



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO
SCUOLA DI DOTTORATO IN DIRITTO SOVRANAZIONALE E DIRITTO
INTERNO

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO COMPARATO
AMBITO DISCIPLINARE IUS/02
XXIV CICLO

ESECUZIONE FORZATA E
RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE DEL DEBITORE

Tutor

Ch.mo Prof. Girolamo Monteleone

Tesi di dottorato di

Giuseppe Vallone

Coordinatore

Ch.mo Prof. Guido Smorto

ANNO ACCADEMICO 2013 - 2014

INDICE

PREMESSA	3
----------------	---

CAPITOLO I

LA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE DEL DEBITORE

1. La responsabilità patrimoniale del debitore: nozione, oggetto, universalità, proporzionalità e adeguatezza.	12
1.1.La responsabilità/garanzia patrimoniale quale elemento strutturale del rapporto obbligatorio.....	19
2. Obbligazione, inadempimento e responsabilità patrimoniale: dalla responsabilità personale (art. 1218 c.c.) alla responsabilità sul patrimonio (art. 2740 c.c.).....	25
3. Teorie patrimoniali e teorie personali. Schuld und haftung.....	31
4. La par condicio creditorum quale elemento caratterizzante la responsabilità patrimoniale.....	36
4.1. Cenni storici e comparatistici sulla par condicio creditorum: gli antecedenti storici dell'art. 2741 del codice civile.....	39
4.2. Sistematica e significato dell' «eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore».	43

CAPITOLO II

LA TUTELA ESECUTIVA DEI DIRITTI DI CREDITO

1. La esigenza di coordinare le diverse forme di esecuzione forzata con le peculiarità dei diritti di credito e dei diritti reali.	49
2. L'ordine di reintegra del lavoratore illegittimamente licenziato e il dibattito intorno all'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare.....	56
2.1. Dall'inseguibilità dell'ordine di reintegra del lavoratore al preteso superamento dei principi di incoercibilità degli obblighi di fare e di non fare e di correlazione necessaria tra condanna ed esecuzione forzata.	

Sull'esistenza di sentenze di "condanna" non suscettibili di esecuzione forzata. Rilievi critici.	60
2.2. Ipotesi di sussistenza di un sistema generalizzato di misure coercitive. 64	
2.3. Segue: l'esecuzione forzata in forma specifica come misura coercitiva e il superamento del principio di tipicità delle forme di esecuzione forzata. Critica.....	69
2.4. Breve conclusione sulle teorie "estensive" della sentenza di condanna e dell'esecuzione in forma specifica.	72
3. La tutela esecutiva dei diritti di credito.....	74
3.1. L'esecuzione in forma specifica dei diritti credito.....	77
4. Obblighi di consegna o rilascio di cose determinate.....	81
4.1. Segue: la tutela in forma specifica della locazione: l'obbligazione di consegna del locatore.	82
4.2. Obblighi di consegna di cose determinate solo nel genere.	88
5. Obblighi di fare e di non fare.	92
5.1. Esecuzione forzata in forma specifica degli obblighi di fare e di non fare e responsabilità patrimoniale.....	95
5.2. Ambito e presupposti di applicazione dell'esecuzione in forma specifica degli obblighi di fare e di non fare, surrogabilità dell'obbligo ed "esercizio del diritto giurisdizionalmente controllato".	98
5.3. Esecuzione in forma specifica degli obblighi di fare e non fare e risarcimento del danno in forma specifica.	104

CAPITOLO III

LA COAZIONE ALL'ADEMPIMENTO

1. Rilievi di carattere generale.	113
2. La lunga strada verso la codificazione delle misure coercitive in Italia. .	118
3. La misura coercitiva prevista dal nuovo art. 614-bis c.p.c.: profili problematici e di sistema.....	120
4. La coazione all'adempimento nelle esperienze straniere. L'ordinamento francese: le <i>astreintes</i>	128
4.1. L'ordinamento anglosassone: l' <i>injunction</i> e il <i>contempt of court</i>	134
4.2. L'ordinamento tedesco: le <i>Zwangsstrafen</i>	139
BIBLIOGRAFIA	143

PREMESSA

Il presente studio costituisce il risultato di un'indagine sulla tutela esecutiva dei diritti di credito, ossia quelli nascenti da un'obbligazione civile.

Esecuzione forzata e responsabilità patrimoniale sono i due principali istituti, il primo afferente al diritto processuale, l'altro al diritto sostanziale, che l'ordinamento giuridico destina alla soddisfazione del creditore, nell'ipotesi di inadempimento del debitore, e costituiscono, altresì, il filo conduttore della ricerca.

La responsabilità patrimoniale è intimamente connessa con i diritti obbligatori o di credito, tanto che, da un lato, essa sorge contestualmente al sorgere di un'obbligazione, e, dall'altro, costituisce il presupposto indefettibile che consente al creditore di reagire all'inadempimento e di ottenere in via esecutiva, senza o addirittura contro la volontà del debitore, esattamente la stessa utilità che avrebbe ottenuto mediante l'adempimento spontaneo di costui.

L'art. 2740 del codice civile italiano dispone che *«Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri. Le limitazioni della responsabilità patrimoniale non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge»*. Tale norma configura dunque lo stato di assoggettamento del patrimonio del debitore al potere del creditore, che è pertanto titolare di una generica garanzia del suo credito sul complesso dei beni del primo.

Connessa con questa disposizione di carattere generale, è quella di cui all'art. 2910 c.c., ove è sancito che *«Il creditore per conseguire quanto gli è dovuto, può far espropriare i beni del debitore, secondo le regole stabilite nel codice di procedura civile»*.

Qualora il debitore non adempia spontaneamente alla propria prestazione, il creditore può procedere all'espropriazione dei beni del debitore indipendentemente dalla sua volontà e, attraverso la vendita, ricavarne un equivalente monetario.

Orbene, l'equivalente monetario (quando trattasi di obbligazioni aventi ad oggetto una prestazione diversa dalla dazione di denaro) soddisfa pienamente il

creditore, ed in questo senso sarebbe erroneo parlare di un mero surrogato della prestazione, tanto che, non a torto, si è parlato di effetto purgativo della responsabilità patrimoniale, rispetto all'originaria obbligazione¹.

Infatti, ai sensi dell'art. 1174 c.c., «*La prestazione che forma oggetto della obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore*», mentre, a norma dell'art. 1218 c.c., «*Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno [...]*».

Questo meccanismo costituisce il presupposto operativo dell'istituto della responsabilità patrimoniale, ossia un combinato disposto di fondamentale importanza che lega la responsabilità patrimoniale all'obbligazione, e che, come vedremo, apre la strada alla tutela esecutiva del diritto di credito.

L'istituto della responsabilità patrimoniale del debitore affonda le sue radici nel diritto romano, ed è frutto di una lunga e complessa evoluzione.

Agli albori di tale percorso evolutivo, non poteva ancora parlarsi di responsabilità patrimoniale come oggi intesa, conoscendo, il diritto romano delle origini, soltanto una forma di responsabilità personale del debitore.

Il fondamento normativo storico dell'esecuzione forzata sulla persona del debitore inadempiente, si rinviene già nelle XII Tavole (V sec. a. C.), che attribuivano al creditore, in favore del quale fosse stata emessa una sentenza di condanna, di esperire la *legis actio per manus iniunctionem*.

Questa azione comportava che il creditore, in seguito all'*addictio* pronunciata dal pretore, potesse tenere in catene per sessanta giorni il debitore che non avesse ottemperato alla sentenza, e portarlo al mercato per permettere che qualcuno lo riscattasse.

In caso di esito negativo poteva venderlo *trans Tiberim* o addirittura ucciderlo.

¹ G. LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, Napoli, 1966, pp. 313 ss.

Nel caso concorressero una pluralità di creditori, le XII Tavole stabilivano che il corpo del debitore potesse essere fatto a pezzi (*partes secanto*) e spartito tra i creditori².

Una mitigazione della procedura esecutiva romana si ebbe con la *lex Poetelia*, datata 326 a. C., che determinò il divieto dell'incatenamento, della vendita e dell'uccisione del debitore, disponendo che il debitore potesse scontare il debito in lavoro

Solo per alcune limitate categorie di diritti³ era prevista l'esecuzione sul patrimonio, mediante l'esperimento della *legis actio per pignoris capionem*, che concedeva al creditore il potere di impossessarsi dei beni del debitore, onde ottenere l'equivalente economico del credito.

Col tempo, a questa forma di responsabilità personale, si è affiancata una responsabilità di tipo patrimoniale che ha dato luogo alla *bonorum venditio*, consistente nella vendita all'asta di tutti i beni del debitore ad un *bonorum emptor* che avesse offerto di pagare la maggior percentuale dei debiti.

Tramite la *bonorum venditio*, si attuava peraltro il concorso di tutti i creditori che venivano chiamati con la *praescriptio* a partecipare alla procedura esecutiva.

L'ultima tappa di questa evoluzione (descritta solo a grandi linee) è la *distractio bonorum* cioè la vendita di singoli cespiti del patrimonio del debitore fino all'effettivo soddisfo del debito. Questa procedura, più favorevole per il debitore, fu praticata inizialmente soltanto per determinate categorie di soggetti, più meritevoli di protezione, come gli incapaci e i pupilli, per essere successivamente estesa anche alle persone di rango senatorio.

Già nel diritto romano, si è visto, si assiste all'inizio di un percorso - conclusosi solo recentemente - che porterà l'esecuzione forzata per debiti ad affrancarsi da qualsiasi connotato personale, per involgere solo il patrimonio del debitore.

² M. MARRONE, *Istituzioni di diritto Romano*, Palermo, 1984, pp. 90 ss.; L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, trad. di R. ORESTANO, Milano, 1938, pp. 220 ss.

³ Ad esempio, per il pagamento dell'*aes militare*, dell'*aes aequestraes*, dell'*aes hordiarium* o per conseguire il pagamento delle imposte.

È alla seconda metà del XIX secolo che risale, infatti, l'abolizione dell'istituto dell'arresto per debito con la legge 6 dicembre 1877 n. 4166, previsto dall'art. 2093 del codice civile del 1865, pur lasciando in vita la sanzione per le sole obbligazioni da reato.

Ogni forma di sanzione personale legata all'inadempimento di obbligazioni civili scompare definitivamente con il codice del '42.

La garanzia patrimoniale del debitore e la possibilità dell'espropriazione fanno sì che il creditore possa, in caso di inadempimento, soddisfarsi sui beni del debitore, ottenendone una somma di denaro, indipendentemente e contro la volontà del debitore.

Lo studio sulla tutela giurisdizionale dei diritti deve necessariamente tener conto che vi sono diverse di situazioni giuridiche soggettive che si concretano in obblighi di fare o non fare infungibili, il cui soddisfacimento può avvenire solo tramite la esecuzione diretta dell'obligato, ma, se questi non collabora, non vi è modo di soddisfare il diritto poiché è materialmente impossibile costringere un soggetto a fare o disfare qualcosa.

Nel corpo del lavoro, si analizza il dibattito della dottrina moderna in ordine all'esistenza e vigenza del principio di incoercibilità degli obblighi di fare, riassunto nel noto brocardo *nemo ad factum praecise cogi potest, ne homini libero vis fiat*.

Il principio ha la sua fondazione (per quanto ci è noto) nel diritto romano, e segnatamente in un passo di Ulpiano (Ulpiano XX *ad edictum*), contenuto in D. 45, I, 72, che a sua volta riconduce l'opinione di Celso, in D. 42, I, 13, riferita ad un parere di Tuberone.

Il processo romano di cognizione e di esecuzione sembra in ogni caso pervaso dal principio dell'infugibilità degli obblighi di fare, tanto è vero che la condanna aveva sempre ad oggetto una somma di denaro, indipendentemente dalla natura della prestazione originaria inadempita.

Il principio è stato successivamente oggetto di feconda speculazione da parte dei Glossatori e dei Commentatori, i quali trattano dell'esecuzione forzata delle

obbligazioni in termini problematici, poiché finiscono sempre per confermare la vigenza del principio dell'infungibilità e incoercibilità del *facere*⁴.

Il principio « *nemo ad factum praecise cogi potest sine vi et impressione, ne homini libero vis fiat* » sembrerebbe risalire a Vinnio⁵, il quale, secondo gli studiosi, abbandona la visione problematica dei giuristi dei secoli precedenti intorno all'assolutezza del principio dell'incoercibilità dell'agire umano.

Il principio conosce la sua massima espansione con il giusnaturalismo, che influenzerà direttamente la prima delle codificazioni moderne: proprio perché non si può costringere il debitore ad eseguire la prestazione promessa, l'art. 1142 del *code Napoléon* prescrive che « *Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur* ».

Questo non ha impedito, anzi ha favorito la creazione di un potente istituto di esecuzione indiretti o di coercizione, l'*astreinte*.

Il dibattito intorno all'incoercibilità degli obblighi di fare ha preso vigore nella dottrina italiana a partire dagli anni '70, eccitato dall'emanazione dello Statuto dei Lavoratori, e, in particolare, dalla contingenza di dare attuazione all'ordine di reintegra del lavoratore illegittimamente licenziato, ai sensi della disciplina dell'art. 18, ma poi generalizzato ed esteso ad ogni forma di tutela giurisdizionale dei diritti.

Il dibattito intorno alla coercibilità degli obblighi di fare si sviluppa in diverse direzioni e ha, sullo sfondo, la pretesa di dimostrare la cogenza di un altro principio, ossia quello della prevalenza della tutela in forma specifica sulla tutela per equivalente.

Quest'ulteriore principio porta con sé la necessità di sostenere l'atipicità delle forme di esecuzione forzata in forma specifica degli obblighi di fare e di non fare, previste dal Codice di procedura civile, onde estenderne il campo di applicazione - che invece la legge sembra limitare alla esecuzione di opere materiali non eseguite in violazione di un obbligo di fare e, viceversa, alla distruzione di opere che sono

⁴Secondo Bartolo da Sassoferrato « *Cogere promissorem ad faciendum esset quaedam species servitutis* », BARTOLO, *Commentaria in D. 45, I, 72 n. 13*.

⁵VINNIO, *Commentarius in quattuor libros Institutionum Imperialium*, III, 24

state costruite in violazione di un obbligo di non fare - ad ogni forma di obbligo purché in qualche modo surrogabile.

Sotto altro - ma connesso - aspetto, si assiste alla demolizione del principio di necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata, che ha significato estendere la funzione di “condanna” anche a provvedimenti non suscettibili di esecuzione forzata perché aventi ad oggetto obblighi di fare infungibili.

L’esistenza di provvedimenti del genere, certamente, non si mette in dubbio, quello che si cercherà di indagare è se possano invece essere definiti “di condanna” in senso proprio, cosa che, evidentemente, implica, anche e primariamente, che si faccia luce sul significato proprio di «condanna».

Ci rendiamo conto, a questo punto, che il tema involge speculazioni ben più generali sul rapporto tra il diritto sostanziale e il processo, tra ciò che spetta secondo il diritto soggettivo e ciò che è lecito ottenere mediante l’esercizio della giurisdizione.

Ed infatti, se l’azione è necessariamente collegata al diritto soggettivo la cui violazione ne ha fatto sorgere il diritto, è pur vero che questa non si riduce ad una mera applicazione del diritto soggettivo nel senso che è volto ad attuare gli stessi effetti che il rapporto giuridico avrebbe prodotto in assenza dell’inadempimento di una delle parti.

In altre parole, non è detto che la parte, a seguito dell’esercizio del diritto di azione, possa ottenere esattamente la stessa cosa che gli spetta in base al suo diritto soggettivo.

Orbene, in primo luogo, deve darsi atto del fatto che la tutela esecutiva dei diritti deve necessariamente conformarsi e adattarsi alle peculiarità delle varie situazioni giuridiche soggettive che l’ordinamento riconosce.

Si compie, pertanto, una *summa divisio* tra «*situazioni finali*»⁶, caratterizzate da un rapporto diretto tra un bene e il soggetto titolare del diritto, tra le quali si fanno rientrare i diritti reali, i diritti assoluti, i diritti di godimento e in generale ogni genere di situazioni giuridiche tutelate dall’ordinamento che comportino il

⁶ La locuzione è quella utilizzata dall’illustre processualcivilista Salvatore Satta.

possesso di un bene, e «*situazioni strumentali*», di cui fanno parte i diritti di credito nascenti dalle obbligazioni civili, nelle quali il rapporto con il bene non è diretto, ma dipende da un'azione o omissione di un altro soggetto.

Questa è la cornice all'interno del quale verranno analizzate varie fattispecie giuridiche, indagando e analizzando, per ognuna di queste, quale sia la tutela apprestata dall'ordinamento in caso di inadempimento o di violazione.

Per questa via si giunge al risultato per cui le macro-categorie di espropriazione forzata e di esecuzione in forma specifica conservano ciascuna un proprio ambito di applicazione: la prima serve a tutelare i diritti di credito che vengono - da noi - definiti «*puri*» (perché non creano in capo al creditore una situazione possessoria con il bene oggetto dell'obbligazione), mentre le forme di esecuzione in forma specifica, cui è estranea la responsabilità patrimoniale, che è invece immanente solo all'espropriazione, tutelano le situazioni finali, e ciò indipendentemente dal fatto che siano sorte da un rapporto obbligatorio, in quanto ciò che viene ad assurgere a rango di situazione giuridica autonomamente tutelabile è il possesso (in senso atecnico) o il godimento del bene.

Si esamineranno dunque, sotto il profilo della tutela, quei particolari rapporti giuridici che, pur avendo origine da un'obbligazione, hanno l'effetto di costituire il godimento su un bene, casi in cui ad essere tutelata dall'ordinamento sia la relazione di fatto con il bene, divenendo irrilevante la genesi puramente obbligatoria della suddetta «*situazione finale*».

L'indagine sulla tutela esecutiva dei diritti di credito ci permetterà, dunque, di constatare che la tutela esecutiva assume connotati e manifestazioni diverse in relazione alle situazioni sostanziali tutelate, e, nello specifico, le obbligazioni civili ricevono compiuta tutela per mezzo dell'espropriazione forzata, mentre la cosiddetta esecuzione forzata in forma specifica è lo strumento tipico di tutela dei diritti reali o assoluti.

Fino a questo punto si è esaminata la tutela dei diritti di credito sulla base dell'istituto di diritto sostanziale della responsabilità patrimoniale, e dell'esecuzione forzata sul piano processuale.

Si esaminerà, in seguito, la tutela del diritto di credito tramite esecuzione processuale cosiddetta “indiretta”, ossia mediante l’applicazione di misure coercitive, cioè istituti afflittivi che dovrebbero premere sulla volontà del debitore affinché adempia spontaneamente.

È a proposito della «*coazione all’adempimento*» che vengono in rilievo importanti riferimenti comparatistici, esaminando i tre più importanti modelli di misure coercitive che si rinvencono negli ordinamenti di *civil law* e di *common law*.

A fronte della tradizione ormai secolare di questi modelli di misure coercitive nei paesi d’Oltralpe, l’ordinamento Italiano si è dotato di un sistema (quasi) generalizzato di misure coercitive solo in tempi recentissimi.

Con la legge 69/09, è stato introdotto nel codice di procedura civile l’art. 614-*bis*, che prevede un mezzo di coercizione indiretta per l’obbligato ad un fare o un non fare infungibile, consistente nella condanna al pagamento di una data somma di denaro per ogni giorno di ritardo nell’adempimento, ovvero per ogni successiva violazione degli obblighi di non fare.

Trattandosi di una coercizione indiretta (la minaccia dell’applicazione di una sanzione) se l’obbligato si rifiuta di adempiere, l’avente diritto non avrà modo alcuno per ottenere l’esecuzione della prestazione infungibile, potendo soltanto agire con l’espropriazione forzata nei confronti dell’obbligato per ottenere la somma di denaro cui sarà stato condannato dal giudice, il cui provvedimento costituisce titolo esecutivo.

L’origine dell’istituto è da rinvenirsi al di fuori dei confini italiani, dove è possibile individuare almeno tre modelli di coercizione.

Il primo, che costituisce anche l’immediato precedente della novella italiana, è costituito dalle *astreintes* del diritto francese, consistenti in una penalità di mora che il debitore deve versare in favore del creditore, in caso di rifiuto di ottemperare alla prestazione ordinata dal giudice; modello, questo, a cui si è ispirato il legislatore italiano.

Il secondo modello, proprio degli ordinamenti di *common law*, è costituito dall’istituto del *contempt of court*, caratterizzato dalla irrogazione di una sanzione

penale, ormai quasi soltanto pecuniaria, nei casi in cui un soggetto non si conformi all'ordine del giudice.

Infine, il terzo modello, di origine tedesca, è rappresentato dall'istituto della *Zwangsstrafen*, che prevede una sanzione di natura civile da corrispondersi in favore delle casse dell'erario.

CAPITOLO I

LA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE DEL DEBITORE

SOMMARIO: 1. La responsabilità patrimoniale del debitore: nozione, oggetto, universalità, proporzionalità e adeguatezza - 1.1. La responsabilità/garanzia patrimoniale quale elemento strutturale del rapporto obbligatorio - 2. Obbligazioni, inadempimento e responsabilità patrimoniale: dalla responsabilità personale (art. 1218 c.c.) alla responsabilità sul patrimonio (art. 2740 c.c.) - 3. Teorie patrimoniali e teorie personali. *Shuld und haftung* - 4. La *par condicio creditorum* quale elemento caratterizzante la responsabilità patrimoniale - 4.1. Cenni storici e comparatistici sulla *par condicio creditorum*: gli antecedenti storici dell'art. 2741 del codice civile - 4.2. Sistematica e significato dell' «eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore».

1. La responsabilità patrimoniale del debitore: nozione, oggetto, universalità, proporzionalità e adeguatezza.

L'art. 2740, che apre il Titolo III del Libro VI del vigente codice civile, stabilisce che *“il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri. Le limitazioni della responsabilità patrimoniale non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge”*.

L'istituto della responsabilità patrimoniale è posto a garanzia di chi si accinge a stipulare un'obbligazione, divenendo creditore di un altro soggetto: anche nel caso in cui questi non adempia, la legge gli garantisce idonei strumenti di

soddisfazione attraverso la potenziale aggressione di tutto il suo patrimonio.

In conseguenza, la responsabilità patrimoniale imprime (o contribuisce a imprimere) giuridicità al vincolo obbligatorio.

Il debitore, dunque, sin dal momento in cui ha assunto un'obbligazione, impegnandosi nei confronti del creditore ad eseguire una prestazione, e non importa il suo contenuto, espone *ex lege* il proprio patrimonio a garanzia della parte che dovrà ricevere la prestazione, nel caso in cui si renda inadempiente.

Non si deve credere che, per il fatto che l'istituto della responsabilità patrimoniale sia inserito nel libro VI del codice civile, che tratta "*Della tutela dei diritti*" e sia intimamente connessa con il processo esecutivo, abbia riflessi esclusivamente sul piano del diritto processuale, perché, allora, e come esamineremo nei successivi paragrafi, la disposizione sarebbe inutile o quanto meno ridondante, poiché il codice di procedura civile già disciplina compiutamente l'esecuzione forzata sul patrimonio.

Il concetto di responsabilità patrimoniale, allora, è, a discapito della sinteticità della norma di diritto positivo, così ampio e gravido di implicazioni, che ci è impossibile darne una definizione, se non guardando agli effetti concreti che essa produce, e non può ridursi ad un mero relitto storico di una concezione individualistico-patrimoniale del diritto⁷

Per una nota teoria, la responsabilità patrimoniale costituirebbe una sorta di diritto reale di pegno generico su tutto il patrimonio del debitore⁸, che si costituisce al momento della nascita dell'obbligazione.

Volendo approntare una definizione, possiamo dire che, in generale, la responsabilità consiste in una posizione creata in capo ad un soggetto dalla necessità giuridica di subire un effetto sfavorevole a fine di riparazione e in

⁷M. PORCELLI, *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, Napoli, 2011, p. 13 ss.

⁸A. ROCCO, *Studi sulla teoria generale del fallimento*, in *Rivista del dir. Commerciale*, 1910, I, pp. 690 ss.: secondo l'indirizzo citato, la responsabilità patrimoniale si risolve in un diritto di pegno generico su tutto il patrimonio del debitore, che viene poi a specificarsi al momento dell'individuazione dei beni che si effettua con il pignoramento. Pur non ritenendo corretta tale impostazione, poiché concepisce pertanto la responsabilità patrimoniale come un diritto reale distinto ed esterno all'obbligazione a cui fa riferimento, essa coglie nel segno nel momento in cui svincola l'istituto dalla fase puramente esecutiva.

dipendenza di un evento determinato⁹.

Assodato che, nella materia al nostro esame, tale evento foriero di responsabilità è l'inadempimento, la responsabilità patrimoniale assicura il risultato utile dell'obbligazione anche contro l'inerzia o contro la cattiva volontà del debitore, esponendone i beni all'azione esecutiva promossa dal creditore¹⁰.

Ma non è solo questa la funzione della responsabilità patrimoniale, né ciò che propriamente la lega all'obbligazione.

Il concetto può apparire più chiaro se poniamo al centro della nostra riflessione la garanzia patrimoniale, che è il riflesso della responsabilità patrimoniale sulla posizione giuridica soggettiva attiva del creditore.

In questa nuova e parzialmente diversa prospettiva, la responsabilità di cui parla l'art. 2740 c.c. è in realtà una garanzia generale dalla legge apprestata a tutti i creditori verso il debitore, e che pienamente si attua non solo in seguito all'inadempimento, ma anche e soprattutto prima¹¹.

Al di là di un'importanza sostanzialmente definitoria, rilevare che l'istituto della responsabilità non può scindersi da quello della garanzia è importante perché l'esistenza, anzi la coesistenza di entrambi i momenti è proprio quel che caratterizza il vincolo obbligatorio.

Al riguardo, è stato correttamente sostenuto che *“l'istituto della responsabilità patrimoniale nella sua attuale fase evolutiva è tale da dare ad esso (al vincolo obbligatorio) una fisionomia inconfondibile”*¹², volendo con ciò intendere che lo studio della responsabilità patrimoniale non può fermarsi soltanto al suo rapporto con l'esecuzione forzata, ma presuppone lo studio di tutta una serie di istituti che vengono temporalmente prima della fase esecutiva, che nascono contestualmente al rapporto obbligatorio e che mirano tutti alla conservazione della garanzia

⁹ F. ROSELLI, *Responsabilità patrimoniale*, in *Trattato di Diritto privato*, diretto da M. BESSONE, Milano, 2° ed. 2010, pag. 4

¹⁰ F. LAPERTOSA, *La responsabilità patrimoniale del debitore (art. 2740 c.c.)*, in *Nuova Giur. Civ.*, 1991, II, pp. 491-492.

¹¹ G. MONTELEONE, *Per un chiarimento sul concetto di responsabilità o garanzia patrimoniale del debitore*, in *Rivista del diritto commerciale*, I, 1993, pp.326 ss.

¹² G. MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria*, Milano, 1975, pp. 85 ss.

patrimoniale

In forza della garanzia sul patrimonio, infatti, il debitore è assoggettato al “*controllo gestorio*” del creditore, il quale, in pendenza dell’obbligazione, ancor prima dell’adempimento, ha il potere di intervenire ogni qualvolta il debitore, riducendo il proprio patrimonio, metta a rischio sia l’adempimento che l’eventuale soddisfazione coattiva.

Il potere gestorio del creditore sul patrimonio del debitore costituisce pertanto un vero e proprio *status* di soggezione di quest’ultimo nei confronti del primo - “*questi e non altri deve subire un siffatto controllo che pende dal sorgere all’estinguersi dell’obbligo*”¹³ - così come è vero che solo il creditore ha il diritto di limitare la libertà del debitore.

Questo *status* è, in altri termini, la condizione in cui si trova il debitore in pendenza del termine per l’adempimento.

La garanzia è dunque l’altra faccia della responsabilità: non vi può essere responsabilità senza garanzia.

Venendo all’oggetto della responsabilità patrimoniale, esso è costituito dall’intera massa dei beni appartenenti al debitore (ma anche questa definizione è riduttiva e imperfetta, perché vi sono dei casi in cui i beni soggetti a responsabilità appartengono a terzi, come, ad esempio, nella fideiussione o nelle ipotesi di costituzione di diritti reali di garanzia da parte di terzi).

La responsabilità patrimoniale è “*universale*”, perché ha ad oggetto “*tutti*” i beni del debitore.

Pertanto, tutti i beni del debitore concorrono a formare la garanzia patrimoniale: in linea di massima, nessun bene appartenente ad un soggetto obbligato sfugge alla responsabilità patrimoniale.

¹³ G. MONTELEONE, *Profili*, cit, p 86. L’A. che ha parlato di “*status*” in capo al debitore, in successive pubblicazioni (in *Per un chiarimento sul concetto di responsabilità o garanzia patrimoniale de debitore*, cit.), a fronte delle critiche mossegli ha chiarito che, con tale locuzione, intendeva riferirsi allo stato di assoggettamento ad una serie di poteri del creditore nei confronti del suo patrimonio, ancor prima dell’eventuale inadempimento, e non all’esistenza di uno *status* giuridico nel senso proprio del termine. Contro la configurabilità di uno “*Status*” in capo al debitore: C. MIRAGLIA, voce *Responsabilità patrimoniale*, in *Enciclopedia Giuridica*, XXIX, Roma, 1993, p.7.

Il requisito dell'appartenenza, per identificare i beni del debitore come "suoi", varia a seconda della natura dei beni stessi e, specialmente per i beni mobili, accade che la proprietà non sia presupposto dell'espropriazione, occorrendo soltanto che detti beni si trovino nella disponibilità, spaziale e temporale, del debitore.

Nella specie, possono essere oggetto di espropriazione beni appartenenti formalmente ad un terzo, ma, al momento del pignoramento, nella materiale disponibilità del debitore.

Le norme sul pignoramento mobiliare e la previsione di una speciale opposizione all'esecuzione proponibile dai terzi (art. 619 c.p.c., con i rilevanti limiti probatori previsti) ne sono la prova.

Che vengano inclusi non soltanto i beni presenti, ma anche quelli "futuri", significa che costituiscono garanzia per il creditore non solo i beni che fanno parte del patrimonio del debitore al momento della nascita dell'obbligazione, ma anche quelli che verranno successivamente acquisiti

Questi nuovi beni, pertanto, al pari di quelli preesistenti, sono vincolati a garanzia, soggiacciono all'esecuzione forzata e in pendenza del termine per l'adempimento, potranno essere oggetto di misure conservative, anche se al momento in cui è nata l'obbligazione non facevano parte del patrimonio del debitore.

L'universalità è però solo potenziale: ciò significa che, se al momento in cui nasce l'obbligazione e, con essa, la garanzia sul patrimonio, tutti i beni del debitore possono in astratto costituire oggetto di espropriazione, è solo con l'inizio di questa che si specificano i beni sui quali si appunterà la pretesa creditoria e che saranno oggetto di vendita forzata o di assegnazione.

Ed infatti, il pignoramento ha la funzione di identificare determinati beni presi dal coacervo indistinto del patrimonio del debitore, siano essi beni mobili, immobili o crediti, oggetto della successiva azione esecutiva.

L'universalità della responsabilità patrimoniale si deve necessariamente combinare con altri due principi fondamentali, ossia quelli di "*adeguatezza*" e "*proporzionalità*", che informano le azioni di conservazione della garanzia

patrimoniale e l'azione esecutiva e che ne rappresentano dei correttivi.

Adeguatezza e proporzionalità rispetto all'effettivo credito da garantire mirano anche a tutelare la *par condicio creditorum*¹⁴, perché un'esecuzione o una misura conservativa eccessiva rispetto al credito garantito andrebbe a danneggiare gli altri creditori che hanno eguale diritto si soddisfarsi sullo stesso patrimonio.

Orbene, varie sono le conseguenze del principio di proporzionalità della responsabilità patrimoniale.

Ad esempio, per quanto riguarda i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale (azione surrogatoria, azione revocatoria e sequestro conservativo, mezzi tipici), essi hanno come presupposto il pericolo di perdita della garanzia patrimoniale. Ma tale pericolo non sussiste, e la tutela non verrà concessa, se non vi è proporzione tra il patrimonio del debitore e il debito, che rispetto al primo sia di entità notevolmente inferiore o addirittura trascurabile.

Nel campo dell'espropriazione forzata, diverse norme, poi, hanno lo scopo di garantire la proporzionalità (in relazione al valore) e l'adeguatezza (in relazione al mezzo di esecuzione scelto) tra il credito vantato e i beni soggetti e esecuzione, e ciò per il generale principio per cui *“il patrimonio del debitore deve soggiacere alla esecuzione forzata soltanto entro i limiti di quel valore (del credito)”*¹⁵.

Non possiamo non richiamare alcune norme nel codice di procedura civile che, nell'ambito del procedimento esecutivo di espropriazione forzata, mirano a far sì che la responsabilità sul patrimonio, che da generica è diventata specifica, non costituisca un mezzo di vessazione del debitore, ma di giusta garanzia del credito: ad esempio, l'art. 496 c.p.c. prevede la riduzione del pignoramento quando il valore dei beni pignorati risulti superiore all'ammontare delle spese e dei crediti: ed infatti ai sensi dell'art. 2910 c.c. *“il creditore può far espropriare i beni del debitore”*, ma solo entro i limiti di quanto sia effettivamente necessario per *“conseguire quanto gli è dovuto”*.

La stessa disposizione si applica, ai sensi dell'art. 558 c.p.c., al caso in cui un

¹⁴ L.BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali, artt. 2740-2744*, ne *Il codice civile. Commentario diretto da P. Schlesinger*, Milano, 2° ed. 2010, pp. 4 ss

¹⁵ NATOLI E BIGLIAZZI-GERI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale (le azioni surrogatoria e revocatoria)*. *Appunti delle lezioni*, Milano, 1974, p.2

creditore ipotecario estenda il pignoramento ad immobili non ipotecati: in questo caso, il giudice può limitare l'espropriazione sui beni non ipotecati ovvero sospendere la vendita fino a che non si sia conclusa quella relativa ai beni ipotecati, qualora si possa ritenere che il ricavato dall'espropriazione del bene ipotecato sia sufficiente a soddisfare il creditore.

Allo stesso modo, il giudice concederà il sequestro conservativo dei beni pignorabili soltanto se ritenga il valore di questi beni proporzionato al credito vantato: è innegabile, infatti, che il requisito della proporzionalità dovrà essere accertato ai fini della valutazione sull'esistenza del *periculum in mora*, che è il fondato timore di perdere la garanzia patrimoniale.

Anche il principio di adeguatezza non è estraneo al codice di procedura: l'art. 483 c.p.c. prevede che, data la facoltà del creditore di valersi cumulativamente dei diversi mezzi di esecuzione, il debitore potrà fare opposizione al fine di limitare l'espropriazione al mezzo che il creditore o, in mancanza, lo stesso giudice scelga.

In questo caso, come si vede, la generale garanzia sul patrimonio viene di fatto limitata non solo per il principio di proporzionalità, ma anche per quello di adeguatezza: il giudice dell'esecuzione evidentemente riterrà fondata l'opposizione del debitore quando l'utilizzo di una forma espropriativa piuttosto che un'altra risulti più "adeguata", ossia maggiormente idonea allo scopo in relazione all'importo per cui si procede *in executivis*.

Adeguatezza e proporzionalità informano anche il cd. "*controllo gestorio*" del creditore, esplicazione della garanzia sul patrimonio: lo testimoniano la possibilità di chiedere la riduzione delle ipoteche, ai sensi dell'art. 2872 ss. c.c., la necessità del requisito dell'*eventus damni* per il proficuo esperimento dell'azione revocatoria, mentre l'azione surrogatoria per espressa previsione di legge viene ad essere proposta "*per assicurare che siano soddisfatte o conservate le ragioni del creditore*".

Il giudice innanzi al quale è proposta l'azione dovrà preliminarmente effettuare una valutazione sull'esistenza di dette ragioni, in relazione alla capienza del complesso patrimoniale del debitore.

Del sequestro conservativo si è già parlato.

Viceversa, adeguatezza e proporzionalità possono anche condurre, secondo le circostanze del caso concreto, a concludere che tutti i beni del debitore, nessuno escluso, siano effettivamente necessari ad integrare un'idonea garanzia patrimoniale, venendo così sottoposti tutti alle relative misure di conservazione¹⁶.

1.1. La responsabilità/garanzia patrimoniale quale elemento strutturale del rapporto obbligatorio

La responsabilità patrimoniale in capo al debitore non si esaurisce, dunque, nel potere espropriativo conseguente all'inadempimento, ma l'esistenza dei mezzi di conservazione della garanzia, che attribuiscono al creditore rilevanti poteri di ingerenza nella sfera patrimoniale del debitore, ci consente di individuarne il momento genetico dell'istituto della responsabilità patrimoniale.

La responsabilità patrimoniale sorge contestualmente al rapporto obbligatorio e, proprio per il motivo appena spiegato, accompagna il rapporto creditore/debitore fin dal suo sorgere, mentre l'esecuzione sul patrimonio, a seguito dell'inadempimento è solo una fase o una conseguenza di essa¹⁷.

Devono invece respingersi le teorie che limitano la responsabilità patrimoniale a mero presupposto dell'espropriazione forzata, per cui l'istituto troverebbe attuazione soltanto dopo che si è verificato l'inadempimento¹⁸.

Allora, è giunto il momento di compiere un passo avanti, che è necessaria conseguenza delle argomentazioni fin qui sviluppate

Si può con certezza affermare che l'istituto della responsabilità patrimoniale non è fonte di un rapporto esterno all'obbligazione - e cioè della sola fase esecutiva - ma è una particolare connotazione del rapporto obbligatorio, nel senso che tra le posizioni giuridiche soggettive attive e passive che vengono a sorgere,

¹⁶V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in Tratt. Dir. Priv., dir. da P. RESCIGNO, 19, I, Torino, 1997, p. 506

¹⁷ In questo senso, F. MACARIO, *Responsabilità e garanzia patrimoniale*, in *Diritto civile* diretto da N. LIPARI E P. RESCIGNO, IV, *Attuazione e tutela dei diritti*, II, *L'attuazione dei diritti*, Milano, 2009, p. 160 ss.: "*Responsabilità e garanzia opererebbero sin dal momento della costituzione del rapporto obbligatorio conferendo al creditore poteri di iniziativa finalizzati ad accrescere il patrimonio del debitore o a conservare i suoi beni*".

¹⁸ A. BONSIGNORI, *L'esecuzione forzata*, 2° edizione, Torino, 1991

vi sono anche quelle inerenti alla responsabilità e alla garanzia.

In altri termini, è incontestabile che, nello stesso momento di cui viene contratto un debito, il patrimonio del debitore è costituito a garanzia di esso, perché questi ne deve assicurare l'adempimento, ossia il risultato utile per il creditore, a mezzo del proprio patrimonio, non per una sua libera scelta ma perché è la legge a prevederlo.

Tuttavia, nella più recente dottrina italiana, si è pure sostenuto che la collocazione dell'art. 2740 c.c. all'interno del Libro VI del codice civile, anziché all'interno del libro IV, è indice che il legislatore del '42 avesse voluto discostarsi dalla teoria che vede la responsabilità elemento caratterizzante e interno al il rapporto obbligatorio¹⁹.

In particolare, nella sua prima stesura, il Libro "*delle obbligazioni*" conteneva un articolo volto a definire il rapporto obbligatorio, cui faceva seguito una disposizione praticamente coincidente con quello che successivamente sarebbe definitivamente diventata l'art. 2740, e poi trasferita nel Libro sulla tutela dei diritti.

Lo spostamento, in sede di redazione definitiva, della norma sulla responsabilità patrimoniale dal libro IV al libro VI, costituirebbe, secondo i sostenitori della teoria che vede la responsabilità patrimoniale un rapporto esterno e accessorio all'obbligazione, la miglior prova del ripensamento del legislatore in tal senso.

Ma la tesi è fragile perché basata solo sulla collocazione sistematica della norma, perché non terrebbe conto di quella che è la realtà dei fatti, e cioè che quando viene contratto un debito, il debitore, anche prima e indipendentemente dall'inadempimento, non può impunemente disfarsi della garanzia patrimoniale in danno del creditore, che si attiverà utilizzando i poteri concessigli dall'ordinamento.

E questi poteri, che sono i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, trovano il loro fondamento nella responsabilità patrimoniale.

¹⁹ Così, V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 487

Non solo, ma, a nostro avviso, proprio la collocazione sistematica dell'art. 2740 c.c. e la complessa intelaiatura del codice civile dimostra il contrario.

Il legislatore ha deciso di accorpate in un unico titolo la responsabilità patrimoniale e la conservazione della garanzia patrimoniale, e che l'art. 2740 è posto ad apertura del medesimo.

