarsi come condizionale.

Ove, invece, dovesse adottarsi un modello bifasico – come quello tipicamente francese –, essendo necessario un nuovo accertamento anche sommario della situazione giuridica verificatosi, si potrà dubitare che la condanna vada qualificata come in futuro.

Pertanto, ammettendo la natura condizionale della condanna, può apparire interessante collegare le risultanze cui siamo pervenuti nel presente capitolo con la struttura della *stipulatio poenae*, esaminata nel primo. La *ratio* di questo ragionamento è esattamente quella di evidenziare la circolarità del diritto e di mostrare come le soluzioni elaborate verosimilmente dai giuristi romani per risolvere il prospettato *vulnus* di tutela esecutiva abbiano di fatto, inconsciamente, influenzato il legislatore del 2009.

Egli, infatti, nell’elaborare il complesso sistema di misure coercitive ex art. 614-*bis* c.p.c. ha riprodotto quegli stessi meccanismi processuali che ho analizzato nel primo capitolo con riferimento alle *stipulationes*.

Naturalmente, l’art. 614-*bis* c.p.c. si inserisce nel contesto processuale, in quanto è volto allo spontaneo adempimento del *dictum* giudiziale; diversamente, la *stipulatio poenae* veniva utilizzata in un contesto precedente e prettamente sostanziale, poiché finalizzata all’adempimento dell’originaria obbligazione di *facere*⁴⁶⁴, cui il debitore si era vincolato.

⁴⁶⁴ In altri termini, la funzione della *stipulatio poenae* a struttura duplice nel contesto esecutivo era quella di evitare l’emissione di condanna a un *facere*, che – come pienamente esaminato nella prima sezione del primo capitolo, specialmente ai par. 5 e 6, p. 51 ss. – nel diritto romano post classico risultava ineseguibile. Pertanto, attraverso l’apposizione di una clausola penale, le parti convenivano che, in ipotesi di inadempimento dell’obbligazione di *facere*, la prestazione originaria si sarebbe convertita in una pecuniaria, cioè al pagamento di una somma di denaro. Questa nuova

Inoltre, in entrambe le fattispecie, il debitore è primariamente indotto allo spontaneo adempimento dell'obbligazione (di eseguire spontaneamente il provvedimento giudiziale la prima e di *facere* la seconda). Solamente ove tale coazione non raggiunga gli effetti sperati dal creditore e si verifichi l'inadempimento, la misura coercitiva produrrà i suoi effetti: la *stipulatio* si intende '*commissa*' e la condanna condizionale diviene esigibile.

In entrambe le fattispecie, allora, la condanna prettamente pecuniaria è sospensivamente condizionata all'inadempimento.

In conclusione, tanto nella *stipulatio poenae* quanto nel moderno meccanismo compulsorio ex art. 614-*bis* c.p.c., l'inadempimento del debitore funge da vera e propria condizione sospensiva negativa di efficacia. Infatti, solamente con il suo verificarsi, l'obbligazione prettamente pecuniaria diviene esigibile.

L'effetto esecutivo (e sanzionatorio), pertanto, rimane inizialmente latente nella speranza che l'adempimento spontaneo renda superflua la sua attivazione. Solamente in caso di inottemperanza dell'obbligo originario – che si tratti dell'esecuzione sia di una obbligazione di *facere* convenuta in sede negoziale, sia di un ordine impartito con provvedimento giudiziale – la somma di denaro diviene esigibile.

Questa struttura, appena delineata, dimostra come, pur a distanza di secoli e in contesti giuridici differenti, il diritto continui a riproporre soluzioni tecniche analoghe per affrontare le medesime difficoltà, cioè il *vulnus* di tutela esecutiva delle obbligazioni di *facere*.

L'inadempimento, quindi, si conferma l'elemento centrale e strutturale di entrambi i modelli. Esso,

obbligazione era pienamente eseguibile a mezzo di *pignus in causa iudicati captum*. Si assisteva, in particolare, a un vero e proprio fenomeno novatorio (o quasi novatorio, in mancanza di *aliquid novi*): l'obbligazione originaria di *facere* veniva tralata in una al pagamento pecuniario, in modo che solamente la seconda fosse dovuta. Il sistema introdotto dall'art. 614-*bis* c.p.c., invece, essendo attinente al contesto squisitamente processuale, opera in modo profondamente diverso. Esso, infatti, consente al giudice di emettere contestualmente una sentenza di condanna a un *facere* e una comminatoria al pagamento di una somma di denaro a titolo di *astreinte*, per ogni violazione o ritardo nell'esecuzione del provvedimento. In tale contesto non può verificarsi alcun fenomeno novatorio dell'obbligazione: l'obbligazione principale, consistente nell'adempimento del provvedimento, rimane perfettamente esigibile e ad essa si affianca l'obbligazione pecuniaria derivante dalla misura coercitiva. In estrema sintesi, allora, mentre la *stipulatio poenae* a struttura duplice determinava la *translatio* della prima obbligazione di *facere* nella seconda pecuniaria, nel meccanismo disciplinato dall'art. 614-*bis* c.p.c. non si verifica alcuna conversione, ma vi è una coesistenza delle due obbligazioni. Difatti, il debitore rimane vincolato sia all'obbligo contenuto nel provvedimento sia al pagamento delle somme dovute a titolo di *astreinte*.

infatti, non costituisce la causa generatrice della condanna, ma la sua condizione sospensiva negativa di efficacia, innescando quel passaggio da una pressione indiretta all'adempimento spontaneo dell'obbligo primario alla sanzione patrimoniale eventuale.

12. Conclusioni.

In definitiva, il percorso storico-giuridico delineato in questo capitolo ha mostrato come l'ordinamento italiano, grazie all'influenza esercitata dalla dottrina e dall'ordinamento francese, abbia progressivamente superato l'originaria incapacità di offrire tutela effettiva alle obbligazioni di *facere* infungibile.

Un primo e decisivo passaggio è stato rappresentato dal superamento della tesi della correlazione necessaria fra sentenza di condanna ed esecuzione forzata, che impediva nella pratica al giudice della cognizione di pronunciarsi con una sentenza di condanna ad un *facere* infungibile, che – in quanto direttamente ineseguibile – si riteneva *inutiliter data*.

Tale preclusione è stata progressivamente ridimensionata dalla giurisprudenza di legittimità, la quale ha affermato come il debitore di una obbligazione di *facere* infungibile, pur in assenza di un mezzo esecutivo, possa sempre scegliere di conformarsi spontaneamente al *dictum* giudiziale.

La problematica è stata, in ogni caso, definitivamente risolta quando il legislatore italiano nel 2009 ha adottato l'art. 614-*bis* c.p.c., inizialmente rubricato «Attuazione degli obblighi di fare infungibili e di non fare». Infatti, nell'assoluto rispetto del brocardo '*nemo ad factum cogi potest*', è stata prevista la possibilità di indurre il debitore allo spontaneo adempimento del *dictum* giudiziale, tramite la prospettiva di una somma di denaro da dover corrispondere in ipotesi di ritardo o inadempimento del *dictum* giudiziale. Pertanto, in mancanza di una forma esecutiva diretta per le obbligazioni di *facere* infungibili, veniva introdotta una misura di coazione indiretta all'adempimento che, solo eventualmente, avrebbe determinato l'istituzione di un procedimento di espropriazione forzata per le somme dovute a titolo di *astreinte*.

Il sistema così delineato ha poi subito tre importanti riforme che, pur ampliandone l'ambito applicativo, ne hanno complicato la struttura e indebolito la coerenza sistematica.

In particolare, nel 2015 il legislatore ha esteso il sistema compulsorio dell'art. 614-*bis* c.p.c. a ogni obbligazione diversa da quella pecuniaria, ammettendo così un cumulo fra esecuzione diretta e coazione indiretta. In altre parole, il creditore contestualmente può agire per l'esecuzione in forma specifica dell'obbligazione originariamente dovuta (si pensi, ad esempio, ad una obbligazione di consegnare perfettamente esigibile), nonché presentare al giudice un'istanza compulsoria.

Il D. lgs. 149/2022, c.d. 'riforma Cartabia', è andato ancora oltre, attribuendo al giudice dell'esecuzione (e non più solo al giudice della cognizione) la possibilità di pronunciarsi

sull'*astreinte*, complicando ulteriormente un sistema compulsorio già di difficile (e sporadica) applicazione.

Infatti, mentre contro la sentenza che commina l'*astreinte* è ammesso il rimedio dell'appello (o, nei casi previsti dalla legge, il ricorso per Cassazione), l'ordinanza prevista dal secondo comma può essere contestata dal debitore esclusivamente attraverso il più articolato sistema delle opposizioni all'esecuzione e agli atti esecutivi, a seconda che il motivo di contestazione concerna il titolo esecutivo, su cui si fonda la misura coercitiva, o la stessa ordinanza conclusiva del procedimento compulsorio.

Il correttivo del 2024 ha, infine, inciso in modo significativo sul rapporto tra l'efficacia dell'ordinanza coercitiva e l'eventuale estinzione del procedimento esecutivo principale, introducendo, al secondo comma dell'art. 614-*bis* c.p.c., una clausola il cui significato appare tutt'altro che univoco, generando nuove incertezze interpretative. In particolare, a dispetto dell'apparente autonomia tra il procedimento coercitivo e quello esecutivo diretto, è emersa la consapevolezza di una loro reciproca interdipendenza, atteso che il legislatore ha espressamente sancito la cessazione dell'efficacia dell'ordinanza compulsoria in caso di estinzione del procedimento esecutivo diretto.

Tutte queste riforme, tuttavia, non sono state capaci di risolvere il vero nodo problematico dell'istituto, concernente la liquidazione dell'*astreinte*, affidata, in mancanza di riferimenti normativi che opinino diversamente, direttamente al creditore esecutante. Si aggiungano, poi, le criticità derivanti dall'impossibilità di modificare o revocare l'*astreinte* già disposta dal giudice della cognizione. Tali problematiche, infatti, sarebbero evitabili ove si adottasse il modello bifasico, ispirato a quello francese. Tale assetto prevede, infatti, una fase successiva di accertamento giudiziale dell'inadempimento, affidando al giudice – e non al creditore – la responsabilità di liquidare, modificare o revocare la misura in base alla concreta evoluzione del rapporto obbligatorio.

Infine, dopo aver analizzato la struttura dell'*astreinte* nell'ordinamento italiano, mi sono soffermata sulla sua natura giuridica, giungendo alla conclusione che essa assuma un carattere sanzionatorio eventuale, nella misura in cui la coazione non sortisce l'effetto di indurre il debitore allo spontaneo adempimento del *dictum* giudiziale.

Da ciò discende che la condanna al pagamento di una somma di denaro a titolo di *astreinte* debba necessariamente avere natura condizione, in quanto i suoi effetti si producono solo al verificarsi di un inadempimento futuro e incerto.

Pertanto, l'inadempimento costituisce – al pari di quanto avveniva nel diritto romano con la *stipulatio poenae* – la condizione sospensiva negativa di efficacia della condanna pecuniaria. Infatti, fino a quando il debitore non risulta inadempiente all'obbligo principale, la misura resta inoperante e conserva una funzione prettamente coercitiva. Solo nel momento in cui si verifica l'inadempimento, invece, la misura compulsoria perde il suo carattere di mera pressione psicologica e si concretizza in una sanzione pecuniaria.

In tal modo, l'inadempimento si configura come l'evento che fa transitare la misura compulsoria da strumento di coazione indiretta a strumento sanzionatorio a tutti gli effetti, attribuendo al creditore il diritto di procedere tramite espropriazione forzata per il recupero della somma di denaro a titolo di *astreinte*.

RILIEVI CONCLUSIVI

Con il presente lavoro di ricerca mi sono proposta di tracciare un'analisi storico-giuridica delle misure di coazione indiretta all'adempimento, finalizzate a indurre il debitore di una obbligazione di *facere* (a partire dalla redazione del Codice Napoleonico, infungibile) allo spontaneo adempimento.

Infatti, già nel primo capitolo ho evidenziato come il *vulnus* di tutela esecutiva delle obbligazioni di *facere* si radicesse già nel diritto romano, sia nel contesto del procedimento formulare sia, soprattutto, delle *cognitiones extra ordinem*.

Se, infatti, nel procedimento formulare vigeva la regola della pecuniarietà della condanna, sicché a una condanna per equivalente sarebbe conseguita inevitabilmente anche un'esecuzione per equivalente pecuniario, un maggiore *deficit* di tutela sussisteva nell'ambito del diritto romano più tardo.

In esso, ammessa l'esecuzione in forma specifica delle obbligazioni di *dare* a mezzo di esecuzione *manu militari*, si poneva un vuoto di tutela per quelle di *facere* e *non facere*.

Si è dimostrato che queste, solo ove fosse stata conclusa fra le parti una *stipulatio* (D. 42.1.13.1. (Cels. 6.dig) e D. 45.1.72.pr. (Ulp. 20 *ad ed.*)), avrebbero comportato l'emissione di una condanna pecuniaria, eseguibile nelle forme del *pignus in causa iudicati captum*. Tuttavia, il creditore non avrebbe così mai ottenuto soddisfazione diretta delle proprie pretese.

Per tale motivo, si poneva la necessità di individuare, sia nel procedimento formulare che in quello *extra ordinem*, validi strumenti coercitivi (da me definiti 'in senso lato', in quanto non precipuamente configurati a tale scopo) che inducessero il debitore allo spontaneo adempimento dell'obbligazione di *facere*. In tal modo, il debitore avrebbe evitato di subire conseguenze negative, come ad esempio una sanzione sproporzionata, e il creditore sarebbe stato direttamente soddisfatto.

Questi strumenti sono stati da me rinvenuti nel sistema pretorio delle *cautiones*, nella clausola arbitraria, nel (mancato deferimento del) giuramento estimatorio, nel sistema interdittale e, specialmente, nella clausola penale.

La conclusione della *stipulatio poenae*, infatti, permetteva alle parti di predeterminare – precedentemente a un futuro ed eventuale inadempimento – il valore del risarcimento. In altre parole, il promittente prometteva che, ove fosse risultato inadempiente all'originaria obbligazione di *facere* o *non facere*, avrebbe dovuto pagare una somma a titolo di *poena*.

Pertanto, il timore cagionato da una tale eventualità doveva produrre un effetto deterrente ed indurre il debitore allo spontaneo adempimento dell'obbligazione. Si aggiunga, poi, che la clausola penale generava altri effetti rilevanti fra le parti, come l'inversione dell'onere probatorio, la possibilità di pretendere l'adempimento del terzo e un particolare regime di solidarietà attiva e passiva. Ancora, l'apposizione della *stipulatio poenae* rendeva certa l'intentio di una eventuale *actio ex stipulatu* esperibile nei confronti del debitore, talché non sarebbe dovuto susseguire alcun giuramento estimatorio, per lui assai pericoloso.

Tuttavia, la natura prettamente coercitiva della *stipulatio poenae* va – a mio avviso – rintracciata nella *novatio* (D. 17.2.71.pr. (Paul. 3 *epit. Alf. dig.*) o nella *quasi novatio* (in mancanza del requisito dell'*aliquid novi*, come desumibile da D. 44.7.44.6 (Paul. 74 *ad ed. praet.*) ad essa susseguente. Infatti, dopo aver tracciato una differenza fra *stipulatio poenae* a struttura semplice e a struttura duplice, ho evidenziato come in quest'ultima, al maturare dell'inadempimento dell'obbligazione di *facere*, costituente la condizione sospensiva negativa di efficacia della *stipulatio* stessa, l'obbligazione originaria si estingueva e al suo posto sorgeva una nuova e diversa obbligazione al pagamento di una somma di denaro.

Quest'ultima, in quanto pecuniaria, sarebbe stata eseguibile, nel diritto post classico, nelle forme del *pignus in causa iudicati captum*, attribuendo così una tutela indiretta al creditore e risolvendo il prospettato *vulnus* di tutela esecutiva delle obbligazioni di *facere* e di *non facere*.

Successivamente, nel secondo capitolo, ho approfondito le ricadute che l'assenza di strumenti esecutivi per le obbligazioni di *facere* nel diritto romano tardo ha determinato nell'elaborazione dottrinale medievale e moderna, sino a culminare nell'esplicita formulazione del principio, divenuto centrale nella riflessione giuridica, '*nemo ad factum cogi potest*'.

Infatti, esattamente quei frammenti del Digesto (D. 42.1.13.1. (Cels 6.*dig*) e D. 45.1.72.pr. (Ulp. 20 *ad ed.*), da me ritenuti certamente validi anche nel periodo giustiniano e dai quali ho colto la regola della pecuniarietà della condanna (in presenza di una stipulazione) nel diritto più tardo, sono stati utilizzati dai Glossatori prima e dai Commentatori poi per elaborare il noto brocardo.

Nello specifico, fu Accursio che per primo – domandandosi «*sed an praecise ad factum potest compelli?*» – dimostrò una piena consapevolezza nell'impossibilità di coartare direttamente il debitore all'adempimento di una obbligazione di *facere*.

Successivamente, con Bartolo da Sassoferrato e Baldo degli Ubaldi, iniziò ad affermarsi una motivazione dell'ineseguibilità basata sul rispetto della dignità umana. Difatti, l'impossibilità di agire

esecutivamente nei confronti del debitore di una obbligazione di *facere* non era più giustificata esclusivamente dalla difficoltà materiale di costringerlo a realizzare una determinata opera, ma anche dal riconoscimento del limite invalicabile rappresentato dalla sua autonomia personale e dalla sua libertà individuale.

È risultato, poi, interessante osservare come Donello e Vinnio abbiano affrontato il problema del *deficit* di tutela esecutiva, ricorrendo ad un meccanismo assimilabile alla novazione (*'species quaedam et instar novationis'*), ricavandolo esattamente da quei passi del Digesto (D. 42.1.13.1 (Cels. 6 dig.) e D. 45.1.72.pr. (Ulp. 20 *ad ed.*) che ho utilizzato per sostenere l'esistenza, nel diritto romano più tardo, alla presenza di una stipulazione, della regola della condanna pecuniaria in caso di inadempimento delle obbligazioni di *facere*.

Ancora, ho osservato come il *Code Civil* francese del 1804, profondamente influenzato dai Trattati di Pothier, recepì l'antico principio *'nemo ad factum cogi potest'*, stabilendo che la tutela del creditore di una obbligazione di *facere* sarebbe stata necessariamente pecuniaria.

Ed è esattamente in tale contesto che sorge l'istituto delle *astreinte*, costituente una reazione pretoria alla regola della condanna necessariamente pecuniaria conseguente all'inadempimento dell'obbligazione di *facere* infungibile. Un tale strumento, sorto dalle necessità quotidiane e dalla prassi, era volto alla soddisfazione del creditore tramite l'induzione del debitore all'adempimento spontaneo.

Riecheggia, inevitabilmente, quella stessa definizione di 'misura di coazione indiretta', questa volta 'in senso stretto', che ho fornito nel capitolo di diritto romano, specialmente con riferimento alla *stipulatio poenae*.

Tuttavia, se la funzione svolta fra i due strumenti è assimilabile in quanto entrambi volgono, tramite minaccia di sanzione, allo spontaneo adempimento del debitore, divergono con riguardo all'ambito di applicazione. La *stipulatio poenae*, infatti, era una misura prettamente sostanziale, finalizzata alla soddisfazione del creditore ben prima dell'emissione della sentenza di condanna; diversamente, l'*astreinte* è uno strumento processuale, che trova la sua applicazione successivamente all'emissione del provvedimento di condanna ed è volto alla sua esecuzione spontanea. In altri termini, la *stipulatio poenae* è finalizzata ad evitare l'emissione di una sentenza di condanna, l'*astreinte*, invece, è volta allo spontaneo adempimento del provvedimento condannatorio.

Pertanto, anche le conseguenze che derivavano erano differenti. La *stipulatio poenae*, agendo nel contesto prettamente sostanziale, determinava quale suo effetto (ove fosse stata a struttura duplice) la

novatio o la *quasi novatio* dell'originaria obbligazione di *facere*, ineseguibile, in una nuova al pagamento di una somma di denaro, eseguibile nelle vie ordinarie. Pertanto, il debitore sarebbe stato tenuto solamente al pagamento della somma di denaro, essendosi l'obbligazione di *facere* estinta.

Al contrario, l'*astreinte*, agendo sul piano esclusivamente processuale, non può determinare alcun effetto novatorio: sia l'obbligazione di *facere*, contenuta nel provvedimento di condanna, che l'obbligazione al pagamento di una somma di denaro per ogni ritardo o violazione nell'esecuzione del *dictum* sono contestualmente dovute.

Tuttavia, è indubbio che esse condividano la medesima struttura, in quanto l'effetto coercitivo di entrambi gli strumenti è sospensivamente condizionato al verificarsi dell'inadempimento. In altri termini, se prima dell'inadempimento il debitore è tenuto a realizzare la sola obbligazione di *facere*, successivamente ad esso solo o anche il pagamento della somma di denaro a titolo di sanzione.

Si aggiunga, poi, che l'*astreinte* francese era (ed è ancora oggi) strutturata secondo un modello bifasico: all'emissione del provvedimento di condanna, contenente la comminatoria coercitiva, deve seguire necessariamente un nuovo procedimento cognitorio, volto a liquidare, modificare e revocare l'*astreinte* 'provvisoria', rendendola 'definitiva'.

Né il legislatore italiano del 1865, né quello del 1942 hanno, però, recepito gli insegnamenti della giurisprudenza d'oltralpe, dando vita in dottrina alla c.d. crisi dell'obbligazione.

Infatti, un ordinamento che non assicuri al creditore di una prestazione di *facere* o di non *facere* infungibile il conseguimento della stessa e identica pretesa vantata, essendo la sua tutela solamente limitata al risarcimento dei danni, sarebbe in contrasto con il principio secondo il quale «il processo deve dare, per quanto è possibile, praticamente a chi ha un diritto, tutto quello e proprio quello che egli ha diritto di conseguire⁴⁶⁵».

Inoltre, la mancata previsione all'interno del Codice di rito di alcuna misura di coazione diretta diede vita all'annoso problema della correlazione necessaria fra sentenza di condanna ed esecuzione forzata.

In particolare, la Corte di legittimità, supportata dalla dottrina prevalente, fino alla fine del secolo scorso, riteneva che una eventuale sentenza di condanna ad un *facere*, in quanto ineseguibile, sarebbe stata *inutiliter data* e, conseguentemente, nulla, mancando la condizione processuale dell'interesse ad agire ex art. 100 c.p.c.

⁴⁶⁵ G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., p. 42.

In altri termini, poiché l'interesse della parte attrice non avrebbe mai potuto essere soddisfatto (non sussistendo un congruo mezzo esecutivo per le obbligazioni di *facere* infungibili), il procedimento giurisdizionale non avrebbe dovuto neppure essere istaurato, talché la sentenza conclusiva dello stesso sarebbe risultata nulla.

Pertanto, sulla base di tale considerazione, la Cassazione negava a chiare lettere la possibilità per il giudice della cognizione di condannare il convenuto ad un *facere* infungibile, senza tuttavia tener conto che egli avrebbe, comunque, potuto spontaneamente adempiere.

L'annoso problema della correlazione necessaria venne superato dapprima in via giurisprudenziale, ove si ammise che la sentenza di condanna a un *facere* infungibile avrebbe potuto anche essere spontaneamente adempiuta dal debitore, sebbene non potesse giungersi ad esecuzione in forma specifica, e successivamente con l'introduzione all'interno del Codice di rito dell'art. 614-*bis* c.p.c., originariamente rubricato «Attuazione degli obblighi di fare infungibili e di non fare».

Con una tale norma, nello specifico, nell'assoluto rispetto del brocardo '*nemo ad factum cogi potest*', è stata prevista la possibilità di indurre il debitore allo spontaneo adempimento del *dictum* giudiziale, tramite la prospettazione di una somma di denaro da dover corrispondere in ipotesi di ritardo o inadempimento del *dictum* giudiziale. Pertanto, in mancanza di una tutela esecutiva diretta per le obbligazioni di *facere* infungibili, veniva introdotta una misura di coazione indiretta all'adempimento che, solo eventualmente, avrebbe determinato l'istaurazione di un procedimento di espropriazione forzata per le somme dovute a titolo di *astreinte*.

Il sistema delineato dall'art. 614-*bis* c.p.c. ha poi subito tre importanti modifiche che, pur ampliandone notevolmente l'ambito di applicazione, hanno reso tale strumento – già raramente applicato nella pratica dei Tribunali – ancora più complesso.

In particolare, il legislatore del 2015 ha esteso il sistema compulsorio di cui all'art. 614-*bis* c.p.c. a ogni obbligazione diversa da quella pecuniaria, ammettendo così – pur indirettamente – un cumulo fra esecuzione diretta e indiretta. In altri termini, il creditore può agire contestualmente per l'esecuzione in forma specifica dell'obbligazione originariamente dovuta, nonché a mezzo di pignoramento per le somme dovute a titolo di *astreinte*.