Dalla suddetta sistematica, emerge che il fatto che il debitore sia responsabile con tutti i suoi beni "presenti e futuri", e che con questi risponda dello (garantisca lo) adempimento, autorizza il creditore a compiere atti di conservazione del patrimonio (della garanzia patrimoniale, appunto).

La responsabilità patrimoniale è dunque il presupposto sostanziale dei mezzi di conservazione della garanzia.

E infatti, il titolo terzo del libro VI, che si apre con la definizione e istituzione della responsabilità patrimoniale, contiene al suo interno anche i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, i quali vengono posti in essere già prima ed indipendentemente dell'inadempimento.

In definitiva, la responsabilità patrimoniale costituisce il *proprium* del rapporto obbligatorio²⁰, nel senso che lo caratterizza a tal punto che il rapporto di responsabilità (soggezione) e garanzia (poteri di ingerenza e controllo) sono tipici delle sole obbligazioni²¹.

Questo ha importanti influenze, come vedremo, in tema di tutela esecutiva dei diritti di credito in netta contrapposizione alla tutela apprestata dall'ordinamento ai diritti reali o assoluti, perché la responsabilità patrimoniale caratterizza soltanto i diritti di credito, e solo l'espropriazione è il naturale mezzo esecutivo a tutela di

²⁰ In questi termini, G. MONTELEONE, in *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria*, cit., e in *Per un chiarimento*, cit.; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1953, p.253 ss.: "l'obbligazione è tale perché, a differenza degli altri doveri giuridici, contiene all'interno della sua struttura la responsabilità patrimoniale".

²¹ È interessante notare che M. GIORGIANNI, *L'obbligazione. (La parte generale delle obbligazioni)*, I, Milano, 1968, pp. 173 ss. dopo aver contestato le teorie secondo cui la responsabilità patrimoniale sarebbe elemento intrinseco dell'obbligazione, mentre questa sarebbe soltanto presupposto dell'esecuzione forzata, ed opererebbe solo a seguito della previsione di cui all'art. 1218, onde sarebbe ricollegata solo all'inadempimento, si concentra sul concetto di *garanzia patrimoniale*, che viene definita come un aspetto della responsabilità patrimoniale, avente la funzione di garantire l'*adempimento*. È lecito, a questo punto, chiedersi se non siamo in presenza di un'evidente contraddizione.

essi.

Invero, da un punto di vista parzialmente diverso, si è giunti a sostenere che la formulazione dell'art. 2740 c.c. sarebbe imprecisa, allorquando dispone che il debitore risponde dell'“*adempimento*” con il proprio patrimonio, atteso che la responsabilità opera esclusivamente a seguito dell'inadempimento, costituendo essa solo il presupposto del potere di espropriazione forzata ed è quindi relegata al momento esclusivamente processuale, patologico, del rapporto obbligatorio

E al contrario, il ritenere la responsabilità patrimoniale elemento intrinseco e coevo del rapporto obbligatorio sarebbe frutto di questa imprecisione lessicale in cui è incorso il legislatore²².

In particolare, la responsabilità patrimoniale sarebbe destinata ad operare sempre a seguito dell'inadempimento, in quanto essa non farebbe altro che attribuire al creditore il potere di espropriare i beni del debitore per ottenerne una somma di denaro, la quale, però, soddisferebbe pienamente il creditore solo quando l'obbligazione originaria abbia ad oggetto una somma di denaro; negli altri casi, costituirebbe solo un mero surrogato della prestazione²³.

Chi oggi sostiene che la responsabilità patrimoniale sia uno strumento di tutela del credito esterno all'obbligazione ritiene pure che con la nuova formulazione dell'art. 2740 c.c. del codice del '42, il legislatore avrebbe corretto, seppur imprecisamente, la “*infelice*”²⁴ formulazione del codice contenuta nell'art. 1948 del codice del 1865, dove si prevedeva che “*il debitore è tenuto ad adempiere le contratte obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri*”

Tale disposizione, a sua volta, si ispirava all'art. 2092 del codice civile

²² P. PERLINGERI E L. FERRONI, *Situazioni di garanzia patrimoniale*, in P. PERLINGERI, *Manuale di diritto civile*, 6, Napoli, 2007 pp. 299 ss. gli autori affermano con toni perentori che la responsabilità patrimoniale opera solo a seguito dell'inadempimento, e pertanto *non rappresenta un elemento essenziale e caratterizzante della struttura del rapporto obbligatorio, pur essendo ad esso strettamente connesso*.

In particolare, la responsabilità patrimoniale viene definita come “*quel complesso meccanismo mediante il quale, il creditore insoddisfatto può realizzare il suo interesse aggregando, in via esecutiva, i beni del debitore*”. Si nota, però, a questo punto, la totale coincidenza della definizione della responsabilità patrimoniale con quanto disposto dall'art. 2910 c.c.

²³ P. PERLINGERI E L. FERRONI, *Situazioni di garanzia patrimoniale*, *op. loc. cit.*, p. 299

²⁴ In particolare, M. PORCELLI, *op. cit.*, p. 24; G. LASERRA, *op. cit.* pp. 3 ss.; L. BARBIERA, *op. cit.*, p. 5

francese (attualmente in vigore), per il quale “*quicounque s’est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir*”, mentre, ancor più significativamente, il successivo art. 2093 dispone che “*les biens du débiteur sont la gage commun de ses créancier*”.

La formulazione riportata dal previgente codice faceva sì che si potesse ritenere che la responsabilità patrimoniale non fosse soltanto strumento di realizzazione coattiva del credito ma compendiasse tutti quegli strumenti diretti a mantenere in vita l’obbligazione stessa.

L’art. 1948, in particolare, poneva l’accento sulla volontaria esecuzione del debitore e concepiva il patrimonio di lui come mezzo del suo spontaneo adempimento, quindi, come entità strumentale all’osservanza dei suoi obblighi di condotta²⁵.

La nuova formulazione dell’art. 2740 c.c., risentendo delle teorie patrimoniali che ebbero larga diffusione in Italia a partire dal XX secolo, invece, non porrebbe al centro l’adempimento, bensì l’inadempimento, e la responsabilità patrimoniale verrebbe a costituire il presupposto dell’espropriazione forzata, quale reazione ad esso.

Orbene, al fine, di ottenere un’interpretazione conforme allo spirito della legge, ed evitare al tempo stesso di dover necessariamente additare la norme di imprecisione soltanto per dimostrare una tesi che è evidentemente contraria allo spirito della legge, piuttosto che sull’utilizzo del termine adempimento/inadempimento, occorre soffermarsi sul termine “*risponde*” in riferimento all’inadempimento, utilizzato dall’art. 2740.

Il rispondere di qualcosa, infatti, implica sì una responsabilità, ovvero l’assunzione di tutte le conseguenze dannose che possono derivare dal compimento di azioni contrarie alla legge, ed in questo senso, è vero, può apparire un non-senso il ricollegarlo all’adempimento che è invece il comportamento che la legge impone

²⁵ V. ROPPO, *op. cit.*, p. 487

Ma la responsabilità implica anche una garanzia, nel senso che il fatto che un soggetto sia responsabile di qualcosa, implica che prima che sorga la fattispecie che dà vita all'obbligo del risarcimento del danno o alla pena, il soggetto si trovi in una posizione di garanzia, ovvero abbia la facoltà di impedire l'evento dannoso²⁶.

Traslato nel campo della responsabilità patrimoniale, nel quale è assente ogni profilo di natura sanzionatoria, il fatto che il debitore risponda dell'adempimento con il suo patrimonio significa che con il patrimonio garantisce in ogni caso la soddisfazione del creditore: con l'assunzione dell'obbligazione il debitore, per il tramite del suo patrimonio, assume la posizione di garante dell'interesse del creditore.

Inoltre, è indebita la radicale scissione tra i concetti di adempimento e inadempimento (e conseguentemente il collegare la responsabilità patrimoniale al solo inadempimento), poiché, come appare chiaro, adempimento e inadempimento sono concetti tra loro indissolubilmente connessi e reciproci: ed infatti, per conoscere quando vi sia inadempimento, deve necessariamente conoscersi in cosa consista l'adempimento.

E se, dunque, le azioni di conservazione della garanzia patrimoniale vengono esercitate prima e indipendentemente dall'inadempimento, in pendenza del rapporto obbligatorio, allora la responsabilità patrimoniale nasce contestualmente all'obbligazione ed è elemento strutturale di essa.

Ricondurre gli istituti volti alla conservazione della garanzia alla responsabilità patrimoniale, e conseguentemente considerare questa momento interno, essenziale e coevo dell'obbligazione, permette di chiudere razionalmente il sistema e di

²⁶ Come si è avuto modo sottolineare in precedenza, i sostenitori della teoria che vede la responsabilità patrimoniale elemento esterno al rapporto obbligatorio criticano la formulazione del testo della legge, sostenendo che le incertezze sul punto derivano da un'imprecisa tecnica legislativa, per tutti: C. MIRAGLIA, voce *Responsabilità patrimoniale*, in *Enciclopedia Giuridica, Treccani* "Statuire che il debitore risponde con tutto il suo patrimonio non già dell'adempimento ma dell'inadempimento sarebbe stato più coerente con un progetto di responsabilità patrimoniale esente da vincoli strutturali dell'obbligazione"; di "imprecisione tecnica del linguaggio legislativo" hanno invece parlato M. GIORGIANNI, *op. cit.* e R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca, artt. 2740-2899*, Bologna-Roma, 1945, p. 1 ss.

aderire pienamente al dato legislativo.

A conferma del fatto che la reale essenza della responsabilità patrimoniale non è il potere di espropriazione dei beni del debitore bensì la garanzia del credito che questi costituiscono, accanto ai mezzi tipici di conservazione della garanzia patrimoniale - di cui si è già parlato - il codice di procedura civile prevede delle specifiche azioni esperibili a tutela del credito al fine di mantenere integra la garanzia patrimoniale, che altro non sono se non dei mezzi “atipici” di conservazione della garanzia patrimoniale.

Ci riferiamo all’opposizione di terzo c.d. revocatoria, prevista e disciplinata dal comma 2° dell’art. 404 c.p.c., che consiste nell’azione di un creditore volta a far dichiarare inefficace nei suoi confronti una sentenza che leda la garanzia patrimoniale del suo credito, che sia l’effetto di dolo o collusione (da parte del debitore) a suo danno²⁷, e alla domanda di sostituzione di un creditore al proprio debitore che abbia diritto alla distribuzione del ricavato in una procedura di espropriazione, a sua volta prevista dall’art. 511 del codice di procedura²⁸.

In conclusione, se la garanzia è un aspetto o l’interfaccia²⁹ della responsabilità patrimoniale, poiché entrambe designano all’interno dello stesso rapporto le posizioni giuridiche soggettive del creditore e del debitore, allora l’istituto della responsabilità patrimoniale così inteso è interno, coevo ed essenziale al rapporto obbligatorio.

2. Obbligazione, inadempimento e responsabilità patrimoniale: dalla responsabilità personale (art. 1218 c.c.) alla responsabilità sul patrimonio (art. 2740 c.c.).

Scriveva Francesco Carnelutti: *«In verità la necessitas, che la legge attribuisce al debitore, è data soltanto da ciò che, se egli non adempie, è tenuto al*

²⁷ Chiaramente, il “danno” cui fa riferimento la norma è proprio la perdita o diminuzione della garanzia patrimoniale.

²⁸ “art. 511: “Domanda di sostituzione. – I creditori di un creditore avente diritto alla distribuzione possono chiedere di essere a lui sostituiti, proponendo domanda a norma dell’art. 499 secondo comma”.

²⁹ Espressione utilizzata da L. BARBIERA, in *op.cit.* p. 9

*risarcimento del danno».*³⁰

La disposizione dell'articolo 2740 del codice civile viene solitamente accostata a quella, anch'essa di fondamentale importanza nel sistema delle obbligazioni, contenuta nell'art. 1218 c.c., che istituisce la responsabilità personale del debitore nel caso di inadempimento e che, nello specifico, dispone: *“Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile”*.

Come sappiamo, il debitore è obbligato ad adempiere esattamente la prestazione dedotta in obbligazione e, se non lo fa, incorre nella responsabilità prevista dall'art. 1218 c.c., che si fonda su una presunzione di colpa dalla quale può liberarsi solo deducendo fatti a lui non imputabili che hanno reso impossibile la prestazione medesima.

Solamente a questo riguardo ha senso e una qualche utilità giuridica sostenere che il debitore *“risponde dell'inadempimento”* e non dell'adempimento.

È chiaro, allora, che la responsabilità di cui parla l'art. 1218 c.c. e quella prevista dall'art. 2740 c.c. devono avere natura e funzioni diverse, altrimenti la seconda sarebbe inutile e ridondante rispetto alla prima³¹.

La prima fattispecie di responsabilità personale comporta l'obbligo di risarcire il danno eventualmente subito dal creditore a seguito dell'inadempimento o della ritardata o inesatta esecuzione della prestazione, che a sua volta può essere attuato per equivalente o in forma specifica.

Ma l'art. 1218 c.c. ha una portata ben più ampia, stabilendo anche i criteri di imputabilità dell'adempimento, ossia i presupposti determinanti l'insorgere della

³⁰ F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, Padova, 1958, in *Diritto sostanziale e processo*, Fondazione Piero Calamandrei, Milano, 2006, p. 229

³¹ Di avviso contrario il GIORGIANNI, *op. cit.*, pp. 163 ss. Il quale, partendo dalla concezione per cui la responsabilità patrimoniale è presupposto del potere espropriativo del creditore, e che la stessa è funzionalmente collegata col solo inadempimento, considera responsabilità personale e patrimoniale due aspetti dello medesimo fenomeno: la responsabilità patrimoniale costituirebbe uno stadio ulteriore di quelle personale, la quale, a sua volta sarebbe stadio preparatorio della prima. Da ciò la evidente conseguenza che la responsabilità patrimoniale è istituto estraneo al rapporto obbligatorio e immanente, invece alla sola espropriazione forzata.

responsabilità ed il soggetto su cui incombe l'onere della prova.

La contemporanea presenza delle due forme di responsabilità pone due problemi: in che cosa effettivamente consista il risarcimento del danno rispetto all'originaria obbligazione e quale sia il rapporto tra responsabilità personale e responsabilità patrimoniale del debitore.

Il problema della natura e consistenza del risarcimento del danno si è posto in relazione all'oggetto originario della prestazione dedotta in obbligazione, ciò in considerazione del fatto che la dottrina ormai quasi unanimemente ha accettato che l'oggetto dell'obbligazione è non il comportamento del debitore ma il bene dovuto, ossia l'utilità che il creditore vuole ottenere mediante la prestazione (inizialmente spontanea) del debitore³².

Si sostiene che se l'obbligazione originariamente ha ad oggetto una somma di denaro, allora, accertato l'inadempimento, mediante l'esecuzione per espropriazione, il creditore otterrà il medesimo bene dedotto nell'obbligazione; se, al contrario, l'obbligazione ha un oggetto diverso, ossia una prestazione del debitore che non consista nella mera dazione di una somma di denaro, allora l'originaria prestazione, per mezzo della previsione di cui all'art. 1218 c.c., si "converte" in una somma di denaro, cosicché il creditore otterrebbe per questa via solo un "surrogato" della prestazione originaria³³.

Orbene, non è dubitabile che, una volta che manchi l'adempimento spontaneo del debitore, ciò che si ottiene per via di esecuzione forzata è "altro" rispetto all'originaria prestazione ottenuta mediante il comportamento spontaneo del debitore.

Se posto il problema in questi termini, allora, è corretto dire che ciò che si

³² S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto civile, diretto da Vassalli*, 4° ed., Torino, 1963, p. 35 ss.

³³ Per la verità, la dottrina distingue a seconda che la prestazione dedotta nell'obbligazione abbia ad oggetto un *facere* fungibile, nel qual caso non opererebbe la conversione in somma pecuniaria a titolo di risarcimento, poiché il creditore potrebbe tutelare i propri diritti mediante i precedenti di esecuzione in forma specifica, ovvero che abbia ad oggetto un *facere* infungibile, nel qual caso solamente sarebbe inevitabile ricorrere al meccanismo previsto dall'art. 1218 c.c.: ROPPO, op.cit., p. 492, il quale riprende la tesi del Nicolò, sinteticamente esposta in F. LAPERTOSA, *La Responsabilità patrimoniale del debitore*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, I, 1991, p. 506

ottiene per via di esecuzione forzata consiste un surrogato della prestazione.

Ciò che ci interessa guardare è dunque il *bene* che il creditore riesce ad ottenere confrontandolo con quello che avrebbe ottenuto mediante l'adempimento spontaneo del debitore³⁴.

L'art.1174 c.c. ha espressamente sancito il requisito della patrimonialità della prestazione obbligatoria: ciò induce a ritenere che è inesatto parlare della prestazione risarcitoria come mero equivalente o "surrogato" dell'originaria prestazione, poiché la somma di denaro che viene quantificata a seguito dell'inadempimento costituisce essa stessa l'oggetto dell'obbligazione, anche se originariamente consistente in un *facere* di qualsiasi genere, e che in sostanza rappresenta l'*id quod interest*, ottenibile sempre e comunque in sede di espropriazione forzata³⁵.

In altri termini, ogni obbligazione, per mezzo del meccanismo della responsabilità personale, è convertibile in quella di *dare* una somma di denaro.

Quello che viene chiaramente a mancare è l'interesse di natura non patrimoniale del creditore, ove esistente, che può essere soddisfatto solo tramite la prestazione personale del debitore, ma ciò solo se questi decida liberamente di adempiere,

³⁴ F. CARNELUTTI, *Op. loc. cit.*, p. 230: "Ma quel che importa non è contestare una verità che nessuno ha mai negato, e cioè che la esecuzione sia un surrogato dell'adempimento, ma invece se ciò che si ottiene con la esecuzione possa essere la stessa cosa o debba essere cosa diversa, e così soltanto un surrogato, di ciò che si doveva ottenere e non si è ottenuto con l'adempimento". L'A. si sofferma poi sulle varie ipotesi in cui l'esecuzione garantisce al creditore lo stesso risultato dell'adempimento. Il tema sarà oggetto del capitolo successivo, qui basta anticipare che, pure ammettendo la controversa applicabilità ai diritti di credito puri delle forme di esecuzione in forma specifica, ciò che il debitore ottiene per tale via è una forma di risarcimento del danno in forma specifica, che è cosa ben diversa dall'esecuzione in forma specifica dell'obbligo, inammissibile perché, se non spontaneamente adempiuta, l'originaria prestazione è e resta incoercibile; nonostante la surrogazione degli organi esecutivi (quando possibile), il titolo ad avere del creditore è mutato e consiste solo una forma di risarcimento in forma specifica del danno derivato dall'inadempimento.

³⁵ Secondo M. GIORGIANNI, *Op. cit.*, p.169, ciò che il creditore ottiene per mezzo della conversione ai sensi dell'art. 1218 c.. "è solo l'equivalente pecuniario non già della prestazione, ma del danno arrecato al creditore dall'inadempimento", e prosegue "Ma sarebbe gravissimo errore pensare che la equivalenza debba intendersi nel senso che questa somma di denaro corrisponde alla valutazione pecuniaria della prestazione inadempita: essa invece corrisponde alla valutazione pecuniaria del danno che è stato conseguenza dell'inadempimento". L'A., però, non fa alcun riferimento all'art. 1174 che sancisce che l'obbligazione (ossia il suo oggetto) deve avere un *contenuto patrimoniale*.

A nostro avviso, di tale prescrizione non può non tenersi conto nel momento in cui si discute in cosa veramente consista il risarcimento del danno di cui all'art. 1218.

poiché l'agire umano è incoercibile³⁶.

Dunque, qualsiasi obbligazione contiene in sé, sin dall'origine, ma in uno stadio potenziale, una concomitante responsabilità al pagamento di una somma di denaro, la quale diventerà attuale solo in presenza di un inadempimento colpevole, di un danno e di un nesso di causalità tra inadempimento e danno³⁷.

Ora, vi sono dei casi in cui il creditore può ottenere la stessa prestazione inadempita dal creditore - ma solo quando essa sia surrogabile e fungibile - mediante i procedimenti di esecuzione in forma specifica che, in queste ipotesi, costituiscono attività volte alla quantificazione e liquidazione del danno³⁸.

In ogni caso, la garanzia patrimoniale opera, per il tramite dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, prima dell'inadempimento - o del suo accertamento in sede giudiziale - e indipendentemente dal fatto che le obbligazioni abbiano ad oggetto una dazione di denaro o altro *facere*, fungibile o infungibile.

In ordine al secondo dei problemi sollevati, ossia al rapporto tra responsabilità personale e responsabilità patrimoniale, la parte di dottrina che sostiene che la responsabilità patrimoniale costituisce un rapporto estraneo all'obbligazione e che essa presidia solo "dall'esterno" ed eventualmente le ragioni del creditore³⁹, parte da una premessa che in astratto è condivisibile: solo a seguito dell'inadempimento e della condanna al risarcimento del danno, si mettono in moto tutti quegli istituti

³⁶ M. GIORGIANNI, *Op. cit.*, p. 158 ss: secondo l'A., proprio la constatazione che di fronte al comportamento del debitore il creditore si trovi in una condizione di mera aspettativa, essendogli preclusa qualsiasi forma di esecuzione diretta, ha spinto gli studiosi dell'obbligazione ad esaltare l'elemento patrimoniale e a dar minore rilevanza all'elemento personale, tanto da arrivare a considerare i beni del debitore come oggetto del diritto del creditore: "*Quest'ultimo risultato si è potuto raggiungere soprattutto mediante la inserzione e la valorizzazione della responsabilità patrimoniale del debitore e cioè del fenomeno per cui in definitiva il creditore può ottenere il soddisfacimento del suo interesse sui beni del debitore*".

³⁷ G. MONTELEONE, *Profili*, cit., p. 24 ss.

³⁸ Com'è noto, al termine delle operazioni svolte dall'ufficiale giudiziario all'uopo nominato, il Giudice dell'Esecuzione emette ingiunzione di pagamento nei confronti del debitore e a favore del creditore, per le spese da questi anticipate. Ricadiamo dunque nell'ambito della responsabilità patrimoniale. Sull'argomento si rinvia al capitolo II.

³⁹ Per tutti: ROPPO, *op. cit.*, pp. 489 ss.: "*La responsabilità patrimoniale presidia dall'esterno il buon funzionamento del rapporto obbligatorio e ne assicura comunque il risultato utile, anche contro l'inerzia e la cattiva volontà del debitore...*" e GIORGIANNI, *L'obbligazione*, cit., p. 168 ss.

diretti alla tutela coattiva del diritto di credito; prima dell'inadempimento il creditore non può fare altro che aspettare.

In pratica, la responsabilità patrimoniale funzionerebbe come sanzione per l'inadempimento almeno quando, trattandosi di obbligazioni non pecuniarie, per mezzo dell'art. 1218 c.c. l'oggetto dell'obbligazione si "monetizza" quale risarcimento del danno.

Se la premessa è esatta, altrettanto non può dirsi delle sue conclusioni, sia perché una cosa è la sanzione e un'altra il risarcimento del danno, sia perché la responsabilità patrimoniale non opera solo quale mero presupposto dell'espropriazione forzata.

Per confutare la teoria su esposta, si richiama quanto osservato nei paragrafi precedenti, e in particolare la connessione della responsabilità patrimoniale non all'inadempimento, bensì all'adempimento, per il tramite dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale.

Dobbiamo aggiungere che la responsabilità personale del debitore, che comporta il risarcimento del danno a seguito dell'adempimento, ossia la generale monetizzazione dell'obbligazione avente ad oggetto un fare o un dare una cosa determinata - quando dal contratto non ne sia derivato l'immediato acquisto della proprietà o di altro diritto reale -, costituisce la base normativa di un giudizio che si concluderà con un sentenza di condanna che costituisce titolo per l'espropriazione, la quale ha già il suo presupposto nell'art. 2910 del codice civile.

La responsabilità patrimoniale, così come configurata nel codice vigente, ha dunque significato diverso e più ampio che mero presupposto dell'espropriazione, così come deve tenersi distinta dai profili risarcitori di cui all'articolo 1218c.c..

Ed infatti, mentre l'art. 1218 c.c. descrive le conseguenze dell'inadempimento, l'art. 2740 c.c. istituisce il patrimonio del debitore a garanzia dell'adempimento, cioè la garanzia che il creditore otterrà l'*id quod interest* indipendentemente e contro la volontà del debitore qualora questi decida di non adempiere.

Può in conclusione affermarsi che, mentre l'operare della responsabilità personale, e solo quando a questa segua la condanna al risarcimento del danno, comporta l'applicabilità della responsabilità patrimoniale - ossia il

soddisfacimento sul patrimonio del debitore che sin dall'inizio del rapporto obbligatorio ha costituito la garanzia del credito -, lo stesso non può dirsi al contrario, in quanto la responsabilità patrimoniale opera già prima e indipendentemente dall'inadempimento e dalla responsabilità personale.

3. *Teorie patrimoniali e teorie personali. Schuld und haftung.*

Nell'ambito di una trattazione sulla responsabilità o garanzia patrimoniale che comporterebbe, come abbiamo mostrato, uno studio più approfondito sulla struttura del rapporto obbligatorio, non può non menzionarsi l'esistenza di tutta una serie di studi che, dalla seconda metà dell'800 fino alla metà del '900, hanno interessato illustri studiosi, prima tedeschi poi italiani, sull'oggetto dell'obbligazione e sul rapporto tra questa e la responsabilità o garanzia patrimoniale.

Dette teorie possono schematizzarsi sostanzialmente in due indirizzi: l'indirizzo cosiddetto "*personale*" e quello "*patrimoniale*".

Le teorie facenti capo al primo dei due indirizzi tendono a porre l'oggetto dell'obbligazione nell'attività personale del *prestare* da parte del debitore, essendo soltanto con essa che il creditore ottiene il soddisfacimento del proprio diritto

Detta teoria è però entrata in crisi nel momento in cui ci si è resi conto che l'attività personale del debitore, come ogni agire umano, è sostanzialmente incoercibile, rimanendo il buon funzionamento del rapporto obbligatorio in balia di una "libera scelta" dell'obbligato⁴⁰.

All'opposto, le cosiddette teorie patrimoniali tendono ad esaltare la patrimonialità della prestazione, identificando l'oggetto dell'obbligazione in un bene di natura patrimoniale⁴¹.

In particolare, il rapporto obbligatorio tende alla soddisfazione del creditore

⁴⁰ N. IRTI, *Prefazione a Diritto sostanziale e processo*, Fondazione Piero Calamandrei, Milano, 2006

⁴¹ G. MONTELEONE, *Profili cit.*, 59 ss.

mediante l'acquisizione del bene dovuto, consistente in un'entità reale avente sempre un valore economico: in tal modo, pertanto l'attività personale del debitore costituisce solo un modo per procacciare al creditore il bene dovuto, come ad esempio nel caso dell'adempimento del terzo o della stessa esecuzione forzata).

Dall'indirizzo patrimoniale, è nata la cosiddetta “teoria del debito e della responsabilità” (*schuld und haftung*) che ebbe origine in Germania all'interno della scuola Pandettistica.

Secondo i fautori della fortunata teoria, l'obbligazione sarebbe costituita da due elementi distinti, il debito e la responsabilità, il primo è costituito dal dovere di adempimento del debitore, cui però corrisponde anche una posizione giuridica ben definita del creditore, qualificata come *aspettativa*; la seconda, invece, nella posizione di soggezione del (patrimonio del) debitore cui, dal lato attivo, si affianca un'*aspettativa di soddisfazione*.

In questo senso, la prima grande novità portata dalla teoria del debito e della responsabilità consiste nell'aver posto l'attenzione non solo sul dovere del debitore, ma sulla posizione del creditore e su una nuova posizione giuridica soggettiva ad esso riconducibile che è il *dover ricevere (Gläubigerschul-Bekommensollen)*⁴², quale aspettativa di soddisfacimento del creditore tutelata dall'ordinamento giuridico; in questi termini, seppur nelle frange più estreme della teoria, diviene irrilevante la prestazione del debitore, che è solo uno dei possibili mezzi con il quale il creditore può ottenere soddisfazione.

Altro elemento cardine della teoria in parola è la configurazione dei due elementi come autonomi l'uno dall'altro, come due distinti rapporti giuridici, ciò che sarebbe provato dall'esistenza di fattispecie di debito senza responsabilità (ipotesi di *puro debito*) e di responsabilità senza debito.

⁴² Tra gli autori tedeschi fautori della teoria del debito e della responsabilità ricordiamo: STROHAL, *Schildübernahme*, in *Jheings Jahrbücher*, vol. 57, 1910; SCHWERIN, *Schuld und Haftung im geltenden Recht*, Munchen und Berlin, 1911; KRUECKMANN, *Nachlese zur Unmöglichkeitstheorie*, in *Jheings Jahrbücher*, vol. 57, 1910 e vol. 58 1911; SCHREIBER, *Schuld und Haftung als Begriffe der privatrechtlichen Dogmatik*, I, Leipzig, 1914. Per una disamina della teoria del debito e della responsabilità nella costruzione dei giuristi tedeschi: C. GANCI, *Debito e responsabilità nel vigente diritto tedesco*, in *Riv. it. per le scienze giuridiche*, 1916.

Alla prima categoria apparterrebbero le obbligazioni naturali, mentre alla seconda le varie ipotesi in cui responsabile per l'inadempimento non sia il debitore ma un soggetto terzo (come nel caso, ad esempio, della fideiussione) ovvero i casi in cui un bene di un terzo viene posto a garanzia del credito (ad esempio, l'ipotesi del terzo datore di ipoteca o di pegno).

La dottrina italiana⁴³ ha accolto con favore il nucleo fondamentale delle teorie patrimoniali, ma ha anche criticato unanimemente la scissione tra debito e responsabilità, nella considerazione del fatto che le ipotesi in cui verrebbero ravvisate fattispecie di puro debito e di pura responsabilità o non costituiscono vere e proprie obbligazioni o la responsabilità non è effettivamente disgiunta dal debito.

Ed infatti, l'obbligazione naturale, non comportando alcuna responsabilità sul patrimonio del debitore inadempiente, non può esattamente considerarsi un'obbligazione nel senso giuridico del termine, quanto piuttosto un obbligo di natura morale la cui violazione non comporta alcuna sanzione, avendo quale unico effetto giuridico quello della non ripetibilità della prestazione adempiuta.

La fideiussione e la dazione di pegno o di ipoteca da parte di un terzo, non costituiscono fattispecie di responsabilità affatto indipendenti dal rapporto di debito sottostante: il responsabile è naturalmente condizionato dal rapporto di debito e dal punto di vista del lato attivo anche il responsabile è considerato debitore⁴⁴.

L'incidenza della responsabilità in questi casi è un problema che non riguarda la struttura dell'obbligazione originaria, ma i rapporti tra garante e garantito.

Dunque, se è vero che le questioni dottrinarie sviluppatesi dalla fine del secolo XIX non abbiano oggi rilievo pratico⁴⁵, esse tuttavia hanno il pregio di aver

⁴³ E. BETTI, *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Macerata, 1920, in *Diritto sostanziale e processo*, Fondazione Piero Calamandrei, Milano, 2006; C. GANCI, *op. cit.*, M. GIORGIANNI, *op. cit.*, 178 ss.

⁴⁴ Ad esempio, E. BETTI, *Il concetto di obbligazione*, cit., a proposito della fideiussione, la quale non rappresenterebbe affatto un'ipotesi di pura responsabilità disgiunta dal debito, sosteneva che il fideiussore, oltre a non assumere il debito proprio del debitore, che è una prestazione comunque incoercibile, "assume allora ancora oggi un debito proprio di carattere sussidiario: debito di risarcimento, pel caso che il debitore non adempia il debito che gli incombe".

⁴⁵ F. ROSELLI, *Op. cit.*, p. 4, F. LAPERTOSA, *Op. cit.*, pp. 491 ss.

indagato sulla struttura interna dell'obbligazione - della quale fa indissolubilmente parte la responsabilità patrimoniale -, hanno posto al centro della riflessione il carattere patrimoniale del rapporto obbligatorio, e, soprattutto, hanno studiato la posizione del creditore, tradizionalmente posta in secondo piano.

Partendo da questi principi, la dottrina italiana dei primi del '900 ha studiato l'essenza del dovere del debitore, dovere evidentemente *sui generis* perché incoercibile e non assistito da alcuna sanzione penale ma da una figura particolare di responsabilità (patrimoniale), che aveva cominciato a catturare l'attenzione degli studiosi del diritto, con il correlativo diritto del creditore al quale non rimane soltanto che soddisfarsi sul patrimonio del debitore nelle forme del processo esecutivo.

Ecco che la tutela del diritto di credito e il processo diventano contenuto necessario degli studi sul rapporto obbligatorio.

Giovanni Brunetti, Giovanni Pacchioni e Vittorio Polacco⁴⁶ nella prima e seconda decade del XX secolo, hanno aperto la strada in Italia allo studio del rapporto obbligatorio secondo nuove e più moderne prospettive, staccandosi definitivamente dalla tradizione romanistica.

Una scissione rimane: quella fra il dovere del debitore, incoercibile, e il diritto del creditore che, in pendenza del termine per l'adempimento, quando ancora non si è giunti allo stato patologico dell'inadempimento, si trova in una situazione giuridica di *aspettativa* legittima, uno "*stato di fiducia giuridica*" di ricevere una data prestazione⁴⁷.

Una situazione giuridica che a prima vista potrebbe apparire depotenziata.

Questa feconda stagione del pensiero giuridico italiano sull'obbligazione si chiude idealmente con gli scritti di Francesco Carnelutti ed Emilio Betti.

Il primo - realistico e schietto - considerando l'obbligazione solo dal punto di vista del momento patologico dell'inadempimento e dato il fatto della

⁴⁶ Tra i numerosi scritti degli autori, ricordiamo, in particolare: G. BRUNETTI, *Il delitto civile*, Firenze, 1906 e *Norme e regole finale del diritto*, Torino, 1913; G. PACCHIONI, *Delle obbligazioni i generale: diritto delle obbligazioni*, Padova, 1941; V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1915.

⁴⁷ V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1915, pp. 38 ss.

incoercibilità della prestazione, esaltava il diritto del creditore a soddisfarsi sul patrimonio del debitore ne degradava la prestazione a mera possibilità, consistendo il dovere vero e proprio di questi in un semplice *patis*, ovvero un mero tollerare l'aggressione sul proprio patrimonio.

Sempre partendo sull'assunto dell'incoercibilità della prestazione del debitore, il Carnelutti ha dato anche un rilevante contributo allo studio, quasi d'avanguardia, dei problemi inerenti alla tutela del diritto del creditore, all'esecuzione forzata e alle misure coercitive.

Emilio Betti, partendo da un raffronto tra l'obbligazione in diritto romano e l'obbligazione in diritto moderno, ma non limitandosi ad una mera comparazione, ha tracciato i caratteri fondamentali del rapporto obbligatorio, del concetto di garanzia patrimoniale, di azione di condanna e di incoercibilità della prestazione debitoria, concetto che, posto in relazione alle concrete modalità di esecuzione forzata previste dall'ordinamento, deve essere distinto da quello di infungibilità o surrogabilità.

Il rapporto obbligatorio viene studiato osservandolo dal lato del creditore il cui diritto viene definito genericamente come una situazione di *aspettativa*, che viene però scissa in due momenti.

In pendenza del termine per l'adempimento, il creditore è titolare di un'*aspettativa primaria di realizzazione*, per la quale il creditore può solo attendere che il debitore adempia spontaneamente.

Tuttavia, tale aspettativa è accompagnata dalla garanzia sul patrimonio, ed è per questo che, a discapito della terminologia, che potrebbe evocare la situazione di un mero stato d'animo, un desiderio, corrisponde ad un vero e proprio status giuridico soggettivo.

Se manca l'adempimento spontaneo, sorge in capo al creditore un'*aspettativa secondaria di soddisfazione*, ossia di realizzazione forzata della pretesa, che si esplica mediante il diritto di azione⁴⁸ e nella quale ciò che propriamente si realizza è la responsabilità patrimoniale.

⁴⁸ E. BETTI, *Il concetto di obbligazione*, cit., pp. 53 ss. Si rinvia, inoltre, alla nota successiva.

Betti ha avuto il grande merito di pensare responsabilità e garanzia *unicum unicum*, e di considerarli elementi inscindibili e concomitanti all'obbligazione⁴⁹.

Non solo, ma se la garanzia è elemento intrinseco dell'obbligazione lo è anche l'azione di condanna⁵⁰, che attua garanzia e responsabilità, e che si pone in un momento anteriore alla fase esecutiva, anche se ad essa finalizzata.

Per l'A. l'azione non è un diritto nei confronti dello Stato, ma è prerogativa del privato il quale decida di ottenere la realizzazione forzata del suo diritto soggettivo nei confronti un altro soggetto, pubblico o privato.

Il diritto soggettivo di credito costituisce allora la *legittimatio ad causam* per l'azione di condanna: eventuali teorie sul *diritto astratto di azione* non hanno più cittadinanza⁵¹.

Le soluzioni cui è pervenuto lo studioso ci sembrano quanto mai attuali, nel loro complesso corrette ed essenziali per lo studio della responsabilità patrimoniale.

4. La par condicio creditorum quale elemento caratterizzante la responsabilità patrimoniale.

Non può concludersi la trattazione sulla responsabilità patrimoniale del debitore senza dare atto della disciplina del concorso dei creditori, contenuta nella disposizione immediatamente successiva a quella sinora esaminata e che, al pari

⁴⁹ “Ogni rapporto di obbligazione, in generale, crea sin dal suo primo sorgere, dal lato attivo, un'aspettativa di soddisfazione, sotto forma di diritto di garanzia sul corpo o sul patrimonio dell'obbligato, dal lato passivo una responsabilità. E appunto quale aspettativa di soddisfazione, dall'un lato, quale responsabilità dall'altro, l'obbligazione costituisce - [...] - la ragione (attiva e passiva) dell'azione di condanna e di esecuzione forzata” E. Betti, Op. cit., p.75.

⁵⁰ “L'obbligazione separata dall'azione non è più obbligazione, a meno che per obbligazione non s'intenda la parte per il tutto: il debito puro e semplice astratto dalla responsabilità, l'aspettativa di prestazione astratta dall'aspettativa di soddisfazione” E. BETTI, Op. cit., pp. 71-72.

⁵¹ “L'azione non è un diritto astratto, cioè una facoltà, completamente indipendente da quella che è la situazione di diritto soggettivo: sia che si concepisca come diritto pubblico del cittadino verso lo Stato, sia come facoltà privata dell'individuo quale persona. Essa è per contro un diritto concreto, un potere giuridico sempre condizionato e individualizzata da un rapporto giuridico preesistente, o in genere, da una determinata configurazione del diritto sostanziale privato o pubblico”. Conseguentemente, quella riguardante l'interesse ad agire “è una questione di merito - sia pure preliminare - perché concerne l'esistenza dello stesso diritto a provocare l'attuazione della legge sostanziale”: E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione*, cit. pp. 31 ss.

di essa, è stata foriera di rilevanti dubbi interpretativi e di controversi profili di natura sistematica e applicativa.

L'art. 2741 del codice civile sancisce che “*I creditori hanno eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore, salve le cause legittime di prelazione. Sono cause legittime di prelazione i privilegi, il pegno e l'ipoteca.*”

La norma sembra dunque aver disposto l'eguaglianza dei creditori del comune debitore nei confronti del patrimonio di questo, ma detta affermazione ha necessariamente bisogno di importanti chiarimenti al fine di dare fisionomia al concetto di “*eguale diritto*” dei creditori.

Se la responsabilità patrimoniale costituisce non il mero presupposto sostanziale dell'espropriazione forzata bensì la garanzia generale del credito, il patrimonio del debitore appresta una garanzia comune ai creditori dello stesso debitore, i quali si trovano tutti in situazione di parità nei confronti di esso, salve le cause legittime di prelazione, che è la stessa legge ad enucleare e che costituiscono un *numerus clausus*.

In altri termini, se il debitore risponde con il suo patrimonio dell'adempimento di ogni obbligazione, tale regola deve applicarsi per ciascun debito e per ciascun creditore⁵².

Ed infatti, se ogni obbligazione assunta dal creditore deve necessariamente essere suscettibile di valutazione economica, e quindi essere potenzialmente idonea a convertirsi in una somma di denaro, ulteriore ed indefettibile caratteristica è la sua intrinseca e potenziale concorsualità, ossia la garanzia di tutti i creditori di potersi soddisfare sul patrimonio del comune debitore senza che questi possa destinarlo alla soddisfazione di uno o di alcuni soltanto dei creditori⁵³.

Poiché il patrimonio riveste la funzione di garanzia per i debiti assunti, accanto all'universalità - in relazione ai beni - l'intrinseca concorsualità costituisce l'altra caratteristica indefettibile della responsabilità patrimoniale.