Tuttavia, estendendo l'ambito di applicazione della norma, è inevitabilmente mutata anche la sua *ratio*: non più individuare una soluzione al *vulnus* di tutela esecutiva delle obbligazioni di *facere* infungibili, ma estendere la tutela compulsoria a tutte le tipologie di obbligazioni, ad eccezione di

quelle pecuniarie, già garantite dall'art. 1224 c.c.

Il D. lgs. 149/2022, c.d. 'riforma Cartabia', è andato ancora oltre, attribuendo al giudice dell'esecuzione (e non più al solo giudice della cognizione) la possibilità di comminare l'*astreinte*, complicando ancora di più un sistema compulsorio di sporadica applicazione.

Infatti, mentre contro la sentenza che commina l'*astreinte* è ammesso il rimedio dell'appello (o, nei casi previsti dalla legge, il ricorso per Cassazione), l'ordinanza prevista dal secondo comma può essere contestata dal debitore esclusivamente attraverso il più articolato sistema delle opposizioni all'esecuzione e agli atti esecutivi, a seconda che il motivo di contestazione concerna il titolo esecutivo, su cui si fonda la misura coercitiva, o la stessa ordinanza conclusiva del procedimento compulsorio.

Infine, il correttivo del 2024 ha inciso sul rapporto tra l'efficacia dell'ordinanza compulsoria e l'eventuale estinzione del procedimento esecutivo principale, inserendo nel secondo comma dell'art. 614-*bis* c.p.c. una clausola il cui significato risulta tutt'altro che pacifico, alimentando ulteriori incertezze interpretative. In particolare, a dispetto dell'apparente autonomia tra il procedimento coercitivo e quello esecutivo diretto, è emersa la consapevolezza di una loro reciproca interdipendenza, atteso che il legislatore ha espressamente sancito la cessazione dell'efficacia dell'ordinanza compulsoria in caso di estinzione del procedimento esecutivo diretto.

Tutte queste riforme, tuttavia, non sono state capaci di risolvere il vero nodo problematico dell'istituto, concernente la liquidazione dell'*astreinte*, affidata, in mancanza di riferimenti normativi che opinino diversamente, direttamente al creditore esecutante. Si aggiungano, poi, le criticità derivanti dall'impossibilità di modificare o revocare l'*astreinte* già disposta dal giudice della cognizione.

Tali problematiche, infatti, sarebbero evitabili ove si adottasse il modello bifasico, ispirato a quello francese. Tale assetto prevede, infatti, una fase successiva di accertamento giudiziale dell'inadempimento, affidando al giudice – e non al creditore – la responsabilità di liquidare, modificare o revocare la misura in base alla concreta evoluzione del rapporto obbligatorio.

Dalla struttura dell'*astreinte* nell'ordinamento italiano ho, infine, tratto importanti considerazioni circa la sua natura giuridica. In particolare, sono giunta alla conclusione che essa rivesta un carattere sanzionatorio eventuale, ove la coazione non riesca a giungere all'obiettivo dell'adempimento spontaneo del *dictum* giudiziale da parte del debitore.

Ne deriva, pertanto, che l'inadempimento – che costituisce condizione sospensiva negativa della produzione degli effetti dell'*astreinte* – segna il momento di passaggio dalla fase coercitiva a quella sanzionatoria, esattamente come avveniva nel diritto romano, ove l'inadempimento dell'originaria obbligazione di *facere* rendeva '*commissa*' la *poena*.

Conclusivamente, nonostante la distanza temporale e la differente collocazione dogmatica, si può affermare che la *stipulatio poenae* e l'*astreinte* condividano la medesima logica funzionale: compensare, mediante strumenti di pressione condizionata all'inadempimento, l'assenza di mezzi esecutivi diretti per le obbligazioni di *facere*. Entrambe, infatti, pur agendo su piani differenti – sostanziale la prima e processuale la seconda – si pongono come risposte a un medesimo *deficit* strutturale di tutela, nella costante tensione fra effettività del diritto e rispetto dell'autonomia e della libertà del debitore.

BIBLIOGRAFIA

ACCARIAS Calixte, *Précis de droit romain*, II, Parigi, 1891;

ACCURSIUS, *Pandectarum seu Digestorum iurisi civilis. Quibus Iurisprudentia ex veteribus Iurisconsultis desumpta libri I continetur tomus primus*, Venezia, 1581;

ACCURSIUS, *Pandectarum seu Digestorum iurisi civilis. Quibus Iurisprudentia ex veteribus Iurisconsultis desumpta libri I continetur tomus tertius*, Venezia, 1581;

ALBANESE Bernardo, *Il processo privato romano delle 'legis actiones'*, Palermo, 1993;

ALBANESE Bernardo, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979;

ALBANESE Bernardo, *Rec. di L. Chiazzese, Jusiurandum in litem*, in *IURA*, 10, 1959 [= *Scritti giuridici*, II, a cura di M. Marrone, Palermo 1991, pp. 1813-1820];

ALBERTARIO Emilio, *Elementi romano classici ed elementi romano giustiniane nel nostro diritto delle obbligazioni*, in *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, vol.1, 1931;

AMIRANTE Luigi, *Il giuramento prestato prima della litis contestatio nelle legis actiones e nelle formule*, Napoli, 1954;

ANDOLINA Italo, *I presupposti dell'esecuzione forzata*, I, in *JUS*, 1-2, 1966;

ANDRIOLI Virgilio, *Commento al codice di procedura civile*, III, Napoli, 1957;

ARANGIO RUIZ Vincenzo, *Il processo privato (Corso)*, 1950-1951, Roma,

ARANGIO RUIZ Vincenzo, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1994 (rist. 2006);

ARNÒ Carlo, *Le obbligazioni divisibili e indivisibili*, 1901;

ASPRELLA Cristina, *L'esecuzione processuale indiretta nel processo civile*, in *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2012;

ATTARDI Aldo, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955;

- AZO, *Summa Codicis*, Venezia, 1584;
- BALDUS, *Quartum et Quintum Codicis libros Commentaria*, Venezia, 1586;
- BARRECA Lucia, *L'attuazione degli obblighi di fare infungibile e di non fare* (art. 614-bis c.p.c.), in *Rivista dell'esecuzione forzata*, IV, 2009;
- BARTOLUS, *Omnium Iuris Interpretum Antesignani. Commentaria. Nunc recens, præter omnes alias ad hanc diem in lucem editas, Aureis Adnotationibus*, Venezia, 1602;
- BAUDRY-LACANTINERIE Gabriel, BARDE Louis, *Traité théorique et pratique de droit civil*, in *Des obligations*, I, 1806-1808;
- BECCARIA Cesare, *Dei delitti e delle pene*, cur. F. Venturi, Einaudi, 1965;
- BECK Alexander, *Überlegungen zumklassischen Vergleichsrecht*, in *Studi in onore di P. de Francisci*, IV, Milano 1956;
- BERGER Adolf, *Die Strafklauseln in den Papyrusurkunden. Ein Beitrag zum gräko-ägyptischen Obligationenrecht*, Leipzig, Berlin, 1911;
- BERGER Adolf, v. *Interdictum*, in *PWRE*, IX, Stuttgart, 1916;
- BERRYER Jaques, *Des astreintes*, Paris, 1903;
- BERTILLO Elisa, *Sui rimedi avverso la condanna ex art. 614 bis c.p.c. emessa in sede cautelare*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2016;
- BERTOLINI Cesare, *Teoria generale della pena convenzionale secondo il diritto romano*, in *Studi e documenti di storia del diritto*, vol. XV, 1894;
- BESELER Gerhard von, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, vol. II, Mohr, 1911;
- BESELER Gerhard von, *Confestim – Continuo*, in *ZSS*, LI, 1951;
- BESELER Gerhard von, *Miszellen*, in *ZSS*, 45, 1925;
- BESSO MARCHEIS Chiara, *L'art. 614 bis c.p.c. e l'arbitrato*, in *Giurisprudenza italiana*, 2014;

- BESSO MARCHEIS Chiara, *La discovery anglo-americana: un insospettato trapianto dal processo romano-canonico*, in *Aequitas sive Deus. Studi in onore di Rinaldo Bertolino*, II, Torino, 2011;
- BETHMANN HOLLWEG Moritz August, *Der römische Civilprozess*, II. *Formulae*, Bonn, 1865;
- BETHMANN HOLLWEG Moritz August, *Handbuch des Civilprozesses*, I, Bonn, 1834;
- BETTI Emilio, *Appunti di teoria dell'obbligazione in diritto romano: sezioni 1, 2 e 3*, Roma, 1958;
- BETTI Emilio, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, in *Diritto sostanziale e processo*, in *Diritto sostanziale e processo*, Milano, 2006;
- BETTI Emilio, *Istituzioni di diritto romano*, II, Padova, 1942;
- BETTI Emilio, *La 'condictio pretii' del processo civile giustiniano: contributo allo studio della 'condemnatio pecuniaria' postclassica*, in *Atti della Reale Accademia delle Scienze di Torino*, 1914;
- BETTI Emilio, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano, 1955;
- BETTI Emilio, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953;
- BETTI Emilio, voce '*Animus*' in *NNDI*, I, 1957;
- BETTI Emilio, voce '*Processo civile*' in *NNDI*, I, 1966;
- BIASI Marco, *L'esclusione lavoristica dalla misura coercitiva indiretta ex art. 614-bis c.p.c.: un opportuno ripensamento*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2020;
- BIGOT-PRÉAMENEU, *Exposé de motifs dans la séance du 6 pluviôse an XII (27 janvier 1804)*, Locré, XII, n° 38;
- BIONDI Biondo, *Ancora in tema di "actio arbitraria". Critiche ed idee del prof. Vincenzo Arangio-Ruiz*, in *BIDR*, XXVI, 1913;
- BIONDI Biondo, *Contratto e Stipulatio*, Milano, 1953;
- BIONDI Biondo, *Di nuovo sulla dottrina romana dell'"actio arbitraria". A proposito di una recente ipotesi*, in *BIDR*, XXXVI, 1913;
- BIONDI Biondo, *Il giuramento decisorio nel processo civile romano*, Palermo, 1913;

BIONDI Biondo, *La categoria delle “actiones arbitrariae”*, in *Scritti giuridici*, II, *Diritto romano. Fonti - diritto pubblico - penale - processuale civile*, Milano, 1965;

BIONDI Biondo, s.v. *Cessio bonorum*, in *NNDI*, Torino, 1960;

BIONDI Biondo, *Sulla dottrina romana dell’“actio arbitraria”*, in *AUPA*, I, 1916;

BISCARDI Arnaldo, *Actio pecuniae traiectionis. Contributo alla dottrina delle clausole penali*, estr. dagli *Studi Senesi*, 1947;

BISCARDI Arnaldo, *La “lex commissoria” nel sistema delle garanzie reali*, Milano, 1961;

BISCARDI Arnaldo, *La protezione interdittale nel processo romano*, Padova, 1938;

BISCARDI Arnaldo, *La tutela interdittale ed il relativo processo*, Siena, 1956 (ripubbl. con una nota di lettura di R. Martini in *RDR*, II, 2002);

BISCARDI Arnaldo, *Lezioni sul processo civile romano antico e classico*, Torino, 1968;

BISCOTTI Barbara, *Curare bona. Tutela del credito e custodia del patrimonio tra creditori e debitore. Aspetti generali*, Milano, 2008;

BONFANTE Pietro, *La solidarietà classica delle obbligazioni indivisibili*, in *Scritti giuridici vari*, III, *Obbligazioni comunione e possesso*, 1926;

BONIFACIO Franco, *‘Qui bis idem promittit, ipso iure amplius quam semel non tenetur’*, in *Studii in onore di S. Solazzi*, Napoli, 1948;

BONIFACIO Franco, *La novazione nel diritto romano*, Napoli, 1959;

BONINI Roberto, *Obbligazioni indivisibili e clausola penale*, in *Archivio giuridico “Filippo Serafini”*, 1961;

BORRÈ Giuseppe, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, Napoli, 1966;

BOULISSET Philippe, COUCHET Christian, *Guide de l'astreinte. L'astreinte ed droit privé et en droit public*, in *Annales des Loyers et de la propriété commerciale, rurale et immobilière*, Parigi, 2012;

BOVE Mauro, *Diritto e processo nell’applicazione dell’art. 614-bis c.p.c.: un rapporto circolare*, in *Giusto processo civile*, 2020;

- BOVE Mauro, *La misura coercitiva di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2010;
- BRANCA Giuseppe, *Considerazioni minime sulla refola 'qui bis idem promittit ipso iure amplius quam semel non tenetur'*, in *Festschrift für H. Lewald*, Basel, 1953;
- BRANDILEONE Francesco, *La 'stipulatio' nell'età imperiale romana e durante il medioevo*, in *Scritti di storia del diritto privato italiano*, II, Bologna, 1931;
- BRANDILEONE Francesco, *La 'stipulatio' nelle Carte italiane del Medioevo*, in *Melanges Fitting*, I, 1928;
- BROGGINI Gerardo, *Sulle origini del iusiurandum in litem*, in *Jus*, III, 1961;
- BRUTTI Massimo, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, I, 1973;
- BUIGUES OLIVER Gabriel, *La solucion amistosa de los conflictos en derecho romano: el 'arbitro ex compromisso'*, Madrid, 1990;
- BURDESE Alberto, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Torino, 1949;
- BURDESE Alberto, *Sulla condanna pecuniaria nel processo civile romano*, in *Miscellanea Romanistica*, Madrid, 1994;
- BUZZACCHI Chiara, *Studi sull'actio iudicati nel processo romano classico*, Milano, 1996;
- CALAMANDREI Piero, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936;
- CALAMANDREI Piero, *La condanna*, in *Studi in onore di Federico Cammeo*, Padova, 1933;
- CALAMANDREI Piero, *La sentenza come atto di esecuzione forzata*, in *Studi sul processo civile*, III, Padova, 1934;
- CANNATA Carlo Augusto, *Corso di Istituzioni di diritto romano*, I, Torino, 2001;
- CANNATA Carlo Augusto, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, II, 1989;
- CANNATA Carlo Augusto, *Omnia iudicia absolutoria esse*, in *Atti del convegno Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico*, 2001;

CANNATA Carlo Augusto, *Profilo istituzionale del processo civile privato*, I. *Le legis actiones*, Torino, 1980;

CANNATA Carlo Augusto, *Profilo istituzionale del processo civile privato*, II. *Il processo formulare*, Torino, 1982;

CAPOGROSSI COLOGNESI Luigi, v. *Interdetti*, in *ED*, XXI, Milano, 1971;

CAPPONI Bruno, *Ancora su astreinte e condanna civile*, in *Rivista dell'esecuzione forzata*, IV, 2017;

CAPPONI Bruno, *Limiti dell'esecuzione indiretta*, in *Rivista dell'esecuzione forzata*, II, 2011;

CAPPONI Bruno, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, Torino, 2020;

CAPPONI Bruno, *Perché in Italia l'astreinte non si ama*, in *Giustizia insieme*, 2021;

CAPPONI, *Alcuni problemi su contraddittorio e processo esecutivo (alla luce del nuovo art. 111 della Costituzione)*, in *Riv. esec. Forzata*, 2001;

CAPPONI, DELLE DONNE, FANELLI, IUORIO, PUCCIARIELLO, RISOLO, *L'esecuzione processuale indiretta*, Milano, 2011;

CARNELUTTI Francesco, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, Padova 1958, in *Diritto sostanziale e processo*, Fondazione Piero Calamandrei, Milano 2006;

CARNELUTTI Francesco, *Istituzioni del nuovo processo civile*, Roma. 1942;

CARNELUTTI Francesco, *Progetto del Codice di Procedura Civile, presentato alla Sottocommissione Reale per la riforma del Codice di Procedura civile*, II, 1926;

CARRATTA Antonio, *Tecniche di attuazione dei diritti e principio di effettività*, in G. Grisi (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, Napoli, 2019;

CARRELLI Odoardo, *Ancora sull'origine della 'bonorum venditio'*, in *SDHI*, IX, 1943;

CARRELLI Odoardo, *Per una ipotesi sull'origine della bonorum venditio*, in *SDHI*, IV, 1938;

CENDON Paolo, *Le misure compulsorie a carattere pecuniario*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, I, Napoli, 1989;

- CHABAS François, DEIS-BEAUQUESNE Sophie, *Astreintes*, in *Répertoire Dalloz*, 2005;
- CHIARLONI Sergio, *Aggiornamento alla l. 18 giugno 2009*, in *Le recenti riforme del processo civile*, Bologna, 2009;
- CHIARLONI Sergio, *Brevi note sulla fase introduttiva del processo di cognizione secondo il disegno di legge delega per la riforma del processo civile*, in *Giurisprudenza italiana*, 2003;
- CHIARLONI Sergio, *L'esecuzione indiretta ai sensi dell'art. 614-bis c.p.c.: confini e problemi*, in Capponi, Sassani, Storto e Tiscali (a cura di), *Il processo esecutivo, Liber amicorum in onore di Romano Vaccarella*, Torino, 2014;
- CHIARLONI Sergio, *Le nuove misure coercitive ai sensi dell'art. 614-bis c.p.c.*, in *Il libro dell'anno del diritto Treccani*, Roma, 2012;
- CHIARLONI Sergio, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Torino, 1980;
- CHIAZZESE Lauro, *Iusiurandum in litem*, Milano, 1958;
- CHIOVENDA Giuseppe, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1960;
- CHIOVENDA Giuseppe, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923;
- CHIZZINI Augusto, *Commento all'art. 614-bis*, in G. Balena, A. Chizzini, R. Capponi, M. Menchini (a cura di), *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processi civile n. 69/2009*, Torino, 2009;
- CICALESE Giulio, *Le misure coercitive*, in *Rivista dell'esecuzione forzata*, nr. 1 del 2023;
- CONSOLO Claudio, GODIO Federica, *Commento all'art. 614-bis*, in *Commentario del codice di procedura civile, curato da Comoglio-Consolo-Sassani-Vaccarella*, VII, I, Torino, 2014;
- CONSOLO Claudio, GODIO Federica, *La "impasse" del combinato degli artt. 2932-2908-2909 c.c. e l'alternativa dell'art. 614 bis c.p.c. dopo la riforma del 2015 per gli obblighi a contrarre ed anche solo a negoziare*, in *Corriere giuridico*, 2018;
- CONSOLO Claudio, GODIO Federica, *Una buona "novella" al cod. proc. civ.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corriere giuridico*, 2009;

CONSOLO Claudio, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2012;

CONSOLO Claudio, *Obblighi a contrarre (e anche solo a rinegoziare): gli artt. 2932, 2908, 2009 c.c. e l'alternativa posta dall'art. 614-bis c.p.c. (ante e post riforma del 2015)*, in Grisi (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto*, Napoli, 2019;

CONSOLO Claudio, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino, 2019;

CORBINO Alessandro, *Considerazioni minime sulla manus iniectio*, in *Diritto romano e attualità. Atti del seminario di Praga in onore di H. Ankum*, Praga, 2013;

CORBINO Alessandro, *Considerazioni minime sulla manus iniectio*, in *Diritto romano e attualità. Atti del seminario di Praga in onore di H. Ankum*, Praga, 2013;

COREA Ulisse, *Condanna civile e misure coercitive*, Pisa, 2023;

COREA Ulisse, *Disorientamenti in materia di esecuzione delle misure coercitive indirette ex art. 614 bis c.p.c.: al creditore non basta il titolo esecutivo e l'autoliquidazione nel precetto delle somme dovute ma deve previamente introdurre un giudizio di cognizione per la relativa quantificazione*, in *Judicium*, 2017;

COREA Ulisse, *L'art. 614-bis c.p.c. nel prisma della tutela giurisdizionale*, in *Judicium*, 2025;

COREA Ulisse, *Sentenza ex art. 2932 c.c. e condanna implicita*, in *Rivista di diritto processuale*, 2024;

COREA Ulisse, *Sull'astreinte a accessoria a provvedimento cautelare*, in *Judicium*, IV, 2017;

COSENTINI Cristofalo, *Sui limiti d'applicabilità della bonorum distractio ex edicto*, in *SDHI*, 1945;

COSSA Giovanni, *Per uno studio dei libri singulares. Il caso di Paolo*, Milano, 2018;

COULET Julien, *L'execution forcee en nature*, Montpellier, 2007;

CROCI Corrado, *L'esecuzione forzata per obblighi di fare e di non fare*, in AA. VV., *La nuova esecuzione forzata*, diretta da P.G. Demarchi, Bologna, 2009;

CUJAS Jacobus, *Opera Omnia*, Napoli, 1722;

CUSMÀ PICCIONE Alessandro, *La congruens responsio nella stipulatio tardoclassica*, Napoli, 2023;

- D'ALESSANDRO Elena, *La circolazione della condanna ex art. 614 bis c.p.c. nello spazio europeo*, in *Dottrina e attualità giuridiche, Le recenti modifiche al terzo libro del codice di procedura civile (seconda parte) a cura di Sergio Chiarloni*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2014;
- D'AMICO Junio Valerio, *Sull'applicabilità dell'art. 614 bis c.p.c. ai provvedimenti cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 2014;
- D'ANGELO Giacomo, *Azioni nossali e clausola arbitraria*, in *AUPA*, LX, 2017;
- D'ASCOLA Simone, *Il lavoro a distanza come diritto? Sui 700 dell'emergenza (e sulla normalizzazione del lavoro agile)*, in *Questione Giustizia (online)*, 2020;
- DE GIOVANNI Lucio, *L'arbitro nell'esperienza giuridica romana*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010;
- DE MENECH Carlotta, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie*, Milano, 2019;
- DE ROSATE Albericus, *Commentarii in primam Digesti novi partem*, Venezia, 1585;
- DE STEFANO Franco, CHALOPIN Alain Michel, *Le astreintes nell'elaborazione giurisprudenziale francese in vista della loro introduzione nel diritto italiano*, in *REF*, I, 2009;
- DELLACASA Mattia, *Punitive damages, risarcimento del danno, sanzioni civili un punto di vista sulla funzione deterrente della responsabilità aquiliana*, in *Contratto e impresa*, 4, 2017;
- DI BERNARDO Arianna, *L'art. 614-bis c.p.c. non si applica all'obbligo di visita del figlio minore da parte del genitore non affidatario*, in *Judicium*, 2020;
- DI MAJO Adolfo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003;
- DI MARZO Salvatore, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1938;
- DÍAZ-BAUTISTA CREMADES Adolfo, *El embargo ejecutivo en el proceso cognitorio romano (pignus in causa iudicati captum)*, Madrid, 2013;
- DONATUTI Guido, *Di un punto controverso in materia di stipulazione penale*, in *SDHI*, 1935;
- DONATUTI Guido, s.v. *Cessio bonorum*, in *NDI*, Torino, 1938;

DONDORP Harry, Hallebeek Jan, *The Right to Specific Performance. The Historical Development*, Oxford, 2010;

DONELLUS, *Opera omnia*, Firenze, 1847;

DONZELLI Romolo, *L'attuazione delle misure*, in *La riforma del giudice e del processo per le persone, i minori e le famiglie*, Torino, 2022;

DÜLL Rudolf, *Der Gütegedanke im römischen Zivilprozessrecht. Ein Beitrag zur Lehre der Bedeutung von "arbiter", "actiones arbitrariae", Verfahren "in iure" und "exceptio"*, München, 1931;

EISMEIN Adhémar, *Débiteurs privés de sépulture*, Parigi, 1885;

ENGELHARDT Winkler, *Die Bedeutung der "pronuntiatio iudicis" bei den sogenannten "actiones arbitrariae" im klassischen römischen Recht*, Erlangen, 1914;

ESMEIN Adhémar, *L'origine e la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, Parigi, 1886;

FALCONE Giuseppe, *Ricerche sull'origine dell'interdetto 'uti possidetis'*, in AUPA, 1996;

FARINA Pasqualina, *L'ultima sistemazione dell'esecuzione forzata: una prima lettura della nuova normativa*, in *Rivista dell'esecuzione forzata*, II, 2022;

FAVRE Antoine, *Rationalia in secundam partem pandectarum*, Ginevra, 1626;

FERRARA Luigi, *L'esecuzione processuale indiretta*, Napoli, 1915;

FERRARI DALLE SPADE Giannino, *La degenerazione della 'stipulatio' nel diritto intermedio*, in *Scritti Giuridici*, I, 1953;

FERRONI Lanfranco, *Obblighi di fare ed eseguibilità*, Camerino, 1983;

FICCARELLI Beatrice, *Misure coercitive e diritto-dovere di visita del genitore non collocatario*, in *Famiglia e diritto*, 2020;

FINAZZI Giovanni, *Pignus in causa iudicati captum e tutela del terzo*, in B. CAPPONI (a cura di), *Il processo esecutivo. 'Liber amicorum' Romano Vaccarella*, Torino, 2014;

FOCARELLI, *Equo processo e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Cedam*, Padova, 2001;

FRANÇOIS Clément, *Présentation des articles 1221 à 1222 de la nouvelle sous-section 2 "L'exécution forcée en nature"*, 2016, online su <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap4/sect5/ssect2-execution-forceee/>;