⁵² G. MONTELEONE, *Per un chiarimento, op. loc. cit.*, p. 328; nello stesso senso: E. MIGLIACCIO, *op. cit.*, pp. 80 ss.

⁵³ G. MONTELEONE, *Sullo «eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore»*, in *Rivista di diritto processuale*, 1996, p. 275

Lo studio del concorso dei creditori ci permette di avvalorare anche la tesi, che sarà oggetto di studio nel prossimo capitolo, per cui la responsabilità patrimoniale inerisce ai soli diritti di credito e pertanto alla sola esecuzione per espropriazione, essendo del tutto estranea alla c.d. esecuzione in forma specifica⁵⁴, forma di tutela esecutiva tipica dei diritti reali o assoluti.

Nei procedimenti di esecuzione in forma specifica è infatti chiaro che nessun tipo di concorso di creditori può aver luogo, poiché detti procedimenti hanno ad oggetto un bene determinato che fa parte del patrimonio non del debitore ma di un terzo, il quale agisce *in executivis* per ottenere la tutela del proprio diritto, pieno e incondizionato sul bene, il quale è stato in vario modo lesa o compresso dall'azione altrui.

Due sono le conseguenze di quanto appena esposto.

Anzitutto, nei procedimenti di esecuzione in forma specifica, è impossibile che si attui il concorso dei creditori, come agevolmente si evince con il richiamo dell'art. 607 del codice di procedura civile, il quale ha lo scopo di risolvere il concorso (meglio, conflitto) tra un creditore e colui che agisce per la consegna di una cosa: in tal caso, il procedimento per la consegna coattiva del bene mobile deve arrestarsi e al proprietario è imposto - qualora voglia far valere il diritto di proprietà ed evitare il pignoramento - di proporre l'opposizione di terzo all'esecuzione ex art. 619 c.p.c.⁵⁵.

Viceversa, l'utilizzo dei procedimenti di esecuzione per consegna o rilascio per l'esecuzione in forma specifica di diritti di credito - ossia situazioni in cui è assente la tutela di un diritto reale o assoluto - violerebbe l'art. 2741 c.c., perché sottrarrebbe dei beni dalla massa patrimoniale del debitore e, così, alla garanzia comune di *tutti* i creditori⁵⁶.

⁵⁴ Intesa quale forma di esecuzione per surrogazione della prestazione.

⁵⁵ È indubbia la preferenza che, in questi termini, viene accordata al pignoramento e quindi all'espropriazione. La mancata proposizione dell'opposizione ex art. 619 c.p.c., unico strumento per mezzo del quale il proprietario del bene mobile pignorato può far valere i propri diritti, ha conseguenze gravissime, che sono quelle disciplinate dall'art. 2920 c.c., ossia la perdita di ogni diritto sul bene, a tutela della buona fede dell'acquirente (che, trattandosi di beni mobili non soggetti a trascrizione, sarebbe a sua volta esclusa solo dall'opposizione del terzo).

⁵⁶ In questo senso, G. MONTELEONE, *Per un chiarimento*, cit. pp. 328 ss.

4.1. Cenni storici e comparatistici sulla par condicio creditorum: gli antecedenti storici dell'art. 2741 del codice civile.

La lunga storia dell'istituto ci conferma che il concorso dei creditori nasce con l'istituto della responsabilità patrimoniale e ne costituisce caratteristica fondamentale.

Il concorso dei creditori è conosciuto dal diritto romano, ed è nato contestualmente all'esecuzione sul patrimonio, che ha preso il posto dell'esecuzione sulla persona del debitore: nel momento in cui l'esecuzione forzata perde ogni connotazione personale, dirigendosi solo nei confronti del patrimonio del debitore il quale, uno, può aver contratto obbligazioni con un pluralità di creditori, si è sentita l'esigenza di ammetterne il concorso, affinché un solo creditore non si soddisfi ingiustamente su tutto il patrimonio del comune debitore, lasciando fuori tutti gli altri.

Come l'esecuzione sul patrimonio, il concorso dei creditori nasce, dunque, da un'esigenza di opportunità e di giustizia.

Venendo adesso alle codificazioni pre-unitarie e d'Oltralpe, ai quali il codice civile del '42 si è direttamente ispirato, le disposizioni inerenti la responsabilità e garanzia patrimoniale sono quasi tutte accompagnate da norme che si preoccupano di stabilire un eguale diritto dei creditori di far valere le proprie ragioni sul patrimonio del debitore.

Quando le codificazioni straniere non prevedono espressamente un "eguale diritto" dei creditori dello stesso debitore, e dove sussiste, sotto varie forme, un diritto di prelazione del creditore precedente, l'esigenza di eguaglianza tra questi sembra essere comunque assicurata dalle norme che regolano l'esecuzione sul patrimonio e si assiste all'estensione delle procedure concorsuali (fallimento) anche ai soggetti che non esercitano attività commerciale: procedure che, nei fatti, garantiscono a tutti i creditori di potersi soddisfare in condizioni di parità sul patrimonio del comune debitore, ciò comportando una distribuzione proporzionale dell'eventuale rischio di incapacità del debitore, ovvero delle conseguenze

negative dell'insolvenza⁵⁷.

Dall'analisi storica e comparata delle disposizioni che regolano il concorso dei creditori, emergerà che l'esigenza di garantire parità di trattamento ai creditori del comune debitore costituisce una priorità per le legislazioni, anche se differenti possono essere i modi di attuazione di detto principio.

L'art. 2741 c.c. ha il suo antecedente storico nell'art. 2093 del *code civil* napoleonico del 1804, disposizione che segue quella già sopra esaminata che istituisce la responsabilità/garanzia patrimoniale del debitore e che contemporaneamente esclude ogni diritto sulla persona del debitore.

L'art. 2093 del *code civil* dispone: “*les biens du débiteur sont le gage commode ses créanciers; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, a moins qu'il n'y ait, entre le créanciers, des causes légitimes des préférence*”⁵⁸.

Pertanto, proprio in ragione del fatto che i beni del debitore costituiscono la garanzia comune per i suoi creditori, questi hanno tutti diritto a soddisfarsi su di essi, salve le cause legittime di prelazione, costituite dai privilegi e dalle ipoteche.

L'istituto della *distribution par contribution* veniva poi concretamente regolato dal *Code de procédure civile*, entrato in vigore in Francia il 1° gennaio 1807, agli articoli 636 e seguenti.

In sostanza, questo istituto consentiva a tutti i creditori di concorrere paritariamente nella distribuzione delle somme pignorate e del prezzo ricavato dalla vendita dei beni; ma, nel caso di insufficienza del ricavato, ognuno di essi veniva soddisfatto pro quota (*par contribution*), e così ogni creditore partecipava al rischio di incapienza del patrimonio del debitore in proporzione al proprio credito⁵⁹.

I creditori, peraltro, potevano intervenire direttamente nella fase di distribuzione del prezzo, senza incorrere in sanzioni per la eventuale tardività

⁵⁷ Il riferimento è ai paesi di origine germanica, nei quali da tempo la dottrina ha posto l'attenzione sull'esigenza di garantire parità di trattamento ai creditori dello stesso debitore: S. ZIINO, *Esecuzione forzata e intervento dei creditori*, cit., p. 39.

⁵⁸ “*I beni del debitore sono la garanzia comune dei suoi creditori, e il prezzo si distribuisce tra loro per contributo, a meno che non ci sono, tra i creditori, cause legittime di preferenza*”.

⁵⁹ Per un'analisi dettagliata e completa dell'istituto del codice di procedura civile francese: S. ZIINO, *Op. cit.*, pp. 48 ss.

dell'intervento.

Come si vede, in Francia *Code civil* e *Code de procédure civile* assicuravano ai creditori sostanziale eguaglianza nel diritto a soddisfarsi sui beni del debitore, con un eguale rischio di dover sopportare l'incampienza del patrimonio.

Come e perché il *code civil* abbia avuto tanta influenza sul vigente codice civile italiano, è storia a tutti nota.

Ed infatti, Napoleone, durante il suo periodo di dominazione, estese l'applicazione del *Code civil* anche al Regno d'Italia.

Dopo la Restaurazione, in Italia, nuovamente divisa in vari Regni, secondo le decretazioni del Congresso di Vienna, fu ovunque immediatamente abrogata la legislazione francese, sostituita da nuovi codici, profondamente diversi l'uno dall'altro, ma tutti accomunati, in diversa misura, dall'ispirazione francese⁶⁰.

Solo nella legislazione del Regno di Sardegna si assistette ad una vicenda singolare: il codice civile Albertino del 1837, agli art. 2145, 2147, 2148⁶¹, riprendeva pedissequamente gli art. 2092 e 2093 del *code civil*, e allo stesso modo il codice di procedura civile sardo del 1854 si ispirava all'omologo francese, disciplinando la distribuzione *per contributo* della somma ricavata dalla vendita dei beni.

Tuttavia nel 1859, il codice di procedura civile allora vigente fu sostituito da un altro codice, le cui disposizioni, stravolgendo i principi ispiratori del suo predecessore in tema di distribuzione del ricavato, introdusse il principio della preferenza del creditore pignorante sui creditori chirografari intervenuti⁶², residuando la distribuzione per contributo solo nei rapporti tra creditori co-

⁶⁰ Per una disamina delle codificazioni preunitarie cfr. S. ZIINO, *Op. cit.*, pp. 55 ss.

⁶¹ “Chiunque siasi obbligato personalmente è tenuto ad adempiere le contratte obbligazioni con tutti i suoi beni, presenti e futuri” (art. 2145); “I beni del debitore sono la garanzia comune dei suoi creditori, ed il prezzo si comparte tra essi per contributo, quando non vi siano cause legittime di prelazione fra i creditori” (art. 2147); “Le cause legittime di prelazione sono i privilegi e le ipoteche” (art. 2148).

⁶² Art. 780: “Il creditore pignorante è preferito agli altri creditori non privilegiati pel conseguimento del credito pel quale avrà fatto procedere validamente alla esecuzione mobiliare(...). Fra più creditori che abbiano fatto pignoramento congiuntamente, la distribuzione si farà per contributo. Il creditore che fece eseguire la ricognizione del pignoramento precedentemente operato ad istanza di altro creditore, in conformità del disposto dell'art. 735, ha diritto di essere preferito sulle somme ricavate dalla vendita, che rimangono dopo soddisfatto il primo creditore”.

pignoranti.

Ma tutto questo senza la modifica dell'art. 2147 del codice civile sardo che continuava a prevedere che il beni del debitore costituissero *“la garanzia comune dei suoi creditori”*.

Con la nascita del Regno d'Italia, inevitabilmente si avvertì l'esigenza di unificare le legislazioni dei vari stati: i codici civile e di procedura civile vennero approvati definitivamente il 25 giugno del 1865⁶³.

Come abbiamo avuto modo di osservare, il codice civile, la cui gestazione è sicuramente stata meno frettolosa del coevo codice di rito, riguardo alla responsabilità patrimoniale, contiene norme pedissequamente tratte dal codice civile francese⁶⁴, diretti antecedenti dei nostri articoli 2740 e 2741 c.c.

A differenza dei codici francesi, nel progetto di riforma del codice di procedura civile del 1965 venne però soppresso l'istituto della distribuzione *“per contributo”* del ricavato della vendita forzata: in sostanza, la previsione di un *“eguale diritto”* non si accompagnò più ad una specifica disposizione di carattere processuale regolante il rapporto tra i creditori al momento della distribuzione del ricavato che ne sancisse l'assoluta parità anche in tale sede.

Ed infatti, nelle norme del progetto di riforma del codice di procedura regolanti la distribuzione del ricavato nell'espropriazione mobiliare, si è potuto assistere all'abbandono del sistema francese, alla reintroduzione di quello germanico, alla priorità concessa al creditore pignorante⁶⁵, ciò determinando il problema della regolazione del rapporto tra creditore pignorante e creditori intervenuti nella veste di veri e propri conflitti.

Nella redazione definitiva, complice il Pisanelli, le cui idee hanno avuto grande importanza in seno alle commissioni istituite per la revisione dei progetti

⁶³ Già il 20 novembre del 1859, su proposta del Guardasigilli Rattazzi, Vittorio Emanuele II stabiliva con Regio Decreto che il Governo avrebbe presentato i progetti dei codici nella prima seduta del Parlamento. Il progetto dei nuovi codici fu però presentato al Parlamento soltanto nel 1863, sotto la guida del Ministro Guardasigilli Giuseppe Pisanelli, ma dovrà attendersi il 25 giugno del 1865 affinché l'Italia Unita si dotasse di nuovi codici civile e di procedura civile, essendo Guardasigilli Vacca, successore di Pisanelli.

⁶⁴ Art. 1975 c.c.: *“I beni del debitore sono la garanzia comune dei suoi creditori, e questi vi hanno tutti un uguale diritto quando tra essi non vi sono cause legittime di prelazione”*.

⁶⁵ Nell'espropriazione immobiliare, invece, rimaneva fermo il modello francese.

di codici dopo la loro approvazione, ma prima della definitiva promulgazione, si assistette *in extremis* e con labili maggioranze alla soppressione della prelazione in favore del creditore pignorante nella fase di distribuzione del ricavato nell'espropriazione mobiliare⁶⁶, senza che, nel contempo, venisse introdotto l'istituto della distribuzione per contributo: si trattava di dare attuazione alla formula dell'«*eguale diritto*» anche in sede processuale.

È in questo momento che cominciava a porsi il problema, attuale anche ai giorni nostri, della reale portata ed attuazione dell'*eguale diritto dei creditori* sui beni del comune debitore: se una mera affermazione di principio, una “formula vuota” o se, al contrario, con rilevante contenuto precettivo.

In altre parole, è sorto un problema di coordinamento tra la formula dell'art. 2741 e le disposizioni in tema di intervento nell'espropriazione e nella fase di distribuzione del ricavato.

4.2. Sistematica e significato dell' «eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore».

Non meno travagliata in dottrina è stata, ed è tuttora, la disposizione che immediatamente segue quella che istituisce la responsabilità patrimoniale, che al pari di questa appare a prima vista tanto generica da creare negli studiosi ampie discordanze di vedute.

La *querelle* riguarda, in particolare, il significato e la portata della *par condicio creditorum*, perché spesso indebitamente confusa con la disciplina processuale del concorso dei creditori nell'espropriazione forzata.

La dottrina è in particolare giunta a chiedersi se veramente l'«*eguale diritto*» possa considerarsi un «diritto» in senso tecnico, ovvero una mera enunciazione di

⁶⁶ L'art. 651 c.p.c. 1865, nella sua redazione definitiva così recita: “*Il prezzo ricavato dalla vendita è distribuito in ragione dei rispettivi crediti tra i creditori istanti e gli altri creditori che abbiano fatto opposizione prima della vendita*”. Come si vede, non si fa menzione della distribuzione per contributo, tuttavia, non sono previste prelazioni nella distribuzione se non quelle derivanti dalla cause legittime. Ci sembra, pertanto, che l'istituto di origine francese, sia stato nella sostanza riprodotto.

principio priva di qualsiasi contenuto pratico⁶⁷.

Orbene, al riguardo è necessario ribadire una premessa già precedentemente argomentata.

L'art. 2741 c.c. segue l'art. 2740c.c., di cui è figlio e necessaria conseguenza, ed infatti, se il debitore risponde con il proprio patrimonio dell'adempimento di ogni obbligazione, tale regola deve necessariamente valere per tutti i creditori, senza che il debitore possa destinare il proprio patrimonio a vantaggio di alcuni soli di essi.

L'esistenza delle cause legittime di prelazione, allora, non costituisce deroga al principio, ma proprio la sua conferma, poiché, proprio per la presenza dell'inderogabile principio della *par condicio*, l'ordinamento vieta la costituzione di diritti di prelazione atipici.

Si tratta, dunque, di delineare esattamente il senso dell'art. 2741 c.c. e del principio della *par condicio creditorum*, cercando di fornire un'interpretazione che a detta norma conferisca valore all'interno dell'ordinamento e non la mera disposizione programmatica e di semplice enunciazione di principio senza alcuna effettiva ricaduta pratica.

In maniera molto generica, anche per il concorso dei creditori in dottrina si riscontrano due grandi filoni interpretativi.

Per il primo di essi, il principio della *par condicio* dei creditori ha la funzione di regolare su basi paritarie il concorso dei creditori nella distribuzione del ricavato ovvero di consentire una pluralità di azioni esecutive sul medesimo bene⁶⁸.

Il concorso dei creditori, pertanto, si risolverebbe in istituti regolati dal codice di procedura civile, quali l'intervento nell'espropriazione forzata e la possibilità di

⁶⁷ P. SCHLESINGER, *L'eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, in *Rivista di diritto processuale*, 1995, p. 319 ss., il quale, dopo aver cercato di dimostrare l'inesistenza di un diritto vero e proprio dei creditori a concorrere paritariamente alla soddisfazione sui beni del debitore, così conclude: "Dal momento che il principio in questione rappresenta solo uno strumento comodo per la soluzione di un problema distributivo altrimenti di difficile o addirittura irresolubile soluzione, senza alcuna pretesa di giustizia sostanziale, credo che il legislatore faccia benissimo ad applicarlo con grande elasticità e senza superflue enfaticizzazioni"

⁶⁸ Tra tanti: R. NICOLÒ, *op. loc. cit.*, 17 ss; C. MIRAGLIA, *op. loc. cit.*, 10.

eseguire pignoramenti successivi su beni già pignorati.

Orbene, è indubbio che detti istituti, già compiutamente disciplinati dal codice di rito, mirano ad attuare il concorso dei creditori, seppur nella fase conclusiva del processo a tutela dei diritti di credito, che è la distribuzione del ricavato.

Invero, la *par condicio* non può ridursi ad esso, e ciò per due ordini di motivi: a) gli istituti che consentono la partecipazione di altri creditori alla distribuzione del ricavato trovano la loro completa definizione e disciplina nel codice di procedura, pertanto l'art. 2741 c.c. altro non sarebbe che una disposizione inutile e ridondante; b) il codice di rito prevede rilevanti limitazioni di natura soggettiva e di natura temporale all'intervento dei creditori⁶⁹.

Chiaramente, limitare il significato dell'«eguale diritto dei creditori» alla partecipazione alla distribuzione del ricavato dell'espropriazione, finisce non solo per svuotarlo di contenuto, ma anche a sostenerne la sua inesistenza proprio per le numerose limitazioni che la legge processuale pone all'intervento nell'espropriazione, in quanto la ampiezza dei poteri dei creditori concorrenti deriva esclusivamente dal modo in cui la legge processuale regola gli effetti della successiva aggressione esecutiva⁷⁰: l'«eguale diritto» dei creditori verrebbe pertanto compresso o dilatato, come una fisarmonica, dal legislatore ordinario allorché questo si preoccupi di modificare le condizioni e gli effetti dell'intervento nell'espropriazione e dei pignoramenti successivi al momento della distribuzione del ricavato.

Se dunque si intende l'art. 2741 c.c. nel senso che tale disposizione miri a

⁶⁹ Si pensi al fatto che, ai sensi dell'art. 499 c.p.c., come riformato dal D.L. 14 marzo 2005 n. 35, convertito con modificazioni nella legge 14 maggio 2005 n. 80, possono intervenire nell'esecuzione (*rectius*, nell'espropriazione) solo i creditori muniti di titolo esecutivo e alcune tassative categorie di creditori non muniti di titolo esecutivo, e alla disciplina dell'intervento tardivo, che consente la partecipazione alla distribuzione del ricavato, solo dopo che siano stati soddisfatti il creditore pignorante e gli intervenienti tempestivi.

In ogni caso, a nostro avviso, limitazioni alla partecipazione alla distribuzione del ricavato fondate su criteri quali la tempestività dell'intervento o il possesso del titolo esecutivo possono giustificarsi con l'esigenza di garantire la celerità del processo esecutivo e la tutela del creditore precedente e tempestivo, secondo un giudizio effettuato dal legislatore che tenga conto di parametri di ragionevolezza in relazione agli articoli 3 e 24 della Costituzione.

⁷⁰ S.ZIINO, *Esecuzione forzata e intervento dei creditori*, cit., p. 154, secondo cui la possibilità di un'azione concorrente sugli stessi beni (pignoramento successivo) non è necessariamente diretta a realizzare la *par condicio creditorum*.

garantire il diritto di tutti i creditori di concorrere in posizione di parità alla distribuzione del ricavato, si ha allora buon gioco a sostenere che detto principio venga di continuo disatteso dal legislatore ordinario.

Come invece la stessa collocazione sistematica suggerisce, occorre inquadrare l'ambito dell'«eguale diritto» dei creditori nel contesto del rapporto di responsabilità-garanzia patrimoniale: l'art. 2741c.c. estende la funzione di garanzia del patrimonio a «tutti» i creditori, che hanno pertanto eguale diritto ad avvalersi degli strumenti concessi dall'ordinamento per conservare e far valere detta garanzia⁷¹.

Si tratta, in sostanza, della condizione di parità in cui i creditori devono trovare di fronte al patrimonio del debitore che deve costituire garanzia a favore di tutti loro, senza che alcuno solo di essi venga privilegiato a danno degli altri, se non nei limitati casi previsti dalla legge.

Questa ci sembra essere la ricostruzione più aderente alla legge e ai principi generali dell'ordinamento.

A riprova di quanto sostenuto, insieme al divieto di costituire cause illegittime di prelazione, si deve ricordare che il codice civile istituisce il divieto di patto commissorio, consistente in quell'accordo con il quale il debitore, a garanzia della soddisfazione di un proprio debito, mette a disposizione un proprio bene, con l'intesa che, verificatosi l'inadempimento, detto bene passerà in proprietà del creditore (art. 2744 c.c.⁷²).

L'ordinamento fa assoluto divieto della stipula di un siffatto accordo perché, nella sostanza, verrebbe a creare una causa di prelazione non prevista dall'ordinamento, a danno degli altri creditori che vedrebbero sottratto qual bene alla massa patrimoniale che costituisce anche per loro garanzia.

Si tratta di un esempio che conferma che il concorso dei creditori viene

⁷¹ In questo senso: S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, cit. p. 165; G. MONTELEONE, *Sullo «eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, cit., p. 89; S. ZIINO, *op. ult. cit.*, p. 162.

⁷² Art. 2744 c.c.: «Divieto del patto commissorio - È nullo il patto col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore. Il patto è nullo anche se posteriore alla costituzione dell'ipoteca o del pegno.».

tutelato dall'ordinamento a monte, in sede e forme diverse rispetto al momento processuale di concreta soddisfazione dei creditori.

Come per la responsabilità patrimoniale, dunque, il concorso dei creditori non può ridursi ad un istituto avente natura meramente ed esclusivamente processuale, poiché verrebbe svuotato di significato, ma è legato ad un momento del rapporto obbligatorio anteriore all'esecuzione forzata, anche se ad esso fortemente legato.

CAPITOLO II

LA TUTELA ESECUTIVA DEI DIRITTI DI CREDITO

SOMMARIO: 1. La esigenza di coordinare le diverse forme di esecuzione forzata con le peculiarità dei diritti di credito e dei diritti reali. - 2. L'ordine di reintegra del lavoratore illegittimamente licenziato e il dibattito intorno all'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare. - 2.1. Dall'ineseguibilità dell'ordine di reintegra del lavoratore al preteso superamento dei principi di incoercibilità degli obblighi di fare e di non fare e di correlazione necessaria tra condanna ed esecuzione forzata. Sull'esistenza di sentenze di "condanna" non suscettibili di esecuzione forzata. Rilievi critici. - 2.2. Ipotesi di sussistenza di un sistema generalizzato di misure coercitive. - 2.3. Segue: l'esecuzione forzata in forma specifica come misura coercitiva e il superamento del principio di tipicità delle forme di esecuzione forzata. Critica. - 2.4. Breve conclusione sulle teorie "estensive" della sentenza di condanna e dell'esecuzione in forma specifica. - 3. La tutela esecutiva dei diritti di credito. - 3.1. L'esecuzione in forma specifica dei diritti credito. - 4. Obblighi di consegna o rilascio di cose determinate. - 4.1 Segue: la tutela in forma specifica della locazione: l'obbligazione di consegna del locatore - 4.2. Obblighi di consegna di cose determinate solo nel genere. - 5. Obblighi di fare e di non fare. - 5.1. Esecuzione forzata in forma specifica degli obblighi di fare e di non fare e responsabilità patrimoniale. - 5.2. Ambito e presupposti di applicazione dell'esecuzione in forma specifica degli obblighi di fare e di non fare, surrogabilità dell'obbligo ed "*esercizio del diritto giurisdizionalmente controllato*". - 5.3. Esecuzione in forma specifica degli obblighi di fare e di non fare e risarcimento del danno in forma specifica.

1. *La esigenza di coordinare le diverse forme di esecuzione forzata con le peculiarità dei diritti di credito e dei diritti reali.*

L'istituto della responsabilità patrimoniale, esaminato nel capitolo I, può senza ombra di dubbio essere qualificato come una caratteristica peculiare ed indefettibile di quell'amplissima macro-categoria di diritti soggettivi che vanno sotto il nome di diritti di credito e che si identificano nell'istituto giuridico dell'obbligazione.

Accanto ad essi, l'altra categoria dei diritti reali, cui, per i fini che il presente studio si propone di raggiungere, vanno accomunati i c.d. diritti assoluti.

Quando un soggetto subisce la violazione di un proprio diritto - di credito o reale - nasce il diritto di azione: egli dovrà rivolgersi ad un Giudice il quale, nelle forme del processo stabilite dalla legge, emanerà un provvedimento con il quale dichiarerà a quale delle parti in causa spetti il diritto fatto valere e di cui si è chiesto l'accertamento.

Come accade per qualsiasi dovere imposto ad un soggetto di diritto, questi può spontaneamente conformarsi al pronunciamento Giudice, ma potrebbe anche non farlo: in tale ipotesi, la legge prevede che il titolare del diritto, riconosciuto tale da un provvedimento giudiziale⁷³, possa servirsi di particolari procedimenti previsti dal codice civile e disciplinati dal codice di procedura civile che hanno il fine di conformare la realtà a quanto stabilito in sede giurisdizionale, indipendentemente o anche contro la volontà dell'obbligato.

La celebre frase di Giuseppe Chiovenda «*Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire*»⁷⁴ ha indotto alla elaborazione di teorie dell'esecuzione forzata le quali se, da un lato, presuppongono labile, se non inesistente, l'esigenza

⁷³Per ragioni di sintesi ed esigenze di brevità della trattazione, non si vuol far menzione dei titoli esecutivi stragiudiziali.

⁷⁴G. CHIOVENDA: *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2° ed., I, Napoli, 1960, p. 177; ID, *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930, p. 110.

che il processo esecutivo si modelli in relazione ai diritti che mira a tutelare, onde adeguarsi alle specifiche peculiarità di questi, estendendo specialmente i procedimenti di “esecuzione in forma specifica” oltre i limiti di fatto e di diritto che gli sono propri, dall’altro, si concludono con il rilievo della mancanza e della urgente necessità di un adeguato sistema di misure coercitive⁷⁵.

E ciò, una volta preso atto che le forme di tutela dei diritti posti dall’ordinamento o garanzia dell’avente diritto non sempre sono idonei a fornire un totale ripristino del diritto leso, quando questo diritto non può che realizzarsi mediante una specifica prestazione dell’obbligato, non altrimenti surrogabile.

Di certo non si può dubitare che il processo debba dare attuazione concreta al diritto vantato, il che è l’essenza del diritto di azione, si può al più dubitare, «*il se quanto la parte si ripromette di ottenere attraverso l’azione corrisponda veramente al contenuto del suo diritto. Ma questo è un problema sostanziale che, come suol dirsi, precede il processo*»⁷⁶.

Fatte queste premesse di ordine generale, i procedimenti di esecuzione forzata disciplinati dal libro III del codice di procedura civile sono accomunati dal medesimo scopo, ossia quello di consentire l’attuazione di una pretesa che sia legittima perché sancita da un titolo esecutivo, nel caso in cui l’obbligato non vi dia attuazione spontaneamente.

⁷⁵Il principio espresso dal Chiovenda è stato così distorto e generalizzato. Infatti esso era stato affermato, prima della promulgazione del codice civile del 1942, per propugnare in via interpretativa la possibilità per il promittente venditore di ottenere in via giudiziale una sentenza costitutiva che producesse gli stessi effetti del contratto definitivo non concluso.

Dell’estensione di detto, noto, principio, se ne trova consapevolmente traccia nella dottrina italiana: A. PROTO PISANI, *Attualità di Giuseppe Chiovenda*, in *Foro it.*, 1995, V, pp. 1 ss. «*Direi che oggi il principio secondo cui il processo, per quanto è possibile, deve dare a chi ha un diritto tutto quello che è proprio quello che è previsto dalla legge sostanziale [...], serve per affermare il carattere atipico della tutela inibitoria e per denunciare l’illegittimità costituzionale delle limitazioni della tutela specifica o, il che spesso è lo stesso, della mancanza nel nostro ordinamento di un sistema generale di misure coercitive*».

Sostanzialmente, il filone dottrinale sopra citate, e di cui si darà ampio conto in seguito, finivano con l’ammettere in fatto l’incoercibilità degli obblighi di fare, in special modo se oggetto di obbligazioni civili, e con l’auspicio - *de jure condendo* - che anche la legislazione italiana si munisse di adeguate misure coercitive, sull’esempio delle legislazioni d’oltralpe. Il legislatore italiano ha provveduto solo nel 2009, mediante la previsione di una misura compulsiva in tutto simile all’*astreint* francese. Tutto ciò conferma l’esistenza e l’attualità del problema della coercibilità della prestazione del debitore e della sua esecuzione in forma specifica.

⁷⁶G. MONTELEONE, *Domenico Viti ed il concetto di azione, ovvero l’eredità scientifica di Giuseppe Chiovenda*, in *Giur. It.*, 1997, IV, pp. 7

Sotto questo profilo, non è improprio che vengano considerati unitariamente, nell'ambito della “*esecuzione forzata*”.

Tuttavia, detta sistemazione non deve far dimenticare che si tratta di ben tre procedimenti tra loro nettamente distinti, non solo per le specifiche norme procedurali ma anche, e soprattutto, per la loro funzione in relazione alla tipologia di diritti che ognuno di essi è in grado di tutelare.

All'interno della macrocategoria della “*esecuzione forzata*”, infatti, si rinvencono: il procedimento di espropriazione forzata, per la tutela dei diritti di credito aventi ad oggetto una somma di denaro; il procedimento di esecuzione forzata per la consegna di beni mobili e il rilascio di beni immobili e l'esecuzione forzata per l'attuazione di obblighi fungibili di fare o di non fare.

Gli ultimi due procedimenti vengono solitamente definiti di “*esecuzione in forma specifica*”, ciò per distinguerli dall'espropriazione forzata.

È proprio da quest'ultima distinzione che deve necessariamente passare una trattazione sulla tutela esecutiva delle obbligazioni civili, perché, come si cercherà di dimostrare, l'attuazione dei diritti di credito mediante esecuzione in forma specifica crea non pochi problemi sia di ordine sostanziale che processuale, essendo l'espropriazione forzata l'unico strumento che garantisce pratica soddisfazione a detti diritti, tutelando allo stesso tempo il rispetto della *par condicio creditorum*⁷⁷ insieme a profili di utilità pratica oltre che giuridica.

Ciò posto, occorre esaminare in cosa si differenziano i “diritti”, ponendo l'accento sulle caratteristiche che possono incidere sulle modalità esecutive.

Come accennato, i diritti tutelabili possono distinguersi in diritti di credito, ossia quelli nascenti dalle obbligazioni civili, e in diritti reali o assoluti

Il primo e fondamentale criterio discretivo tra obbligazioni e diritti reali riguarda il rapporto con il bene.

In particolar modo l'*immediatezza*⁷⁸ della relazione in cui il soggetto di diritto si trova con l'oggetto di esso, che è massima nei diritti reali o assoluti (anche se i vari diritti reali possono distinguersi tra loro per forme attenuate di immediatezza

⁷⁷ B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, 2° ed., Torino, 2012, p. 3

⁷⁸ V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1914, pp. 22 ss.

con la cosa) e assente, invece, nelle obbligazioni.

In sostanza, l'immediatezza consiste nel fatto che la titolarità del diritto reale comporta immediatamente il suo esercizio sul bene, mentre l'assenza di detto requisito nelle obbligazioni civili comporta che l'esercizio del diritto sul bene sia sempre condizionato dalla una prestazione del debitore che ha dunque una priorità logica giuridica rispetto al materiale godimento del bene.

Nelle obbligazioni civili, cioè, il godimento del bene è condizionato da un libera attività del debitore, che costituisce quindi necessario "intermediario" tra il creditore e il bene.

Dall'elemento dell'immediatezza discende un'altra rilevante differenza: l'obbligazione consiste in un rapporto giuridico tra due o più persone determinate, cosicché il creditore può pretenderne l'esecuzione soltanto dal debitore; il diritto reale, invece, crea delle relazioni tra soggetti determinati solo al momento della sua violazione, mentre in assenza di questa il diritto vale *erga omnes*, sostanziandosi in un divieto di violazione e obbligo di rispetto da parte di tutti i consociati⁷⁹.

L'immediatezza ha dunque quale effetto l'assolutezza, ossia l'attitudine del diritto reale (o assoluto) di essere esercitato nei confronti di tutti, poiché tutti possono in astratto violarlo⁸⁰.

Ancora, mentre il diritto reale comporta un dovere di astensione da parte dei consociati, il diritto di credito presuppone invece un obbligo di prestazione del debitore, prestazione che, teoricamente, può consistere anche in un *non facere*.

Occorre sin d'ora chiarire che, ai fini dell'esecuzione forzata, ai diritti reali e assoluti vanno accostate tutte quelle particolari forme di possesso o di detenzione tutelate dall'ordinamento e che, pertanto, attribuiscono al titolare un diritto di godimento sul bene, anche se la sua realizzazione sia mediata da un comportamento del debitore.

Infatti, ai concetti di immediatezza e di assolutezza si aggiunge, sempre ai

⁷⁹ E. FINZI, *Il possesso dei diritti*, Milano, 1968, pp. 72 ss.

⁸⁰ Non crediamo che vi sia incompatibilità tra i due principi, considerato che l'assolutezza è figlia dell'immediatezza nel senso riportato nel testo, poiché le caratteristiche dei diritti si esplicano anche e soprattutto al momento della loro violazione.

nostri fini, il concetto di *inerenza*: situazione, quest'ultima, che spiega, a nostro avviso, l'estensione delle tutele tipiche dei diritti reali o assolute anche a situazioni possessorie, purché riconosciute e tutelate dall'ordinamento, indipendentemente dal fatto traggano la loro causa o origine da rapporti obbligatori: in certi casi, in sostanza, quel che rileva è lo stato di fatto della avvenuta materiale apprensione del bene e non la causa giuridica del possesso⁸¹.

⁸¹ È di fondamentale importanza, ai nostri fini, ossia quelli della tutela della tutela giurisdizionale civile, accomunare le forme di tutela esecutiva proprie dei diritti reali a quelle delle situazioni giuridiche che comportano, quale effetto, l'istituzione di una *signoria di fatto* su un bene, anche se essa abbia la propria origine da un diritto di credito o, più in generale, la sua causa in un rapporto obbligatorio.

Il concetto ci sembra sia stato bene espresso da Enrico Finzi, in un magistrale scritto dal titolo «*Il possesso dei diritti*» (cfr. nota n. 8) nel quale si fa un parallelismo tra il possesso materiale di una cosa e il possesso di un diritto che indica «lo stato di colui che è di fatto in un rapporto giuridico», come se il diritto vantato fosse un bene immateriale suscettibile di utilizzazione economica.

La prima parte dello scritto si sofferma a delineare i caratteri del possesso di cose.

Quella che l'Autore chiama «*signoria di fatto*» sulla la cosa contiene in sé due momenti o aspetti, che solitamente convivono nello stesso rapporto giuridico, ma che devono essere differenziati, ossia l'aspetto fattuale e l'aspetto economico.

Per il primo aspetto rileva, in sostanza, l'appropriazione materiale del bene quale estrinsecazione di un atto di volontà del soggetto attivo ed è il riflesso di una relazione tra uomo e la cosa; il secondo aspetto, invece, dà rilevanza al bene in sé considerato e all'utilità economica che il possessore ne trae dal suo utilizzo, situazione che crea invece rapporti sociali tra uomo e uomo (E. Finzi, *Op. cit.* p. 58).

Quel che preme rilevare è dunque la valenza della materiale apprensione del della cosa; la costituzione della situazione reale, la cui dignità autonoma rispetto al rapporto giuridico - reale o obbligatorio - impone pure che una differenziazione di tutela esecutiva rispetto al rapporto giuridico che ne è stata la fonte: «*Così avviene che dalla signoria fisica di una cosa segua un rapporto sociale di rispetto per la persona fisica che la attua ed una situazione giuridica avvalorata tale rapporto, difendendo il potere fisico sulla cosa. In tal caso la natura della cosa, l'elemento economico, la genesi del rapporto reale, lo scopo cui mira ecc. esulano dallo scopo contemplato dalla società nello stabilire il rapporto e dal diritto nel sancirlo e non vengono quindi contemplati fra i presupposti della difesa giuridica; mentre invece è contemplata come massima, caratteristica, essenziale condizione la presenza attiva ed immanente della persona umana che custodisce la cosa*» (E. FINZI, *Op. cit.*, pp. 65-66)

Da questo punto di vista, possesso e diritti reali hanno in comune il fatto che entrambi comportano un potere diretto sulla cosa, la possibilità di utilizzo, in altri termini, l'aspetto economico, ma, mentre il primo è di fatto e non giuridico, il diritto reale è un potere giuridico, nel senso che oltre alla relazione diretta con il bene (che passa in secondo piano) il diritto reale fa nascere in capo ai consociati il dovere di rispettare la cosa.

Ma i diritti reali non solo l'unico strumento di cui l'ordinamento si serve per dare giuridicità ad una signoria di fatto su un bene, cioè non solo per mezzo di imperativi assoluti di astensione e rispetto rivolti alla generalità dei consociati, ma impartendo invece «*un obbligo positivo a carico di colui cui già ha garantito un potere più ampio col generale divieto, un obbligo positivo a favore della persona cui vuol attribuire il potere giuridico di utilizzare in quel modo la cosa*» (E. FINZI, *Op. cit.*, pp. 72-73).

In altri termini, «*il godimento di una cosa ha limiti assai più vasti che non abbiano i diritti su una cosa, così che il parallelo fra il rapporto possessorio ed il rapporto giuridico va logicamente*

Le teorie che, a partire dalla pandettistica tedesca - che prendiamo in considerazione per la vicinanza e l'influenza di esse sulla sistematica odierna - hanno indagato sulla differenza tra diritti assoluti e diritti reali si muovono sulla scia qui delineata.

Nonostante quello esposto si un modo classico di definizione dei diritti, riteniamo sia tuttavia quello più aderente alla realtà dei fatti, e quello da cui procedere ai fini di una corretta sistematica dell'esecuzione forzata⁸².

Queste nozioni ci sembrano l'ideale punto di partenza per lo studio delle note teorie di Salvatore Satta, che, a nostro parere, costituiscono un'evoluzione e un superamento delle teorie classiche che hanno origine dall'osservazione della realtà e sviluppate proprio in vista di una loro applicazione al diritto dell'esecuzione forzata.

Secondo l'illustre processualista, dunque, i diritti reali o assoluti consistono in situazioni giuridiche nelle quali l'immediatezza della relazione tra il soggetto e il bene si concreta nella circostanza che la titolarità del diritto si identifica con il soddisfacimento dell'interesse⁸³: si tratta, in sostanza, di tutte quelle situazioni giuridiche soggettive in cui il diritto consiste nel potere di godere e - nel caso della proprietà - disporre del bene.

E cioè, l'interesse del soggetto consiste proprio nel godimento del bene, indipendentemente dal fatto che il diritto derivi (cioè nasca) da un rapporto

esteso a tutti i rapporti giuridici - reali o obbligatori - i quali mirino a garantire immediatamente o mediamente la utilizzazione diretta di una cosa» (E. FINZI, Op. cit., pp. 72-73).

⁸² Non sono mancate teorie che definiscono le differenze tra diritti reali e diritti di credito sulla base delle concrete modalità di tutela esecutiva: ZIEBARTH, *Die Realexecution und die Obligation mit besonderer Rücksicht auf die Mieth, Halle, Buchhandl Waisenhaus*, 1866, secondo cui il criterio discriminante tra diritti reali e diritti di credito consiste in ciò, che il titolare possa o meno pretendere in via esecutiva lo stesso bene a cui il diritto si riferisce. Qualora il titolare del diritto non abbia a disposizione strumenti di coercizione, ma possa ottenere soltanto un equivalente o surrogato, allora si è in presenza di diritti di credito. Questa teoria non appare del tutto corretta perché confonde la conseguenza con la causa, ma ci sembra ugualmente da tenere in considerazione allorché si dovrà indagare su particolari situazioni giuridiche che presentano sia profili di natura reale che obbligatoria.

⁸³ S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, loc. cit., pp. 4 ss. L'immediatezza non può essere vista come nota distintiva tra diritti reali e diritti di credito, poiché anche i diritti di credito, in quanto diritti, sono inviolabili. Il concetto di immediatezza va dunque riferito al particolare rapporto che lega il soggetto al bene, ossia alla necessaria presenza o meno della mediazione di un altro soggetto, necessaria ai fini della realizzazione dell'interesse nei diritti di credito, non necessaria nei diritti reali o assoluti.

obbligatorio, dalla legge o da qualsiasi altro fatto o negozio giuridico⁸⁴.

Queste situazioni giuridiche, nella quali il materiale godimento del bene costituisce il soddisfacimento dell'interesse, vengono dall'Autore definite *finali*.

A queste si contrappongono le situazioni *strumentali*, delle quali fanno parte le obbligazioni, e che si caratterizzano per il fatto che la realizzazione dell'interesse dipende dalla prestazione dell'obbligato (debitore): solo dopo l'adempimento dell'obbligazione l'interesse, trova compiuta soddisfazione mediante l'acquisizione materiale del bene e la costituzione, se del caso, di un diritto diverso *sul* bene.

La teoria può pertanto sintetizzarsi in questo: i diritti reali o assoluti sono diritti *sul bene*, i diritti di credito sono diritti *al bene*⁸⁵.

In altri termini, nel momento stesso in cui a Tizio gli sia riconosciuta la titolarità di un diritto reale su un bene, avrà egli per ciò stesso diritto di utilizzare detto bene a proprio "piacimento" nell'esercizio di tutte le facoltà riconosciutegli dalla legge, di non utilizzarlo, di venderlo o di concederlo in locazione o in comodato, così come il proprietario del fondo dominante avrà diritto di passare dal fondo servente per raggiungerlo, e così via.

Nella tutela delle situazioni strumentali, al contrario, il godimento del bene viene conseguito solo tramite l'adempimento del debitore, e pertanto l'iter della tutela necessita di un ulteriore passaggio intermedio, che è la condanna: elemento, questo, sempre necessario - come vedremo - per una tutela esecutiva del diritto di credito⁸⁶.

⁸⁴ La locazione, ad esempio, è chiaramente un rapporto obbligatorio. Il conduttore, per ottenere il possesso (in senso lato) del bene locato, deve aspettare che il proprietario, in adempimento del contratto, glielo consegni. Nel momento in cui il conduttore entra in possesso del bene, egli sarà tutelato alla stregua del proprietario nel suo possesso, a patto che la detenzione rimanga legittima. Se ad esempio, non vengono pagati canoni pattuiti, il possesso del bene da parte del conduttore diventa illegittimo e il proprietario, il cui diritto di proprietà, dunque, si ri espande nelle sue facoltà, può pretenderne la restituzione; così allo stesso modo, riteniamo che se il proprietario illegittimamente ottenesse indietro l'immobile locato, ad esempio in virtù di un'ordinanza provvisoria di rilascio poi revocata, il conduttore potrebbe forzatamente ottenere il rilascio dell'immobile. Alla locazione sarà in seguito dedicato un apposito paragrafo.

⁸⁵ G. MONTELEONE, *Condanna civile e titoli esecutivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, pp. 1085 ss.

⁸⁶ G. MONTELEONE, *Condanna civile e titoli esecutivi*, loc. cit. pp. 1084 ss.

2. L'ordine di reintegra del lavoratore illegittimamente licenziato e il dibattito intorno all'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare.

Prima di addentrarci nelle problematiche profonde e tuttora irrisolte dalla dottrina in merito alla tutela esecutiva dei diritti di credito, dobbiamo dare atto di un orientamento della dottrina che si è fatto strada a partire dagli anni '70, legato alle difficoltà pratiche che erano insorte a seguito dell'emanazione della legge 20 maggio 1970 n. 300 (c.d. Statuto dei lavoratori), allorché dovesse darsi attuazione all'ordine di reintegra del lavoratore illegittimamente licenziato ai sensi dell'art. 18, nonché le comminatorie disposte ai sensi degli artt. 28 e seguenti, aventi ad oggetto la repressione delle condotte antisindacali, per poi essere indebitamente generalizzato ed esteso ad ogni obbligo di fare e non fare non surrogabile⁸⁷.

A questo si è aggiunta l'esigenza di protezione di tutta una serie di situazioni giuridiche che si fanno a vario titolo rientrare nell'area della garanzia costituzionale e che rifiuterebbero, pertanto, la logica della soddisfazione mediante forme di tutela per equivalente, reclamando, invece, l'adempimento in natura⁸⁸.

La dottrina prima e la giurisprudenza poi si sono poste il problema se e come l'ordinamento possa conformarsi a statuizioni di condanna ad obblighi di fare infungibili, ossia la cui surrogabilità ad opera degli organi giurisdizionali sia esclusa per la loro stessa natura.

In attuazione della già citata normativa lavoristica e di numerose altre legislazioni speciali a tutela di diritti non esclusivamente patrimoniali, - si pensi alla legge sul diritto d'autore o a quella della proprietà industriale⁸⁹ - fanno ingresso, infatti, tra le pronunce giudiziali, provvedimenti in cui alle statuizioni

⁸⁷S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980, pp. 7-8 e 26 ss.; G. MONTELEONE, *Recenti sviluppi della dottrina dell'esecuzione forzata*, in *Riv. dir. proc.*, 1982,

⁸⁸L. FERRONI, *Obblighi di fare ed eseguibilità*, Camerino, 1982, pp. 2 ss.

⁸⁹Sul punto, G. MONTELEONE, *Recenti sviluppi della dottrina dell'esecuzione forzata cit.*, pp. 292 ss. Ricontriamo, in ogni caso, che le legislazioni speciali in tema di diritto d'autore e di tutela della concorrenza, tutelano e disciplinano diritti assoluti, non necessariamente dipendenti da rapporti obbligatori. L'esistenza di siffatte forme di tutela, quindi conferma la tesi che, per una corretta trattazione in materia di tutela giurisdizionale, occorre comunque distinguere tra diritti soggettivi assoluti o reali e diritti relativi.

condannatorie classiche si aggiungono precetti aventi ad oggetto ordini, inibitorie, regolamenti e condanne in futuro che materialmente non possono essere eseguiti in via forzosa mediante i procedimenti disciplinati dal codice di procedura.

Nasce, allora, l'esigenza di rintracciare, sempre all'interno dell'ordinamento positivo, delle norme, o delle soluzioni, per garantire l'eseguibilità a queste nuove forme di "condanna" al cui fine i procedimenti di esecuzione forzata disciplinata dal codice di procedura civile risultano inadeguate.

Fino a tempi tutto sommato recenti, non vi era stato motivo di dubitare che una statuizione di "condanna" in senso tecnico, per essere tale, dovesse essere suscettibile di esecuzione forzata e, allo stesso tempo, che non di vere e proprie condanne si trattasse allorché determinate pronunce giudiziali avessero ad oggetto ordini di fare infungibili, la cui esecuzione sarebbe stata rimessa, in altri termini, alla libera scelta dell'obbligato.

Sia chiaro che il problema che si pone non riguarda l'ammissibilità di provvedimenti giurisdizionali di accertamento di obblighi di fare non eseguibili forzosamente, bensì la loro qualificazione in termini di condanna, se per questa si intende un provvedimento giudiziale idoneo ad essere forzatamente eseguito.

Infatti, l'accertamento di un obbligo di fare o non fare infungibile, se anche non può essere attuato a mezzo di esecuzione forzata, può tuttavia esplicare altri e rilevanti effetti, come indurre allo spontaneo adempimento o fungere da presupposto per un successivo giudizio per la condanna al risarcimento dei danni, effetti tutti legati all'accertamento del diritto tra le parti, reso incontestabile dal passaggio in giudicato⁹⁰.

La sentenza di condanna è infatti caratterizzata proprio dal fatto che è necessariamente destinata ad essere eseguita forzosamente a mezzo dei procedimenti di esecuzione forzata⁹¹.

In altri termini, fino a che il legislatore non ha "stravolto" le opinioni consolidate degli studiosi, non si poneva in dubbio la validità del brocardo *nemo ad*

⁹⁰ G. MONTELEONE, *Recenti sviluppi della dottrina nella dottrina dell'esecuzione forzata*, loc. cit. pp. 294-295; ID, *Spunti critici in tema di obbligazioni*, in *Giur. Di merito*, 1970, I, pp. 438 ss.

⁹¹ Sul punto, diffusamente, G. MONTELEONE, *Condanna civile e titoli esecutivi cit.*, pp. 1000 ss.

factum praecise cogi potest, ne homini libero vis fiat, né i suoi corollari.

Orbene, da questo principio generale, derivano due assunti: il binomio infungibilità - incoercibilità del *facere* (di cui parleremo più avanti) e la correlazione necessaria fra condanna ed esecuzione forzata per la tipicità delle forme di tutela esecutiva.

Vedremo subito come, nonostante svariati tentativi da parte di autorevoli Autori⁹² di superare detti principi, essi allo stato non siano stati in nulla scalfiti nella loro vigenza.

In particolare, dalla necessità di costruire una tutela specifica per l'ordine di reintegra del lavoratore⁹³, non prevista dalla legge -, sono stati messi in discussione i principi della necessaria fungibilità dell'obbligo ai fini di una tutela in forma specifica e della tipicità delle forme di esecuzione in forma specifica degli obblighi di fare e non fare, ai sensi degli artt. 612 ss. c.p.c.

Infatti, l'ordine di reintegra del lavoratore ingiustamente licenziato e l'inibitoria di comportamenti antisindacali costituiscono all'evidenza obblighi complessi e infungibili, poiché solo il datore di lavoro, nell'esercizio del suo potere direttivo e di coordinamento dell'azienda, potrebbe porre in essere quelle attività materiali necessarie al reinserimento del lavoratore o all'eliminazione di ogni ostacolo all'esercizio dei diritti sindacali.

Detti obblighi del datore di lavoro non si concretano, infatti in attività materiali consistenti nella “*distruzione*” o nella “*costruzione*” di un'opera, né nella consegna o nel rilascio di un bene determinato, come invece stabilisce

⁹² S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, in *Riv. Trim. dir. Proc.* 1978, pp. 1104 ss.; si vedano le obiezioni di C. MANDRIOLI, *Sulla correlazione necessaria, tra condanna ed eseguibilità forzata*, in *Riv. Trim. dir. Proc.*, 1976, pp. 1342 ss. Sul presupposto del fatto che la sentenza possa avere ad oggetto anche dei *facere* non materialmente seguibili mediante i procedimenti di esecuzione forzata tipici, il principio della naturale incoercibilità dell'agire umano è visto non quale dato di fatto che per forza di cose ha riflessi nel mondo del diritto, ma quale un ingiustificato privilegio dei *beati possidentes* e di discriminazione dei non abbienti. Come si vede, ragioni di carattere politico trascendono del tutto dal diritto positivo.

⁹³ Necessità da cui è stata effettuata un'indebita generalizzazione a tutti gli obblighi di fare per loro natura infungibili, come sostiene espressamente S. CHIARLONI, *Op. cit.*, pp. 26 ss.

chiaramente il codice di rito⁹⁴ nel disciplinare i procedimenti di esecuzione in forma specifica..

Del resto, la pluralità di obblighi imposti al datore di lavoro consequenziali all'ordine di reintegra del lavoratore sono solo in parte infungibili.

Oltre alle sanzioni pecuniarie, alla dichiarazione di nullità del licenziamento segue ipso iure la reintegra.

Ciò significa che il datore di lavoro è obbligato a corrispondere al lavoratore tutte le retribuzioni perse dal giorno dell'allontanamento fino al giorno della effettiva reintegra, e anche qualora il datore di lavoro non si adegui spontaneamente alla sentenza, sarà comunque tenuto a corrispondere al lavoratore la retribuzione, indipendentemente dal fatto che questi sia stato materialmente posto in condizione di rientrare in fabbrica e di continuare prestare attività lavorativa⁹⁵.

Il lavoratore potrà agire, per ottenere le somme dovutegli, mediante espropriazione forzata: il datore di lavoro, proprio per tale motivo, sarà incentivato a reinserire il lavoratore nell'organico dell'azienda, onde fruire della sua collaborazione⁹⁶.

Quello della corresponsione della retribuzione da parte del datore di lavoro costituisce il principale oggetto del rapporto di lavoro subordinato, e poiché consiste nella dazione di una somma di denaro, è coerentemente ed efficacemente tutelato mediante il procedimento di espropriazione⁹⁷.

L'incoercibilità e l'ineseguibilità in forma specifica dell'obbligo di reintegra del lavoratore è pertanto solo parziale e per i rilievi svolti, deve, a nostro parere, essere ridimensionata.

⁹⁴ Così, L. FERRONI, *Op. cit.*, 24; G. BORRÈ, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, Napoli, 1966, p. 43.

⁹⁵ G. MONTELEONE, *Riflessioni sulla tutela esecutiva dei diritti di credito*, in *Riv. Dir. Comm.*, I, pp. 115 ss.

⁹⁶ G. MONTELEONE, *Op. loc. ult. cit.*, p. 115

⁹⁷ Questa soluzione sembra la più razionale ed aderente alla realtà, tanto che è stata ammessa anche da chi si è battuto per far valere la tesi dell'ineidoneità dell'esecuzione forzata ed in particolare dell'espropriazione per la tutela dei diritti del lavoratore: A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, loc. cit., p. 1159: «l'obbligo di pagare la retribuzione, infatti, sul piano teorico "rappresenta l'equivalente economico dell'effettiva ripresa del rapporto" e quindi è "non un mezzo di tutela ma l'oggetto stesso della tutela"».

L'inserimento materiale nel posto di lavoro può avvenire come no, ma il lavoratore sarà allo stesso modo soddisfatto mediante il pagamento anche forzoso delle retribuzioni.

2.1. Dall'ineseguibilità dell'ordine di reintegra del lavoratore al preteso superamento dei principi di incoercibilità degli obblighi di fare e di non fare e di correlazione necessaria tra condanna ed esecuzione forzata. Sull'esistenza di sentenze di "condanna" non suscettibili di esecuzione forzata. Rilievi critici.

Orbene, le correnti dottrinali sopra esaminate - avallate da sempre più consistente giurisprudenza di merito, in particolare dalle Preture chiamate ad applicare il nuovo Statuto dei Lavoratori - sostenevano che l'impossibilità di materiale coercizione del datore di lavoro derivasse dall'incondizionata quanto illegittima applicazione del principio *nemo ad factum praecise cogi potest* e da quello della necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione, avente come presupposto la tipicità delle forme esecutive, piuttosto che dal contenuto stesso degli obblighi derivanti dalla pronuncia giudiziale⁹⁸.

In sostanza, questi principi non erano visti - quali sono - come il portato di un'esperienza giuridica millenaria, estrapolati dalla realtà dei rapporti intersoggettivi umani, ma come un retaggio storico ormai obsoleto, dannoso per colui il quale chiede alla giurisdizione la pratica soddisfazione di un proprio diritto leso.

Dunque, il principio di necessaria correlazione tra sentenza ed esecuzione forzata consiste in ciò, che la sentenza di condanna deve necessariamente essere eseguita mediante i procedimenti di esecuzione forzata previsti dal codice di rito: tale, concreta, costituisce anzi il *proprium* della sentenza di condanna⁹⁹.

Ne consegue un dato molto evidente: la sentenza di condanna può avere ad oggetto soltanto obblighi che siano eseguibili forzosamente.

⁹⁸S. MAZZAMUTO, *L'incoercibilità degli obblighi di fare*, estratto da *Economia e credito*, 2, 1976, pp. 113 ss., dove si parla di «*crisi del principio dell'incoercibilità*».

⁹⁹G. MONTELEONE, *Condanna civile e titoli esecutivi loc. cit.*, pp. 1078 ss; ID, *Recenti sviluppi della dottrina dell'esecuzione forzata loc. cit.*, pp. 282 ss.

Sono quindi “condanne” in senso proprio solo quelle aventi ad oggetto la dazione di una somma di denaro, la consegna o il rilascio di beni, ovvero la distruzione o la costruzione di opere materiali (una correlazione, dunque, a doppio senso).

Secondo le tesi in commento, l’esecuzione forzata risulterebbe allora inadeguata a garantire tutta una serie di posizioni giuridiche soggettive quali quelle aventi ad oggetto *facere* materialmente o giuridicamente infingibili, *facere* astrattamente fungibili ma la cui esecuzione forzata deve scontare particolari complessità pratiche, ovvero obblighi di non fare che si risolvono in una tutela preventiva, cioè inibitorie per prevenire future violazioni¹⁰⁰.

Non di rado, infatti, in queste stesse ipotesi, la sentenza non si limita ad accertare la violazione del diritto, a quantificarne il danno o ordinare la rimessione in pristino, ma contiene anche l’ordine di cessazione per il futuro di quei comportamenti che comportano la suddetta violazione (c.d. «inibitoria»).

In questi frequentissimi casi, tutto il sistema dell’esecuzione forzata sarebbe inadeguato ad eseguire la sentenza, in quanto essa potrebbe attuare soltanto una tutela repressiva delle violazioni (rimessioni in pristino, restituzioni, risarcimenti) e mai preventiva, ossia in grado di garantire che anche in futuro il diritto non venga più violato¹⁰¹.

Queste situazioni giuridiche soggettive potrebbero essere tutelate solamente mediante il ricorso a misure coercitive, le quali, va subito detto, si pongono al di fuori dell’esecuzione forzata perché tendono ad uno spontaneo adempimento del

¹⁰⁰ A. PROTO PISANI, *Op. loc. cit.*, p. 1119

¹⁰¹ A tal riguardo, A. PROTO PISANI, in *Op. loc. cit.*, pp. 1146 ss., fornisce alcuni esempi di casi in cui la legge predetermini il contenuto della sentenza e questo si risolva in inibitorie di medesime violazioni future: le ipotesi di violazione del diritto al nome e all’immagine, di cui agli artt. 7, 9 e 10 c.c., nel qual caso la sentenza di condanna può avere ad oggetto, oltre al risarcimento dei danni, anche l’ordine di cessazione del fatto lesivo; l’ordine di cessazione di turbative e molestie, a tutela del diritto di proprietà e di servitù, espressamente disciplinato dagli artt. 949 comma 2° e 1079; in materia di concorrenza, l’art. 2599 c.c. l’inibizione degli atti di concorrenza sleale, oltre al risarcimento del danno se effettuati con dolo. Orbene, secondo l’Autore, in tutte queste ipotesi «*il diritto positivo da un lato prevede in modo univoco la possibilità che la condanna abbia ad oggetto l’adempimento futuro di obblighi di non fare a carattere continuativo (cd. Inibitoria), dall’altro lato non prevede alcuna tecnica specifica attraverso cui potere garantire l’attuazione della condanna in queste ipotesi. Si è già più volte detto come l’unico modo di garantire l’attuazione della condanna allorchè essa assegni una funzione preventiva e non solo repressiva, è dato dal ricorso alla tecnica delle misure coercitive*»

debitore mediante una “pressione psicologica”¹⁰².

E così, effettuata un’applicazione di istituti eterogenei in funzione di coercizione della volontà dell’obbligato, la sentenza di condanna potrebbe efficacemente servire a reprimere una violazione già commessa (mediante l’applicazione di sanzioni); a consentire al titolare del diritto di premunirsi di un titolo idoneo per sanzionare in futuro la violazione non ancora commessa; a prevenire l’eventuale violazione mediante coercizione della volontà dell’obbligato all’adempimento; a reprimere gli effetti della violazione già effettuata (funzione tipica del risarcimento del danno) e a prevenire violazioni future¹⁰³.

Con riferimento alle c.d. inibitorie vere e proprie, ossia degli ordini di astenersi in futuro da ulteriori violazioni non consistono in statuizioni di condanna, ma di mero accertamento dei diritti e dei doveri delle parti all’interno di un rapporto giuridico destinato a durare nel tempo.

Come per tutti gli ordini di non fare, l’esigenza di tutela nasce allorché venga violato l’obbligo, e l’azione di condanna (sempre successiva alla violazione, altrimenti difetterebbe di qualsiasi forma di interesse) avrà come oggetto la rimozione di quanto realizzato in violazione del divieto e il risarcimento del danno: non si tratta, in altri termini, di prevenire un illecito futuro e solo temuto, ma di reagire contro la violazione di tale divieto e impedire che esso continui¹⁰⁴.

In questo senso le misure coercitive possono, caso mai, servire per stimolare l’adempimento spontaneo da parte di colui che ha già violato il diritto accertato in sede giudiziale.

In definitiva, la teoria che promuove il superamento del principio di necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata e della tipicità delle forme di esecuzione forzata si fonda, invero, sul dato che la gran parte delle

¹⁰² Dalla lettura della dottrina sopra citata, ci sembra che l’inesistenza del principio di necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata non sia posto come la conseguenza dell’esistenza di un valido sistema di misure coercitive, ma sia un presupposto di fatto, dato per certo, cui si tenta di dare giustificazione attribuendo a vari istituti la funzione di misure coercitive. Si confonde quindi la conseguenza con la causa di una siffatta ricerca, poiché l’inesistenza di tal principio è subordinata al risultato positivo della suddetta ricerca.

¹⁰³ L. FERRONI, *Op.cit.*, p. 201.

¹⁰⁴ Sull’esatto ambito di applicazione delle c.d. “inibitorie”, cfr. G. MONTELEONE, *Recenti sviluppi nella dottrina dell’esecuzione forzata*, loc. cit., pp. 292 ss.

prestazioni deducibili in obbligazioni non sono surrogabili ed eseguibili a mezzo di esecuzione forzata, ma - si sostiene - possono essere egualmente “*eseguite*” a mezzo di misure di coercizione della volontà dell’obbligato¹⁰⁵.

In sostanza, l’essenza stessa della sentenza di condanna non deve essere più necessariamente legata soltanto alla concreta eseguibilità di questa mediante i procedimenti di esecuzione forzata, ma anche alla generica possibilità dell’applicazione di misure coercitive.

La nozione di sentenza di condanna finisce così per essere estesa al di là di quelli che sono i limiti suoi naturali per ricomprendervi anche la (metagiuridica) possibilità di sua attuazione mediante il ricorso a tecniche di coercizione della volontà dell’obbligato¹⁰⁶.

Possiamo, dunque, con certezza affermare che non esistono sentenze di condanna *preventiva*, né “*condanne*” alla esecuzione di prestazioni infungibili, attuabili solo a mezzo di misure coercitive¹⁰⁷, perché con le tanto acclamate misure coercitive non si dà tecnicamente attuazione al provvedimento giudiziale, non si tratta esecuzione forzata, ma di esecuzione spontanea.

Questi provvedimenti, occorre ribadirlo, hanno pure una loro efficacia che deriva dall’accertamento con funzione esecutiva e dall’efficacia del giudicato, ma è cosa ben diversa dalla possibilità pratica di essere forzatamente eseguite mediante i procedimenti che la legge mette a disposizione delle parti e non arbitrariamente creati all’occorrenza, che invece è propria delle sentenze di condanna in senso stretto¹⁰⁸.

¹⁰⁵Ciò sarebbe confortato dall’esistenza di disposizioni del codice civile secondo le quali il creditore è legittimato ad ottenere l’adempimento dell’obbligazione. Di questi casi, a parte l’art. 1453 c.c., che si pone, comunque, su un piano di diritto sostanziale e non processuale, le altre disposizioni esaminate dal Proto Pisani (artt. 1292, 1307 e 1319 del codice civile) fanno chiaramente riferimento ad obbligazioni di somme di denaro per le quali un problema di eseguibilità non si pone.

¹⁰⁶G. MONTELEONE, *Condanna civile e titoli esecutivi loc. cit.*, pp. 1082 ss.

¹⁰⁷G. MONTELEONE, *Condanna civile e titoli esecutivi, cit.*, pp. 1081 ss. Si veda, inoltre, S. CHIARLONI, *Op. cit.*, pp. 164 ss.

¹⁰⁸Come si vedrà in seguito, il procedimento esecutivo idoneo a dare attuazione ad una sentenza di condanna in senso stretto è l’espropriazione forzata, a tutela dei diritti di credito, sul punto, vedi ampiamente gli scritti di G. Monteleone, e, in particolare, G. MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuali dell’azione surrogatoria*, Milano, 1975, ID, *Condanna civile e titoli esecutivi loc. cit.*, pp. 1086: «*La condanna civile non può che definirsi come quel provvedimento giudiziale, che*

2.2. Ipotesi di sussistenza di un sistema generalizzato di misure coercitive.

Svincolare il provvedimento di condanna dalle forme tipiche di esecuzione forzata, ha comportato l'esigenza di rintracciare nell'ordinamento allora vigente - nonostante l'assenza di disposizioni *ad hoc* - un sistema generalizzato di coazione all'adempimento.

E così, nell'auspicio che il legislatore provvedesse all'introduzione di un sistema di misure coercitive - esigenza che per la verità si è mostrata sin dall'entrata in vigore del nuovo codice di procedura civile -, cui si è provveduto solo nel 2009, si è tentato di attribuire funzione coercitiva della volontà dell'obbligato inadempiente ad alcuni istituti sia di diritto civile che di diritto penale.

Si è fatto riferimento, in particolare, all'ampia formulazione dell'art. 2818 c.c. inerente la possibilità che la sentenza di condanna all'adempimento di qualsiasi obbligazione costituisca titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale e agli artt. 388 e 650 del codice penale.

L'art. 2818 c.c. dispone che *«Ogni sentenza che porta condanna al pagamento di una somma o all'adempimento di altra obbligazione ovvero al risarcimento dei danni da liquidarsi successivamente è titolo per iscrivere ipoteca sui beni del debitore»*.

Poiché la legge prevede che l'iscrizione di ipoteca giudiziale possa derivare anche da una sentenza contenente condanna all'adempimento di *qualsiasi* obbligazione - ossia di obbligazioni aventi ad oggetto qualsiasi *facere*, sia fungibile che infungibile, sia di fare che di non fare, e da condanne sia a carattere repressivo che preventivo¹⁰⁹ - la costituzione del diritto reale di garanzia su un

serve all'accertamento ed alla concreta attuazione dei diritti di credito in senso proprio, quelli nascenti da rapporti giuridici obbligatori: in relazione a tale sua funzione essa è titolo esecutivo. Non vale, di contro, la proposizione reciproca, perché non è dalla qualità di titolo esecutivo che deriva la individuazione della sentenza di condanna, ma è dalla sua specifica funzione che discende la suddetta qualità. Infatti, esistono titoli esecutivi giudiziali e stragiudiziali che non sono condanne».

¹⁰⁹ A. PROTO PISANI, *Op. loc. cit.*, 1140 ss.

bene dell'obbligato, con il conseguente diritto di prelazione in sede di distribuzione del ricavato, con tutto quello che ne discende in termini di limitazione della libera circolazione, può costituire una valida forma di coercizione che lo induca ad adempiere spontaneamente.

La lettura della disposizione in questi termini è fallace sotto diversi profili.

Diciamo subito che l'iscrizione di ipoteca giudiziale sui beni del debitore non crea problemi allorché si voglia garantire l'esecuzione di sentenze di condanna al pagamento di somme di denaro.

Anzi è proprio questa la sede sua propria, dal momento che l'ipoteca giudiziale inerisce al procedimento di espropriazione, costituendo un diritto di prelazione a soddisfarsi sul ricavato della vendita del bene pignorato, in eccezione al concorso dei creditori.

Per obblighi di fare o non fare surrogabili, l'esecuzione in forma specifica di obblighi di fare prevede che, terminata la procedura, il debitore debba rimborsare le spese anticipate dal creditore e, a tal fine, la legge dispone che il giudice dell'esecuzione emetta decreto ingiuntivo di pagamento. In assenza di preventiva liquidazione di risarcimento nella sentenza di condanna, è il decreto ingiuntivo emanato dal giudice dell'esecuzione, e non la sentenza di merito, a costituire titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

In relazione, invece, a condanne a obblighi di fare non surrogabili, ineseguibili con i previsti mezzi di esecuzione forzata, si pone un'interferenza tra queste situazioni, l'istituto di responsabilità/garanzia patrimoniale del debitore e l'essenza stessa dell'ipoteca che serve a realizzare crediti di denaro.

Infatti, la previsione dell'art. 2818 c.c. non potrebbe che attuarsi soltanto per obbligazioni suscettibili di esecuzione forzata, anzi, solo per quelle obbligazioni tipicamente surrogabili e suscettibili di esecuzione quali quelle pecuniarie¹¹⁰.

Nel caso di obblighi di fare non suscettibili di esecuzione forzata, l'art. 2818 c.c. funziona solo a tutela dell'obbligazione successiva di risarcimento del

¹¹⁰ L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Tratt. Dir. Civ. It.* F. VASSALLI, 1994, 175 ss.

danno¹¹¹, ed è solo a questo fine che può essere iscritta ipoteca giudiziale.

Si è però sostenuto che l'iscrizione di ipoteca giudiziale funzionerebbe quale misura coercitiva dello spontaneo adempimento di prestazione di fare infungibili, ossia in situazioni, dunque, completamente scisse dall'effettiva eseguibilità, come del resto avviene nell'ipotesi di sentenza di condanna generica, prevista e disciplinata dall'art. 373 c.p.c., il cui effetto principale, di natura sostanziale, è proprio l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

Innanzitutto, una simile ricostruzione comporterebbe l'ammissibilità di una domanda giudiziale volta esclusivamente ad iscrivere ipoteca giudiziale sui beni del debitore (l'ipoteca è "giudiziale" e quindi presuppone un provvedimento del giudice), ed un secondo giudizio volto alla liquidazione del risarcimento del danno.

Ciò comporta, da un lato, l'esistenza di un interesse ad agire correlato esclusivamente all'iscrizione di ipoteca e, dall'altro, il ricorso per due volte all'autorità giurisdizionale, uno per chiedere un provvedimento volto all'iscrizione dell'ipoteca, il secondo per la quantificazione e liquidazione del danno¹¹².

Orbene, se l'ipoteca è un diritto di garanzia sui beni del debitore, ciò significa che essa non è affatto avulsa dall'esecuzione forzata, ma anzi prelude e assicura questa, e quindi la condanna è preordinata non allo spontaneo adempimento del debitore, bensì alla sua esecuzione da parte degli organi pubblici a ciò deputati¹¹³, mentre il ricorso all'istituto della condanna generica non è probante per due ordini di ragioni.

La prima è che vi è una norma che esplicitamente conferisce a detto provvedimento la qualità di titolo per iscrivere ipoteca giudiziale; la seconda, che la sentenza di condanna generica anticipa la sentenza definitiva che avrà ad oggetto sempre una somma di denaro (altrimenti non ci sarebbe motivo di anticipare la decisione sull'*an* e posticipare quella sul *quantum*).

¹¹¹ Lo stesso A. PROTO PISANI, *Op. cit.*, p. 1143 ss., giunge a questa conclusione.

¹¹² S. CHIARLONI, *Op. cit.*, pp. 171-171

¹¹³ L. MONTESANO, *Op. loc. ult. cit.*, p. 174

In conclusione, si deve ritenere che le sentenze aventi ad oggetto obblighi di fare non possono costituire titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale, essendo a questo fine necessaria la condanna ad una somma di denaro, alla quale deve effettivamente commisurarsi l'ipoteca.

Ciò conferma il fatto che non possono esistere sentenze di condanna, se di vera e propria condanna si tratta, che si limitano ad imporre una prestazione di fare infungibile, ma a questa deve seguire sempre - almeno - una condanna vera e propria al risarcimento del danno¹¹⁴.

Anche a seguito della recente riforma del 2009, che sembrerebbe aver introdotto un sistema generalizzato di misure coercitive, la sostanza non cambia, poiché la stessa sentenza non potrà costituire titolo esecutivo per l'esecuzione della prestazione di fare, ma sarà "condanna" solo con riferimento all'applicazione della sanzione pecuniaria, commisurata al ritardo e all'entità della violazione.

Anche le disposizioni di cui agli artt. 388 e 650 del codice penale sono state interpretate nel senso di individuare in esse un sistema generale di misure coercitive¹¹⁵.

¹¹⁴ Chiaramente si esprime in tal senso S. CHIARLONI, *Op. cit.*, pp. 167 ss.

¹¹⁵ L'utilizzazione del reato previsto dall'art. 388 c.p. al fine di sanzionare il mero inadempimento di una sentenza di condanna ad un fare non eseguibile mediante i procedimenti di esecuzione forzata, è direttamente legata alle idee, rimaste isolate e comunque già negli anni '70 superate, del VASSALLI, *La mancata esecuzione del provvedimento del giudice*, Torino, 1938, dove, nello specifico a pp. 122, alla fine del lavoro si legge: «Così potrà il giudice far uso dell'art. 388 contro chi, mettendo in opera a tal fine dei raggiri o dei mezzi fraudolenti, riesce a non prestare un lavoro che la sentenza lo condanna a prestare o a compiere una attività da cui la sentenza gli comanda di astenersi: poniamo, un artista drammatico che si rifiuti di recitare, una cantante che con artifici fraudolenti canta in un altro teatro diverso da quell'unico in cui, per contratto accertato da sentenza, deve per un certo periodo cantare; o uno scultore che con mezzi fraudolenti riesce a non eseguire la scultura che la sentenza ha riconosciuto si era obbligato a scolpire, o un editore che non vuole più pubblicare una rivista che doveva pubblicare e che a ciò riesce mediante l'uso di mezzi fraudolenti». Ognuno vede che gli esempi proposti dal noto penalista, sono casi in cui a priori non potrebbe esistere una sentenza di condanna all'esecuzione della prestazione, che non potrà che avere ad oggetto l'accertamento dell'inadempimento, la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno. Si noti pure che, quand'anche fosse corretta una simile ricostruzione, l'A. pone l'accento sulla necessaria presenza di mezzi fraudolenti. Purtroppo, però, l'A., che si è dilungato nel proporre numerosi esempi di prestazioni infungibili per via dell'*intuitu personae*, non fornisce alcun esempio dei mezzi fraudolenti idonei ad integrare la fattispecie penale. Del resto, l'artista che non vuole cantare nel teatro nel quale si era obbligato a cantare, non lo fa e basta, senza necessità di architettare frodi o raggiri. Ci sembrano pertanto delle costruzioni che non hanno alcuna appiglio alla realtà, elaborate solo per dimostrare l'indimostrabile.

Non ci interessa qui indugiare sull'impossibilità di interpretare siffatte norme alla stregua di misure coercitive volte all'adempimento di obblighi di fare infungibili, ma possiamo senz'altro dimostrarne l'estraneità alla materia di cui stiamo trattando.

Basti soltanto osservare che la fattispecie penale dell'art. 388 c.p. sanziona non il semplice inadempimento ad un provvedimento dell'Autorità Giudiziaria, ma la commissione di atti simulati o fraudolenti sui propri o su altrui beni, o altri fatti fraudolenti allo scopo di sottrarsi all'adempimento.

Potremmo dunque sostenere che, per questa norma, la semplice omissione dell'adempimento, sia irrilevante¹¹⁶.

In ordine all'art. 650 c.p., esso è inserito nel Libro III (delle contravvenzioni in particolare), Titolo I (Delle contravvenzioni concernenti la Polizia di sicurezza) Sezione I (delle contravvenzioni concernenti l'ordine pubblico e la tranquillità pubblica), Paragrafo I (delle contravvenzioni concernenti l'inosservanza dei provvedimenti di polizia e le manifestazioni sediziose e pericolose): è chiaro a tutti che il riferimento al "*provvedimento legalmente dato dall'Autorità per ragioni di giustizia*" non può certo riferirsi alle sentenze del giudice civile, ma soltanto ai provvedimenti dell'Autorità di Polizia aventi ad oggetto l'ordine pubblico e la tranquillità pubblica.

Se pertanto dovessero applicarsi queste disposizioni alla stregua di misure coercitive dello spontaneo adempimento di sentenze del Giudice civile, si opererebbe un'interpretazione estensiva di norma penale vietata dalla legge.

La suddetta norma viene invero richiamata dall'art. 28 dello Statuto dei lavoratori per il caso in cui il datore non adempia all'ordine di cessazione delle

Critico sul punto: G. MONTELEONE, *Recenti sviluppi della dottrina dell'esecuzione forzata loc. cit.*, pp. 299 ss.

¹¹⁶ Senza contare il fatto che gli atti fraudolenti devono essere compiuti su "*beni*", ciò significa che alla base deve stare un provvedimento suscettibile di esecuzione sui detti beni, altrimenti la norma sarebbe priva di senso. Potrebbe caso mai trattarsi di un'alienazione fraudolenta o distruzione volta a sottrarre il bene alla garanzia patrimoniale, ma ciò non confuta, anzi conferma il fatto che i diritti di credito sono assistiti dall'espropriazione forzata, mentre le condanne ad obblighi di fare o non fanno sempre riferimento ad un bene, il che significa che sono sempre eseguibili mediante i procedimenti previsti dal codice di procedura civile.

condotte antisindacali: riteniamo che siffatto richiamo¹¹⁷ sia la miglior prova dell'impossibilità di un'applicazione analogica a tutti i provvedimenti del Giudice civile.

2.3. Segue: l'esecuzione forzata in forma specifica come misura coercitiva e il superamento del principio di tipicità delle forme di esecuzione forzata. Critica.

Nell'ambito delle teorie che presuppongono un necessario superamento del principio *nemo ad factum praecise cogi potest*, si deve dare atto di un'ulteriore contributo della dottrina italiana¹¹⁸ - rimasta, per la verità, isolata - e cioè quella che sostiene che i procedimenti di esecuzione in forma specifica previsti dagli artt. 612-614 del codice di procedura civile potrebbero funzionare alla stregua di coercizione all'adempimento, per la soddisfazione di quelle posizioni giuridiche soggettive che consistono dal lato passivo in obblighi a carattere continuato, delle quali fanno parte le c.d. inibitorie.

Orbene, la funzione di «*coazione indiretta sui generis*» dei procedimenti di esecuzione in forma specifica consiste nella possibilità che il creditore possa reiterare l'esecuzione.

Ciò che materialmente spingerebbe il debitore ad astenersi da future violazioni sarebbero il costo del procedimento esecutivo, la pubblicità, il significato sociale della sottoposizione alla procedura in termini di riprovazione e la possibilità dell'applicazione di ulteriori meccanismi compulsori, *de iure o de facto*¹¹⁹.

La teoria, rimasta isolata, è priva di un fondamento giuridico, ma poggia solo sull'eventualità che il debitore adempia spontaneamente, temendo l'avvio di una procedura esecutiva. Ma questa eventualità è insita, come si dirà, in ogni tipo di esecuzione forzata.

¹¹⁷ Il richiamo, peraltro si riferisce solo alle pene in detta norma previste, non al fatto di reato dalla stessa norma contemplato.

¹¹⁸ S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978, particolarmente, pp. 145 ss.; Id., *L'incoercibilità degli obblighi di fare*, loc. cit. pp. 113 ss.

¹¹⁹ S. MAZZAMUTO, *Op. ult. cit.*, p. 150

Nello specifico, nei casi di obblighi a carattere continuativo, l'episodio esecutivo è volto alla repressione della singola violazione: ciò che viene surrogato o ripristinato è solo una tranches dell'obbligo a carattere continuativo, mentre non può materialmente impedirsi la violazione futura del medesimo obbligo, cosicché la possibilità che il creditore possa reiterare il procedimento esecutivo spinge il debitore astenersi da ulteriori violazioni¹²⁰.

È interessante notare che la *vis* compulsoria dell'esecuzione forzata in forma specifica è letta alla stregua di una funzione aggiuntiva - una caratteristica propria - della stessa, e pertanto applicabile a quasi tutte le situazioni giuridiche soggettive: indipendentemente dalla fungibilità dell'obbligo, ciò che incide è il protrarsi nel tempo degli obblighi di fare o di astensione.

Le uniche ipotesi in cui l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare sotto il controllo giudiziario non esplica una forza coercitiva, sarebbero costituite dalle rare ipotesi di casi di «*patti a carattere episodico*», ossia in cui la soggezione dell'obligato si esaurisce *uno actu*¹²¹.

In tutte le altre ipotesi, si pensi all'esempio tipico della tutela della proprietà o della servitù, o, ancora una volta, alla tutela dei diritti del lavoratore, la possibilità del ricorso all'esecuzione in forma specifica dovrebbe scoraggiarne la violazione.