FRASCHINI Daniela, *Note in tema di reclamo sul rifiuto del conservatore di eseguire l'ordine giudiziale (contenuto in una sentenza non passata in giudicato) di cancellare la trascrizione di un sequestro conservativo*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2011;

FRATINI Riccardo, *Astreinte e diritto del lavoro durante il covid-19*, in www.judicium.it, 2020;

FREZZA Paolo, *Animus novandi*, in *Studi Biondi*, I, Milano 1965;

FREZZA Paolo, *La clausola penale*, in *Studi in memoria di L. Mossa*, II, Padova, 1961, 271 ss., ora in ID., *Scritti*, II, a cura di F. Amarelli e E. Germino, Roma, 2000;

FREZZA Paolo, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano, I, Le garanzie personali*, Padova, 1962;

FRIGNANI Aldo, *Il mondo dell'astreinte: sviluppi recenti e prospettive*, in *Rass. Dir. civ.*, 1988;

FRUS Giorgio, *La coercibilità indiretta della misura cautelare ed i rimedi a disposizione di chi la subisce*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2015;

GAMBINERI Beatrice, *Attuazione degli obblighi di fare infungibili o di non fare*, in *Foro Italiano*, 2009;

GANDOLFI Giuseppe, *Contributo allo studio del processo interdittale romano*, Milano, 1955;

GANDOLFI Giuseppe, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, Milano, 1966;

GARBAGNATI Edoardo, *Azione e interesse*, in *Jus*, 1955;

GENICON Jules, *De la règle nemo praecise potest cogi ad factum*, Parigi, 1910;

GHIRETTI Paolo, *Genericità e fungibilità dell'obbligazione*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1974;

GIABARDO Vittorio, *Effettività della tutela giurisdizionale e misure coercitive nei processi civili. Un'indagine di diritto comparato*, Torino, 2022;

GIDE Paul, *Études sur la novation et le transport des créances en droit romain*, Paris, 1879;

- GILDEMEISTER Jochim, *Das beneficium competentiae im klassischen römischen Recht*, Gottingen, 1986;
- GIOMARO Anna Maria, *Agere per sponsionem: dal procedimento interdittale al procedimento in rem*, in *Studi Urbinati*, LIX, 1990-91;
- GIRARD Paul Frédéric, *Manuel élémentaire de droit romain*, Parigi, 1929;
- GIUFFRÈ Vincenzo, *Praesidia libertatis. Garantismo e sistemi processuali nell'esperienza di Roma repubblicana*, in *Atti del Convegno internazionale di diritto romano*, 1992;
- GIUFFRÈ Vincenzo, *Profili politici ed economici della cessio bonorum*, in *Rivista di studi salentini*, Salerno, 1971;
- GIUFFRÈ Vincenzo, *Sull'origine della «bonorum venditio» come esecuzione patrimoniale*, in *Labeo*, XXXIX, 1993;
- GODIO Federica, *L'astreinte e la giurisprudenza di merito: un primo bilancio su alcuni profili operativi*, in *Il corriere giuridico*, 2011;
- GRANDI Dino, *Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile*, in *Gazzetta Ufficiale* n. 79, 4 aprile 1942, Supplemento Ordinario;
- GRAZIADEI Michele, *Le contrat au tournant de la réforme: les choix du juriste français et le précédent italien*, in *Revue des contrats*, 2015;
- GUARINO Antonio, *Diritto privato romano*, Napoli, 2001;
- GUARINO Antonio, *La classificazione delle 'stipulationes praetoriae'*, in *Labeo*, 1962;
- GUARINO Antonio, *La condanna nei limiti del possibile*, Napoli, 1978;
- GUARNERI CITATI Andrea, *Studi sulle obbligazioni indivisibili nel diritto romano*, I, 1921;
- GUENOUN Lucien, *La cessio bonorum*, Parigi, 1920;
- GUINCHARD Serge, MOUSSA Tony, *Droit et pratique des voies d'exécutions*, Parigi, 2014;
- HÄGERSTRÖM Axel, *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, II, 1927;

- HAUBOLD Christian Gottlieb, *Ueber die Stelle von den Interdicten in den Veronesischen Handschriften*, in *ZgRW*, III, 1817;
- HINARD François, *Les proscriptions de la Roma républicaine*, Roma, 1985;
- HONSELL Heinrich, *Römisches Recht*, Berlin-Heidelberg, 2010;
- HUWARDAS Stawros G., *Beiträge zur Lehre von den "actiones arbitrariae", insbesondere von der "actio de eo quod certo loco dari oportet" im klassischen römischen Recht*, Leipzig, 1932;
- IGLESIAS Juan, *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*, VI, Barcelona, 1958;
- IUORIO Maria Assunta, *Il nuovo art. 614-bis c.p.c.: introduzione dell'esecuzione indiretta nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Rivista dell'esecuzione forzata*, III, 2009;
- JÖRS Paul, KUNKEL Wolfgang, *Römisches Privatrecht*, Berlin, 1935;
- KADEN Erich-Hans, *Ein Betrag zur Lehre der bedingten Novation*, in *ZSS*, XLIV, 1924;
- KARLOWA Otto, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1901;
- KASER Max, *'Restituere' als Prozeßgegenstand. Ein Beitrag zur Lehre von der materiellrechtlichen Beschaffenheit der 'in iudicium' deduzierten Ansprüche im klassischen römischen Recht*, München, 1932;
- KASER Max, *Das römische Privatrecht. Das Altromische, das vorklassische und klassische Recht*, München, 1971;
- KASER Max, *Die Stipulationsklausel ' quanti ea res erit'*, in *ZSS*, XC, 1973;
- KASER Max, HACKL Karl, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996;
- KASER Max, *Quanti ea res est*, München, 1935;
- KNÜTEL Rolf, *Stipulatio poenae*, Köln-Weimar, 1976;
- KRÜGER Paul, *Processualische Consumtion und Rechtskraft des Erkenntnisses*, Leipzig, 1864;
- LA PIRA Giorgio, *La struttura classica del pignus, Estratto da "Studi in onore di Federico Cammeo"*, Padova, 1932;

- LA ROSA Franca, *L'actio iudicati nel diritto romano classico*, Milano, 1963;
- LA ROSA Franca, *La struttura della «cautio iudicatum solvi»*, in *Labeo*, 1956;
- LA ROSA Franca, *Ricerche sul "pignus"*, Catania, 1977;
- LAMBRINI Paola, *La novazione. Pensiero classico e disciplina giustiniana*, Padova, 2006;
- LAMBRINI Paola, *Novazione tacita e novazione espressa: formazione e attualità di una figura duplice*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, Napoli, 2003;
- LAURENT François, *Principes de droit civil français*, Paris-Bruxelles, 1869-1878;
- LEBORGNE Anne, *Droit de l'exécution. Voies d'exécution et procédures de distribution*, 2009,
- LEBORGNE Anne, *Panorama Droit de l'exécution forcée*, in *Recueil Dalloz*, 2016;
- LEIST Burkard Wilhelm, *Die Bonorum possessio. Ihre geschichtliche Entwicklung und heutige Geltung*, I, Göttingen, 1844;
- LENEL Otto, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu Dessen Wiederherstellung*, Leipzig, 1927, rist. anast. Aalen, 1985;
- LENEL Otto, *Palingenesia iuris civilis: iuris consultorum reliquiae quae iustiniani Digestis continentur, ceteraque iuris prudentiae civilis fragmenta minora secundum auctores et libros*, vol. I, Leipzig, 1887;
- LEVY Ernst, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, vol. II, Berlino, 1922;
- LEVY Ernst, *Sponsio, fidepromissio, fideiussio. Einige Grundfragen zum römischen Bürgschaftsrechte*, Berlino, 1907;
- LEVY Ernst, *Zur Lehre von den sog. "actiones arbitrarie"*, I, Köln - Graz, 1963;
- LIEBMAN Enrico Tullio, *I lavori per la riforma del Codice di procedura civile*, in *Rivista diritto processuale*, 1981;

LIEBMAN Enrico Tullio, *L'actio iudicati nel processo giustiniano*, in *Studi Bonfante nel XL anno del suo insegnamento*, III, Milano, 1930;

LIEBMAN Enrico Tullio, *Le opposizioni di merito al processo di esecuzione*, Roma, 1936;

LIEBMAN Enrico Tullio, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano, 1973;

LITEWSKI Wieslaw, *Das beneficium competentiae im römischen Recht*, in *Studi in onore di E. Volterra*, IV, Milano, 1971;

LOMBARDI Antonio, *Il nuovo art. 614-bis cod. proc. civ.: l'astreinte quale misura accessoria ai provvedimenti cautelari ex art. 700 cod. proc. civ.*, in *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2010;

LOMBARDINI Ilaria, *Arbitrato e misure coercitive indirette*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2020;

LOMBARDO Fabrizio, *Studi su stipulatio e azioni stipulatorie nel diritto giustiniano*, in *collana della rivista di diritto romano*, 2020;

LONGO Giuseppe, voce '*Esecuzione forzata*' (diritto romano), in *NNDI*, VI, Torino, 1964;

LOPES Rendo, AZAUSTRE Fernandez, *Ejecución de sentencias en jacobos de las leyes y partidas alfonsinas. Fundamentos romanistas*, in *RDGR*, 2021;

LUCCHETTI Giovanni, DE PETRIS Antonio L., MATTIOLI Fabiana, POTONIERO Ivano, *Iulius Paulus ad edictum libri I-III*, in *Scriptores iuris Romani*, 2018;

LUISO Francesco Paolo, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 2019;

LUISO Francesco Paolo, *Il processo civile, Commentario breve al c.d. 'Correttivo Cartabia' (d.lgs. 31 ottobre 2024, n. 164)*, 2024;

LUISO Francesco Paolo, SASSANI BRUNO, *Il progetto di riforma della commissione Vaccarella: c'è chi preferisce il processo attuale*, in www.judicium.it;

LUZZATTO Giuseppe Ignazio, *Il problema d'origine del processo extra ordinem, I. Premesse di metodo. I cosiddetti rimedi pretori*, Bologna, 1965;

LUZZATTO Giuseppe Ignazio, *Procedura civile romana II, Le 'legis actiones'*, Dalle lezioni tenute all'università di Padova. Anno accademico 1947-1948, Bologna, 1948;

- MANDRIOLI Crisanto, CARRATTA Antonio, *Come cambia il processo civile*, 2009;
- MANDRIOLI Crisanto, *L'esecuzione forzata in forma specifica (Premesse e nozioni generali)*, Milano, 1953;
- MANDRIOLI Crisanto, *L'esecuzione specifica dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro*, in *Rivista di diritto processuale*, 1975;
- MANDRIOLI Crisanto, *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata*, in *RTPC*, 1976;
- MANTOVANI Dario, *Le formule nel processo privato romano: per la didattica delle istituzioni di diritto romano*, Padova, 1999;
- MANZO Anna Maria, 'Ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem'. Nota a margine di Ulp. 20 ad ed. D. 45.1.72 pr., in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, XII, 2020;
- MANZO Anna Maria, *Dall'esecuzione personale all'esecuzione reale. La riforma di Publio Rutilio Rufo*, in *Studi Franciosi*, III, Napoli, 2007;
- MARCHI Antonio, *Le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, in *Bullettino dell'istituto di diritto romano*, vol. XXI, 1909;
- MARRONE Matteo, *Actio ad exhibendum*, in *AUPA*, XXVI, 1958;
- MARRONE Matteo, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 2006;
- MARRONE Matteo, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile*, in *Annali del Seminario Giuridico di Palermo*, XXIV, 1955;
- MARRONE Matteo, *Note di diritto romano sul c.d. beneficium competentiae*, in *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo*, XXXVI, 1971;
- MARRONE Matteo, *Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana*, in *Rivista dell'arbitrato*, VI, 1, 1996, online su https://sites.unipa.it/dipstidir/pub/marrone/arbitrato_privato.htm;
- MASI Antonio, v.s. 'Novazione' (diritto romano), in *ED*, 1971;

- MATTEI Ugo e ARIANO Emanuele, *Il modello di common law*, Torino, 2018;
- MATTIROLO Luigi, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, V, Torino, 1883;
- MAYNZ Charles Gustave, *Cours de droit romain*, II, Bruxelles, 1877;
- MAZZAMUTO Salvatore, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978;
- MAZZAMUTO Salvatore, *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2010;
- MAZZAMUTO Salvatore, *L'incoercibilità degli obblighi di fare, estratto da Economia e credito*, II, 1976;
- MAZZAMUTO Salvatore, *La comminatoria di cui all'art. 614 bis e il concetto di infungibilità processuale*, in *Europa e diritto privato*, 2009;
- MEKKI Moustapha, *L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Le volet droit des contrats: l'art de refaire sans défaire*, in *Rec. Dalloz*, 2016;
- MEKKI Moustapha, *Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat*, in *Rev. des contrats*, 2016;
- MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella L. 69/2009*, in *Rivista di diritto processuale*, 2009;
- MESSINA VITRANO Filippo, *La disciplina romana dei negozi giuridici invalidi*; I, *I negozi iuris civilis sotto condizione illecita*, Messina, 1924;
- MESSINA VITRANO Filippo, *Per la storia del "ius distrahendi" nel pegno*, Palermo, 1910;
- METAFORA Roberta, *L'esecuzione degli obblighi di fare (fungibili) e di non fare*, in *Judicium*, 2012;
- MEYNAL Philippe, *De la sanction civile des obligations de faire ou de ne pas faire*, in *Revue pratique de droit français*, 1884;
- MEYNAL Philippe, *La réforme Justinienne de la novation: son sens et sa portée (C. VIII, 41. 8)*, in *'Acta congressus iuridici internationalis'*, I, Roma, 1935;

- MICCOLIS Giovanni, *Sull'effettività delle obbligazioni di facere alla luce dell'art. 614-bis c.p.c.: l'esempio del rilievo del fideiussore*, in *Scritti in onore di Bruno Sassani*, Pisa, 2022;
- MONTANARI Matteo, *Astreinte in sede cautelare ed azione di manutenzione del contratto*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2017;
- MONTELEONE Girolamo, *Condanna civile e titoli esecutivi*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1990;
- MONTELEONE Girolamo, *Diritto processuale civile*, vol. 1, *Disposizioni generali. I processi di cognizione di primo grado. Le impugnazioni*, Milano, 2023;
- MONTELEONE Girolamo, *Diritto processuale civile*, vol. 2, *L'arbitrato. L'esecuzione forzata. I procedimenti speciali*, Milano, 2023;
- MONTELEONE Girolamo, *Recenti sviluppi della dottrina dell'esecuzione forzata*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1982;
- MONTELEONE Girolamo, *Riflessioni sulla tutela esecutiva dei diritti di credito*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1977;
- MONTESANO Luigi, *Condanna civile e tutela esecutiva*, Napoli, 1965;
- MONTESANO Luigi, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Tratt. Dir. Civ. It.*, 1994;
- MONTESANO Luigi, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Bari, 1981;
- MORITA Osama, *L'origine doctrinale de l'article 1142 du Code civil. Essai sur l'adage « Nemo praecise cogi potest ad factum »*, in *Revue historique de droit français et étranger*, LXXIII, II, 1995;
- MOSCATI Enrico, *Fonti legali e fonti 'private' delle obbligazioni*, Padova, 1999;
- MURONI Raffaella, *L'azione ex art. 2932 c.c. Contributo allo studio del giudicato costitutivo*, Napoli, 2018;
- NARDI Enzo, *Radiografia dell'“aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare”*, in *BIDR*, LXXIII, 1970;
- NASCOSI Alessandro, *Le misure coercitive indirette nel sistema di tutela dei diritti in Italia e in Francia*, Napoli, 2019;

- NASCOSI Alessandro, *Le misure coercitive indirette rivisitate dalla riforma del 2022*, in *Rivista diritto processuale*, IV, 2022;
- NAVARRA Marialuisa, *Sul divieto del carcere privato nel tardo Impero Romano*, in *Studia et documenta historiae et iuris*, 2009;
- NICOSIA Giovanni, *Il processo privato romano II, la regolamentazione decemvirale*, Catania, 1986;
- NICOSIA Giovanni, *La manus iniectio: dal regime originario a quello della manus iniectio pura*, in F. Milazzo (a cura di), *Praesidia libertatis. Garantismo e sistemi processuali nell'esperienza di Roma repubblicana. Atti del convegno internazionale di diritto romano* (Copanello 7-10 giugno 1992), Napoli, 1994;
- OLIVIERI Giuseppe, *Le misure coercitive indirette riformate*, in *InExecutivis – La rivista telematica dell'esecuzione forzata*, 2022;
- ORESTANO Riccardo, *Introduzione allo studio del diritto romano*, 1987;
- ORSO Paolo, *Sul problema di un residuo attivo nella bonorum venditio*, in *SDHI*, LX, 1994;
- OZANAM Antoine Frederic, *Les Germains avant le Christianisme*, I, 1850;
- PACE Giacomo, *Contrainte par corps. L'arresto personale per debiti nell'Italia liberale*, Torino, 2004;
- PAKTER Walter, *The Mystery of cessio bonorum*, in *Index*, XXII-1, 1994;
- PARINI VINCENTI Sara, *Pacta Servabo. Riflessioni sulla categoria generale del contratto*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, LXXXIII, 2017;
- PASSANANTE Luca, *Modelli di tutela dei diritti. L'esperienza inglese e italiana*, Padova, 2007;
- PEPPE Leo, *Fra corpo e patrimonio. Obligatus, addictus, ductus, persona in causa Mancipi*, in (a cura di) A. Corbino-M. Humbert-G. Negri, *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana. Dall'epoca di Plauto a Ulpiano*, Pavia, 2010;
- PEPPE Leo, *Riflessioni intorno all'esecuzione personale nel diritto romano*, in *Annali del seminario giuridico dell'Università di Palermo*, 2010;

- PEPPE Leo, *Studi sull'esecuzione personale, I Debiti e debitori nei primi due secoli della Repubblica romana*, Milano, 1981;
- PERANI Renato, *Pignus distrahere. La vendita del pegno da parte del creditore pignoratizio*, Milano, 2021;
- PÉREZ ÁLVAREZ Maria, *La bonorum venditio. Estudio sobre el concurso de acreedores en Derecho Romano clásico*, Madrid, 2000;
- PÉREZ ÁLVAREZ Maria, *Origine e presupposti del concorso dei creditori a Roma*, in *Teoria e storia del diritto privato*, IV, 2011;
- PERGAMENT Michael, *Konventionalstrafe und Interesse in ihrem Verhältniss zu einander*, Berlin, 1896;
- PEROZZI Silvio, *Istituzioni di diritto romano*, II, Firenze, 1908;
- PETERLONGO Maria Elena, *La transazione nel diritto romano*, Milano, 1936;
- PETRELLI Patrizia, *Verso i danni punitivi?*, in *Contratto e impresa*, 2017;
- POLETTI Dianora, *Sulla infungibilità degli obblighi di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2014;
- POTHIER Robert Joseph, *Traité du contrat de louage*, in *Oeuvres complètes*, Parigi, 1821-1824;
- POTHIER Robert Joseph, *Traité du contrat de vente*, in *Oeuvres complètes*, Parigi, 1821-1824;
- PROTO PISANI Andrea, *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982;
- PROTO PISANI Andrea, *Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo)*, in *Foro Italiano*, 2010;
- PROTO PISANI Andrea, *L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna*, in *Rivista di diritto processuale*, 1975;
- PROTO PISANI, *Note personali e no a margine dell'art. 614 bis c.p.c.*, in *Rass. Esec. Forz.*, 2019;
- PROVERA Giuseppe, *Corrispondenza fra 'stipulatio' ed 'intentio'*, in *Annali di Camerino*, 1955;

- PROVERA Giuseppe, *Lezioni sul processo civile giustiniano*, Torino, 1989;
- PROVINCIALI Renzo, s.v. *Giuramento decisorio*, in *ED*, XIX, 1971;
- PUCCIARELLO Pasquale, *Art. 614-bis c.p.c. e art. 114,4° co., lett. e), c.p.a. il caso dell'applicazione dell'astreinte alla condanna della p.a. al pagamento di somme di denaro*, in B. Capponi, B. Sassani, A. Storto, R. Tiscini (a cura di), *Il processo esecutivo. Liber amicorum Romano Vaccarella*, 2014;
- PUCHTA Georg Friedrich, *Cursus der Institutionen*, II, VII, Leipzig, 1871;
- PUGLIESE Giovanni, *Actio 'e diritto subiettivo*, Milano, 1939;
- PUGLIESE Giovanni, *Diritto e processo nella esperienza romana*, in *Scritti giuridici* (1985-1995), Napoli, 2007;
- PUGLIESE Giovanni, *Gai. 4,32 e la "pignoris capio"*, in *Mélanges Philippe Meylan*, I, Lausanne, 1963;
- PUGLIESE Giovanni, *Il processo civile romano, Il processo formulare*, I e II, Milano, 1963;
- PUGLIESE Giovanni, *Il processo civile romano, Le legis actiones*, Roma, 1962;
- PUGLIESE Giovanni, SITZIA Francesco, VACCA Letizia, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 2012;
- PUIG Pascal, *Les techniques de préservation de l'exécution en nature*, in *Revue des contrats*, 2005, online su <https://www.labase-lextenso.fr/revue-des-contrats/RDCO2005-1-008>;
- PUNZI Carmine, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, 2012;
- PURPURA Gianfranco, *La pubblica rappresentazione dell'insolvenza. Procedure esecutive personali e patrimoniali al tempo di Cicerone*, in *Fides humanitas ius. Studii Labruna*, VI, Napoli, 2007;
- PURPURA Gianfranco, *La sorte del debitore oltre la morte*, in *Iuris antiqui historia*, 2009;
- PURPURA Gianfranco, *Luoghi del diritto, luoghi del potere*, in *Annali del seminario giuridico*, 2005;
- QUADRATO Renato, *Sulle tracce dell'annullabilità. Quasi nullus nella giurisprudenza romana*, Napoli, 1983;
- RABEL Ernst, *Grundzüge des römischen Privatrechts*, Darmstadt, 1955;

- RAMPAZZO Natale, *Sententiam dicere cogendum esse. Consenso e imperatività nelle funzioni giudicanti in diritto romano classico*, Napoli, 2012;
- RAPGEN Tilman, *Vertragstreue und Erfüllungszwang in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft*, Paderborn, 1994;
- RAYNAUD Pierre, *La distinction de l'astreinte et dommages-intérêts dans la jurisprudence française récente*, in *Extrait des Mélanges Roger Secrétan Recueil de travaux publiés par la Faculté de Droit de l'Université de Lausanne*, 1964;
- RECCHIONI Stefano, *L'attuazione forzata indiretta dei comandi cautelari ex art. 614 bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014;
- REISTANO Nicola, *L'esecuzione coattiva in forma specifica*, Roma, 1948;
- RENAUT Marie-Hélène, *La contrainte par corps. Une voie d'exécution civile à coloris pénal*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2002;
- RICCA Lucio, s.v. "*Debiti (Arresto personale)*", in *ED.*, XI, Milano, 1962;
- RICCI Edoardo, *Ancora novità (non tutte importanti, non tutte pregevoli) sul processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2008;
- RICCOBONO Salvatore, '*Stipulatio*' ed '*instrumentum*' nel diritto giustiniano, in *ZSS*, 1914;
- RICCOBONO Salvatore, *La forma della 'stipulatio'*, in *BIDR*, 1921;
- RICOLFI, *Le misure compulsorie*, in *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale. Profili sostanziali e processuali*, a cura di Nivarra, Milano, 2005;
- ROCCO Alfredo, *Il fallimento*, Milano-Torino-Roma, 1917;
- RONCO Alberto, *L'art. 614-bis c.p.c. e le controversie in materia di famiglia*, in *Giurisprudenza italiana*, 2014;
- ROTONDI Giovanni, '*Bonorum venditio*' (*Lineamenti*), in *Per il XVI centenario della codificazione giustiniana*, Milano, 1938;
- RUSSO Federico, *La sospensione del processo esecutivo*, Roma, 2012;

- SACCONI Giuseppina, *Ricerche sulla stipulatio*, Camerino, 1989;
- SACCONI Giuseppina, *Stipulatio poenae e quasi novatio in D. 44.7.44, Paul. 74 ad ed. praet.*, in *Archivio Giuridico 'Filippo Serafini'*, CCIV, 1984;
- SACCONI Giuseppina, *Studi sulle obbligazioni solidali in diritto romano*, Milano, 1971;
- SALETTI Achille, *Commento all'art. 614-bis*, in A. Saletti e B. Sassani (a cura di), *Commentario alla riforma del codice di procedura civile (Legge 18 giugno 2009, n. 69)*, Torino, 2009;
- SALETTI Achille, *L'esecuzione processuale indiretta nella riforma del "Codice di procedura civile" italiano*, in *Rivista de derecho*, 2009;
- SALKOWSKY Carl, *Zur Lehre von der Novation nach Römischem Recht. Ein Beitrag zum Römischen Obligationenrecht*, Leipzig, 1866;
- SALOMONE Annamaria, *Iudicati velut obligatio. Storia di un dovere giuridico*, Napoli, 2007;
- SALPIUS Botho, *Novation und Delegation nach römischem Recht. Ein civilistischer Versuch*, Berlino, 1864;
- SALVIA, *Riflessioni in tema di esecuzione civile ed equo processo nel quadro dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1993;
- SANFILIPPO Cesare, *Sull'ammissibilità della rivendita del 'pignus in causa iudicati captum'*, Palermo, 1936;
- SANTORO Raimondo, *Il tempo e il luogo dell'actio prima della sua riduzione a strumento processuale*, in *AUPA*, 1991;
- SANTORO Raimondo, *Omnia iudicia absolutoria esse*, in *atti del Convegno su Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico*, Siena, 2001, online su <https://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/attipontignanosantoro.pdf>;
- SANTORO Raimondo, *Per la storia dell'obligatio*, Palermo, 2020;
- SANTORO Raimondo, *Relazione di sintesi del Convegno "Illecito e pena privata in età repubblicana"*, in *Scritti minori*, II, 2009;