Rimane in ogni caso il problema della concreta surrogabilità dell'obbligo, che viene risolto mediante il superamento del principio di tipicità delle forme di tutela esecutiva, che verrebbe ricavato dal comma 1° dell'art. 612 c.p.c., attraverso il quale si concedono al giudice dell'esecuzione ampi poteri determinativi delle «modalità di esecuzione», mentre il riferimento operato dal comma successivo alla «*costruzione*» o «*distruzione*» di opere materiali sarebbe un inciso di natura meramente esplicativa¹²².

Questo superamento in termini di atipicità delle modalità attuative dell'obbligo, al di là della mera costruzione o distruzione, si rende necessario per garantire al massimo delle sue potenzialità la funzione prevalentemente

¹²⁰ S. MAZZAMUTO, *Op. ult. cit.*, pp. 146 ss.

¹²¹ S. MAZZAMUTO, *Op. ult. cit.*, pp. 148 ss.

¹²² S. MAZZAMUTO, *Op. ult. cit.*, p. 148

compulsoria dei procedimenti di esecuzione in forma specifica degli obblighi di fare e non fare.

Si tratta all'evidenza del superamento di un principio che è però sancito a chiare lettere dalla legge, e ci si deve chiedere quanto di legittimo vi sia in una interpretazione estensiva - *contra legem* - del genere¹²³.

In senso critico, notiamo subito come la pretesa *vis* coercitiva dell'esecuzione in forma specifica degli obblighi di fare e non fare, se letta in questi termini, risiede in ogni tipo di esecuzione, e massimamente nell'espropriazione forzata che, da certi punti di vista, può essere addirittura più costosa, più "infamante" e più costrittiva rispetto a questa, se solo si pensa agli effetti del pignoramento e, prima ancora, dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, in termini di limitazione delle facoltà di disposizione del patrimonio.

Ancora, attribuendo la funzione di misura coercitiva all'esecuzione in forma specifica, la teoria esaminata conduce ad una pressoché totale assimilazione dell'esecuzione cd. diretta con quella indiretta, comportando la confusione tra i due concetti¹²⁴.

Ma vi è un terzo e forse più importante motivo che dovrebbe condurre a rivedere la tesi esposta, e ciò il fatto che si confonde il piano processuale con quello sostanziale, nel senso che l'esecuzione processuale diretta serve a surrogare (quando ciò sia possibile) il comportamento risultante dal titolo esecutivo, che può anche essere diverso dal comportamento o dalla serie di comportamenti che impone il rapporto giuridico sostanziale tra le parti¹²⁵.

In questo senso, la surroga dell'esecuzione processuale non è mai parziale ma

¹²³ Per l'esigenza di tipicità dei procedimenti di esecuzione specifica, vedi anche L. MONTESANO, *Condanna civile e tutela esecutiva*, Napoli, 1965 pp. 86-91; G. BORRÈ, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare cit.*, pp. 58-62.

¹²⁴ Per una confutazione della esposta teoria del Mazzamuto, G. MONTELEONE, *Recenti sviluppi nella dottrina dell'esecuzione forzata loc. cit.*, pp. 301 ss.

¹²⁵ Il concetto è bene espresso, ancora una volta da G. MONTELEONE, *Recenti sviluppi nella dottrina dell'esecuzione forzata loc. cit.*, pp. 301: «L'esecuzione forzata viene acriticamente ritenuta come mezzo di immediata attuazione di obbligazioni, dimenticando invece: a) che non le obbligazioni, e tanto meno le prestazioni di fare, sono oggetto di esecuzione forzata, ma lo sono invece per quanto riguarda quelle di fare solo le statuizioni contenute in una sentenza; b) che tra l'obbligazione e l'esecuzione specifica sta, appunto, il processo di cognizione nel quale si svolge la fase più rilevante della tutela giurisdizionale, il cui fine intrinseco trascende la mera attuazione del diritto soggettivo».

sempre totale perché riferita al comportamento dovuto in base al titolo esecutivo¹²⁶.

La confusione tra il piano sostanziale e quello processuale si riflette anche su un riparto di “competenze” tra giudice di merito e giudice dell’esecuzione.

Aderendo alla tesi per cui al giudice dell’esecuzione sarebbe consentito creare di volta in volta, in relazione al caso concreto, nuove modalità di esecuzione, si attribuirebbe a questi un potere che è sostanzialmente demandato al giudice di merito a cui spetta formare il titolo esecutivo.

È in sede di merito che si deve vagliare la concreta surrogabilità e fungibilità dell’obbligo ai fini di una eventuale condanna in tale senso, che sono, per forza di cose, degli accertamenti che devono precedere la formazione del titolo esecutivo.

In questo senso, aderire alla teoria dell’atipicità delle forme di tutela esecutiva, comporta una illegittima estensione dei poteri del giudice dell’esecuzione, cui invece la legge attribuisce esclusivamente quelli limitati all’attuazione del titolo e all’organizzazione della procedura esecutiva.

Infine, si osserva pure che la funzione compulsoria dell’esecuzione in forma specifica degli obblighi potrebbe effettivamente avere una sua utilità solo nel caso di obblighi di fare surrogabili.

Ma per gli obblighi di fare non suscettibili di esecuzione forzata, nel momento in cui l’esecuzione forzata non potrebbe essere materialmente attuata, nessuna forza coercitiva potrebbe avere nei confronti del debitore riluttante.

2.4. Breve conclusione sulle teorie “estensive” della sentenza di condanna e dell’esecuzione in forma specifica.

Dopo questa breve rassegna di importanti contributi della dottrina italiana, sensibili ad un progressivo e inesorabile mutamento dei rapporti economici e sociali, possiamo trarre alcune conclusioni.

Nonostante notevoli voci contrarie, possiamo con certezza sostenere che non sono date, nell’ordinamento italiano, sentenze di condanna aventi ad oggetto

¹²⁶ L. FERRONI, *Op. cit.*, 244

prestazioni inesequibili, indipendentemente dal contenuto originario dell'obbligo. Dette sentenze, infatti, non possono fungere da titolo esecutivo, poiché neppure vi può essere apposta la formula esecutiva, che consisterebbe in un ordine di esecuzione inattuabile.

Né crediamo che la situazione sia mutata a seguito dell'introduzione delle misure coercitive sul modello delle *astreintes* francesi, giacché esse si risolvono nella condanna al pagamento di somme di denaro, e la sentenza che le prevede potrà essere eseguita solo relativamente a questo capo, mentre il fatto che, come le tutte le misure coercitive, servano di coazione al volontario adempimento non conferisce alla sentenza valore di condanna dell'obbligo di fare infungibile.

Non può escludersi, tuttavia, che vengano emesse sentenze aventi ad oggetto un obbligo di fare non suscettibile di surroga nell'esecuzione forzata.

Queste sentenze hanno la loro valenza giuridica in quanto costituiscono accertamento dell'inadempimento e del comportamento dovuto - sul piano sostanziale - dal debitore.

In questo senso, l'accertamento può innanzi tutto spingere il debitore ad adeguarsi spontaneamente all'ordine del giudice in special modo quando questi si sia dimostrato disponibile ad effettuare la prestazione esattamente individuata dal giudice, ma può anche costituire il presupposto per ulteriori conseguenze giuridiche derivanti dall'inosservanza dell'ordine contenuto nella sentenza, che il titolare del rapporto è autorizzato ad invocare in suo favore.

Come si vede, però, siamo in una fase anteriore al processo esecutivo, che attiene alla sola fase della cognizione: ai fini di una trattazione sulla tutela esecutiva è assolutamente opportuno, se non necessario, porre una ferma distinzione tra i due piani, quello sostanziale (nel quale rientra l'accertamento proprio del giudizio di cognizione) e il piano processuale dell'esecuzione (il quale, invece, ha il suo presupposto nella sentenza solo quando abbia valore di titolo esecutivo).

3. *La tutela esecutiva dei diritti di credito.*

Le precedenti digressioni ci hanno consentito, almeno in parte, di cogliere quale debba essere il giusto significato da dare alle statuizioni di condanna contenute in un provvedimento giudiziale; quale sia lo stretto rapporto tra questa e l'esecuzione forzata; che è necessario non cadere nell'errore di confondere il piano sostanziale e processuale di cognizione con quello processuale esecutivo.

Sotto altro e più importante profilo, si è avuto modo di indagare in cosa possa e debba consistere la tutela stessa del diritto di credito, essendosi rilevato che il rapporto giuridico sottostante, prima di ricevere tutela nel processo di esecuzione, deve necessariamente essere filtrato dal processo di cognizione al fine di essere reso attuabile con l'esecuzione forzata¹²⁷.

Ciò posto, la trattazione effettuata nel capitolo precedente sulla responsabilità-garanzia patrimoniale ci ha consentito di vedere in essa una caratteristica propria e indefettibile dei diritti di credito, ed è alla luce di questa che deve procedersi per lo studio dell'esecuzione forzata di questi.

Come precedentemente rilevato, l'esecuzione forzata di una situazione giuridica è strettamente connessa alle caratteristiche proprie di essa ed è dunque fondamentale circoscrivere l'ambito esatto della tutela esecutiva delle obbligazioni civili, che si contrappongono ai diritti reali, cui vanno accostate, da questo punto di vista, tutte quelle situazioni possessorie a vario titolo tutelate dall'ordinamento¹²⁸.

La responsabilità patrimoniale è tipica delle sole obbligazioni per una ragione empirica molto semplice: e cioè che un soggetto può stipulare più obbligazioni con soggetti diversi, i quali, avvenuto l'inadempimento, potranno soddisfarsi in maniera paritaria sul patrimonio del comun debitore.

Il diritto reale, invece, consiste in un rapporto esclusivo tra un bene e il soggetto titolare del diritto, e questo legame è talmente stretto che la principale

¹²⁷ Così, ampiamente, G. MONTELEONE, soprattutto nei tre scritti da ultimo più citati: *Riflessioni sulla tutela dei diritti di credito loc. cit.*, pp. 95 ss; ID, *Recenti sviluppi nella dottrina dell'esecuzione forzata loc. cit.*, pp. 285 ss.; ID, *Condanna civile e titoli esecutivi loc. cit.*, pp. 1076.

¹²⁸ Vedi più diffusamente il paragrafo n. 1

manifestazione dell'esercizio di un diritto reale su una cosa è proprio la sua valenza *erga omnes*, in termini di esclusione.

Comprensibilmente, in questa seconda tipologia di diritti, non è neppure immaginabile l'esistenza di un concorso di più soggetti: caso mai, possono sorgere dei conflitti, che verranno risolti a vantaggio di colui che dimostri avere un diritto prevalente sull'altro.

Orbene, la procedura esecutiva che perfettamente attua la responsabilità patrimoniale e il concorso dei creditori è l'espropriazione forzata¹²⁹, il cui iter complesso consente l'individuazione di un bene preso dalla massa patrimoniale del debitore, l'intervento degli altri creditori per la realizzazione del concorso e la vendita, il cui ricavato servirà a soddisfare tutti i creditori, in misura, almeno potenzialmente, paritaria.

Sono, infatti, gli istituti della responsabilità patrimoniale e del concorso dei creditori, di cui abbiamo ampiamente trattato nel capitolo I, che impongono questa regola.

La condanna a prestazioni diverse dal pagamento in denaro non può essere preordinata anche a strumenti processuali di coattivo adempimento che siano diversi dall'espropriazione, mentre, al contrario, e si cercherà di dimostrarlo, le procedure di esecuzione in forma specifica derogano al principio della responsabilità patrimoniale e del concorso, proprio perché non tutelano obbligazioni civili¹³⁰.

L'espropriazione forzata si pone a tutela, dunque, sia delle obbligazioni aventi ad oggetto una somma di denaro - quelle pecuniarie sin dall'origine - sia quelle che lo sono diventate a seguito dell'inadempimento.

Il risarcimento del danno è infatti la conseguenza che l'art. 1218 c.c. connette all'inadempimento: ogni obbligazione, indipendentemente dalla natura della prestazione originaria, cui sarebbe stato tenuto il debitore, contiene in sé la

¹²⁹ G. MONTELEONE, *Riflessioni sulla tutela esecutiva dei diritti di credito cit.* pp. 103 ss.; L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Tratt. dir. civ. Vassalli*, XIV, 1994, pp. 169 ss.; S. Satta,

¹³⁰ Quasi testualmente, L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti cit.*, pp. 175-176

responsabilità per inadempimento¹³¹.

L'inadempimento apre una nuova fase del rapporto obbligatorio, nella quale la prestazione del debitore ha ad oggetto solo ed esclusivamente il risarcimento del danno¹³².

Al riguardo, la dottrina prevalente parla di *perpetuatio obligationis*, intendendo con tale espressione che il vincolo obbligatorio, pur rimanendo tale, viene ad assumere un diverso contenuto, ma nel permanere della sua identità giuridica.

Considerare il risarcimento come una nuova obbligazione sorta a seguito dell'inadempimento, o come un mero surrogato dell'originaria prestazione, non è pertanto del tutto corretto.

Dunque, l'espropriazione forzata, che si risolve sempre con la liquidazione di una somma di denaro a favore del creditore, si adatta perfettamente ai diritti di credito puri.

Vi sono dei casi, molto frequenti e rilevanti, e che saranno esaminati più avanti, nei quali l'obbligazione, e cioè la prestazione del debitore, fa nascere una situazione giuridica caratterizzata da una stretta relazione del soggetto creditore con un bene, classico esempio i diritti personali di godimento.

In questi casi, la prestazione del debitore ha rilevanza solo in quanto serve a far nascere la relazione tra il creditore e il bene, e non in sé e per sé considerata quale fine ultimo dell'obbligazione.

Si tratta di situazioni limite, caratterizzate dal fatto che il rapporto giuridico ha caratteristiche proprie sia dell'obbligazione che dei diritti reali, e che meritano un'analisi a parte, poiché la tutela esecutiva non può non essere condizionata da queste caratteristiche.

Con ciò non si vuole naturalmente affermare l'esistenza di un *tertium genus* di diritti soggettivi, bensì si constata che alcune tipologie di obbligazioni sono

¹³¹ Si rimanda, sul punto, al capitolo I, paragrafo n. 2.

¹³² Questo concetto è stato già analizzato nel capitolo nel paragrafo n. 2 del capitolo I, cui si rimanda, anche per la bibliografia in note. vedi, in particolare, G. MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria cit.*, pp. 71 ss.; ID., *Per un chiarimento sul concetto di responsabilità o garanzia patrimoniale loc. cit.* pp. 318 ss.

idonee a far nascere situazioni possessorie che vengono tutelate in sede esecutiva, indipendentemente dal sottostante rapporto obbligatorio¹³³.

Il principio è magistralmente stato spiegato dal Satta, il quale, coerentemente, fa rientrare questo tipo di rapporti giuridici tra le situazioni finali, che pertanto non devono limitarsi ai soli diritti reali o assoluti, ma a tutte quelle situazioni giuridiche in cui l'interesse sia costituito dal godimento di un bene, il quale viene tutelato dall'ordinamento giuridico indipendentemente dal fatto che esso sia sorto da un rapporto obbligatorio o sia il riflesso di un diritto reale o assoluto¹³⁴.

Per spiegare e definire questo genere di diritti, si è fatto ricorso al concetto di «inerenza», che identifica la “realità” della situazione giuridica, caratteristica che manca nelle situazioni «strumentali» ossia i diritti di credito veri e propri.

È compito dell'interprete accertare, di volta in volta, se da un'obbligazione l'ordinamento giuridico faccia nascere una situazione finale o meno: ad esempio se un obbligo di non costruire sia riflesso di una *servitus altius non tollendi* ovvero l'oggetto esclusivo di un'obbligazione¹³⁵.

3.1. L'esecuzione in forma specifica dei diritti credito.

Venendo a quello che è indubbiamente l'argomento principale del nostro studio, si tratta ora di capire se e in quali ipotesi è possibile tutelare i diritti di credito che prima abbiamo definito puri - con il significato datogli - mediante l'esperimento dei procedimenti raccolti sotto la comune denominazione di “esecuzione in forma specifica”, ossia l'esecuzione per consegna o rilascio e

¹³³ Si vedano i riferimenti all'opera di Enrico Finzi nella nota n. 9 di questo capitolo.

¹³⁴ La classica situazione finale derivante da un rapporto obbligatorio è costituita dalla locazione: «Non si può infatti dubitare che il conduttore, quando ha ottenuto la consegna della cosa, diventa titolare di una situazione giuridica finale (o, secondo il linguaggio tradizionale) che è tutelata in modo autonomo con azioni che nulla hanno a che vedere col rapporto obbligatorio», S. SATTA, *Op. loc. cit.*, p. 4. Ci proponiamo di dedicare alla locazione alcune pagine di questo lavoro; per il momento basta sottolineare come, nonostante il Satta non considerasse applicabile ad essa l'esecuzione in forma specifica, tuttavia lo stesso A. rilevava che, qualora dovesse essere ammessa, essa tutelerebbe non l'obbligazione, ma la situazione finale che da essa nasce in capo al conduttore, ossia il diritto di questi direttamente sulla cosa, restando sullo sfondo il rapporto obbligatorio da cui detto diritto trae origine.

¹³⁵ L'esempio è, ancora una volta, del SATTA, *Op. loc. cit.*, p. 19.

l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare (artt. 2930, 2931 e 2933 c.c. e artt. 605 - 614 c.p.c.)¹³⁶.

Di procedimento esecutivo vero e proprio non si può parlare per l'esecuzione dell'obbligo di concludere un contratto, prevista dall'art. 2932 c.c., che attribuisce all'avente diritto il potere di agire giudizialmente al fine di ottenere una sentenza costitutiva degli effetti del contratto non concluso, e che tenga luogo del consenso non prestato in violazione di un precedente contratto preliminare.

Come si vede, siamo al di fuori dell'esecuzione forzata, tanto è vero che un procedimento esecutivo di esecuzione forzata di un contratto non concluso non è disciplinato dal codice di procedura civile.

Chiariti i termini della questione, si deve ribadire un presupposto, ossia il fatto che *la tutela giurisdizionale di adegua alla natura del diritto*¹³⁷, e le peculiarità proprie delle situazioni giuridiche tutelate si manifesta già in sede di cognizione, giacché vi sono casi in cui la soddisfazione del diritto è perfetta con il solo accertamento di questo in capo all'avente diritto¹³⁸, mentre le statuizioni di condanna all'esecuzione di obblighi funzionali al ripristino della situazione giuridica accertata¹³⁹ e al risarcimento del danno sono solo eventuali.

Si tratta, in sostanza, di statuizioni dettate in relazione al caso concreto per ripristinare la coincidenza della titolarità del diritto (accertamento) con le facoltà di godimento in cui esso si sostanzia (statuizioni latamente condannatorie).

Nelle situazioni «strumentali», che sono i diritti di credito veri e propri, la condanna è funzionale, invece, a realizzare l'aspettativa insoddisfatta del creditore, ed in tal senso, l'accertamento da solo non è sufficiente a tutelare la sua aspettativa, ma occorre che la tutela giurisdizionale si muova nella direzione di garantirgli il «bene della vita» cui si era impegnato il debitore.

¹³⁶ Sul punto, vedi G. Are, *L'obbligazione e la sua esecuzione coattiva*, Roma, 1928, pp. 46 ss. si interroga sulle ragioni giuridiche della c.d. «*tendenza all'esecuzione in forma specifica*».

¹³⁷ Concorde con la metodologia di studio da noi proposta, I. PAGNI, *Tutela in forma specifica e tutela per equivalente*, Milano, 2004, pp. 1 ss.

¹³⁸ Ancora una volta il riferimento va a G. MONTELEONE, *Condanna civile e titoli esecutivi*, cit. p. 1085.

¹³⁹ Secondo il Satta, non di vere e proprie «condanne» si tratta, ma di atti di imperio volti alla realizzazione di fatto del diritto accertato, ossia al materiale esercizio delle facoltà in cui il diritto si sostanzia: S. SATTA, *Op. loc. cit.*, pp.10 ss.

Per dirla con il Betti, una cosa è la titolarità del diritto reale, una cosa è la mera aspettativa, che costituisce la situazione giuridica attiva cui si contrappone l'obbligo dal lato passivo.

Ora, ci proponiamo di affrontare lo studio dell'applicabilità dell'esecuzione in forma specifica ai diritti di credito, da un punto di vista "rovesciato" rispetto alla tradizionale sistematica della dottrina

Invece di partire da una petizione di principio secondo la quale i diritti di credito puri non possono o possono con certezza essere tutelati a mezzo dei procedimenti di esecuzione in forma specifica, che si pongono a tutela delle sole situazioni assolute o comunque «*finali*», ovvero che costituiscono un generalizzato sistema di tutela dei diritti con il solo limite dell'infungibilità, per poi spiegarne le ragioni e gli effetti, partendo dall'esame della realtà, constatiamo che i procedimenti di esecuzione in forma specifica sono utili, materialmente prima ancora che giuridicamente, solo a fine di vincere una situazione possessoria di fatto illegittima dell'obbligato sul bene che forma oggetto di diritto.

Non solo utili ma necessari, poiché si ricordi che ogni forma di possesso, ancorché illegittima, è tutelata dall'ordinamento giuridico, il quale, pure, vieta l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni.

In questi termini, l'esercizio altrui del possesso si contrappone e impedisce il possesso legittimo dell'avente diritto: la restaurazione di un possesso legittimo deve perciò avvenire necessariamente con le garanzie e sotto il controllo giurisdizionale che serve proprio ad escludere "l'altro" dal bene illegittimamente posseduto, ovvero a comprimerne alcune facoltà (si pensi ai diritti reali di godimento)¹⁴⁰.

Da questo punto di vista, però, le differenze con l'espropriazione non si colgono appieno, perché, anzi, l'espropriazione comporta sempre la privazione del diritto reale (anche e soprattutto del diritto reale per eccellenza, la proprietà), a

¹⁴⁰ L. MONTESANO, *Condanna civile e tutela esecutiva cit.*, p. 109 ss.: «*In conclusione, l'obbligo di consegnare una cosa determinata ovvero l'obbligo di fare o di non fare (che sia strumentale, come si vedrà al godimento di un bene determinato), se veramente sono obblighi, non possono essere specificamente eseguiti contro la volontà del soggetto passivo, se non in via giudiziaria, giacché altrimenti verrebbero materialmente ed illecitamente lesi o il diritto assoluto o il possesso o la detenzione, che competono allo stesso soggetto passivo*».

meno che non si ragioni sulle funzioni proprie delle due forme di esecuzione forzata.

L'espropriazione forzata, che ha il fine ultimo di ricavare dal patrimonio del debitore una somma di denaro, tutela i diritti di credito nel senso che è in grado di soddisfare completamente, indipendentemente o contro la volontà del debitore, l'interesse del creditore.

L'inadempimento di una qualsiasi obbligazione comporta, come sappiamo, il risarcimento del danno, ossia il perdurare dello stato di soggezione del debitore, sotto una diversa forma, che è quella della responsabilità, ossia solo ed esclusivamente pecuniaria.

Non può negarsi che, sotto questo profilo, il creditore ottiene esattamente e nulla di meno di ciò che potrebbe pretendere in sede esecutiva.

La trasformazione dell'originaria prestazione in risarcimento del danno si realizza in un momento precedente l'esecuzione forzata, ossia nel processo di cognizione, e attiene al diritto sostanziale e non a quello processuale; attiene, in sostanza a quello che il creditore può chiedere al giudice, e non a quello che può materialmente eseguirsi forzatamente.

Non si tratta, dunque, di escludere o comprimere un possesso giuridicamente illegittimo, ma di «*espropriare*», ossia estinguere il diritto di proprietà in relazione a beni determinati solo all'interno del processo esecutivo, e che verrà trasmesso allo stesso creditore o a un terzo mediante l'assegnazione o la vendita forzate.

Per non cadere nell'errore di basare la tesi ora assunta su delle petizioni di principio, si deve necessariamente passare all'esame delle più rilevanti situazioni giuridiche soggettive dal punto di vista della loro tutela esecutiva e solo successivamente trarre delle conclusioni di carattere generale.

Seguendo questo metodo di studio e di indagine, risulta superfluo - solo ai nostri fini - indugiare, almeno per il momento, sulla fondamentale, affascinante ma tuttora irrisolta querelle circa le tensioni tra esecuzione specifica ed esecuzione per equivalente dei diritti di credito.

4. *Obblighi di consegna o rilascio di cose determinate*

Le fattispecie di rapporti giuridici che meglio si prestano a inquadrare la valenza dell'esecuzione in forma specifica all'interno della tutela dei diritti di credito sono quelle delle obbligazioni (meglio obblighi) di consegna di cosa determinata.

Benché nel linguaggio comune si parli spesso di obbligazioni di consegna o di rilascio, tuttavia questa vasta gamma di rapporti giuridici non costituiscono dei rapporti obbligatori puri, poiché la consegna presuppone l'esistenza di un diritto reale o personale di godimento.

In altri termini, ciò che propriamente viene eseguito mediante la consegna o il rilascio forzato del bene mobile o immobile non è l'obbligazione di consegna o di rilascio, ma il diritto reale o di godimento sottostante.

I casi sono innumerevoli: si pensi a chi agisce per la consegna o il rilascio di un bene a seguito della stipula di un contratto di compravendita: ai sensi dell'art. 1376 c.c., il contratto di compravendita trasferisce la proprietà per effetto del solo consenso (effetto reale).

Pertanto, chi agisce per la consegna del bene ne è già proprietario e vuole tutelare (o meglio, realizzare) il diritto reale già acquisito¹⁴¹.

Al contrario, invece, per i contratti reali (mutuo, pegno, comodato e deposito), che si perfezionano con la consegna della cosa, non sarà di certo possibile l'esecuzione per consegna o rilascio, poiché la consegna forzata determinerebbe la costituzione del contratto, indipendentemente o addirittura contro la volontà di una delle parti ma ad opera di un organo giurisdizionale, il che è inammissibile perché non specificatamente previsto dalla legge (che invece regola solo la fattispecie dell'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto)¹⁴².

L'esecuzione per consegna o rilascio potrà invece essere validamente esperita per la restituzione della cosa da parte di chi l'aveva in precedenza consegnata, nei

¹⁴¹ G. MONTELEONE, *Riflessioni sulla tutela dei diritti di credito loc. cit.*, pp. 79-80.

¹⁴² Sull'impossibilità di utilizzare il procedimento descritto dall'art. 2932 c.c. per integrare o sostituire la fattispecie legale del contratto, limitandosi questa a costituire solo gli effetti del contratto non concluso, vedi L. MONTESANO, *Condanna civile e tutela esecutiva cit.*, pp. 103 ss.

termini e secondo le modalità del contratto: in tal caso, chi agisce per la riconsegna non agisce in virtù del contratto reale, ma per il ripristino del diritto di proprietà¹⁴³.

E così il comodante che agisce per la consegna della cosa data in comodato non lo fa in quanto comodante ma in quanto proprietario.

L'analisi delle obbligazioni di consegna ci dimostra che la tutela in forma specifica consistente nella consegna o nel rilascio forzati è solitamente posta a garanzia non dell'obbligazione, ma di quella situazione finale (cioè di un diritto reale o di godimento) che da questa ha origine, ovvero a tutela della proprietà o del possesso che deve essere riacquisito per scadenza del termine o inadempimento del contratto (cioè i casi in cui la consegna si sostanzia in una restituzione)¹⁴⁴.

L'esecuzione per consegna o rilascio, quando tutela un diritto personale di godimento non contrasta con la responsabilità patrimoniale e non lede il concorso dei creditori, poiché il bene su cui grava un diritto personale di godimento può essere espropriato in danno del proprietario.

Ed infatti, il bene può essere espropriato anche presso il terzo detentore, il quale non può impedire la procedura esecutiva né è legittimato all'opposizione ex art. 619 c.p.c., che spetta solo al terzo «*che pretende avere la proprietà o altro diritto reale sul bene pignorato*».

4.1. Segue: la tutela in forma specifica della locazione: l'obbligazione di consegna del locatore.

È giunto il momento di approfondire un argomento della cui trattazione ci eravamo riservati in precedenza, ossia se il diritto del conduttore alla consegna

¹⁴³ Sul punto, S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, loc. cit. pp. 264 ss.

¹⁴⁴ Secondo la tesi pienamente condivisibile del MONTESANO, *Condanna civile e tutela esecutiva cit.*, pp.136 ss. «*Gli artt. 606 e 608 c.p.c., che si riferiscono chiaramente ad una materiale immissione in possesso, concorrono, poi, a dimostrare che l'attore in consegna o in rilascio acquista non un diritto, ma solo quel possesso che già gli compete in forza del suo diritto. In altri termini, a questa esecuzione forzata soggiace non chi ha soltanto promesso il godimento, ma chi possiede illegittimamente la cosa che altri ha diritto di possedere*».

della cosa locata da parte del locatore sia tutelabile con l'esecuzione per consegna a fronte dell'inadempimento di questo.

Com'è noto, per l'art. 1575 n. 1 c.c., la principale obbligazione del locatore è quella di «consegnare» il bene al conduttore.

Tuttavia, la legge non descrive le conseguenze dell'inadempimento di detta obbligazione, pertanto si dovrà far ricorso ai principi generali in tema di inadempimento contrattuale, e, nello specifico, all'art. 1218 c.c. e l'art. 1453 c.c. che prevede la risoluzione per inadempimento, «salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno», la cui domanda preclude anche lo spontaneo adempimento.

Astrattamente, in coerenza con la lettura che abbiamo fornito, ossia quella secondo la quale l'esecuzione in forma specifica è riferibile alla tutela di ogni situazione possessoria tutelata dall'ordinamento giuridico, e quindi anche della “detenzione qualificata”, si dovrebbe consentire alla tesi che ammette l'esecuzione per rilascio a favore del conduttore e nei confronti del locatore che non gli abbia consegnato l'immobile.

Giova sottolineare che la dottrina sul punto è divisa.

Gran parte della dottrina civilistica, escluso che il contratto di locazione sia da annoverare tra quelli reali e che pertanto si perfezioni per effetto del solo consenso, ritiene ammissibile l'esecuzione ex art. 2930 c.c. a sanzione dell'inadempimento dell'obbligo di consegna del locatario¹⁴⁵, prestazione necessaria affinché il contratto raggiunga lo scopo del godimento del bene da parte del conduttore.

Il Satta, nonostante avesse ammesso che l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di consegna o rilascio si desse a tutela di generiche situazioni possessorie, ha posto in dubbio che l'obbligo di consegna della cosa al conduttore da parte del locatore sia tutelabile in forma specifica.

La ragione a sostegno della tesi negativa risiede nell'art. 1380 c.c. per il quale

¹⁴⁵ F. VITALI, *Della locazione art. 1571 - 1654*, in *Commentario teorico-pratico al codice civile*, dir. da V. DE MARTINO, pp. 108 ss. e ivi per ampi riferimenti bibliografici; B. INZITARI, voce *Locazione*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani cit.*, p. 7. In entrambe le opere si richiama una datata sentenza del Tribunale di Napoli del 3/4/1950, in *Dir. Giur.*, 1950, p. 362.

il conflitto tra più diritti personali di godimento è risolto a favore di colui che per primo abbia acquistato il godimento, o, in mancanza, di colui che ha titolo di data certa anteriore¹⁴⁶.

La disposizione risolverebbe negativamente il quesito, poiché sarebbe la più chiara dimostrazione che, come per i contratti reali, la consegna è necessaria per determinare in capo al conduttore il sorgere della situazione finale garantita.

La teoria ha un suo fondamento e non può essere ignorata, anche perché, pur ipotizzando l'ammissibilità di un'esecuzione per rilascio esercitata nei confronti del locatore, si avrebbe un contrasto tra il diritto di proprietà di questi e un diritto personale di godimento non ancora realizzatosi, in pendenza di un contratto avente meri effetti obbligatori.

Si tratterebbe di una limitazione inammissibile, benché temporanea, del diritto di proprietà non derivante da un diritto reale di godimento ma da un diritto personale, cui il locatore non potrebbe in alcun modo opporsi, neppure offrendo di risarcire i danni al conduttore.

Aderendo alla tesi restrittiva, il locatore che non adempie all'obbligo di consegna dovrà invece accollarsi la risoluzione del contratto e la condanna al risarcimento dei danni, ai sensi dell'art. 1453 c.c. e in coerenza con il sistema sanzionatorio dell'inadempimento delle obbligazioni previsto dall'art. 1218 c.c. e tra le quali rientra anche quella di «consegnare» la cosa al conduttore, ma non potrà essere sottoposto alla privazione del possesso tramite l'esecuzione per consegna o rilascio.

¹⁴⁶ Le teorie del Satta sono state da molti avversate, solo per citarne alcuni: E. ALLORIO, *Su una recente costruzione dell'esecuzione forzata*, in *Giur. It.*, 1950, IV, pp. 161 ss e in *Jus*, 1950, pp. 340 ss; G. A. MICHELI, *Dell'unità del concetto di esecuzione forzata*, *Riv. Dir. Proc.*, 1952, I, pp. 289 ss.; M. ANDRIOLI, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano, 1953, pp. 1 ss.; L. MONTESANO, *Condanna civile e tutela esecutiva cit.*, 137 ss. In un'opera successiva dello stesso Autore, si assiste invero ad un ripensamento della sua posizione rispetto alle teorie «restrittive» del Satta alle quali riconosce un «forte nucleo di verità»: in *La tutela giurisdizionale dei diritti, cit.*, p. 176.

Da una rilettura delle tesi del Satta sull'esecuzione in forma specifica dei diritti personali di godimento, per la verità non appare così netta la chiusura nei confronti dell'ammissibilità di questa, anzi, i termini dubitativi in cui pone il problema, dovrebbero condurre di una teorica ammissibilità di detta forma di tutela, che appariva allo studioso solo improbabile sul piano pratico (è chiaro, in questo senso, il riferimento ad un'assoluta mancanza di precedenti giudiziari di quel segno, e alla dubbia utilità per il titolare del diritto, il quale potrebbe sempre e comunque giovare del risarcimento del danno a fronte dell'inadempimento del locatore).

Orbene, il contratto di godimento sul piano degli effetti e delle tutele si dimostra un ibrido, poiché, pure essendo un contratto a prestazioni corrispettive con effetti meramente obbligatori, tuttavia la materiale consegna del bene fa nascere in capo al conduttore una situazione - la detenzione - a carattere reale.

Il diritto che il detentore esercita è il cd. «*diritto personale di godimento*», caratterizzato anch'esso da un'«inerenza» alla cosa, seppur in forma attenuata rispetto al diritto reale.

Il diritto personale di godimento sorge però solo quando il locatore ha adempiuto l'obbligo di consegnare la *res* al conduttore¹⁴⁷.

Conseguentemente, fintantoché il conduttore non è venuto in possesso della cosa tramite la consegna da parte del locatore, contro l'inadempimento del locatore dell'obbligazione di consegna, il conduttore potrà esperire i classici rimedi contrattuali, ossia l'eccezione di inadempimento contrattuale, a fronte di richiesta del pagamento dei canoni, ovvero la risoluzione giudiziale e il risarcimento dei danni.

Con la consegna, invece, sorge il diritto di godimento, tutelato con azioni reali, anche, eventualmente, quella di restituzione.

In altri termini, la detenzione costituisce titolo valido per l'esecuzione in forma specifica allorché questa miri a garantire al conduttore il pacifico godimento del bene e l'esplicazione di tutte le facoltà che discendono dal diritto.

Si pensi alla facoltà del detentore qualificato di agire autonomamente in nome proprio contro il terzo che impedisca il godimento del bene, ovvero adire l'autorità giudiziaria affinché, in via cautelare, emetta provvedimenti idonei finalizzati alla cessazione di immissioni e molestie, facoltà espressamente conferita al conduttore dall'art. 1585 comma 2° c.c.¹⁴⁸.

È pure pacifico che il detentore qualificato, e quindi anche il conduttore, sia legittimato ad agire con l'azione di reintegrazione ex art. 1168 c.c. nei confronti di chiunque, compreso il proprietario o il possessore.

¹⁴⁷ AA.VV., *Istituzioni di diritto privato*, a cura di M BESSONE, IX ed., Torino, 2002, p. 822.

¹⁴⁸ «[Il locatore] Non è tenuto a garantirlo dalle molestie di terzi che non pretendono di avere diritti sulla cosa, salva al conduttore la facoltà di agire contro di essi in nome proprio».

Tutti questi casi in cui è data tutela «reale» al conduttore presuppongono che questi abbia avuto consegnato il bene locato, ossia che si sia realizzata la situazione giuridica di godimento, mediante la materiale apprensione del bene. Come si vede, la situazione giuridica strumentale che ha caratterizzato il rapporto di locazione al momento della stipula del contratto, con la consegna del bene ha generato una situazione giuridica finale in capo al conduttore¹⁴⁹.

A seguito di un'illegitima privazione del bene da parte dello stesso locatore (che è l'ipotesi che ai nostri fini è più probante), non vi sono impedimenti affinché il conduttore possa sperimentare un'azione restitutoria, e principalmente l'azione di spoglio.

Il presupposto di ogni azione restitutoria è, chiaramente, una già acquisita situazione di possesso (in senso atecnico) del bene che viene illegittimamente lesa.

Non smentisce la nostra tesi, anzi la conferma, il regime introdotto dalla legge 9 dicembre 1998 n. 431, che, all'art. 3 comma 4°, prevede che, qualora venga accertata l'illegittimità del rifiuto del locatore al rinnovo del contratto di locazione alla prima scadenza, il conduttore, che abbia già rilasciato l'immobile, anche a seguito di procedura giudiziale di sfratto, ha diritto a che il giudice pronunci il ripristino del contratto di locazione fino alla naturale scadenza - si tratta del c.d. "retrato reale" - ovvero condanni il locatore al risarcimento del danno.

¹⁴⁹La nostra tesi è accolta anche dalla giurisprudenza di legittimità, che lo ha espresso con sinteticità e chiarezza magistrali: «*La locazione si configura come contratto consensuale che si perfeziona con il semplice scambio dei consensi, per cui la consegna della cosa rimane estranea alla formazione della fattispecie negoziale e costituisce soltanto il primo ineliminabile obbligo del locatore (Cass. 21.3.1970, n 766). Se il locatore non consegna la cosa locata, il conduttore può agire per la risoluzione del contratto ed il risarcimento dei danni; se dopo averla consegnata se la riprende, il conduttore può avvalersi anche della tutela possessoria, configurando la privazione del godimento della cosa locata spoglio*» (Cass. Civ. sez. III, 19 luglio 2002 n. 10563).

Sulla legittimazione attiva del detentore all'esercizio dell'azione di reintegra ex art. 1168 c.c., la giurisprudenza è unanime e sterminata, tuttavia è principio consolidato pure che il conduttore possa esercitare l'azione di spoglio anche nei confronti del locatore possessore: «*Configura spoglio in danno del conduttore - che perciò è legittimato attivo alla relativa azione prevista dall'art. 1168 cod. civ. - la privazione del godimento del bene locato, pur se effettuata dal locatore e pur se questi ritiene di agire nell'ambito dei diritti derivatigli dal contratto*» (Cass. Civ. sez. II, 7 marzo 1997 n. 2028; Cass. Civ. sez. II, 22 luglio 2002 n. 10676). Non può, a questo punto, non farsi riferimento al concetto elaborato da Enrico Finzi di «*investitura del diritto, cui segue la possibilità legale di esercitarne il contenuto*»: E. FINZI, *Op. cit.*, pp. 294 ss.

Due notazioni al riguardo sono necessarie.

La legge di riforma delle locazioni parla di «ripristino del contratto di locazione»: ciò significa che, qualora il conduttore non abbia optato per il risarcimento del danno, il giudice dovrà pronunciare una sentenza costitutiva del contratto di locazione illegittimamente risolto, come se la risoluzione per volontà del locatore non fosse mai avvenuta.

Il «ripristino» comporta la re-immissione in possesso del conduttore illegittimamente privato del godimento del bene locato, di cui ha avuto piena disponibilità per tutto il primo periodo, antecedente alla prima scadenza, quando è stato manifestato il rifiuto illegittimo del locatore di rinnovare il contratto.

La sentenza di «ripristino» della locazione potrà pertanto senza difficoltà essere eseguita mediante il rilascio anche forzato dell'immobile da parte del locatore che ne era rientrato in possesso.

Quanto osservato in relazione all'esecuzione in forma specifica del diritto personale di godimento, conferma che l'esecuzione in forma specifica sia possibile solo in quanto miri a tutelare una relazione diretta con il bene (indipendentemente dal fatto che questa derivi da un diritto reale o personale), ma non un semplice diritto di credito, pur quando questo sia finalizzato al godimento di un bene da parte di un altro soggetto, fintantoché questo godimento non si sia materialmente realizzato.

Se il locatore, a seguito della stipula del contratto di locazione, non ha consegnato il bene è possibile una esecuzione forzata di detto obbligo, che verrebbe ad essere fattispecie costitutiva di una situazione giuridica nuova (il diritto personale di godimento) esclusa dalla legge¹⁵⁰.