- SASSANI Bruno, TISCINI Roberta, *Prime osservazioni sulla legge 18 giugno 2009*, in *Judicium*, 2009;
- SATTA Salvatore, *Commentario al codice di procedura civile*, III, Milano, 1965;
- SATTA Salvatore, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1963;
- SAVIGNY Friedrich Karl, *Il sistema del diritto romano attuale* (traduzione italiana di V. Scialoja), I-VIII, Torino, 1898;
- SAVIGNY Friedrich Karl, *Le obbligazioni* (traduzione italiana con appendici a cura di G. Pacchioni), I-II, Torino, 1912;
- SCAPINI Nevio, *Appunti per la storia del 'mandatum incertum'*, in *Studi in memoria di Guido Donatuti*, III, Milano, 1973;
- SCARANO USANNI Vincenzo, *Le forme del privilegio. Beneficia e privilegia tra Cesare e gli Antonini*, Napoli, 1994;
- SCHELTEMA Herman Jan, *Proeve eener Theorie der "actiones arbitrariae"*, Groningen, 1934;
- SCHERILLO Gaetano, *La 'bonorum venditio' come figura di 'successio'*, in *Iura*, IV, 1953;
- SCHERILLO Gaetano, *Lezioni sul processo. Introduzione alla "cognitio extra ordinem". Corso di diritto romano*, Milano, 1960;
- SCHIAVO Silvia, *Esecuzione personale dei debitori e carcerazione privata nelle costituzioni imperiali di età postclassica e giustiniana*, in *AUFG*, 21, 2007;
- SCHIAVO Silvia, *Graziano, la cessio bonorum e l'esecuzione personale per debiti*, in *Iuris Antiqui Historia*, 2009;
- SCHMIDT Karl Adolf, *Das Interdiktenverfahren der Römer. In geschichtlicher Entwicklung*, Leipzig, 1853;
- SCHÖNBAUER Ernst, *Vom Wesen der "iudicia arbitraria"*, in *Studi in onore di S. Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, II, Palermo, 1936;
- SCIALOJA Vittorio, *Procedura civile romana. Esercizio e difesa dei diritti*, Roma, 1936;

- SCIAOLOJA Vittorio, *Le interpolazioni dei testi delle Pandette e l'ipotesi di Bluhme. Un esempio: 'animus novandi'*, in *Studi in onore di Silvio Perozzi: nel 40° anno del suo insegnamento*, Palermo, 1925;
- SCIORTINO Salvatore, *La litterarum obligatio nella legislazione di Giustiniano e nella interpretazione degli antecessores*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 2024;
- SCOGNAMIGLIO Margherita, *'Stipulatio poenae' concorso di azioni e poteri del giudice, in 'Actio in rem' e 'Actio in personam'. In ricordo di Mario Talamanca (a cura di L. Garofalo)*, Padova, 2011;
- SCOGNAMIGLIO Margherita, *Ricerche sulla Stipulatio poenae*, Torino, 2018;
- SEGRÈ Gino, *'Obligatio', 'obligare', 'obligari' nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, III, Milano, 1930;
- SEGRÈ Gino, *La clausola restitutoria nelle azioni "de servitutibus" e le formule delle azioni relative alla "servitus oneris ferendi"*, in *BIDR*, XLI, 1933;
- SIBER Heinrich, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*, II, *Römisches Privatrecht*, Berlin, 1928;
- SICARI Amalia, *Pena convenzionale e responsabilità*, Bari, 2001;
- SICLARI Roberto, *Infungibilità. tra il dare e il fare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, II, 2015;
- SIMON Dieter, *Untersuchungen zum Justinianischen Zivilprozess*, München, 1969;
- SOLAZZI Siro, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, I-II-III, Napoli, 1937;
- SOLDI Anna Maria, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Padova, 2019;
- STURM Ernst, *'Stipulatio Aquiliana'. Textgestalt und Tragweite der aquilianischen Ausgleichsquittung im klassischen römischen Recht*, München, 1972;
- TAFARO Sebastiano, *La interpretatio ai verba 'quanti ea res est' nella giurisprudenza romana. L'analisi di Ulpiano*, Napoli, 1980;
- TALAMANCA Mario, *Conventio e stipulatio*, Napoli, 1991;
- TALAMANCA Mario, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990;

- TALAMANCA Mario, *L'arbitrato romano dai 'veteres' a Giustiniano*, in *Labeo*, XX, 1974;
- TALAMANCA Mario, *La vendita all'incanto nel processo esecutivo romano*, in *Studi in onore di P. De Francisci*, Milano, 1956;
- TALAMANCA Mario, *Ricerche in materie di 'compromissum'*, Milano, 1958;
- TALAMANCA Mario, *Sull'interpretazione di Ulpiano, l. 13 ad ed., D. 4.8.21.9-11*, in *Studi in onore di G. Chiarelli*, IV, 1974;
- TALAMANCA Mario, v.s. Pena, II. Diritto romano, a) Pena privata, in *ED.*, XXXII, Milano, 1982;
- TALLON Denis, *L'astreinte*, in *Gazette du Palais*, 1992;
- TARUFFO Michelino, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, I, Napoli, 1989;
- TARUFFO Michelino, *Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1986;
- TARUFFO Michelino, *Note sull'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare*, in *Giurisprudenza italiana*, 2014;
- TARZIA Giuseppe, *Dieci anni di applicazione dell'astreinte in Belgio*, in *Riv. dir. proc.*, 1991;
- TARZIA Giuseppe, *Il contraddittorio nel processo esecutivo*, in *Esecuzione forzata e procedure concorsuali. Studi*, Padova, 1994;
- TARZIA Giuseppe, *Il contraddittorio nel processo esecutivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1978;
- TARZIA Giuseppe, *Il giusto processo di esecuzione*, in *Riv. dir. proc.*, 2002;
- TARZIA Giuseppe, *Relazione al progetto*, in *Rivista diritto processuale*, 1996;
- TEDIOLI Francesco, *Osservazioni critiche all'art. 614-bis cod. proc. civ.*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, I, 2013;
- TISCINI Roberta, *La procedura conciliativa che precede il licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo*, in F.P. Luiso, R. Tiscini, A. Vallebona (a cura di), *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, Giappichelli, Torino, 2013;

- TOMMASEO Ferruccio, *L'esecuzione indiretta e l'art. 614 bis c.p.c.*, in *Rivista di diritto processuale*, II, 2014;
- TRIMARCHI Michele, *La clausola penale*, Milano, 1954;
- TROPLONG Raymond Théodore, *De la contrainte par corps en matière civile et de commerce*, VIII, Bruxelles, 1847;
- UBBELOHDE August, *Commentario alle Pandette tradotto e arricchito di copiose note e confronti col codice civile del Regno d'Italia* (trad. e note di V. Pouchain), XLIII-XLIV, I e II, Milano, 1899;
- VALLONE Giuseppe, *La tutela dei diritti nell'esecuzione forzata*, Roma, 2020;
- VAN COMPERNOLLE Jaques, *L'astreinte*, in *Répertoire notarial*, Bruxelles, 1992 ;
- VARVARO Mario, *Gai 4.163 e la struttura della "formula arbitraria" nell'"agere ex interdictio sine poena"*, in *AUPA*, LX, 2012;
- VARVARO Mario, *Lineamenti di procedura civile romana*, Napoli, 2023;
- VASSALLI Giuliano, *La mancata esecuzione di provvedimento del giudice*, Torino 1958;
- VENTURA Nicola, *La misura coercitiva di cui all'art. 614 bis c.p.c. e l'esecuzione dell'obbligo di contrarre*, in *Giurisprudenza italiana*, 2014;
- VACCARELLA Romano, *Titolo esecutivo, precetto, opposizione*, Torino, 1983;
- VERDE Giovanni, *Il disegno di legge n. 2246 presentato al Senato dal ministro Reale sui provvedimenti urgenti relativi al processo civile*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1976;
- VIARO Silvia, *Azioni penali munite di clausola arbitraria: una contraddizione in termini?*, in *Actio in rem e actio in personam. In ricordo di M. Talamanca* (a cura di L. Garofalo), I, Padova, 2011;
- VIARO Silvia, *L'arbitratus e restituendo nelle formule del processo privato romano*, Napoli, 2012;
- VINCRE Simonetta, *Le misure coercitive ex art. 614-bis c.p.c. dopo la riforma del 2015*, in *Rivista di diritto processuale*, 2017;

- VINCRE Simonetta, *Le nuove norme sul processo esecutivo e sull'esecuzione indiretta*, in *Rivista Trimestrale di diritto processuale civile*, II, 2003;
- VINNIUS Arnold, *In quatuor libros Institutionum Imperialium Commentarius*, Anversa, 1692;
- VISKY Károly, *La pena convenzionale in diritto romano all'inizio del Principato*, in *Studi in onore di E. Volterra*, I, Milano, 1971;
- VOCI Pasquale, *La responsabilità del debitore da stipulatio poenae*, in *Studi in onore di E. Volterra*, III, Milano, 1969;
- VOCI Pasquale, *Per la storia della novazione*, in *BIDR*, LXVIII, 1965;
- VOCI Pasquale, s.v. 'Esecuzione forzata' in *ED*, Milano, 1966;
- VOCI Pasquale, *Una 'quaestio' di Papiniano in tema di stipulatio poenae: D. 45,1,115*, in *Studi di diritto romano*, I, Padova, 1985;
- VULLO Enzo, *L'esecuzione indiretta fra Italia, Francia e Unione Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2004;
- VULLO Enzo, *Non coercibilità del diritto-dovere di visita del figlio minore spettante al genitore non collocatario*, in *Famiglia e diritto*, 2020;
- WALTER Ferdinand, *Geschichte des römischen Rechts bis auf Justinian*, II, Bonn, 1846;
- WENGER Leopold, *Istituzioni di procedura civile romana* (trad. it. di R. Orestano), Milano, 1938;
- WENGER Leopold, *Zur Lehre von der actio iudicati*, Graz, 1901;
- WLASSAK Moritz, *Die aquilianische Stipulation*, in *ZSS*, XLII, 1921;
- WLASSAK Moritz, s.v. *Cessio bonorum*, in *PWRE*, III.2, Stuttgart, 1899;
- WOESS Friedrich, *Die prätorischen Stipulationen und der römische Rechtsschutz*, in *ZSS*, 53, 1933;
- WOESS Friedrich, *Personalexecution und cessio bonorum in römisches Reichsrecht*, in *ZSS*, XLIII, 1922;
- ZARRELLI Antonio, *Fungibilità ed infungibilità nell'obbligazione*, Napoli, 1969;

ZILLOTTO Paola, *'Stipulatio poenae' inadempimento del coerede e divisibilità della poena*, in L. GAROFALO (a cura di). *'Actio in rem' e 'Actio in personam'. In ricordo di Mario Talamanca*, II, Padova, 2011;

ZILLETTI Ugo, *Studi sul processo civile giustiniano*, Milano, 1965;

ZIMMERN Sigmund Wilhelm, *Der römische Zivilprozeß in geschichtlicher Entwicklung bis auf Justinian*, III, Heidelberg, 1829;

ZUCCONI GALLI FONSECA Elena, *Misure coercitive e arbitrato*, in *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2014;

ZUCCONI GALLI FONSECA Elena, *Misure coercitive fra condanna e tutela esecutiva*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, I, 2014;

ZUCCOTTI Ferdinando, *Omnia iudicia absolutoria esse*, in *Vivagni*. III, in *Rivista di Diritto Romano*, III, 2003.

INDICE DELLE FONTI CITATE⁴⁶⁶

I. FONTI GIURIDICHE	4.144	27.31	
a) Fonti pregiustiniane	4.145	28.31	
	4.154	44.62	
<i>Gai Institutiones</i>			
2.98	27.31	<i>Pauli Sententiae</i>	
2.154	29.35	1.1.3	142.201
3.77	27.31		
3.80	27.31	b) Fonti giustiniane	
3.81	27.31	<i>Codex Iustinianus</i>	
3.103	103.134	2.3.28	89
3.177	129.176	2.55.1	84
4.23	23.23	4.49.4	176
4.24	23.23		179
4.34	27.31		186
4.35	27.31		190.273
4.48	174.244		192.281
4.53d	100		197
	100.128	4.55.2	83.105
4.136	99.125	4.64.3	89

⁴⁶⁶ Prima del punto la pagina, dopo la nota.

6.51.9b	178	4.8.23.3	83.105
8.37.10	149.207	4.8.27.1	83.105
8.38(39).3.pr.	103.134	4.8.27.4	83.105
8.41.8	140.197	4.8.30	83.105
		4.8.31	83.105
		4.8.32.12	94.119
		4.8.34.1	83.105
<i>Digesta Iustiniani</i>		4.8.37	83.105
2.5.3	35.51	4.8.39.pr.	83.105
2.11.2	35.51		92
2.11.9	64	4.8.39.1	83.105
2.11.9.1	60	4.8.40	83.105
	83.105	4.8.42	83.105
2.11.9.2	35.51		94
2.11.10	35.51	6.1.68	69
	106		187
2.11.14	103.134	8.5.6.2	194
2.14.7.4	88	9.4.29	195
2.14.7.12	88	12.1.9.4	103.134
2.14.10.1	119	12.1.40	83.105
	120	12.6.26.13	59
2.15.4	131.180	13.3.3	97.123
2.15.16	121	17.2.41	123
4.8.2	90	17.2.42	124
4.8.3.2	93.118	17.2.71.pr.	75
4.8.11.1	93.118		113
4.8.15	93.118		114
4.8.21.9	83.105		115
4.8.21.10	83.105		116
4.8.21.12	83.105		117
	92		125
	103.132		126
4.8.23.pr.	83.105		127
4.8.23.1	83.105		128
4.8.23.2	92.116		129

	130	38.1.39	78.96
	131	42.1.11	96
	132		97
	133	42.1.13.1	46.63
	139		47.64
	140		51
	141		54
	142		56
	143		68
	145		69
	152		75
	153		86.109
	218		116.156
	329		150.208
19.1.1	179		152
	180		154
	185		157
	186		174
	188		175
	190		176
19.1.28	123		177.251
	124		180
19.1.47	59.83		184
	83.105		190.275
	124.168		191.279
	134.186		228
19.2.58.2	78.96		328
21.2.57.1	83.105		329
22.2.9	83.105		330
	134.186	42.1.15.3	49.69
22.3.17	97.123	42.1.31	48.68
23.4.12.2	118	42.2.3	69
	120	42.8.6.8	44.62
35.1.24	83.105	43.12.1.12	44.62
36.2.24	112.150	44.4.4.2	83.105

44.7.23	83.105	45.1.8	83.105
44.7.44.5	111		114.154
	112.151	45.1.38.pr.	102
	114		106
44.7.44.6	75	45.1.38.1	102
	118		106
	126.171	45.1.38.2	35.52
	127		106
	128	45.1.38.17	83.105
	129		103
	130	45.1.38.18	103.134
	133	45.1.68	97
	134.187		191.277
	135	45.1.69	83.105
	137		114.154
	139	45.1.71.pr.	82
	140	45.1.72.pr.	46.63
	141.198		51
	142		55
	143		58
	145		61
	153		64
	329		68
45.1.2.1	58		75
45.1.2.6	83.105		86.109
	105		116.156
45.1.3.pr.	105		150.208
45.1.3.2	32.52		157
45.1.4.pr.	134.186		176.247
45.1.4.1	83.105		182
	107		190.274
	134.186		192
45.1.5.3a	83.105		199.290
	134.186		328
45.1.5.4	108		329

	330	45.1.139	108
45.1.72.1	78.96		134.186
45.1.74	97.124	45.1.140.pr.	134.187
45.1.75.7	97.124	46.2.28	131.180
45.1.75.10	179	45.3.1.6	83.105
45.1.77	83.105		135
	134.186		136
45.1.81	83.105	46.2.1.pr.	115.156
	191.277		127
45.1.85.3	107		142
45.1.85.5	108	46.5.6	83
45.1.85.6	83.105		83.105
45.1.110	103.134	46.5.11	97
45.1.113	78.96		
	83.105	<i>Institutiones Iustiniani</i>	
45.1.115.pr.	83.105	3.15.7	98
	112.150		101
45.1.115.1	83.105	3.19.4	103.134
	112.150	3.19.19	103.134
45.1.115.2	83.105	3.29.3	129.175
	112.150		131.180
	134		141.197
	137		
	140	c) Fonti di età intermedia	
	141		
45.1.121.2	83.105		
45.1.121.3	134.186	Accursius	
45.1.122	83.105		
45.1.122.6	121	<i>Pandectarum seu Digestorum iuris civilis. Quibus Iurisprudentia ex veteribus Iurisconsultis desumpta, libri I continetur tomus tertius.</i>	
	134.186		
45.1.137	70	(ed. Venezia, 1581)	
	71		
	71	1215	179
	83.105		
	107		

Accursius		(ed. Venezia, 1586)	
<i>Pandectarum seu Digestorum iuris civilis. Quibus Iurisprudentia ex veteribus Iurisconsultis desumpta, libri I continetur tomus tertius.</i>		5 retro	188
(ed. Venezia, 1581)		<i>Quartum et Quintum Codicis libros Commentaria</i>	
22	181	(ed. Venezia, 1586)	
364	174	113 retro	186
<i>Institutionum civilium libri quatuor, una cum Accursii</i>		Bartolus	
(ed. Parigi, 1550)		<i>Omnium Iuris Interpretum Antesignani. Commentaria. Nunc recens, præter omnes alias ad hanc diem in lucem editas, Aureis Adnotationibus</i>	
col. 654	129.175	(ed. Venezia, 1602)	
Albericus De Rosate		25 verso	182
<i>Commentarii in primam Digesti novi partem</i>		30 verso	184
(ed. Venezia, 1585)		115 retro	185
102	177.251		
Azo		Cujas	
<i>Summa Codicis</i>		<i>Opera omnia</i>	
(ed. Venezia, 1584)		(ed. Napoli, 1766)	
col. 454	177.251	col. 382	188
col. 761	177.251	col. 733	189
Baldus		Donellus	
<i>In primam et secundam infortiati partem Commentaria</i>		<i>Opera omnia</i>	
		(ed. Firenze, 1847)	

col. 221	190	Cicero	
col. 225	191.279	<i>Pro Quinct.</i>	
col. 1027	190	15.49	27
	192.281	15.50	27
col. 1269	192		
		Gellius	
Antoine Favre		<i>Noctes Atticae</i>	
<i>Rationalia in secundam partem pandectarum</i>		20.1.41	23.20
(ed. Ginevra, 1626)			
823	194	IV. FONTI GIURIDICHE CONTEMPORANEE	
943	196.285		
		a) Diritto internazionale	
Vinnius		Patto sui diritti civili e politici	
<i>In quatuor libros Instituionum Imperialum Commentarius</i>		Art. 11	171
(ed. Anversa, 1692)		Prot. CEDU	
608	197	Art. 1	171
II. FONTI EPIGRAFICHE		Reg. UE 1215/2012	
		Art. 55	285
Donatio Flavii Syntrophi			286
(FIRA, III, Florentiae, 1940)			287
298	138.192		
		b) Diritto francese	
III. FONTI LETTERARIE		Code civil	
		Art. 1142	53.75

	206		
	208	c) Diritto italiano	
	209	Codice civile (1865)	
	215	Art. 1218	
	218		220
	219		221
	220	Art. 1219	221
Art. 1143	206	Art. 1220	221
	208		233
	209		240
	235.346	Art. 1221	221
Art. 1144	206	Art. 1222	221
	208		233
	235.346		
Art. 1221	215	Costituzione	
	218	Art. 24	248
	219	Art. 25	311
Code de procédure civile		Codice penale	
Art. 11 co. 2	217	Art. 388	226
Art. 1036	211.307		245
			246.362
Code de procedure civile d'exécution		Art. 650	245
			246.362
Art. L131-2	213.311		
	216		
Art. L131-4 co.2	216	Codice del processo amministrativo	

Art. 114 co. 4, lett. e)	313	Art. 342- <i>bis</i>	257
		Art. 342- <i>ter</i>	257
Codice civile (1942)		Art. 360	277
Art. 1180	239	Art. 409	261.382
	242		274
Art. 1218	234	Art. 474	244
	235		281
	236	Art. 484	292
Art. 1224	271		298
	333	Art. 487	305
Art. 1287	250	Art. 512	302
Art. 1382	11	Art. 543	48
Art. 1453	234		294
	250	Art. 549	302
Art. 2931	179	Art. 605	49
	233		263
	234		279
	235		291
Art. 2932	203		292.430
	268.391		294
			296
Codice di procedura civile			298
Art. 100	249	Art. 612	46.63
	250		87.110
	251		179
	331		233.342

	234		212
	235		218
	236		229
	240		241
	260		250
	262		252
	264.388		253
	289		254 ss.
	291		259 ss.
	292.430		267 ss.
	293		274 ss.
	294		276 ss.
	297		281 ss.
	298		289 ss.
	303		295 ss.
Art. 614- <i>bis</i>	10		299 ss.
	11		304 ss.
	15		308 ss.
	33.41		314 ss.
	33.43		319 ss.
	44		324 ss.
	87.110		332 ss.
	94.120	Art. 615	256
	152		257
	154		283
	158		284

	294	d) Fonti giurisprudenziali	
	300	Giurisprudenza Corte di Giustizia	
	303	C-291/21 del 20.04.2023	285.423
	304		
	305	Giurisprudenza francese	
Art. 617	284	Trib. Croy, 23.03.1811	211.307
	300	Cass. 28.12.1824	213
	301	Cass. 4.06.1834	213
	302	Cass. 22.11.1841	213
	303	Trib. Douai, 5.12.1848	213
	304	Cass. 7.07.2011	215.314
	305		
Art. 709-ter	257	Giurisprudenza di merito italiana	
Art. 824-bis	270	Trib. Terni, ord. 4.08.2009	260.379
		Trib. Terni, ord. 6.08.2009	269.393
L. n. 300/1970 (c.d. Statuto dei lavoratori)		Trib. Cagliari, 19.10.2009	269.392
Art. 18	245	Trib. Torino, 2.07.2010	269.392
	255	Trib. Messina, 6.07.2010	269.392
	275	Trib. Varese, 16.02.2011	260.379
	289	Trib. Modena, 7.03.2011	261.380
		Trib. Milano, 9.06.2011	261.380
		Trib. Roma, 6.07.2012	269.393
D.lgs. n. 30/2005 (c.d. Codice della proprietà industriale)		Trib. Rieti, 9.07.2013	269.392
Art. 124	257	Trib. Reg. Emilia, ord. 15.03.2015	269.392
Art. 131	257	Trib. Genova, 28.04.2015	269.392
		Trib. Bari, 16.05.2016	269.392

Trib. Roma, 17.05.2017	285		317.458
	287	Cass. n. 20994/2018	305.439
Trib. Roma, 3.04.2019	282.419		305.441
Trib. Roma 3.04.2019	282.420		306
Trib. Grosseto, 23.04.2020	269.392	Cass. n. 6471/2020	269.394
Trib. Roma, 15.11.2024	312.450	Cass. n. 15963/2021	305.439
			306
Giurisprudenza di legittimità italiana		Cass. n. 25941/2023	268.391
		Cass. n. 7927/2024	277.408
Cass. n. 1204/1962	233.342	Cass. n. 23283/2024	305.439
Cass. n. 2016/1968	233.342		306
Cass. n. 1043/1970	233.342		
Cass. n. 1782/1971	250.367	Giurisprudenza del Consiglio di Stato	
Cass. n. 4815/1980	233.342		
Cass. n. 5137/1981	250.367	Cons. St., Ad. Pl., sent. n. 15/2014	
Cass. n. 6402/1984	233.342		310
Cass. n. 576/1992	233.342		313.452
Cass. n. 7500/1994	250		
Cass. n. 15349/2000	251.368		
Cass. n. 11061/2003	320.463		
Cass. n. 19657/2004	320.463		
Cass. n. 1183/2007	314.455		
Cass. n. 28274/2008	251.369		
Cass. n. 19454/2011	252.370		
Cass. n. 7613/2015	314.454		
	315		
Cass. n. 16601/2017	314/455		