Infatti, in questa fase non si è ancora formato un diritto di godimento di capo al conduttore o al comodatario, i quali pertanto non potranno che chiedere la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno.

In conclusione, possiamo affermare, seppur con linguaggio atecnico, che

¹⁵⁰ In effetti, l'unica procedura cui la legge riconnette il crearsi di nuove situazioni giuridiche soggettive è l'espropriazione, mediante la vendita in capo all'aggiudicatario, o a seguito di assegnazione all'assegnatario, che realizza il trasferimento del diritto di proprietà (o del diverso diritto che sul bene aveva il debitore espropriato).

l'esecuzione forzata per consegna o rilascio può utilmente essere sperimentata per realizzare forme di *ripristino* del possesso e di *restituzione* o *riconsegna* del bene, non per l'esecuzione coattiva di un'obbligazione di consegna, nei termini sopra specificati.

4.2. *Obblighi di consegna di cose determinate solo nel genere.*

Un'altra questione che è necessario affrontare riguarda la tutela delle obbligazioni di dare che hanno ad oggetto cose determinate solo nel genere, ovvero, se sia, anche queste categorie di rapporti giuridici, applicabile l'art. 2930 c.c.

Un primo problema applicativo sorge dal fatto che la suddetta norma deve avere ad oggetto soltanto cose determinate.

Pertanto, dobbiamo chiederci se la determinazione solo nel genere sia sufficiente ad integrare la disposizione in commento e se, qualora sia necessaria una determinazione specifica della cosa, essa possa essere compiuta dall'organo giurisdizionale.

Ed infatti, l'esecuzione in forma specifica per la consegna di cose determinate si sostanzierebbe nella specificazione di esse ad opera del giudice dell'esecuzione o dell'ufficiale incaricato¹⁵¹.

¹⁵¹ F. TOMMASEO, *Sull'attuazione dei diritti di credito nell'esecuzione in forma specifica*, in *Studi in onore di E. T. Liebman*, vol. III, 1979, pp. 2444 ss. distingue all'interno delle obbligazioni generiche le cd. obbligazioni di quantità, ossia individuate attraverso l'indicazione esatta dell'unità di misura di riferimento (peso, unità, ecc.) di cose dello stesso genere, per le quali, dunque, la determinazione avviene secondo parametri legali precostituiti. L'individuazione della quantità rende liquido il credito. Secondo l'A. per questo tipo di obbligazioni sarebbe possibile esecuzione per consegna, atteso che l'ufficiale giudiziario dovrebbe limitarsi alla sola conta o pesatura, facoltà che gli sarebbe concessa, sulla base dell'esistenza di alcune norme (come gli artt. 2037 c.c. e 600 comma 1° c.p.c.) che attribuiscono al giudice di separare o dividere masse di beni, anche quando di essi facciano parte cose fungibili. È facile obiettare che queste ipotesi sono del tutto estranee alla fattispecie prevista dall'art. 1378 c.c., e che la individuazione non comporta il trasferimento della proprietà.

La distinzione tra le obbligazioni generiche di quelle di quantità ha nel pensiero dell'A. una grande rilevanza, poiché la determinazione di quantità costituisce un criterio di determinazione e specificazione idoneo ad integrare le fattispecie dei procedimenti di esecuzione in forma specifica, ammettendone così l'utilizzabilità. Lo stesso A., però, riconosce che si tratta di fattispecie che

Ai sensi dell'art. 1378 c.c., la proprietà di cose determinate solo nel genere si trasmette con l'individuazione fatta d'accordo tra le parti o nei modi da essa stabiliti: ammettere l'esecuzione forzata per consegna o rilascio a tutela di detto genere di obbligazioni comporta notevoli inconvenienti.

È chiaro che, prima dell'apprensione materiale della cosa, l'ufficiale giudiziario nominato dal giudice per sovrintendere alla consegna dovrà procedere all'identificazione: questa identificazione comporta *ipso iure* il trasferimento della proprietà, prescindendo da qualsiasi accordo tra le parti.

Ora, si ricorderà che l'unica procedura esecutiva a cui la legge conferisce la funzione di trasferire il diritto di proprietà è l'espropriazione forzata, la quale è stata congegnata in modo tale da garantire sia i terzi che i creditori concorrenti; in essa, poi, il trasferimento della proprietà avviene in forza di un provvedimento del giudice dell'esecuzione, e non dell'ufficiale giudiziario.

In relazione agli effetti prodotti saremmo pertanto in presenza non di una mera consegna forzata ma di una vera e propria espropriazione.

Infatti, chi agisce per la consegna di cose determinate solo nel genere non ne è ancora proprietario, ma lo diventerà solo per effetto delle procedura esecutiva.

In questo modo, le cose determinate solo nel genere "espropriate" - dopo la loro specificazione - verrebbero sottratte alla garanzia degli altri creditori, poiché l'esecuzione per consegna o rilascio non solo non prevede il concorso dei creditori, ma anzi lo esclude, dal momento che se i beni da consegnare risultano pignorati, l'esecuzione per la consegna deve arrestarsi (art. 607 c.p.c.)¹⁵².

Si è pure sostenuto che, essendo l'obbligazione di cosa generica un'obbligazione mista di dare e fare, essa potrebbe validamente essere tutelata a mezzo dell'esecuzione in forma specifica per obblighi di fare, sulla base di un sentenza esecutiva che condanni al compimento della determinazione della

riguardano la tutela dei diritti reali, nell'ambito delle quale è sempre ammessa l'esecuzione per consegna.

¹⁵²G. MONTELEONE, *Riflessioni sulla tutela esecutiva dei diritti di credito*, loc. cit., pp. 75 ss. ; S. SATTÀ, *L'esecuzione forzata*, cit., pp. 13 ss. La dottrina è per la maggior parte concorde ad escludere l'eseguibilità in forma specifica delle obbligazioni di genere: A ROCCO, *Il fallimento*, Milano, 1972, p. 23 ss. E. REDENTI, *Dritto processuale civile*, Milano, 1985 3° ed., pp. 255 ss. L. MONTESANO, *Condanna civile e titoli esecutivi*, cit., p. 96.

species all'interno del *genus*¹⁵³: le operazioni che dovrà svolgere l'ufficiale incaricato dal giudice dell'esecuzione riguardano, ancora una volta, la specificazione e individuazione delle cose.

Anche in questo caso, valgono i rilievi prima mossi.

In particolare, anche questo procedimento esecutivo sarebbe volto ad una sostanziale espropriazione, attuata, però, in violazione del concorso dei creditori.

Non solo, ma l'esecuzione per obblighi di fare ha un ambito ben limitato e preciso, ossia la distruzione o costruzione di opere materiali (come si è avuto modo di spiegare nel paragrafo II e si specificherà ulteriormente nei paragrafi successivi).

Alla tesi della tutela delle obbligazioni generiche mediante l'esecuzione degli obblighi di fare se n'è contrapposta un'altra, ossia la tutela mediante il procedimento delineato dall'art. 2932 c.c. per l'esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre, atteso che l'individuazione delle cose deve avvenire su accordo delle parti¹⁵⁴.

Sul punto, giova rilevare che, quand'anche fosse ammissibile, il procedimento ex art. 2932 c.c. è un procedimento di cognizione, che pertanto si risolverebbe in una improbabile sentenza al termine di un giudizio in cui il giudice stesso ha provveduto ad effettuare la specificazione delle cose.

Se con la specificazione delle cose si attua il trasferimento della proprietà, non vi è alcun valido ostacolo per ammettere che la sentenza costitutiva (del diritto di proprietà sulle cose così determinate) possa essere eseguita mediante il procedimento per consegna.

Altro problema è stato posto in relazione all'art. 639 c.p.c. che prevede che l'ingiunzione per la consegna di una determinata quantità di cose fungibili debba contenere anche la somma di denaro che il creditore è disposto ad accettare in

¹⁵³C. MANDRIOLI, *L'esecuzione in forma specifica*, cit., pp. 56 ss.; sull'impossibilità di eseguire mediante l'esecuzione in forma specifica degli obblighi di fare l'obbligazione avente ad oggetto cose fungibili genericamente determinate: G. MONTESANO, *Condanna civile e titoli esecutivi*, cit. p. 96.

¹⁵⁴F. TOMMASEO, *Op. cit.*, pp. 2459 ss., *contra*, ancora una volta il MONTESANO, *Op. ult. cit.*, per il quale l'estensione analogica del procedimento in esame violerebbe il principio di tipicità delle forme di tutela, previsto dall'art. 2098 c.c.

mancanza dell'adempimento (consegna in natura).

Se ciò è previsto nell'ambito di un procedimento speciale che si conclude con l'emanazione di un provvedimento giudiziale idoneo a costituire titolo esecutivo anche per la tutela di obblighi di consegna di cose determinate, significa che la consegna delle cose fungibili può avvenire solo da parte del creditore spontaneamente (e con la collaborazione del creditore per le operazioni di individuazione) mentre, quando questa manchi, l'esecuzione forzata non potrà che attuare il diritto al pagamento di una somma di denaro corrispondente al valore dei beni dovuti¹⁵⁵.

Infine, nel trattare dell'esecuzione delle obbligazioni di consegna di cose fungibili ci si imbatte nella previsione dell'art.1516 c.c., impropriamente rubricato «*Esecuzione coattiva per inadempimento del venditore*» che prevede un meccanismo di acquisto delle cose promesse su impulso del compratore a danno del venditore.

In particolare, avviene che, a fronte dell'inadempimento del promittente venditore di vendere una certa quantità di cose fungibili aventi prezzo corrente (a norma dell'art. 1515 c.c.), il promissario acquirente fa acquistare le cose sul mercato mediante i soggetti determinati dall'art. 83 delle Disposizioni di Attuazione al codice civile, anticipando egli le spese che poi dovranno essergli restituite dal venditore inadempiente, insieme alla differenza tra le spese occorse per la procedura e il prezzo originariamente pattuito e il risarcimento dell'eventuale maggior danno.

In sostanza, dal lato passivo, l'obbligazione di consegna si converte sempre in un'obbligazione pecuniaria di risarcimento, mentre le cose che il creditore ottiene dalla procedura di acquisto in danno sono le stesse perché si tratta di beni fungibili, ma non sono quelle che possedeva il debitore.

¹⁵⁵ Per F. TOMMASEO, *Op. cit.*, p. 2450, non è probante la disposizione perché contenuta nella disciplina di un procedimento sommario, e perché il creditore può liberamente omettere l'indicazione della somma di denaro. L'A. non considera, però, che il procedimento monitorio culmina con un provvedimento giudiziale che ha efficacia di titolo esecutivo e, se non opposto, si stabilizza con gli effetti del giudicato, mentre il fatto che il creditore possa omettere l'indicazione della somma di denaro non faculta l'interprete a sostenere che l'ingiunzione di consegna di cose fungibili possa essere eseguito con l'esecuzione in forma specifica.

Come si vede, la procedura di acquisto in danno si colloca fuori del processo esecutivo e dell'esecuzione in forma specifica, tanto è vero che non è regolata dalle norme del codice di procedura civile e non presuppone l'esistenza di un titolo esecutivo.

In conclusione, crediamo di aver dimostrato il fatto che l'obbligazione di dare una certa quantità di cose fungibili si risolve sempre in un'obbligazione di puro risarcimento del danno¹⁵⁶, che è il danno che il creditore subisce allorché, scaduto il termine per l'adempimento, non si ritrova la disponibilità delle cose promesse.

Solo questa può essere la sanzione all'inadempimento, preceduta dalla risoluzione del contratto, poiché il creditore non è divenuto proprietario delle cose fungibili, né agisce per la tutela di un diritto di godimento di cui era stato privato.

L'esempio del procedimento monitorio per la consegna di cose mobili determinate solo nel genere conforta la tesi per cui l'obbligazione di risarcimento ex art. 1218 c.c. non è una nuova obbligazione, né un mero surrogato, ma si tratta della stessa obbligazione che a seguito dell'adempimento muta forma e oggetto.

5. *Obblighi di fare e di non fare.*

L'esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare, seppur riunita all'esecuzione per consegna o rilascio nel "calderone" dell'esecuzione forzata in forma specifica, merita un discorso a parte, pur essendo ad essa comuni alcune problematiche esaminate a proposito dell'esecuzione per consegna o rilascio.

Come si è avuto modo di sottolineare nel paragrafo n. 2¹⁵⁷, l'esecuzione degli obblighi di fare nella dottrina e nella giurisprudenza italiane non aveva mai destato grande interesse e problematiche, fino all'emanazione della Statuto dei Lavoratori¹⁵⁸.

Questa legge ha infatti risvegliato una particolare attrazione per questo procedimento di esecuzione e per la tutela d'urgenza ex art. 700 c.p.c.,

¹⁵⁶ S. SATTA, *L'esecuzione forzata loc. cit.*, pp. 14-15

¹⁵⁷ Pagine 10 e seguenti di questo capitolo.

¹⁵⁸ S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare cit.*, pp. 3 ss., ID., *L'incoercibilità degli obblighi di fare*, in *Economia e credito*, 2, 1976, pp. 5 ss.

intravedendosi, in questa particolare forma di esecuzione specifica e nel procedimento speciale, un grande potenziale, a patto però di infrangere i dogmi dell'incoercibilità del fare e della tipicità delle forme di tutela esecutiva, affermandosi il principio di carattere generale della tensione dell'ordinamento all'esecuzione in natura di ogni obbligazione in contrapposizione alla tutela risarcitoria, argomento su cui ci siamo soffermati in precedenza¹⁵⁹.

Fatte queste premesse, dobbiamo ora chiederci se e come i diritti di credito possano essere tutelati con le altre due forme di esecuzione in forma specifica, ossia l'esecuzione in forma specifica degli obblighi di fare e l'esecuzione in forma specifica degli obblighi di non fare, entrambe previste dal codice civile agli artt. 2931 e 2933 il cui procedimento comune è regolato agli artt. 612-614-bis del codice di procedura civile.

Ci sembra essenziale, al fine di definirne l'ambito di applicazione rispetto alle situazioni giuridiche sostanziali tutelabili, partire dall'esame delle norme che disciplinano queste particolari forme di tutela dei diritti.

L'art. 2931 c.c. stabilisce che *«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»*, mentre l'art. 2933 c.c. recita: *«Se non è adempiuto un obbligo di non fare, l'avente diritto può ottenere che sia distrutto, a spese dell'obbligato, ciò che è stato fatto in violazione dell'obbligo. Non può essere ordinata la distruzione della cosa e l'avente diritto può conseguire solo il risarcimento dei danni, se la distruzione della cosa è di pregiudizio all'economia nazionale»*.

Notiamo subito come, da un punto di vista meramente terminologico, le due norme (separate nell'impianto del codice da una norma assolutamente estranea

¹⁵⁹ Giova ricordare che i tentativi svolti in tal senso, a nostro parere, non hanno condotto alla generalizzata applicabilità dell'esecuzione in forma specifica, allorché ci si è imbattuti nella materiale impossibilità della coercizione fisica del debitore, e che le asserite nuove tutele si risolvono sempre in forme di tutela risarcitoria. Tanto ciò è vero che gli indubbiamente interessanti studi eseguiti sull'argomento si sono sempre conclusi con la necessità del ricorso a misure di coercizione indiretta, nonostante l'avversione dell'ordinamento italiano ad una loro introduzione, in contrapposizione a quello francese che aveva sperimentato già agli inizi del secolo in via giurisprudenziale la pratica delle *astreintes*: così L. FERRARA, *L'esecuzione processuale indiretta*, Napoli, 1915 pp. 1 ss.

all'esecuzione forzata, e cioè quella dell'esecuzione dell'obbligo di concludere un contratto) fanno generico riferimento a «*obblighi*», all'«*obbligato*» e all'«*avente diritto*».

Ad un terminologia così generica non si può fare a meno di contrapporre quelle più specifiche contenute nel Titolo III del Libro VI sulla responsabilità patrimoniale del debitore e le cause legittime di prelazione, dove vengono utilizzati i termini «*obbligazioni*», «*credito*», «*debito*», «*creditore*» e «*debitore*».

Al contrario, ad una maggiore determinatezza dell'oggetto delle procedure di esecuzione di obblighi di fare e di obblighi di non fare, si contrappone l'indeterminatezza dei termini «*patrimonio*» e della locuzione «*tutti i beni presenti e futuri*».

Per quanto riguarda l'oggetto dell'esecuzione forzata degli obblighi di fare o non fare, ossia che cosa in concreto l'avente diritto può ottenere che sia realizzato, la legge fa riferimento alla «*esecuzione*» o alla «*distruzione*» di ciò che rispettivamente non è stato eseguito o di ciò che è stato eseguito in contravvenzione all'obbligo.

Il termine «*esecuzione*» (di un obbligo di fare) dell'art. 2931 c.c., che a prima vista può sembrare talmente generico da prestarsi ad interpretazioni estensive, deve essere - a nostro avviso - interpretato in combinato disposto con l'art. 2933 c.c., il quale espressamente parla di «*distruzione*» - termine che invece non si presta facilmente ad interpretazioni estensive -, mentre il contenuto delle due norme è per il resto sostanzialmente identico

Ciò induce a pensare che l'esecuzione è posta come l'esatto contrario della distruzione, e si può distruggere solo qualcosa di materiale che non doveva essere costruito.

Più probante è, ancora, l'art. 612 c.p.c., secondo la quale il giudice dell'esecuzione determina le «*modalità dell'esecuzione*» e nomina l'ufficiale giudiziario e «*le persone che debbono provvedere al compimento dell'opera non eseguita o alla distruzione di quella eseguita*».

Come abbiamo visto nei paragrafi n. 2 e 3, vari sono stati i tentativi di interpretare estensivamente questa disposizione, esaltando la genericità della

locuzione «modalità dell'esecuzione», nel senso di attribuire al giudice dell'esecuzione ampi poteri discrezionali, ed accrescere così il ventaglio delle fattispecie tutelabili con il procedimento in esame.

Si è però rilevato che, per questa via, il potere discrezionale del giudice finisce per esorbitare dai limiti posti dalla norma - fino a invadere la sfera riservata al giudice della cognizione - che gli attribuisce solo poteri organizzativi e di controllo del compimento delle operazioni specificatamente indicate nel titolo esecutivo e nel precetto.

È infatti al giudice della cognizione, e non a quello dell'esecuzione, che spetta determinare esattamente le opere da compiersi, e ciò perché, come si vedrà a breve, il compimento di queste opere comprimono un diritto che l'obbligato ha sul bene¹⁶⁰.

Ogni ipotesi di estensione della tutela in forma specifica alle obbligazioni deve poi necessariamente confrontarsi con la generalizzata responsabilità patrimoniale del debitore per tutte le obbligazioni assunte e con l'esigenza di garantire il concorso dei creditori.

5.1. Esecuzione forzata in forma specifica degli obblighi di fare e di non fare e responsabilità patrimoniale.

Un primo criterio in base al quale effettuare un discrimine tra le situazioni giuridiche sostanziali tutelabili con i procedimenti di esecuzione forzata in forma specifica in esame è, dunque, costituito dall'istituto della responsabilità patrimoniale¹⁶¹.

Nel senso che, atteso che la responsabilità patrimoniale è istituto tipico di tutti i diritti di credito (ossia nascenti da un rapporto obbligatorio) all'interno della cui categoria non è legittimo effettuare delle distinzioni, e rilevato che i procedimenti di esecuzione in forma specifica sono ad essa estranei se non incompatibili, se ne deduce che l'esecuzione in forma specifica non può servire da mezzo di tutela dei

¹⁶⁰ L. MONTESANO, *Condanna civile cit.*, p. 123

¹⁶¹ G. MONTELEONE, *Riflessioni sulla tutela esecutiva dei diritti di credito loc. cit.*, pp. 100 ss.

diritti di credito, ma delle altre situazioni che ad essa si contrappongono, ossia i diritti reali (in senso ampio, anche le situazioni possessorie tutelate dall'ordinamento, ivi compresi i diritti personali di godimento) e i diritti assoluti¹⁶².

La incompatibilità dei procedimenti delineati dagli artt. 2931 e 2933 c.c. con la responsabilità patrimoniale nasce in primo luogo dal fatto che la tutela non si risolve necessariamente nella liquidazione di una somma di denaro ricavata dalla vendita o dall'assegnazione diretta dei beni dell'obbligato, ma questa ipotesi è solo eventuale e legata all'emissione del decreto ingiuntivo da parte del giudice dell'esecuzione al fine di porre a carico di questo le spese delle attività compiute anticipate dall'avente diritto.

Ad essere coperto dalla responsabilità patrimoniale, non è propriamente l'obbligo di fare, ma l'obbligazione di pagare quelle spese dell'esecuzione che il giudice riconosce dovute. Un'obbligazione in senso stretto, dunque, che ha il suo presupposto nell'inadempimento dell'obbligo di fare, ma che non può confondersi con esso.

Ma la responsabilità patrimoniale è estranea ai procedimenti in commento, anche da un punto di vista fattuale, prima ancora che meramente teorico.

Sappiamo, infatti che la responsabilità patrimoniale del debitore costituisce il presupposto per l'applicazione dell'esecuzione per espropriazione prevista dall'art. 2910 c.c., che ha la finalità di attuare la vendita forzata di alcuni beni del debitore, per poi distribuirne il ricavato tra i creditori procedente e intervenuti.

I due momenti fondamentali dell'espropriazione sono dunque la vendita e la distribuzione del ricavato. La vendita, così come l'assegnazione, determinano il trasferimento della proprietà del bene.

L'esecuzione degli obblighi di fare o di non fare non determinano alcun trasferimento delle proprietà, ma solamente il compimento di un'attività non eseguita o la distruzione di un'opera eseguita in violazione di un dovere, sotto la guida di un organo giurisdizionale.

¹⁶² G. MONTELEONE, *Riflessioni sulla tutela esecutiva dei diritti di credito* cit., pp. 90 ss.

La relazione giuridica dei soggetti con il bene rimane sempre la stessa, e non muta a seguito dell'esperienza del processo esecutivo.

A ben vedere, l'esecuzione in forma specifica degli obblighi di fare o non fare si pone in insanabile contrasto con i principi della responsabilità patrimoniale, quando venga applicata per sanzionare l'inadempimento di obblighi costituenti il contenuto di un'obbligazione, anche per un altro motivo.

Si pensi al caso di due soggetti che stipulano un contratto con il quale uno di essi si obbliga a non costruire su un terreno per un certo periodo di tempo, e con questo contratto le parti non abbiano inteso costituire alcuna servitù.

A fronte dell'inadempimento, ossia nel caso in cui l'obbligato a non costruire invece inizi a costruire, il creditore non ha altra scelta che la risoluzione giudiziale del contratto e il risarcimento del danno, non essendovi neppure i presupposti per fermare la costruzione in corso in via d'urgenza.

Mettiamo, per pura ipotesi, che invece voglia chiedere in giudizio l'adempimento del contratto (il cosiddetto "*esatto adempimento*").

Sarà possibile una condanna giudiziale all'esecuzione in forma specifica del contratto, ossia alla distruzione dell'opera? Se l'obbligo di non costruire non deriva da una servitù o da altro diritto reale anche minore o da un diritto assoluto, dobbiamo escludere che un provvedimento del genere possa dar luogo all'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di non fare, perché la distruzione dell'opera significherebbe - allo stesso modo che per un'esecuzione per consegna o rilascio - un depauperamento del patrimonio del debitore, in violazione della regola generale del concorso di tutti i creditori (i quali, peraltro, potrebbero già aver iscritto ipoteca su quell'immobile che ora si vuole distruggere).

Se, al contrario, viene inadempito un obbligo di fare (che per quanto abbiamo detto può solo consistere nella costruzione di opere materiali) l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo consisterà in una quantificazione delle somme necessarie a far fare ad altri ciò che il debitore non ha fatto, ossia nella cosiddetta "*esecuzione in danno*", che altro non è che una forma di risarcimento del danno in forma specifica (vedi il paragrafo successivo).

Dobbiamo al riguardo, fare riferimento, ancora una volta alle parole del Satta, il quale, da un punto di vista sempre pratico e mai sterilmente teorico, dice «è addirittura impensabile che in questi casi il titolare del diritto possa eseguire forzatamente ciò che non è stato fatto. Potrà egli far fare ad altri ciò che non ha fatto, salva la responsabilità per le maggiori spese e per gli altri eventuali danni, ma questa non è esecuzione forzata, non è nemmeno esecuzione, anche se il codice così la chiami nell'ipotesi parallela alla vendita (artt. 1515-1516 c.c.)¹⁶³».

5.2. Ambito e presupposti di applicazione dell'esecuzione in forma specifica degli obblighi di fare e di non fare, surrogabilità dell'obbligo ed "esercizio del diritto giurisdizionalmente controllato".

Nel senso che le è proprio, dunque, l'esecuzione in forma specifica per obblighi di fare e non fare costituiscono il rimedio tipico dei diritti reali, del possesso e dei diritti assoluti, situazioni giuridiche nelle quali il risarcimento del danno non riesce a ripristinare lo *status quo ante* (come invece accade nelle obbligazioni), e il ripristino in forma specifica (nel senso di esecuzione o distruzione di opere) si pone per tale ragione come l'unica possibile forma di tutela in grado di soddisfare completamente l'avente diritto.

L'applicazione della tutela in forma specifica degli obblighi di fare e non fare ai diritti di credito, quando non si pone in contrasto con il concorso dei creditori, è invero condizionata da altri criteri, come quello della surrogabilità della prestazione inadempita, e dell'utilità pratica del ricorso al procedimento disciplinato agli articoli 612-614 del codice di rito.

¹⁶³ S. SATTA, *Op. loc. cit.*, 18. Come abbiamo già avuto modo di sottolineare, riteniamo di dover aderire al pensiero dell'insigne processualista, non tanto o non solo per il suo contenuto, quanto per il metodo di studio. Ci sembra infatti, che egli parta da un attento esame della realtà, per concludere con l'elaborazione di una tesi, tanto è vero che nelle sue opere non si fa mai astrazione di un concetto giuridico o di una particolare teoria, né si piega la fenomenologia giuridica al fine di confortare questa o quella tesi. Un'espressione che compendia efficacemente l'essenza della tecnica del suo studio, che non può non rimanere impressa nelle mente di un giovane studioso del diritto che per la prima volta si imbatte nell'opera di Salvatore Satta, è: «*La realtà è superiore ad ogni legislatore*» (*Op. cit.* p. 19).

“Fungibile” si dice di qualcosa che può essere sostituito con altra cosa della stessa qualità e della stessa misura.

Il creditore che si rivolge al debitore per ottenere una prestazione la vuole da lui e non da altri: questo è l'indice della “personalità” dei diritti di credito.

Se ciò è vero, ogni prestazione dedotta in obbligazione è infungibile perché, nel momento in cui è un terzo a fornirla al posto del debitore, non è più la stessa prestazione, ma un'altra¹⁶⁴.

Né se il debitore non esegue la prestazione promessa lo si può costringere con la forza ad eseguirle, giacché, se egli non vuole, l'unica possibilità per il creditore è la coercizione fisica, ma una soluzione del genere è vietata nella maggior parte degli ordinamenti giuridici del XXI secolo.

Non tenere in debita considerazione questi argomenti significa snaturare del tutto l'istituto dell'obbligazione e di tutti i diritti di credito perché si esclude un elemento essenziale di questo rapporto che è la relatività nella quale si compendia il legame giuridico tra due soggetti.

Al contrario, se il proprietario del fondo servente non esegue le opere necessarie per garantire al proprietario del fondo dominante la manutenzione della strada che gli consenta di raggiungerlo, gli è indifferente chi materialmente esegua dette opere di manutenzione, purché, alla fine, gli sia garantito il passaggio e le spese sopportate per l'esecuzione gli saranno rimborsate dall'obbligato.

¹⁶⁴ Il concetto ci sembra bene espresso nelle parole del MANDRIOLI, *L'esecuzione forzata in forma specifica cit.*, p. 64: «Quand'anche la legge offrisse la possibilità di servirsi della forza per ottenere di muovere le membra recalcitranti del debitore di fare [...] potrà forse anche pervenire ad ottenere il compimento dell'opera servendosi delle membra del debitore; ma è evidente che in tal caso queste non sarebbero state che uno strumento, mentre l'energia lavorativa e soprattutto il disegno intellettuale dell'opera, che non manca mai anche nel compimento del più materiale degli atti umani, non è pervenuto dal debitore», e dal MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti loc. cit.*, p. 181: «Per comprendere che gli strumenti processuali in discorso non possono mai essere di specifica esecuzione forzata dell'originale obbligazione di fare e di non fare, ma sono sempre, inevitabilmente, di risarcimento del danno causato dall'inadempimento della stessa obbligazione: se, invero, il fare o il non fare è, come si è visto, necessariamente costitutivo del bene dovuto, v'è sempre più o meno intenso, nell'attività o nell'astensione del debitore, anche nella più semplice o in quella che meno esiga personali abilità o sforzo di intelletto, un *intuitus personae*, che esclude, per la struttura stessa del rapporto, la possibilità di strumenti, e in specie di opera di terzi, pienamente equivalenti, sotto l'aspetto economico-giuridico, per la soddisfazione del creditore, a quello che l'obbligato doveva o non ha prestato».

Ora, per quel che riguarda, invece, l'argomento trattato nel presente paragrafo, ci interessa il concetto di "surrogabilità", che corrisponde ad una nozione più ristretta di infungibilità, legata alla possibilità e utilità pratiche e giuridiche che ad eseguire la prestazione non sia il debitore ma un terzo.

Surrogabilità significa la possibilità che la prestazione inadempita venga eseguita da un soggetto terzo, che nella specie sono «*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*».

Il requisito delle fungibilità in senso lato attiene, a nostro avviso, ad un momento sostanziale e non processuale, e riguarda l'interesse del creditore ad ottenere quella stessa prestazione richiesta, che nella sua identità può essere fornita solo dal debitore, mentre quello della surrogabilità fa parte del diritto processuale, ed è pure il requisito che deve essere vagliato dal giudice ai fini dell'applicazione della misura prevista dal nuovo art. 614-bis c.p.c.

Pertanto, quando si parla di generale *infungibilità del fare*¹⁶⁵, collegata al principio *nemo ad factum praecise cogi potest*, riteniamo che si debba intendere la infungibilità in senso ampio e che ci si muova in ambito sostanziale avuto riguardo a quello che il creditore può chiedere o non chiedere e a quello che il giudice della cognizione può o non può concedere, mentre quando ci si riferisce all'applicazione di misure coercitive e all'esecuzione forzata in forma specifica, è opportuno richiamare il concetto di *surrogabilità*¹⁶⁶.

La dottrina ha elaborato diversi criteri per individuare l'infungibilità (meglio, non surrogabilità) della prestazione dedotta in obbligazione, che possono però ricondursi sostanzialmente a due filoni: quello che privilegia l'elemento

¹⁶⁵ Sui profili storici del concetto di infungibilità degli obblighi di fare, S. MAZZAMUTO, *L'incoercibilità degli obblighi di fare, cit.*, pp. 5 ss

¹⁶⁶ In questi termini anche L. FERRONI, *Op. cit.*, pp. 164 ss.: «*Il giudizio di fungibilità o d'infungibilità, nell'ottica interna al rapporto e nell'esecuzione forzata in forma specifica, non può essere formulata assumendo come termine di riferimento lo stesso elemento del rapporto obbligatorio: nel primo caso, infatti, bisognerà guardare la (in)sostituibilità dell'oggetto della prestazione, o, se si accoglie la soluzione proposta per le obbligazioni di puro fare, della prestazione in sé considerata; mentre nel secondo si dovrà verificare se v'è o no la possibilità di sostituire il soggetto obbligato. Si può così concludere che la (in)fungibilità della quale si discorre in sede processuale non ha la stessa valenza che il concetto assume quale aspetto sostanziale dell'obbligazione*».

soggettivo dell'interesse del creditore e, all'opposto, quello che privilegia l'elemento oggettivo del bene che la prestazione tende a far conseguire al creditore.

Nell'ambito del primo indirizzo, si riscontrano quelle teorie che fondano la categoria dell'infungibilità sull'*intuitu personae*, per cui saranno non surrogabili tutte quelle prestazioni per le quali il creditore reputi essenziali, al soddisfacimento dei propri interessi, le caratteristiche o una particolare caratteristica del debitore, cosicché solo lui e nessun altro è in grado di eseguire quella data prestazione¹⁶⁷.

L'altro indirizzo, invece, ritiene essenziale una valutazione oggettiva degli interessi delle parti nel singolo rapporto obbligatorio¹⁶⁸.

L'incertezza della dottrina e una eccessiva libertà per il giudice della cognizione e dell'esecuzione in merito all'esame dell'infungibilità ci spingono a credere che il criterio dell'infungibilità non può da solo condizionare l'applicabilità o meno dei procedimenti di esecuzione in forma specifica degli obblighi di fare e di non fare.

Al criterio dell'infungibilità in relazione all'interesse del debitore (soggettivo o oggettivo), dobbiamo aggiungere uno ulteriore criterio, connesso con quello, per pervenire ad un giudizio di ammissibilità al caso di specie dell'esecuzione per surrogazione, che informa tutti i casi in cui la prestazione del debitore non sia fungibile perché alla realizzazione da parte di un terzo si frappongono delle situazioni giuridiche proprie del debitore stesso e che non possono essere infrante se non a costo di violare la legge e, spesso, di commettere un reato.

Questo criterio dimostra come si muovano su piani diversi, rispettivamente sostanziale e processuale, i criteri della fungibilità e della surrogabilità

Infatti, l'unico modo per superare questi ostacoli di ordine giuridico che rendono l'obbligazione infungibile è dato dal ricorso all'esecuzione in forma specifica, che avviene sotto controllo giurisdizionale.

¹⁶⁷ Tra i processualciviliisti: C. MANDRIOLI, *L'esecuzione forzata in forma specifica cit.*, p. 68; V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, III, Napoli, 1964, p. 325

¹⁶⁸ Aderisce a questa tesi anche L. FERRONI, *Op. cit.*, p. 172

In questi casi, proprio perché l'obbligazione non è fungibile (nel senso che il creditore non può provvedervi da sé o tramite un terzo, mediante l'utilizzo dei suoi poteri sostanziali) sarà necessario il ricorso all'esecuzione forzata in forma specifica.

Si pensi a tutte le azioni a tutela di diritti reali o di godimento e assoluti: l'avente diritto (riprendiamo ad utilizzare la terminologia della legge) non può provvedere da sé ad abbattere la costruzione eseguita dal vicino in violazione delle distanze legali, altrimenti commetterebbe un reato. Ma lo potrà fare solo l'impresa nominata dal giudice dell'esecuzione a tale scopo.

In questo senso, si intravede la reale essenza dell'esecuzione in forma specifica se applicata alle sole situazioni finali (cui propriamente è destinata): il proprietario o il titolare di altro diritto reale cui venga riconosciuto (o meglio "accertato") detto diritto, può immediatamente esercitare tutte le facoltà che del diritto sono proprie, e ciò in quanto la caratteristica tipica dei diritti reali è la loro capacità di autorealizzazione, perché non sussiste un diaframma tra la titolarità giuridica e le facoltà di esercizio; al contrario di quanto avviene nelle obbligazioni, dove, come si è visto, la titolarità del diritto, finché non vi sia adempimento, è costituita da una mera aspettativa dell'azione del debitore.

E allora, se il titolare della situazione finale non può autosoddisfarsi è solo per la sussistenza del possesso del bene da parte dell'obbligato che, pure se illegittimo, viene tutelato dalla legge: nel caso degli obblighi di fare e non fare, la estraneità alla sfera possessoria dell'avente diritto del bene che deve essere distrutto o costruito, perché invece è posseduto dall'obbligato.

In tal caso è necessario il ricorso all'esecuzione in forma specifica¹⁶⁹ perché l'avente diritto, provvedendo da sé, sacrificerebbe illegittimamente la proprietà, il possesso o la detenzione altrui¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Dalle premesse esposte nel testo, il SATTA, *Op. cit.*, pp. 11 ss., ricava una definizione di esecuzione in forma specifica come «Esercizio del diritto giurisdizionalmente controllato». Non ritiene potersi accettare tale definizione il MONTESANO, *Condanna civile e tutela esecutiva cit.*, p.121: sostanzialmente ritiene l'A. che non si tratta di esercizio del diritto, seppur controllato giurisdizionalmente, per il fatto che è il giudice a determinare le modalità di detto esercizio, affinché i costi possano gravare sull'obbligato, annullando di fatto la libertà dell'avente diritto. *Contra* pure S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare cit.*, pp. 136 ss. Secondo l'A. la

Al contrario, l'esecuzione in forma specifica non ha ragion d'essere, a causa della sua inutilità, quando l'avente diritto può far da sé, esercitando i propri poteri di diritto sostanziale, ed eventualmente porre a carico dell'obbligato le spese sostenute¹⁷¹ a titolo di risarcimento del danno.

Ad esempio, se in un appartamento in regime di condominio sorgono dei danni a causa delle infiltrazioni derivanti dall'appartamento soprastante, il proprietario di regola farà eseguire le opere di ristrutturazione e poi "presenterà il conto" al proprietario dell'appartamento da cui ha avuto origine la perdita.

Anche questa è esecuzione specifica, perché il danneggiante dovrà pagare per intero il costo delle riparazioni, ma non è forzata: un procedimento di esecuzione forzata in forma specifica sarebbe in teoria ammissibile, ma del tutto inutile.

Nella realtà conviene, infatti, quando è materialmente possibile, provvedere prontamente all'opera, il cui costo verrà, poi, rimborsato dal danneggiante quale «risarcimento in forma specifica»¹⁷².

L'eventuale controversia avrà ad oggetto l'entità e la legittimità delle opere realizzate e la congruità delle spese richieste, e si concluderà con una sentenza di

teoria dell'«esercizio del diritto giurisdizionalmente controllato» non è altro che un «*espediente dialettico*», che presuppone l'esecuzione forzata in forma specifica degli obblighi di fare e non fare non conduce ad un trasferimento la titolarità del bene che rimane nel possesso dell'obbligato (prospettiva dinamica), mentre l'esecuzione in forma specifica (distruzione o costruzione di un'opera) adegua la situazione di fatto a quella di diritto sotto un profilo meramente statico, il che significa che vale a realizzare solo una *tranche* degli obblighi derivanti dal rapporto giuridico in corso, atteso che l'episodio attuativo non può dilatarsi *ad infinitum*. In verità la supposta parzialità della surroga (espediente, stavolta, utilizzato dall'A. per suffragare la tesi dell'esecuzione in forma specifica come misura coercitiva) è insita nei rapporti tra diritto di proprietà e diritti reali su cosa altrui o cd. minori, minori proprio rispetto al diritto di proprietà, rapporti che non possono che influenzarne le modalità di attuazione.

¹⁷⁰ L. MONTESANO, *Condanna civile e tutela esecutiva cit.*, p. 109.

¹⁷¹ Quasi testualmente, L. MONTESANO, *Op. ult. cit.*, p. 120-122, ed ivi con una ricca gamma di esempi.

¹⁷² Così: L. MONTESANO, *Op. ult. cit.*, pp. 120 ss, specialmente p. 128.; BORRÈ, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare cit.*, pp. 92 ss.; V. DENTI, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano, 1953, pp. 211 ss. La teoria è efficacemente riassunta dal FERRONI, *Op. cit.*, p. 178: l'operatività dell'esecuzione forzata in forma specifica degli obblighi di fare e di non fare «non può essere utilmente invocata quando l'obbligazione inadempita è fungibile, nel senso che il creditore, esercitando il proprio diritto o potere sostanziale, può provvedere egli stesso, o tramite un terzo, a compiere l'attività o l'astensione necessaria a fornire l'utilità desiderata (ammettere l'esecuzione diretta anche in queste ipotesi significherebbe, come è stato rilevato, costruire il procedimento in oggetto sul concetto di liquidazione del danno ed assimilarlo alla tutela per equivalente pecuniario che ne costituisce, invece, l'antitesi)».

condanna al pagamento di dette spese o una sentenza di rigetto perché il rimborso non è dovuto per le più svariate ragioni.

Per riportare lo stesso esempio, nel caso il cui la causa del danno provenga da un altro appartamento del condominio, e questa non venga prontamente eliminata, può ottenersi la condanna all'esecuzione di queste opere di manutenzione, e allora sarà necessario far ricorso all'esecuzione per obblighi di fare perché il danneggiato non può provvedervi da sé senza invadere l'altrui proprietà.

5.3. Esecuzione in forma specifica degli obblighi di fare e non fare e risarcimento del danno in forma specifica.

Le tematiche fino ad ora affrontate ci dovrebbero portare a concludere che la tutela restitutoria o ripristinatoria vera e propria nel nostro ordinamento è riservata a quelle situazioni che, adottando la terminologia del Satta, abbiamo definito finali, mentre ciò che l'ordinamento consente di chiedere e ottenere al creditore, a fronte dell'inadempimento, è sempre e soltanto il risarcimento del danno.

I "rimedi" non risarcitori, ove esistano, si riconducono all'area della coazione all'adempimento¹⁷³, che guarda solo ed esclusivamente alla realizzazione dei diritti di credito mediante l'utilizzo di vari istituti che dovrebbero indurre alla spontanea esecuzione della prestazione debitoria ovvero - con terminologia, a nostro parere, erronea se non del tutto priva di significato - al cosiddetto "adempimento in natura" o adempimento coattivo.

Ora, ai sensi dell'art. 2058 c.c. il danno può essere liquidato «*per equivalente*» o «*in forma specifica*»: in determinati casi e sussistendone i presupposti, il creditore può ottenere la riparazione in natura del diritto di credito leso dall'inadempimento.

¹⁷³A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 4° ed., Milano, 2003, pp. 271 e 279 ss. esattamente definisce la coazione all'adempimento come quell'attività diretta «*a costringere il contraente e/o l'obbligato ad eseguire quanto è oggetto del contratto e/o dell'obbligo*». Tuttavia, lascia perplessi il fatto che nell'ambito della coazione all'adempimento l'A. inserisca sia istituti come le misure coercitive (conosciute negli ordinamenti francese, tedesco e di *common law*) sia i procedimenti di esecuzione in forma specifica, ivi compresa l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto.

Occorre subito dire che non si tratta di altro se non di una particolare forma di risarcimento del danno e non di “adempimento in natura” giacché siamo in una fase in cui l’adempimento non è più possibile e il debitore deve ormai rispondere solo dell’inadempimento.

Infatti, anche attraverso la riparazione in natura, si tende ad eliminare gli effetti dannosi dell’inadempimento mediante una quantificazione del risarcimento effettuata non in base a valutazioni compiute ex post e a criteri astratti di mercato, ma in base ad una valutazione ipotetica e dinamica dello stato di cose che esisterebbe se non ci fosse stato l’inadempimento, ad esempio in base all’esatto costo delle operazioni che il danneggiato dovrà o dovrebbe sostenere, o ha già sostenuto, per eliminare il danno in modo tale che il bene leso si trovi, dopo il risarcimento, nelle stesse condizioni in cui si trovava o si sarebbe trovato se rispettivamente non vi fosse stato l’illecito (per la responsabilità aquiliana) o l’inadempimento (in materia contrattuale).

La dottrina civilistica si è posta il problema se la riparazione in natura del danno abbia carattere risarcitorio ovvero restitutorio, tipico della tutela propria dei diritti reali¹⁷⁴.

La terminologia utilizzata in effetti può trarre in inganno, poiché di reintegrazione si parla a proposito di un diritto: “reintegrare nel diritto” significa eliminare gli ostacoli frapposti tra il diritto e il suo esercizio, ed è chiaro che per i diritti relativi la reintegra può avvenire, per le ragioni già ampiamente espresse, solo mediante l’adempimento spontaneo o coatto, in difetto del quale il creditore avrà diritto solo al risarcimento del danno¹⁷⁵.

In altre parole, la cosiddetta reintegrazione specifica di cui parla l’art. 2058 c.c., nel senso che le abbiamo dato di obbligazione sempre e comunque

¹⁷⁴ A. DI MAJO, *Op. cit.*, p. 264 ss., ivi ampie digressioni sull’odierno dibattito dottrinale; L. MONTESANO, *Ripristino di diritti o possessi, risarcimento specifico ed esecuzione specifica*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1991, pp. 1041 ss.

¹⁷⁵ Dello stesso avviso A. FRIGNANI, *L’injection nella common law e l’inibitoria nel diritto italiano*, Milano, 1974, p. 502: «In rapporto alla lesione del diritto, si pone il problema della sua rimessione in pristino e cioè della restaurazione della situazione quo ante. In rapporto al danno, si pone, invece, il problema della scelta tra il suo risarcimento in denaro oppure in forma specifica».

risarcitoria, attiene ai casi in cui «*il soggetto leso non può dirsi necessariamente menomato nella materia del suo diritto senza la concreta restituzione o reintegrazione, ma ha invece - proprio per la giuridica essenza del rapporto o potere che nella specie gli è dato svolgere - la scelta tra il perseguire o il trascurare quella restituzione o reintegrazione: ond'è perfettamente coerente al sistema che il giudice imponga o non all'autore dell'illecito il costo della riduzione in pristino in base ad una discrezionale valutazione sull'opportunità e soprattutto sulla essenza economica di quella scelta*»¹⁷⁶.

Le insuperabili differenze che intercorrono tra la tutela risarcitoria e la tutela ripristinatoria impongono di prendere chiaramente posizione in merito alla collocazione, in una delle due, del risarcimento in forma specifica, perché essa influisce necessariamente sulle tecniche di attuazione di questo nel processo di cognizione e nel processo esecutivo¹⁷⁷.

Il risarcimento in forma specifica, per la lettera dello stesso art. 2058 del codice civile e per la collocazione di questo al suo interno, nonché per i rapporti che vengono delineati con l'altra forma di risarcimento - quella per equivalente -, è chiaramente una forma di risarcimento, che si distingue solo per una particolare tecnica di quantificazione.

Dal punto di vista di questo lavoro, a complicare ulteriormente i rapporti tra inadempimento, responsabilità ed esecuzione in forma specifica è stata la generale

¹⁷⁶ L. MONTESANO, *Condanna civile e tutela esecutiva cit.*, pp. 130-131

¹⁷⁷ Si vedano le interessanti note di C. CASTRONOVO, *Il Risarcimento in forma specifica come risarcimento del danno*, in AA. VV., *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, diretto da S. MAZZAMUTO, Napoli, 1989, pp. 490 ss.: «Da ciò risulta la differenza strutturale e la diversità di funzione che il risarcimento assume rispetto alle forme meramente ripristinatorie e a quelle di attuazione coattiva dei diritti. Non si tratta cioè di reagire alla subita lesione per restaurare il patrimonio nello status quo ante, ma di porlo, secondo una valutazione ipotetica nella stessa consistenza quantomeno quantitativa - ed ecco il risarcimento per equivalente - e ove sia possibile qualitativa - ed è questa la funzione del risarcimento in forma specifica - che esso avrebbe attinta ove non si fosse verificato l'illecito o l'inadempimento. In questi termini, la differenza di filosofia della misura giuridica che si coglie tra le forme restitutoria e quella risarcitoria non è altro che il corollario della staticità di un diritto di proprietà prevalentemente esemplato sin dal diritto romano sul modello fondiario e la dinamicità che caratterizza il rapporto obbligatorio, sia esso già esistente - sicché la responsabilità si caratterizza come evoluzione del rapporto originario - oppure venga ad esistenza ex novo, ancor più caratterizzandosi come mutamento rispetto alla situazione giuridica preesistente. Il risarcimento in forma specifica, in quanto risarcimento, non può che partecipare di tale modello, onde l'idea che esso, a cagione della sua specificità, possa essere accostato ad altre forme di riparazione in natura si rivela improcedibile».

estensione dell'art. 2058 c.c. anche alla responsabilità contrattuale, oltre a quella da fatto illecito.

Infatti, è soprattutto a proposito del risarcimento in forma specifica da inadempimento contrattuale che si confonde questo con l'esecuzione in forma specifica dello stesso contratto inadempito e con l'azione di esatto adempimento, con ciò sovrapponendosi, ancora una volta, i piani sostanziale e processuale.

Di esecuzione in forma specifica dell'obbligazione su un piano sostanziale si può parlare solo quando non vi sia stato inadempimento, e quindi, a rigor di logica, ricorre soltanto nel caso di spontaneo adempimento nei termini.

Invece, la condanna all'esatto adempimento interviene necessariamente a seguito dell'avvenuto inadempimento, e se l'inadempimento preclude ormai la spontanea esecuzione della prestazione, ma genera sempre l'obbligazione di risarcire il danno, ai sensi dell'art. 1218 c.c., essa altro non è che condanna al risarcimento in forma specifica¹⁷⁸, tanto è vero che, ad esso, si aggiunge sempre l'ulteriore risarcimento del danno - per equivalente - che il primo non è in grado di coprire e che deriva proprio dall'inadempimento e dal ritardo con cui creditore ottiene l'utilità che gli sarebbe derivata dalla esecuzione spontanea della prestazione¹⁷⁹.

Se questi sono i punti fondamentali per una configurazione nel diritto sostanziale del risarcimento in forma specifica, sul piano processuale si deve guardare alle concrete modalità di attuazione di una condanna al risarcimento del danno in forma specifica (o all'esatto adempimento), poiché, invero, il codice civile non fornisce alcuna indicazione in tal senso.

¹⁷⁸ La tesi, cui aderiamo, è di C. CASTRONOVO, *Op. loc. cit.*, p. 492. L'esempio tipico è l'art. 1668 c.c. per il quale l'appaltatore, nel caso di vizi o incompletezza dell'opera, può essere obbligato ad eliminarli o a completarla. Sul problema dell'eseguibilità forzata della condanna dell'appaltatore all'eliminazione dei vizi e delle difformità dell'opera, vedi E. FABIANI, *Esecuzione forzata in forma specifica ed eliminazione dei vizi e/o difformità dell'opera appaltata, nota a sentenza della Corte di Cassazione 1° giugno 1998, n. 5374*, in *Foro. It.* 1998, pp. 2636 ss., che descrive l'altalenanza della giurisprudenza e della dottrina in merito all'utilizzabilità dei procedimenti di esecuzione in forma specifica degli obblighi di fare non fare.

¹⁷⁹ L'art. 1453 c.c., fa infatti «salvo in ogni caso il risarcimento del danno», quindi sia che si chieda la risoluzione che l'esatto adempimento.

Dobbiamo, pertanto, chiederci se e come sia possibile utilizzare a questo scopo uno dei tipici procedimenti esecutivi disciplinati dal codice di rito, e quindi accertare se già alle soglie del processo esecutivo il cosiddetto risarcimento del danno in forma specifica si concreti o meno in una somma di denaro liquidata dal giudice della cognizione - e quindi la successiva fase esecutiva avrà le forme della espropriazione -, o se, e con quali conseguenze, debbano utilizzarsi i procedimenti in forma specifica degli obblighi di fare o non fare, quando la sentenza di condanna si limiti ad imporre semplicemente l'esatto adempimento (sempre che questo si concreti in attività surrogabili).

Si fronteggiano il campo due opposte modalità di (esecuzione dello) esatto adempimento.

Per la prima, la prestazione può essere eseguita direttamente dal debitore, e in questo caso non si parla di esecuzione ma di adempimento spontaneo o di esecuzione spontanea del provvedimento giudiziale: in questo senso, ricaviamo la principale utilità di una sentenza di condanna ad una facere specifico, anche infungibile, indipendentemente dalla sua eseguibilità forzata.

Qui ci muoviamo nell'ambito sostanziale, che, grazie allo spontaneo adempimento dell'obbligazione risarcitoria, non tocca per nulla la fase esecutiva vera e propria.

Quando il debitore non abbia ottemperato alla sentenza di condanna all'esatto adempimento, la riparazione può essere eseguita o dallo stesso creditore, a spese del primo, ovvero sotto giudiziario controllo delle opere di ripristino, per surrogazione nel caso in cui l'obbligo sia fungibile,.

È chiaro che, ai fini che ci siamo proposti, dobbiamo prendere in considerazione quest'ultima eventualità¹⁸⁰

In questi casi, alla giurisdizione spetta un controllo delle spese di riparazione (o di esecuzione *ex novo* della prestazione inadempita), per evitare di addossare

¹⁸⁰ Per questo motivo, ci sembra che non colgano nel segno le critiche sviluppate da C. CASTRONOVO, *Op. cit.*, pp. 505 ss. alle argomentazioni del Montesano (di cui, in termini adesivi, daremo atto a breve nel testo), non tenendo in considerazione che egli si occupa, da un punto di vista squisitamente processuale, proprio dell'eventualità che il creditore non adempia alla condanna all'esatto adempimento, argomento che non viene invece trattato dallo scritto del Castronovo che abbiamo preso in considerazione.

al debitore costi eccessivi, che trascenderebbero il risarcimento¹⁸¹, il che potrà avvenire o a spese già sostenute, nel qual caso il giudice condannerà il debitore solo alle spese ritenute eque, o, in sede di accertamento sull'esistenza dei presupposti per il risarcimento e del relativo *quantum*, secondo valutazioni relative al costo delle operazioni che si stimano dovranno essere effettuate per pervenire ad una totale riparazione, ovvero ancora, per ipotesi, dal giudice dell'esecuzione sotto il cui controllo sono state effettuate le dette operazioni.

È quest'ultimo aspetto che a noi interessa trattare, a dimostrazione che i procedimenti esecutivi previsti dagli artt. 2931 e 2933 c.c. e 612-614 c.p.c., se estesi alla tutela dei diritti di credito, non assumono affatto la stessa funzione che hanno quando vengano posti a tutela di situazioni finali, né costituiscono coazione all'esatto adempimento, ma hanno la sola funzione di liquidazione del danno in forma specifica perché commisurato alle operazioni di ripristino che, a garanzia del debitore, sono state eseguite sotto controllo giudiziario.

Se pure solo astrattamente ammissibile una tutela attuata con queste forme, tuttavia, non è fondata una sua assimilazione alla tutela "reale", che si fonda su presupposti di fatto e di diritto diversi¹⁸².

Infatti, quando servono ad attuare una tutela ripristinatoria del diritto reale o assoluto leso, i procedimenti di esecuzione in forma specifica non costituiscono mezzi o tecniche particolari di liquidazione del danno derivante dall'inadempimento, ma hanno una ben diversa funzione - che crediamo avere già illustrato - che è quella della realizzazione di un diritto diretto su un bene che il titolare non può realizzare da solo senza invadere il diritto, egualmente tutelato, sullo stesso bene o su un bene diverso, detenuto dall'obbligato.

Pertanto, solo grazie al controllo degli organi giurisdizionali, che permette la lecita invasione dell'altrui diritto (per quanto illegittimo), può addivenirsi alla

¹⁸¹ Si veda la lettera dell'art. 2058 c.c. 2° comma: «Tuttavia il giudice può disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per debitore».

¹⁸² Si vedano al riguardo lo scritto di M. GIORGIANNI, *Tutela del creditore e tutela reale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, III, 1975, pp. 1 ss., e quello di G. MONTELEONE, *Riflessioni sulla tutela esecutiva dei diritti di credito*, *loc. cit.* pp. 1 ss., nel quale si criticano espressamente le posizioni del Giorgianni.

perfetta realizzazione della situazione giuridica di cui si invoca tutela, che non ammette, d'altra parte, forme equipollenti di risarcimento del danno (il quale, di norma, si aggiunge alla tutela in forma specifica ma a titolo di responsabilità aquiliana o contrattuale).

Le modalità esecutive alla cui determinazione è tenuto il giudice dell'esecuzione - che come abbiamo visto ha limitati poteri rispetto a quello della cognizione - attengono alla concreta, materiale, aggressione della sfera giuridica dell'obbligato, mentre al giudice della cognizione spetta la determinazione dei presupposti e dei limiti di detta invasione.

La liquidazione delle spese sostenute, che va compiuta necessariamente *ex post*, attiene ad un momento successivo alla fine delle operazioni esecutive, il quale fa sorgere un diritto di credito autonomo rispetto alla prestazione originariamente dedotta in obbligazione.

Invece, la liquidazione del danno, anche "in forma specifica", ossia la liquidazione del costo delle operazioni, dovrebbe essere determinata dal giudice della cognizione, perché essa stessa liquidazione è l'oggetto della domanda giudiziale, ed incide sulla stessa causa giustificativa della «reintegrazione specifica» o del pagamento da imporre a operazioni avvenute¹⁸³.

In tale ultimo caso, il giudice della cognizione non può limitarsi a condannare il debitore alle spese sostenute dal creditore senza alcun vaglio critico, ma è necessaria una valutazione affinché le spese imposte siano solo quelle necessarie e non anche quelle superflue o meramente voluttuarie.

In altre parole, l'utilizzo dei procedimenti di esecuzione specifica degli obblighi di fare e non fare solo ai fini di una liquidazione del danno, se pure in forma specifica, significherebbe attribuire al giudice dell'esecuzione poteri di diritto sostanziali che la legge invece esclude, perché utilizzati non in funzione di processo esecutivo ma in sostituzione della fase della cognizione attinente al *quantum debeatur*.

¹⁸³ L. MONTESANO, *Condanna civile e titoli esecutivi cit.*, p. 127 ss.

Da quanto in precedenza affermato, se ne ricava la contrarietà al diritto positivo di una siffatta tecnica, ma occorre soffermarsi anche su una sua indubbia inutilità pratica.

Nell'ipotesi dell'art. 2058 c.c., ossia del risarcimento quantificato in base all'esatto costo delle operazioni, non sussiste la necessità di un controllo giudiziario perché non è necessario invadere la sfera giuridica del debitore, perché, infatti, il creditore può provvedere da sé alla riparazione o reintegrazione e poi addossare l'esatto costo di dette riparazioni al debitore, se ciò non è possibile, si provvederà al risarcimento per equivalente.

L'esecuzione forzata in forma specifica avrebbe, dunque, il solo fine di determinare i costi delle riparazioni eseguite sotto controllo giudiziario (in particolare, del giudice dell'esecuzione).

Si pongono però diversi problemi.

Il titolo esecutivo conterà di una condanna generica, che accerta l'inadempimento, e di una condanna definitiva non ad una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno ma ad obblighi di fare, mentre la statuizione sul *quantum* vera e propria, che dovrebbe immediatamente seguire alla condanna generica, sarà costituito dall'ingiunzione ex art. 614 c.p.c., con tutto ciò che consegue in termini di impugnazioni del provvedimento (l'opposizione a decreto ingiuntivo instaurerebbe, infatti, un nuovo giudizio di cognizione), di onere della prova e delle conseguenze della riforma della sentenza di merito sull'esecuzione in corso o addirittura conclusasi, senza contare poi il dispendio di tempo e di costi che potrebbe comportare la proposizione di opposizioni all'esecuzione e agli atti esecutivi.

Problemi che in questa sede non sarebbe possibile esaminare a fondo, ma che rivelano a quali gravi inconvenienti si presta una pratica del genere e che vengono evitati attribuendo direttamente al giudice della cognizione il potere di stabilire l'ammontare del danno per mezzo di consulenti tecnici che descrivano le operazioni necessarie per il ripristino e ne quantifichino la spesa¹⁸⁴.

¹⁸⁴ Vedi, sul punto, le osservazioni del MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti cit.*, p. 190

CAPITOLO III

LA COAZIONE ALL'ADEMPIMENTO

SOMMARIO: 1. Rilievi di carattere generale. - 2. La lunga strada verso la codificazione delle misure coercitive in Italia. - 3. La misura coercitiva prevista dal nuovo art. 614-bis c.p.c.: profili problematici e di sistema - 4. La coazione all'adempimento nelle esperienze straniere. L'ordinamento francese: le *astreintes*. - 4.1. L'ordinamento anglosassone: l'*injunction* e il *contempt of court*. - 4.2. L'ordinamento tedesco: le *Zwangsstrafen*.

1. *Rilievi di carattere generale.*

In questo capitolo, si affronterà il tema della coazione all'adempimento, esaminando quegli istituti che l'ordinamento giuridico mette a disposizione dell'avente diritto per indurre l'obbligato ad adempiere.

Detti istituti, che vanno sotto il nome di misure coercitive, o più in generale, di coazione indiretta, consistono in una serie di "reazioni" che vengono messe in moto dall'apparato statale per reagire all'inadempimento dell'obbligazione scaturente da una sentenza civile e con le quali, attraverso la "coazione", si preme sulla volontà dell'obbligato affinché adempia egli stesso l'obbligo¹⁸⁵.

L'istituto esula dall'esecuzione forzata poiché, nella sostanza, è l'obbligato stesso ad adempiere in quanto costretto dalla minaccia dell'applicazione di misure coercitive, mentre, al contrario, nell'esecuzione forzata, si attua la prestazione risultante dal titolo esecutivo indipendentemente e spesso contro la sua volontà¹⁸⁶.

Si dice, allora, che l'adempimento è coatto ma spontaneo: «*tamen coactus, volui*».

¹⁸⁵ S. CHIARLONI, *Op. cit.*, p. 10.

¹⁸⁶ G. MONTELEONE, *Recenti sviluppi nella dottrina dell'esecuzione forzata*, cit, pp. 296 ss.

La tensione dell'ordinamento alla tutela specifica, o che dir si voglia, "all'esatto adempimento", ha il suo completo sviluppo e applicazione solo in quest'ambito e non in quello dell'esecuzione forzata, che incontra dei limiti imposti dalla Legge e dalle peculiarità del caso concreto.

I tentativi che, in senso contrario, sono stati effettuati - come abbiamo esaminato nel capitolo precedente - di estendere oltre i limiti suoi propri l'esecuzione forzata, al fine di dare soddisfazione alle istanze massime di tutela, si sono rivelati inefficaci.

Ciò è anche dimostrato dal fatto che non si è potuto fare a meno di reclamare l'applicazione di istituti eterogenei in funzione compulsoria della volontà del debitore allo spontaneo adempimento fino, addirittura, ad attribuire tale funzione alla stessa esecuzione forzata, che ne è l'esatto opposto¹⁸⁷.

Più o meno consapevolmente, la dottrina di questo segno ha avuto il merito di esprimere l'inadeguatezza del sistema a tutelare determinate situazioni giuridiche che, per loro natura, non ricevono piena soddisfazione né attraverso la surrogazione propria dell'esecuzione forzata né attraverso il risarcimento del danno.

L'insoddisfazione è stata tanto maggiore perché non è potuto mancare il confronto con gli ordinamenti giuridici d'oltralpe che, già da tempo, avevano elaborato istituti tendenti alla coazione all'adempimento del debitore "ritroso".

La dottrina italiana, dunque, nel tentativo di sopperire alla mancanza di idonee misure coercitive, è pervenuta a soluzioni che si ritengono non accettabili, soprattutto perché prive di fondamento positivo ed elaborate nell'ambito di un'interpretazione estensiva della Legge¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Si rinvia, in particolare, ai paragrafi 2.2 e 2.3 del capitolo II.

¹⁸⁸ È emblematico il caso del prof. A. PROTO PISANI che, all'indomani dell'introduzione dell'art. 614-bis c.p.c., ha ritenuto di dover aggiornare le riflessioni fatte dagli anni '70 in poi (fra tanti, si ricordi lo scritto *Appunti sulla tutela di condanna*, cit.), elaborando un articolo, *Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo)*, Foro it. 2010, pp. 258 ss., nel quale si assiste ad una riflessione serena ed attenta sul significato della condanna, del rapporto di questa con l'esecuzione forzata, e dei rapporti tra diritto sostanziale e processo, sgombra finalmente dall'urgente bisogno di rintracciare a tutti i costi mezzi di tutela a fronte dell'inadempimento di obblighi non suscettibili di esecuzione forzata.

Nonostante questo, riteniamo che, senza gli studi scientifici di questi autori, forse l'ordinamento italiano non avrebbe fatto il grande passo di munirsi di un sistema (quasi) generale di misure coercitive.

La presenza o la necessità delle misure coercitive, in ogni caso, conferma la fondatezza e la vigenza tutti quei principi che ingiustamente si è cercato di superare, come quello della tipicità dei mezzi di esecuzione forzata, di correlazione tra questi e la sentenza di condanna e dell'incoercibilità generale degli obblighi di fare.

Quanto alla loro classificazione, non vi è in dottrina unanimità di vedute, anzi, spesso si evita di categorizzarle.

È certo che le misure coercitive devono essere tenute distinte dall'esecuzione vera e propria (o esecuzione diretta), anzi, diciamo che ne costituiscono l'antitesi, tanto è vero che vengono in rilievo solo quando si constata l'impossibilità e l'insufficienza dell'operare di questa.

Ciò detto, a seconda di come in un dato ordinamento esse sono, assumono la funzione di risarcimento del danno o di pena pecuniaria (che, a differenza del primo, ha funzione afflittiva e non reintegrativa).

Per questa evidenza, è stata sostenuta l'inutilità e l'inesattezza di considerare le misure coercitive un *tertium genus* tra risarcimento e pena: se è pena non è risarcimento e viceversa¹⁸⁹.

Tuttavia, ribadiamo, non è possibile propendere per l'una o l'altra tesi, perché ciò dipende dal modello di misura coercitiva adottata dal singolo ordinamento, anche se possiamo sin d'ora anticipare che i modelli europei più rilevanti configurano detti istituti alla stregua di pene pecuniarie private o addirittura come sanzioni discendenti da reati.

Una distinzione può invece essere fatta tra esecuzione, pena e misure coercitive, cui il Carnelutti ha dedicato alcune pagine dei suoi scritti¹⁹⁰.

L'Autore distingue le categorie dell'esecuzione e della pena sul piano della struttura e della funzione: dunque, in base alla struttura, l'esecuzione è il mezzo

¹⁸⁹ G. MONTELEONE, *Recenti sviluppi nella dottrina dell'esecuzione forzata*, cit, p. 298.

¹⁹⁰ In particolare, vedi F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit. pp. 222 ss.

affinché si avveri quella situazione cui il diritto tende con il comando disobbedito, mentre la pena è quel mezzo che si impiega *perché* il comando è stato disobbedito. Dal punto di vista funzionale, l'esecuzione si contrappone alla pena perché colpisce il medesimo interesse, mentre la seconda colpisce un interesse diverso.

In sostanza, ci sembra di poter interpretare il pensiero dell'Autore nel senso che, mentre l'esecuzione ha un fine, che è quello della reintegrazione del diritto, che riguarda dunque il creditore, la pena è imposta a seguito dell'inadempimento, senza il fine specifico della reintegrazione del diritto del creditore e per fini estranei al diritto civile ma propri del diritto pubblico.

Secondo l'Autore, le misure coercitive costituirebbero un ibrido tra esecuzione e pena, poiché delle caratteristiche della prima avrebbero il lato funzionale, mentre delle seconde il lato strutturale¹⁹¹.

Dal punto di vista della funzione, le misure coercitive fanno ottenere lo stesso bene che farebbe conseguire l'esecuzione, mentre dal punto di vista della struttura, considerato che le misure coercitive sono mezzi di coazione della volontà, appaiono come delle pene vere e proprie.

Osserviamo, anzi, come la c.d. esecuzione indiretta si differenzi dall'esecuzione diretta anche e soprattutto da un punto di vista funzionale.

Questo per la semplice evidenza che la misura coercitiva mira a raggiungere l'adempimento personale dell'obbligato mentre l'esecuzione da questo prescinde e ciò che con essa si ottiene è sempre un surrogato della prestazione: e questo non solo rispetto al risarcimento del danno, ma anche rispetto all'esecuzione in forma specifica, detta appunto «per surrogazione»¹⁹².

¹⁹¹ Tuttavia, in altri scritti, il Carnelutti ammette che una comparazione tra i due istituti sarebbe erronea, operando i due concetti su piani e livelli diversi, si veda, ad esempio, F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, vol. I, Padova, 1936, pp. 181 ss.

¹⁹² S. CHIARLONI, op. cit. p. 11, seppur «a un livello di astrazione molto elevato», mette sullo stesso piano le misure coercitive con l'esecuzione diretta per surrogazione, nel senso che in ambedue si riscontra un impiego dello forza di fronte all'inadempimento degli obblighi nascenti da un procedimento giurisdizionale, ma anche secondo questo criterio si differenziano, dovendo per la prima parlare di *vis compulsiva* e per la seconda di *vis ablativa*. Più avanti lo stesso A. giustifica la sua impostazione solo come una scelta di metodo di studio delle misure coercitive, in relazione e

Ma un paragone non è, in generale, neanche sostenibile poichè gli istituti operano in ambiti diversi ed in relazione di alternatività, operando l'una solo quando è impossibile l'altra.

Una diversa e più particolareggiata classificazione, ad un livello più basso di astrazione, può essere fatta secondo un criterio che tiene conto dei modi in cui opera la sanzione, ovvero, a seconda del bene della vita che la sanzione mira a colpire.

In particolare, vi sono modelli in cui l'uso della forza è «*mediato*»¹⁹³, quando la misura coercitiva colpisce il patrimonio del debitore.

In tal caso, si dice mediato perché la forza è esercitata dagli organi giurisdizionali e si esplica solo a seguito dell'inadempimento dell'obbligazione pecuniaria e per l'esecuzione di questa, e non dell'obbligo derivante dalla sentenza.

Allo stesso modo, la messa in moto dell'apparato coattivo è evitabile pagando la penalità, indipendentemente dall'esecuzione dell'obbligo principale.

Vi sono modelli in cui l'uso della forza è invece «*immediato*»¹⁹⁴, allorché l'uso della forza colpisca la persona dell'obbligato, ed è appunto immediato perché la messa in moto dell'apparato coattivo è evitabile sol che si esegua l'obbligo di cui al provvedimento giudiziale: rientrano in questo modello tutti i casi in cui l'inadempimento alla sentenza costituisce una fattispecie criminosa punita con sanzioni penali.

In rapporto, poi, alle modalità di cessazione delle misure coercitive, queste perdurano fintanto che duri l'inadempimento: si pensi a quelle sanzioni pecuniarie commisurate alla durata dell'inadempimento, ovvero applicate sol che vi sia un inadempimento, indipendentemente da future o continuate violazioni¹⁹⁵.

Questa breve digressione ci porta a concludere che la coazione all'inadempimento non è un fenomeno unitario, ma si caratterizza di volta in volta

contrapposizione all'esecuzione processuale diretta per surrogazione, nell'ambito dei sistemi sanzionatori apprestati dall'ordinamento di fronte all'inadempimento.

¹⁹³ La classificazione è posta da S.CHIARLONI, *Op. cit.*, pp. 17 ss.

¹⁹⁴ S.CHIARLONI, *Op. cit.*, pp. 17.

¹⁹⁵ S.CHIARLONI, *Op. cit.*, pp. 19.

a seconda delle tecniche e degli istituti utilizzati al fine di “premere” sulla volontà dell’obbligato.

2. *La lunga strada verso la codificazione delle misure coercitive in Italia.*

Sin dalla vigenza del Codice di procedura del 1865, si avvertì l’esigenza di introdurre nell’ordinamento italiano un valido sistema di misure coercitive. Un lungo e travagliato percorso che culminerà solo nel 2009.

In particolare, Carnelutti, nel 1926, aveva redatto un progetto di Codice di procedura civile¹⁹⁶ che, agli artt. 667 e 668, prevedeva che, nel caso di mancata esecuzione di un obbligo di fare o di non fare, l’avente diritto alla prestazione potesse chiedere la condanna dell’obbligato al pagamento di una pena pecuniaria per ogni giorno di ritardo, a partire dal giorno stabilito dal giudice.

Com’è noto, il Progetto Carnelutti non fu mai tradotto in legge.

Successivamente al progetto Carnelutti, in tempi più recenti e sotto la spinta delle innovazioni legislative degli anni ’70, nel 1975 veniva presentato dal Ministro Reale un d.d.l., il quale, all’art. 23, prevedeva l’introduzione nel Codice di procedura civile attualmente in vigore, dell’art. 279 *bis*, per il quale, testualmente, «*La sentenza che accerta la violazione di un obbligo di fare o di non fare, oltre a provvedere sul risarcimento del danno, ordina la cessazione del comportamento illegittimo e dà gli opportuni provvedimenti affinché vengano eliminati gli effetti della violazione; a tale scopo può fissare una somma dovuta 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 istituzioni pubbliche o private a cui favore tali somme sono attribuite*».

Di nuovo nel 1981, veniva presentato il d.d.l. delega per la riforma del Codice di procedura civile, predisposto dalla commissione presieduta da E. T.

¹⁹⁶ Il testo integrale del progetto si può leggere in F. CARNELUTTI, *Progetto del codice di procedura civile presentato alla Sottocommissione Reale per la riforma del codice di procedura civile*, Padova, 1926; per riflessioni specifiche sugli artt. 667 e 668, si veda, A. PROTO PISANI, *La tutela di condanna*, in *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, pp. 142 ss.

Liebman¹⁹⁷, il cui punto 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 terminarsi comunque per Legge, di condannare l'obbligato, su istanza di parte, al pagamento di pene pecuniarie e favore dell'avente diritto, per ogni giorno di ritardo nell'adempimento, entro i limiti minimi e massimi fissati dalla Legge*»¹⁹⁸. Anche questo progetto, come si sa, non venne mai alla luce.

Ancora, nel 1996, il d.d.l. predisposto dalla Commissione ministeriale presieduta dal prof. Giuseppe Tarzia, all'art. 2 punto 25 lettera a), prevedeva «*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*».

Poco più recente, si ricorda il progetto redatto dalla Commissione presieduta dal prof. Romano Vaccarella¹⁹⁹, trasfuso nel d.d.l. delega approvato il 24 ottobre 2003, il cui art. 42 prevedeva l'introduzione di una misura coercitiva di natura patrimoniale, limitata agli obblighi di fare e non fare infungibili, consistente nell'obbligo di pagare una somma di denaro in relazione al tempo nel ritardo all'adempimento.

¹⁹⁷ Pubblicato in *Riv. Dir. Proc.*, 1981, pp. 504 ss. e con le modifiche apportate dal Consiglio dei Ministri in *Riv. trim. Dir. Proc. Civ.*, 1981 pp. 645 ss. e con la relazione di accompagnamento in *Giust. Civ.*, 1981, II, pp. 315 ss.

¹⁹⁸ Il progetto Liebman in realtà non prevedeva un sistema generalizzato di misure coercitive, bensì un ampliamento delle fattispecie tipiche e determinate dalla legge in cui è possibile applicare una pena pecuniaria in funzione compulsoria, così E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea*, in *Riv. dir. proc.*, II, 2004, p. 735.

¹⁹⁹ Sul "progetto Vaccarella" si vedano: S. CHIARLONI, *Brevi note sulla fase introduttiva del processo di cognizione secondo il disegno di legge delega per la riforma del processo civile*, in G.I., 2003, pp. 2413 ss.; LUISO - SASSANI, *Il progetto di riforma della commissione Vaccarella: c'è chi preferisce il processo attuale*, in www.judicium.it.

Il progetto prevedeva altresì che destinatario della somma di denaro fosse il creditore, ma solo nella misura del danno subito a causa del mancato spontaneo adempimento, e per il residuo lo Stato²⁰⁰.

Infine, si ricorda l'ennesimo tentativo di introdurre una forma di misura coercitiva svolto dal d.d.l. Mastella n. S/1524 del 14 aprile 2007²⁰¹, anch'esso non divenuto Legge ma poi riportato, in maniera pressoché pedissequa, dalla riforma del 2009.

Questo lungo cammino sembra essere terminato con l'emanazione della Legge n. 69 del 18 giugno 2009 - in vigore dal 4 luglio 2009 ed applicabile ai procedimenti instaurati successivamente a tale data - che ha inserito all'interno del Titolo IV del Capo IV del Libro III del c.p.c. l'art. 614-*bis* rubricato «*Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*».

3. La misura coercitiva prevista dal nuovo art. 614-bis c.p.c.: profili problematici e di sistema.

L'art. 614-*bis* del Codice di procedura inserito dalla Legge n. 69/2009 sembra aver introdotto un forma generale di misura coercitiva a carattere patrimoniale per gli obblighi di fare e non fare infungibili.

²⁰⁰ L'art. 42 del testo del disegno di legge delega, rubricato «Esecuzione indiretta», in particolare, 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*».

²⁰¹ Il disegno di legge Mastella, all'art. 44, prevedeva l'introduzione dell'art. 614-*bis* c.p.c., che così avrebbe recitato «*Con il provvedimento di condanna all'adempimento di un obbligo di fare infungibile o di non fare, il giudice fissa la somma dovuta all'avente diritto per ogni violazione o inosservanza successiva constatata. Il provvedimento costituisce titolo esecutivo per la riscossione delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza. Il debitore può contestare il proprio inadempimento, o affermare che questo è dipeso da causa a lui non imputabile, con opposizione ai sensi dell'art. 615 c.p.c.*».

I primi commentatori e le prime pronunce giurisprudenziali hanno tuttavia dimostrato come la formula della norma - frettolosa e non priva di errori - conduca ad incertezze e dubbi nella sua pratica applicazione.

Dunque, l'art. 614-bis c.p.c. è rubricato «Attuazione degli obblighi di fare infungibili e di non fare», e dispone: «Con il provvedimento di condanna 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».

Un primo problema nasce già dalla formulazione della rubrica.

In particolare, non è chiaro se l'infungibilità debba riferirsi ai soli obblighi di fare o anche a quelli di non fare.

Infatti, la rubrica sembra riferire il criterio dell'infungibilità, ai fini della concessione della misura, ai soli obblighi di fare, mentre per gli obblighi di non fare il requisito dell'infungibilità non sarebbe condizionante.

Il problema di fondo è però capire se effettivamente abbia senso di parlare di infungibilità degli obblighi di fare.

Se per obblighi di fare intendiamo quelli presi in considerazione dalle norme sull'esecuzione forzata in forma specifica, allora il problema non si pone, in quanto, come abbiamo più volte osservato, essi consistono sempre in obblighi di fare, consistenti nella distruzione o rimozione di opere eseguite in violazione dell'obbligo.

Se, invece, per obblighi di non fare si intendono quelli originari, ossia quelli derivanti da obblighi di astensione, allora questi saranno sempre infungibili,

perché solo con la coercizione può impedirsi il protrarsi *ad infinitum* della violazione.

In dottrina, vi è chi, aderendo ad una interpretazione letterale - nonostante si tratti della sola rubrica che non dovrebbe invero condizionare l'interpretazione della norma - ritiene la misura applicabile ad ogni obbligazione di non fare anche fungibile, quindi non solo a quegli obblighi di astensione la cui violazione non si concreta in una costruzione materiale da distruggere ma in comportamenti ripetuti in violazione dell'obbligo (inibitorie), ma anche ai casi in cui è esperibile l'esecuzione in forma specifica degli obblighi di non fare (ossia, gli obblighi di disfare)²⁰².

Vi è, per contro, la posizione di chi, negando alla rubrica dell'art. 614-bis c.p.c. valore vincolante, riconosce che il requisito dell'infungibilità debba essere esteso anche agli obblighi di non fare²⁰³.

Quest'ultima sembra però essere la soluzione preferibile, perché, in verità, sostenere una differenziazione nella tutela tra gli obblighi di fare e di non fare non

²⁰² Ad esempio, SALETTI, in *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, a cura di SALETTI E SASSANI, *sub art. 614-bis c.p.c.*, anche se in termini dubitativi perché la posizione sarebbe indotta dalla sola rubrica, mentre nel testo della norma non si fa alcun riferimento all'infungibilità; L. BARRECA, *L'attuazione degli obblighi di fare infungibile e di non fare (art. 614-bis c.p.c.)*, in Riv. esec. forz. IV, 2009, pp. 513-514; F. TEDIOLI, *Osservazioni critiche all'art. 614-bis cod. proc. civ.*, in NGCC, I, 2013, 74 ss., il quale distingue tra obblighi di non fare fungibili primari (nel qual caso non sarebbe ammessa l'estensione della misura) e tra obblighi di non fare fungibili secondari (es. obblighi di demolizione) per i quali sarebbe invece ammessa, e così l'avente diritto godrebbe di una doppia tutela, quella indiretta e quella diretta degli art. 612 c.p.c.. Per quanto riguarda la giurisprudenza di merito favorevole ad una lettura estensiva della comminatoria, applicabile a tutti gli obblighi di fare o di non fare, indipendentemente dalla sua fungibilità, Trib. Terni, Ord. 4 agosto 2009, in F.I., 2011, I, pp. 287 ss, Trib. Varese, 16 febbraio 2011 in RCP, 2011, pp. 11 (anche se avente ad oggetto un caso di inibitoria di atti emulativi, quindi un non *facere* infungibile) con nota di ROMITO e in NGCC, 9, 2011 con nota di R. NOTARPASQUALE. Esaltando il brocardo «*Rubrica legis non est lex*», vi è pure chi sostiene che la misura possa applicarsi ad ogni obbligo di fare o di non fare, sia infungibile che fungibile: vedi R. METAFORA, *L'esecuzione degli obblighi di fare (fungibili) e di non fare*, in Riv. esec. forz. IV, 2012, pp. 456 ss..

²⁰³ Questo sembra essere, allo stato, l'orientamento dominante. Solo per citare alcuni autori: M. A. IUORIO, *Il nuovo art. 614-bis c.p.c.: introduzione dell'esecuzione indiretta nell'ordinamento giuridico italiano*, in Riv. esec. forz., III, 2009, pp. 411 ss. A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo)* cit., p. 266; LOMBARDI, *Il nuovo art. 614-bis cod. proc. civ.: l'astreinte quale misura accessoria ai provvedimenti cautelari ex art. 700 cod. proc. civ.*, in Riv. esec. forz., 2010, p. 398; B. CAPPONI, *Limiti dell'esecuzione indiretta*, in Riv. es. forz. II, 2011, pp. 186. Nella giurisprudenza, si vedano Trib. Modena, 7 marzo 2011 n. 415; Trib. Milano, 9 giugno 2011.

solo potrebbe violare il principio costituzionale di eguaglianza, atteso che non sembrano sussistere validi profili di ragionevolezza in una siffatta scelta legislativa, ma quel che più preme è che si verrebbero a creare non pochi problemi di coordinamento con l'esecuzione in forma specifica, quando riguardi obblighi di fare infungibili²⁰⁴.

Infatti, è indubbio che, quando si tratta di obblighi a carattere fungibile, l'avente diritto si vedrebbe riconoscere una doppia tutela: quella in forma specifica, con l'acquisizione dell'utilità originaria, e quella pecuniaria derivante dall'applicazione dell'*astreinte*, la quale verrebbe così a sanzionare l'inadempimento, alla stregua di una clausola pena giudiziale, e non a fungere da mezzo di coazione all'adempimento.

Ed in questo caso, non si vede il motivo per cui chi ha diritto ad ottenere una prestazione fungibile debba godere di una tutela differenziata e più favorevole di chi, al contrario, non può soddisfarsi mediante l'esecuzione in forma specifica.

A causa della carente formulazione della norma, anche questa soluzione non è immune da importati dubbi, per esempio in ordine al rapporto tra giudice della cognizione e giudice dell'esecuzione.

In altri termini, se il giudice della cognizione deve valutare la fungibilità o l'infungibilità dell'obbligo - ai fini della concessione della misura -, e su questa statuizione si forma il giudicato, sorge il problema se il giudice dell'esecuzione, eventualmente investito del ricorso *ex art. 612 c.p.c.*, sia vincolato dalla decisione del giudice della cognizione o meno.

Nel senso che, qualora quest'ultimo abbia concesso la misura coercitiva ritenendo infungibile l'obbligo, il giudice dell'esecuzione dovrebbe in teoria rigettare il ricorso per infungibilità e, al contrario, se il giudice della cognizione ha rigettato la concessione della comminatoria ritenendo fungibile l'obbligo, il

²⁰⁴ Solo per fare un esempio, ammettiamo che venga disposta una misura coercitiva di tot euro al giorno di ritardo nella distruzione di un'opera realizzata in violazione di un obbligo; che l'obbligato non si adegui spontaneamente alla condanna e che l'avente diritto inizi il procedimento di esecuzione *ex art. 612 c.p.c.*, quale sarà esattamente il momento in cui può considerarsi adempiuto l'obbligo ai fini della misura coercitiva?

giudice dell'esecuzione dovrebbe senz'altro accogliere il ricorso per l'esecuzione in forma specifica.

Ciò però comporterebbe la lesione del potere del giudice dell'esecuzione di interpretare il titolo esecutivo²⁰⁵.

Non solo, ma potrebbero crearsi interferenze tra i due processi di esecuzione, uno per la procedura di esecuzione diretta *ex art. 612 c.p.c.* e l'altro di espropriazione per l'esecuzione della misura coercitiva²⁰⁶.

Per evitare dunque confusione e una serie ripetuta di opposizioni, converrebbe, prima di ammettere un concorso tra esecuzione diretta ed esecuzione indiretta, di definire quali siano le competenze specifiche del giudice della cognizione e del giudice dell'esecuzione.

Ulteriore questione da affrontare è la natura giuridica della comminatoria e, nello specifico, se essa abbia natura di sanzione o di risarcimento del danno.

E il problema nasce innanzi tutto dal modo in cui è congegnata la norma.

Infatti, manca, nella riforma del 2009, una disposizione simile a quella prevista dal progetto Vaccarella (vedi nota n. 12), che prevedeva che *l'astreinte* sarebbe stata liquidata in favore del creditore a titolo di risarcimento del danno, mentre la parte eccedente sarebbe stata devoluta a Enti pubblici determinati dalla Legge.

Non v'è dubbio che, ad un primo esame, possa apparire lampante la natura sanzionatoria della misura prevista dall'art. 614-*bis* c.p.c. che, in effetti, deriva dal fatto che la penalità sia disposta per ogni violazione successiva o ritardo nell'inadempimento.

Ma ben altri indici potrebbero indurre per una natura risarcitoria o almeno indennitaria: in particolare, il fatto che la misura coercitiva possa essere disposta

²⁰⁵ In questi termini, BUCCI - SOLDI, *Le nuove riforme del processo civile*, Padova, 2009, pp. 222, ss

²⁰⁶ B. CAPPONI, *L'esecuzione processuale indiretta*, Milano, 2011, offre una soluzione, nel senso di attribuire al giudice dell'esecuzione diretta ogni profilo inerente all'*an* e al *quomodo* dell'adempimento dell'obbligo, mentre a quello dell'espropriazione per l'esecuzione dell'*astreinte* tutti profili relativi all'*an* e al *quantum* della misura stessa, le questioni relative all'adempimento dell'obbligo principale che dovrebbe coincidere con la chiusura della procedura di esecuzione in forma specifica. Il problema più grave è che la coesistenza di due procedure esecutive significa anche la possibile contemporanea proposizione di opposizioni all'esecuzione e appelli avverso le sentenze rese nei relativi giudizi, con il rischio di contrasti di giudicati e di allungamento all'infinito dei tempi.

solo su istanza dell'avente diritto; che le somme di denaro, quantificate direttamente nell'atto di precetto, vengano devolute allo stesso e non allo Stato - sul modello della *geldstrafe* tedesca - o ad altro ente pubblico - come previsto dall'art. 140 comma IV del Codice del Consumatore e dall'art. 28 dello Statuto dei Lavoratori -; dal fatto che l'ammontare della misura debba tenere conto «*del danno quantificato o prevedibile*».

Qualificare la misura nell'uno o nell'altro senso ha importanti conseguenze.

Infatti, se ad essa si attribuisce natura risarcitoria, quanto già liquidato *ex art. 614-bis c.p.c.* dovrà essere scomputato dalla somma liquidata al creditore a titolo di risarcimento del danno, altrimenti l'esecuzione indiretta maschererebbe un modo per introdurre nell'ordinamento italiano una forma di *punitive damage*²⁰⁷.

La dottrina, allo stato, sembra essere orientata per la maggior parte nell'attribuire natura sanzionatoria alla comminatoria dall'art. 614-bis c.p.c., facendola rientrare nella più ampia categoria delle pene private²⁰⁸.

A ben vedere, la natura sanzionatoria dell'*astreinte* deriva dalla sua funzione di coazione all'adempimento, che è effettivamente prevalente.

La funzione di misura coercitiva non esclude però che *a parte creditoris*, la somma di denaro ottenuta abbia una componente risarcitoria: e ciò si deduce dal fatto che il giudice, ai fini della quantificazione, debba valutare anche il danno già quantificato o solo prevedibile.

Diversamente opinando, questa disposizione non avrebbe senso, e il giudice dovrebbe disporre la misura solo in relazione all'inadempimento e quantificarla tenendo in considerazione altri elementi, quali la gravità della violazione e il valore della controversia.

Si potrebbe allora qualificare la misura coercitiva introdotta nel diritto italiano come un istituto dalla natura complessa non in sé e per sé, ma a seconda che la si riferisca all'obbligato o all'avente diritto.

²⁰⁷ C. ASPRELLA, op. loc. cit., p. 45; LOMBARDI, in GIORDANO-LOMBARDI, *Il nuovo processo civile*, in *Nel diritto.it*, 2009, pp. 479 ss.

²⁰⁸ M. A. IUORIO, op. loc. cit., p. 417; AMADEI, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, pp. 349 ss.; F. TEDIOLI, *Op. loc. cit.* p. 76.

Con riferimento all'obbligato, la comminatoria ha natura sanzionatoria dell'inadempimento e coercitiva all'adempimento; dal punto di vista della sfera giuridica dell'avente diritto, invece, l'*astreinte* non può che avere natura (anche se *sui generis*) risarcitoria.

Altrimenti opinando, non si spiegherebbe perché e a che titolo la somma così determinata vada attribuita a questo piuttosto che allo Stato come una vera e propria sanzione.

Al fine di fondarne la natura di sanzione penale, non è conducente paragonare la misura coercitiva alla clausola penale, che anzi non solo non contraddirebbe la nostra tesi, ma anzi la confermerebbe.

Infatti, l'art. 1382 c.c. dispone che la pattuizione di una clausola penale «*ha l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa (oggetto appunto della clausola), se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore*», mentre, per il 2° comma, la pattuizione della clausola ha lo scopo di escludere l'onere della prova a carico del danneggiato.

Si deduce, pertanto, che la clausola penale ha anch'essa natura risarcitoria, solo che il danno viene convenzionalmente e anticipatamente quantificato dalle parti.

Quanto finora detto potrebbe a breve necessitare di un ripensamento se dovesse essere approvato il "Collegato Giustizia" al Disegno di Legge di Stabilità per il 2014 trasmesso alle Camere il 26 novembre 2013.

Tra le tante modifiche al Codice di procedura civile previste, con la consueta tecnica di piccoli ritocchi di settore che finiscono inevitabilmente per creare problemi di coordinamento, come continua ad accadere ormai da anni, è prevista anche la riforma dell'art. 614-*bis* c.p.c.

Il d.d.l. del Collegato alla Legge di stabilità, all'art 2 comma 1 lett. d), prevede dunque che il Governo venga delegato a «*estendere l'ambito di operatività delle misure di cui all'articolo 614-bis del codice di procedura civile, prevedendone l'adozione anche d'ufficio e in particolare consentendone l'applicazione anche nel caso di provvedimenti di condanna ad obblighi diversi dagli obblighi di fare infungibili e non fare, sempre che non consistenti nel pagamento di una somma di denaro, e garantendo al debitore, quando il provvedimento di condanna non è più*

suscettibile di impugnazione, la facoltà di far valere la grave difficoltà di adempiere spontaneamente per causa a lui non imputabile»²⁰⁹.

Sembra risolversi così il problema dell'estensione dell'operatività della misura coercitiva, prevedendosi la sua applicazione a tutti gli obblighi di fare e non fare indipendentemente dalla sua operatività.

Se si risolve il problema da un lato, dall'altro sorgeranno questioni di coordinamento cui si accennava prima e di cui l'Esecutivo difficilmente si farà carico di risolvere.

Si tiene a sottolineare che la misura coercitiva non si applica alle obbligazioni pecuniarie. Questa precisazione segna comunque un punto di rottura con l'analogo istituto di coazione indiretta francese, che, come vedremo, è stato esteso anche a questo genere di obbligazioni.

Perplessità desta pure la sua applicazione "*anche d'ufficio*".

Si spera poi che, nella redazione definitiva, il legislatore delegato definisca con esattezza i modi e le sedi in cui il debitore possa far valere le gravi difficoltà ad adempiere spontaneamente per cause a lui non imputabili.

²⁰⁹ Si veda pure la relazione di accompagnamento sul punto delle modifiche all'art. 614-bis: «Misure coercitive (lett. d) - Il criterio di delega si colloca nel solco dell'intervento che ha di recente introdotto nel codice di procedura civile l'articolo 614-bis dal titolo «Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare» (articolo 49, comma 1, della legge 18 giugno 2009, n. 69). Col criterio di delega oggetto del presente intervento normativo si propone di estendere l'ambito di applicazione delle «misure coercitive» a tutte le obbligazioni diverse da quelle pecuniarie. Le obbligazioni pecuniarie vengono escluse dall'ambito applicativo dell'istituto al fine di evitare un eccessivo aggravio della posizione del debitore, già tenuto a corrispondere gli interessi moratori in misura pari: a) al tasso convenuto tra le parti; b) al tasso legale, in assenza di specifiche pattuizioni a riguardo; b) al tasso previsto dal Dlgs. n. 231 del 2002, quando il rapporto obbligatorio intercorre tra imprese o tra imprese e pubbliche amministrazioni e trova titolo in una transazione commerciale.

L'estensione dell'ambito di operatività delle misure coercitive stimolerà, auspicabilmente, il debitore ad adempiere spontaneamente i provvedimenti di condanna. Si eviteranno, quindi, al creditore ed allo Stato gli oneri economici ed organizzativi connaturati ai procedimenti di esecuzione forzata.

In continuità con la disciplina vigente il potere di decidere in ordine alla «misura coercitiva» resta riservato al giudice che pronuncia la condanna, che può provvedervi anche d'ufficio.

L'applicabilità delle «misure coercitive» fa ritenere equo prevedere la possibilità per il debitore, che non abbia impugnato il provvedimento di condanna, di ottenere dal giudice dell'esecuzione la revoca o la modifica in melius della «misura coercitiva», quando dimostri di non avere adempiuto spontaneamente per il sopravvenire di gravi difficoltà a lui non imputabili».

Infatti, già si intravede lo spettro di nuovi motivi per sollevare opposizioni di merito che, a dispetto delle finalità di accelerazione del processo civile e di risparmio sui costi della giustizia, ivi compreso quello di esecuzione, condurranno ad ulteriori gravi rallentamenti del processo esecutivo, con buona pace della tutela del diritto del creditore²¹⁰.

Il continuo interesse del nostro legislatore sul tema delle misure coercitive (dopo quasi settant'anni di assoluto disinteresse) e, in generale, verso l'esecuzione forzata ci porta a concludere che il tema è tuttora aperto e che è impossibile, oltre che inutile, approdare a conclusioni definitive.

4. *La coazione all'adempimento nelle esperienze straniere. L'ordinamento francese: le astreintes.*

Avendo trattato delle forme di esecuzione indiretta nell'ordinamento italiano, di recente introduzione e in fase ancora di gestazione, nello scegliere il punto di partenza per fare un *excursus* delle forme di coazione indiretta elaborate dagli ordinamenti giuridici d'Oltralpe, non può che iniziarsi con la trattazione del noto istituto dell'*Astreinte* del diritto francese per evidenti punti di contatto con la misura coercitiva introdotta con l'art. 614-*bis* c.p.c.

Tuttavia, le differenze tra i due istituti rimangono rilevanti perché, mentre in Italia la tecnica di esecuzione indiretta è stata introdotta solo da pochi anni e l'istituto è ancora in fase di assestamento e di modifiche sia da parte della giurisprudenza che del legislatore, in Francia, l'*astreinte* è in uso da quasi duecento anni ed è il frutto di intensa elaborazione giurisprudenziale prima e legislativa poi.

Orbene, la nascita di un istituto di coazione indiretta come quello dell'*astreinte* nell'ordinamento francese è senza ombra di dubbio la riprova che la coazione indiretta si pone al di fuori dalla disciplina sia processuale che sostanziale della

²¹⁰ Per un primo commento al d.d.l., B. CAPPONI, *A prima lettura sulla delega legislativa al Governo «per l'efficienza della giustizia civile»* (Collegato alla legge di stabilità 2014), su www.judicium.it.

tutela esecutiva dei diritti, poiché si tratta di strumenti che l'ordinamento giuridico mette a disposizione dell'avente diritto per premere sulla volontà dell'obbligato affinché questi adempia spontaneamente.

In Francia, infatti, il *Code Civil* prevede, in maniera forse più diretta di quanto non faccia il Codice Civile italiano, il risarcimento del danno quale unica conseguenza all'inadempimento.

L'art. 1142 del Codice napoleonico dispone che «*Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur*» («Tutte le obbligazioni si risolvono in danni e interessi, in caso di inadempimento da parte del debitore»).

Il Code civil sembra dunque ispirato al principio *nemo ad factum praecise cogi potest, ne homini libero vis fiat*.

Eppure, altre norme dello stesso Codice tendono a stemperare la portata dell'articolo 1142, come i successivi articoli 1143 e 1144 che prevedono forme di surrogazione degli obblighi di fare e non fare o, in ambito contrattuale, l'art. 1184 che, a seguito dell'inadempimento, dà al creditore insoddisfatto la scelta se costringere l'altra parte all'esecuzione o chiedere la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno.

Con riguardo a quest'ultima norma, si pone lo stesso apparente conflitto che insorge nel Codice Civile italiano tra l'art. 1218 e l'art. 1453 c.c., ossia tra una previsione generale di conversione dell'originaria prestazione in risarcimento del danno e una sorta di tensione al cosiddetto adempimento in natura.

Questa è la cornice all'interno della quale si sviluppa l'istituto della coazione all'adempimento in Francia.

In termini molto generici, l'*astreinte* consiste in un meccanismo coercitivo indiretto, caratterizzato dalla (minaccia della) irrogazione di una condanna pecuniaria, a favore del creditore - per ogni giorno di ritardo o diversa unità di tempo -, accessoria a quella principale comminata in sentenza, il cui ammontare

potrebbe variare a seconda del ritardo e della gravità dell'inadempimento, ovvero in misura fissa per ogni successiva violazione del comando giudiziale²¹¹.

L'uso di dotare il provvedimento giurisdizionale di una condanna accessoria al pagamento di una somma di denaro, per il caso in cui l'obbligato non si adegui spontaneamente al comando, ha origini pretorie e precisamente, secondo i più, in una sentenza pronunciata nel 1811 da Tribunale di Croy²¹².

Il termine *astreinte* si fa però risalire solo alla fine del secolo XIX, quando compare prima nella letteratura e poi in qualche isolato *arrêt* della Cassazione²¹³, ma la decisione del Tribunale di Croy già poco tempo dopo ebbe l'avallo definitivo della Corte di Cassazione²¹⁴, nonostante la dottrina non vedesse di buon occhio il nuovo istituto di creazione giurisprudenziale, e ciò essenzialmente per tre ordini di ragioni: per il carattere sanzionatorio dell'istituto, che avrebbe comportato la violazione del principio *nulla poena sine lege*; per la non definitività del provvedimento e, infine, per la mancanza di qualsiasi norma positiva su cui poterlo fondare²¹⁵.

Inizialmente, la dottrina tentava di fornire un'interpretazione quanto più restrittiva possibile della misura coercitiva, inquadrandola nel risarcimento del danno, contrapponendosi alla giurisprudenza che invece tendeva a estendere l'ambito di applicazione della misura coercitiva e a renderla sempre più autonoma dai meri *dommages intérêts*.

²¹¹ E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea*, in Riv. dir. proc. II, 2004, pp. 741 ss.; B. CAPPONI, *L'esecuzione processuale indiretta* cit., pp. 43 ss.; Id. *Astreintes nel processo civile italiano?*, in Giust. Civ., II, 1999, pp. 161 ss.

²¹² Trib. civ. di Croy, 25 marzo 1811, *Jur. gén.*, voce *Chose Jugée*, n. 386. Tuttavia vi è chi sostiene che la pratica delle *astreintes* risalirebbe addirittura al XIII, quando i giudici avevano il potere di comminare sanzioni per il caso in cui il destinatario delle proprie decisioni non vi si adeguasse: V ESMEIN, *L'origine et la logique de la Jurisprudence in matière d'astreinte*, in *Rev. trim. dr. Civ.*, 1903, p. 34; GARSONNET, CÉZAR-BRU, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, 3^a ed., IV, Paris 1913, pp. 26 ss. Vedi anche, A. FRIGNANI, *Op. cit.*, pp. 562 ss.

²¹³ Il termine viene per la prima volta utilizzato nel supplemento al dizionario di Littré del 1875, ove si citava una decisione del Tribunaux del 25 gennaio 1875, e successivamente in giurisprudenza con la sentenza della Cassazione 20 marzo 1889, in *Rep. Dalloz* 1889, I, p. 392 e, qualche anno più tardi, nella legge finanziaria del 17 aprile 1906.

²¹⁴ Vedi, ad esempio, Cass. civ. 28 dicembre 1824 e 29 gennaio 1834. Per una disamina di questa giurisprudenza, si rinvia a GARSONNET, CÉZAR-BRU, *Op. cit.*, p. 25.

²¹⁵ Per una disamina della dottrina francese sull'istituto delle *astreintes* si veda E. VULLO, *Op. loc. cit.*, 743 soprattutto in nota n. 38.

Così è andato progressivamente scomparendo ogni riferimento alla funzione risarcitoria-compensativa, per cedere il passo alla funzione coercitiva in senso proprio²¹⁶, benché rimanga spesso incerta la distinzione tra *astreinte* e risarcimento del danno da inadempimento²¹⁷.

La dialettica tra una visione ristretta dell'*astreinte* (tendente a costringerla nella categoria della responsabilità e del danno) e una visione più ampia (che si sgancia del risarcimento del danno per accentuarne la funzione sanzionatoria) si è protratta fino alla seconda metà del XX, quando l'istituto comincia ad essere disciplinato positivamente (vedi *infra*).

La dottrina transalpina più recente, ormai unanimemente, considera l'*astreinte* una misura coercitiva (per la funzione) mediante l'imposizione di una pena privata consistente nell'obbligo di pagare una somma di denaro, mentre sembra ormai aver abbandonato la tesi che attribuisce all'*astreinte* natura di risarcimento del danno o di «*une voie d'exécution*»²¹⁸.

Come si accennava, una disciplina normativa delle *astreintes* in Francia si è avuta solo in tempi relativamente recenti: in particolare, con gli artt. 5-8 della Legge n. 72-626 del 5 luglio 1972 e, successivamente, con la Legge 91-650 del 9 luglio 1991 e con il Decreto attuativo n. 92-755 del 31 luglio 1992.

Ciò posto, la legislazione sopra ricordata ha da un lato esteso la misura coercitiva fino a renderla di carattere generale, dall'altro, ne ha regolato il procedimento di emissione e le tipologie.

L'*astreintes* può essere provvisoria o definitiva (prima della delle del 1972 la misura coercitiva si distinguevano in *astreintes* comminatorie e *astreintes* non comminatorie): la prima è sempre modificabile nel suo ammontare e revocabile dal giudice che l'ha pronunciata, e quindi graduabile in base al comportamento del debitore, alla gravità dell'inadempimento e alla situazione economica del debitore,

²¹⁶L. FERRARA, *L'esecuzione processuale indiretta*, cit.; più di recente: CAPPONI, *L'esecuzione processuale indiretta*, cit., p. 45.

²¹⁷M. TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1988, pp. 164 ss

²¹⁸Chabas, voce *Astreintes*, in *Répertoire Dalloz de procédure civile*, 12° ed., I, Paris, 1994; VINCENT PRÉVAULT, *Voie d'exécution*, 19° ed., Paris 1999 pp. 25 ss; ESMEIN, *Peine ou reparation*, in *Mel. Roubier, Paris*, 1961, II, pp. 37 ss.

in modo da assolvere con maggiore incisività alla funzione di coercizione e allo stesso tempo “calibrare” la misura in funzione dell’entità del danno derivante dall’inadempimento.

Quella definitiva, invece, consiste in una condanna la cui entità è già fissata dal giudice al momento della sua emissione mentre, in sede di liquidazione, occorrerà solo calcolare l’ammontare definitivo moltiplicando la comminatoria per l’unità (di tempo o di inadempimenti successivi) stabilita dal giudice²¹⁹.

L’art. 34 comma 2° della Legge 91-650 regola i rapporti tra la misura provvisoria e quella definitiva, sancendo la prevalenza della prima, nel senso che, in difetto di qualificazione giudiziale, l’*astreinte* deve considerarsi provvisoria, e quella definitiva può essere pronunciata solo dopo quella provvisoria²²⁰.

Circa il potere di pronunciare, anche d’ufficio, sulle *astreintes*, si riscontra un potere generalizzato di ogni organo giurisdizionale (e perfino agli arbitri) e nell’ambito di ogni tipo di giudizio, anche in sede di ordinanza di référé (art. 491 n.c.p.c.) e in qualsiasi stato e grado, pure in appello e nella fase di esecuzione forzata.

Con riguardo all’ambito applicativo della misura coercitiva, se essa agli inizi veniva timidamente applicata ai soli obblighi di fare o non fare non suscettibili di esecuzione forzata, col passare del tempo, è stato esteso detto ambito a tutti gli obblighi di fare o non fare, anche surrogabili, e perfino alle obbligazioni pecuniarie²²¹, restando escluse soltanto le obbligazioni di natura «*trés personnelle*».

²¹⁹ Per B. CAPPONI, *L’esecuzione processuale indiretta* cit., pp. 45-46, l’emergere dell’*astreinte* definitiva ha costituito un momento fondamentale per il definitivo superamento di ogni incertezza residua circa l’estraneità dell’istituto alle tecniche di tutela di tipo risarcitorio.

²²⁰ L’art. 34 legge n. 91-650 recita: «L’*astreinte* è indipendente dal risarcimento del danno. L’*astreinte* deve essere considerata provvisoria, a meno che il giudice non abbia stabilito la sua definitività.

Un’astreinte definitiva può essere comminata soltanto dopo l’imposizione di una provvisoria, per un periodo determinato dal giudice.

*Se una di queste condizioni non è soddisfatta, la sanzione deve essere assegnata a titolo di penale come *astreinte* provvisoria».*

²²¹ L’estensione alle obbligazioni aventi ad oggetto un somma di denaro è stata effettuata per la prima volta da sentenza della Corte di Cassazione del 29 maggio 1990, in Boll. civ. C. Cass., 1990, V, n. 224, p. 146

L'*astreinte* è così diventato un rimedio di carattere generale applicabile ad ogni tipologia di obbligo e anche contro ogni debitore, sia privato che organo amministrativo²²².

La liquidazione dell'*astreinte* in base all'art. 35 della Legge del 1991 viene operata dal giudice dell'esecuzione, a meno che il giudice che l'ha disposta non continui ad essere investito della questione o se ne sia espressamente riservato il potere.

Il successivo art. 36 si occupa, in modo specifico, dell'importo dell'*astreinte* provvisoria, prevedendo che sia determinato sulla base del comportamento della persona alla quale è diretta, nonché delle difficoltà che ha dovuto affrontare per l'esecuzione, mentre, al comma secondo, pone il divieto di mutamento del tasso dell'*astreinte* provvisoria in sede di liquidazione.

Infine, la norma si occupa altresì dell'annullamento, totale o parziale, della misura, disciplinando espressamente un'ulteriore ipotesi (in aggiunta, naturalmente, alla spontanea esecuzione dell'obbligo), e ciò quando «è accertato che la mancata o ritardata esecuzione ordinata dal giudice è dovuta, in tutto o in parte, a cause indipendenti dalla volontà del debitore ingiunto».

Prima della liquidazione, l'*astreinte* non è suscettibile di esecuzione forzata, ma il giudice competente per la liquidazione può concedere una misura cautelare conservativa.

Si osserva tuttavia, la difficoltà di quantificare la somma dovuta a titolo di *astreinte*, dal momento che, per far ciò, occorrerebbe determinare il tempo necessario per l'esecuzione e non possono invece prevedersi ritardi ed inadempimenti dovuti alla cattiva volontà del debitore nell'eseguire il comando giudiziale²²³.

Infine, la dottrina francese continua a chiedersi se l'*astreinte* provvisoria possa essere modificata anche in aumento, oltre che in diminuzione, dovendosi tutelare

²²² La strada verso l'estensione delle *astreintes* anche nei confronti di persone giuridiche di diritto pubblico è stata aperta da una decisione del Tribunale Superiore Amministrativo del 17 giugno 1946, definitivamente consacrata da due Leggi del 16 luglio 1980 e del 8 febbraio 1995.

²²³ Così B.CAPPONI, *Op. ult. cit.*, p. 49.

l'esigenza del creditore di prevedere quale sia l'ammontare della pena per il suo inadempimento²²⁴.

4.1. L'ordinamento anglosassone: l'injunction e il contempt of court.

L'esame delle tecniche di coercizione dell'obbligato nei paesi di *common law* ci dimostra quanto sia stretto il legame tra situazioni sostanziali tutelabili e rimedi processuali che ad esse si ricollegano²²⁵ e che è forse erroneo o troppo riduttivo parlare di una generale tensione all'adempimento in natura, in contrapposizione alla tutela per equivalente²²⁶.

Ciò posto, l'attuale sistema di tutela dei diritti nei paesi di *common law* - individuato per linee molto generali, stante rilevanti differenze tra gli ordinamenti dei vari paesi, e prendendo in considerazione soprattutto quello del Regno Unito - risente ancora oggi delle vicende storiche dei rapporti tra *common law* ed *equity*²²⁷.

Il bisogno reclamato dai sudditi di fornire tutela a nuovi diritti - quelli inevitabilmente nascenti dal passaggio da un'economia rurale ad un'economia fondata sul commercio - spinse il Sovrano ad attribuire alle Cancellerie del Regno il potere di dirimere controversie e fornire tutela a diritti non tutelabili *at law*, perché appunto "nuovi" e con il solo rimedio del risarcimento del danno: questa è la ragione della nascita della giurisdizione di *equity*²²⁸.

Nonostante la differenza tra le due giurisdizioni sia stata formalmente abolita, rimane la distinzione tra situazioni tutelabili *at law* e situazioni tutelabili mediante gli *equitable remedies*.

²²⁴ Per il dibattito vedi *Repertorio proc. civ.* DALLOZ, 1998, *Astreintes*, §65. In senso contrario, R. PERROT, *La coercizione per dissuasione nel diritto francese*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 668, il quale critica la scelta del legislatore francese di attribuire la somma liquidata a titolo di *astreinte* al creditore, il quale viene così ad arricchirsi ingiustamente, e per evitare ciò, i giudici sistematicamente riducono l'importo dell'*astreinte* al momento della liquidazione.

²²⁵ M. TARUFFO, *Op. cit.*, p. 144

²²⁶ In senso contrario, I. PAGNI, *op. cit.*, p. 73

²²⁷ Sul punto, A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, I, *Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, 1982, pp. 530ss

²²⁸ Sul significato e sulla nascita dell'*equity*: A. FRIGNANI, *L'injunction nella common law* cit. pp. 21 ss.

Tutelabili *at law* sono tutti i diritti a contenuto economico, aventi ad oggetto il pagamento di una somma di denaro o la consegna di cose determinate. Conseguentemente, le forme di esecuzione forzata tipiche per la tutela di questa tipologie si concretizzano nella consegna o rilascio di mobili o immobili e di forme di espropriazione e di vendita forzate.

Obbligazioni di fare o non fare tutelate *at law* non possono essere assistite da *specific performance*, ma a seguito dell'inadempimento si convertono sempre in risarcimento del danno.

Un istituto tipico della giurisdizione di *equity* è l'*injunction*, consistente in provvedimenti contenenti ordini di fare (*mandatory injunction*) o di non fare (*prohibitory injunction*), la cui caratteristica principale è la loro atipicità che consente di adattarsi a qualunque situazione bisognosa di tutela²²⁹.

L'*injunction* è in sostanza un provvedimento giurisdizionale il cui contenuto può variare di volta in volta a seconda del diritto che si vuole tutelare, quando questi non possano ricevere compiuta tutela con il tipico rimedio *at law* che era ed è il risarcimento del danno²³⁰.

Sotto questo profilo, continua oggi a persistere la distinzione tra rimedi di *common law* e rimedi di *equity*.

Ai fini del nostro lavoro, è importante accennare all'istituto dell'*injunction* perché, secondo diversi autori, essa ha l'effetto tipico di imporre la *specific performance*, proprio in contrapposizione ai *damages*, ossia alla tutela per equivalente²³¹.

Anzi, secondo alcuni, il *decree of specific performance* altro non è se non che un tipo particolare di *injunction*²³² e ha la funzione di realizzare l'adempimento

²²⁹ M. TARUFFO, op. cit., p. 146, B. CAPPONI, *L'esecuzione processuale indiretta* cit., pp. 54 ss. sulla differenza tra le forme di *injunction*, vedi, ancora, A. FRIGNANI, *Op. cit.*, pp. 173 ss.

²³⁰ Si parla, infatti, di equitable remedies, che sono discrezionali «nel senso che il giudice, prima di concederli, può tenere conto un certo numero di fattori connessi alla fattispecie concreta, al fine di evitare che il provvedimento preso suoni in quale modo iniquo in sé o troppo pesante per una delle due parti»: A. FRIGNANI, *Op. cit.*, pp. 38-39 e ivi per amplissima bibliografia.

²³¹ M. TARUFFO, op. cit. p. 151. Per la dottrina anglosassone, tra tanti: JONES-GOODHART, *Specific Performance*, London, 1986.

²³² HAZARD-TARUFFO, *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bologna, 1993, pp. 232 ss.; B. CAPPONI, *L'esecuzione processuale indiretta* cit., p. 57

specifico della prestazione personalmente ad opera della parte obbligata, attraverso la pressione sulla sua volontà²³³.

La *specific performance* appare oggi come rimedio residuale, nel senso che viene di solito concessa soltanto ove appaia inadeguato - secondo un giudizio largamente discrezionale della Corte - il rimedio *at law* del risarcimento dei danni²³⁴.

La descrizione - necessariamente sommaria - degli strumenti di tutela dei diritti nel *common law* non può esaurirsi senza trattare di quali sono gli strumenti di esecuzione e di coercizione degli obblighi ordinati nell'*injunction* e nel *decree of specific performance*.

Anche qui dobbiamo fare una distinzione tra esecuzione forzata in senso stretto e mezzi di coercizione, usando delle categorie che sono proprie del nostro ordinamento, solo per comodità espositiva e per migliore comprensione.

In generale gli ordini giudiziali di fare e di non fare possono essere eseguiti mediante forme di surrogazione, ovvero, inducendo allo spontaneo adempimento dell'obbligato con l'applicazione di un'efficace misura coercitiva, il *contempt of Court*.

Circa le forme di esecuzione per surrogazione, a differenza di quanto avviene negli ordinamenti di *civil law*, e in particolare quello italiano, non si rinvengono norme che definiscano un procedimento generale di esecuzione per surrogazione. Tuttavia le corti ammettono, di volta in volta, la *specific performance* mediante la surroga di terzi in luogo dell'obbligato.

Si riscontra, peraltro, una diffusa tendenza ad ampliare i casi in cui vengono ammesse forme di esecuzione per surrogazione²³⁵, anche quando l'esecuzione dell'obbligo comporti attività complesse e diversificate, ovvero destinate a protrarsi nel tempo, mediante la nomina di *officers of the Court*, a seconda dei casi

²³³ B. CAPPONI, *op. ult. cit.*, p. 57.

²³⁴ Da questa caratteristica dell'ordinamento anglosassone, diversi autori notano una tendenza opposta agli ordinamenti di *civil law* i quali tendono primariamente all'esecuzione in forma specifica e, solo quando questa sia impossibile o eccessivamente difficoltosa farà ingresso la tutela risarcitoria: B. CAPPONI, *Op. ult. cit.*, p. 57; I. PAGNI, *Op. cit.* p. 77; A. FRIGNANI, *Op. cit.*, p. 40.

²³⁵ M. TARUFFO, *Op. cit.* p. 148; JONES-GOODHART, *Op. cit.*, pp. 28 ss.

incaricati di svolgere direttamente l'esecuzione delle attività ordinate nel provvedimento, oppure di controllare l'operato di tecnici²³⁶.

Quanto al *contempt of Court*, l'istituto è stato definito un efficacissimo strumento capace di esercitare coercizione sul soggetto obbligato al fine di indurlo ad adempiere²³⁷: infatti, l'inottemperanza ad un provvedimento contenente un ordine di fare o di non fare integra *contempt of Court* (letteralmente "oltraggio alla Corte").

A fronte dell'inadempimento, lo stesso giudice che ha emanato il provvedimento può irrogare sanzioni a carattere pecuniario o detentivo.

Esistono, in verità, due forme di contempo: il *criminal contempt*, che è un vero e proprio reato e punisce ogni comportamento che impedisca il normale corso della giustizia²³⁸ e tutela chiaramente un interesse pubblico, ed il *civil contempt*, misura coercitiva volta all'adempimento dell'obbligato e che tutela primariamente l'interesse del privato avente diritto alla prestazione e, solo secondariamente, l'interesse pubblico al buon andamento della giustizia²³⁹.

È colpevole di *civil contempt* chi, in generale, non adempie ad un ordine della Corte, e non soltanto quello derivante da un provvedimento di condanna (l'*injunction* o il *decree of specific performance*), ma anche, a titolo di esempio, quello di pagare *banco judicis* somme a titolo di deposito cauzionale, o pure chi si rifiuta di produrre o rivelare documenti in proprio possesso durante la fase processuale della *discovery*, ovvero un loro utilizzo o divulgazione indebita per scopi estranei alla *discovery*.

²³⁶ Si parla di *receiver* quando l'attività abbia ad oggetto l'amministrazione di denaro, ovvero di master per il compimento di attività di diversa natura. Queste figure, originariamente di creazione giurisprudenziale, hanno ricevuto esplicito riconoscimento negli Stati Uniti nelle *Rules 53 e 70* delle *Federal Rules of Civil Procedure*, o ancora di *administrator*, persona fisica, o *committee*, organo collegiale, in campo laburistico. Vedi al riguardo, SILVESTRI, *Problemi e prospettive di evoluzione nell'esecuzione degli obblighi di fare e non fare*, in Riv. dir. proc. civ., 1981, pp. 49 ss.

²³⁷ B. CAPPONI, *op. ult. cit.*, p. 58; M. TARUFFO, *Diritto processuale civile nei paesi anglosassoni*, in *Dig. it. Disc. Priv.*, IV, Torino, 1990, p. 392

²³⁸ A sua volta distinto in *contempt in face of the Court* e *contempt out of the Court*, a seconda che il fatto avvenga nel corso dell'udienza o fuori di essa.

²³⁹ Per questa distinzione e le sue problematiche: V. VARANO, *Contempt of Court, in Processo e tecniche di attuazione dei diritti cit.*, pp. 387 ss.. Nell'ambito della distinzione tra *criminal contempt* e *civil contempt*, l'A. aderisce ad una definizione del *civil contempt* di «quasi reato» o di reato di natura privata, che ha eminentemente natura *rimediale* e lo scopo primario di coercizione della volontà dell'obbligato, *op. cit.* p. 421.; A. FRIGNANI, *Op. cit.*, pp. 225 ss.

Le sanzioni legate al *contempt of Court* possono essere il *writ of sequestration*, ossia il sequestro di beni fino a quando l'obbligo non sia adempiuto; l'imposizione di una multa, il cui ammontare è discrezionalmente stabilito dalla Corte in base alla gravità del *contempt* e al pregiudizio arrecato alla controparte, e, infine, può essere irrorata una pena detentiva.

In seguito alla sentenza della Corte EDU del 24 aprile 1979, *Sunday Times c. United Kingdom*, nel 1981, è stato emanato il *Contempt of Court Act*²⁴⁰, con il quale è stata data una disciplina organica al *contempt of Court*, e che, in particolare, ha fissato un limite massimo di due anni alla carcerazione, mentre prima non era previsto alcun limite e la reclusione poteva durare finché l'obbligato non si adeguasse al provvedimento di condanna.

La sanzione della carcerazione per *civil contempt* svolge dunque funzione diversa da quella che svolge nel diritto penale, che è appunto la coercizione dell'obbligato.

È pure vero che potrebbero darsi dei casi in cui, specialmente dopo i limiti imposti dal *Contempt of Court Act*, l'obbligato potrebbe rimanere inadempiente, preferendo il carcere piuttosto che soggiacere all'ordine della Corte²⁴¹, ma quello della limitata efficacia del *contempt of Court* è un problema di tutte le misure coercitive, anche le più gravose, quando si scontrano con una forte volontà renitente dell'obbligato.

²⁴⁰ Che ha sostanzialmente accolto i suggerimenti di modifica del noto *Phillimore Committee Report*, sul quale si veda DHAVAN, *Contempt of Court and the Phillimore Committee Report*, in *Angloamerican Law Review*, 5, 1976 e l'ampia bibliografia in V. VARANO, op. cit., p. 387 ss.

Sulle motivazioni che hanno indotto la corte a pronunciarsi in contrasto con l'istituto del *contempt of Court*, si vedano le osservazioni di S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti cit.*, pp. 240 ss.: «Su un piano generale, si può cominciare con l'osservare che il contempt power delle Corti può venir esercitato in modo tale da ledere diritti costituzionali fondamentali. Così per quanto riguarda la libertà di espressione e di stampa, compressioni notevoli si sono verificate in Inghilterra fino a tempi recentissimi. [...]. Non c'è da meravigliarsi, pertanto, che di fronte al silenzio imposto alla stampa in un caso clamoroso come quello del Thalidomide, dove uno scandalo nazionale di grosse proporzioni era passato virtualmente sotto silenzio, facilitando l'accettazione di risarcimenti irrisori delle vittime, sia stata investita la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo [...]. E c'è da compiacersi che, sia pure con una ristrettissima maggioranza, la Corte abbia accolto il ricorso con sentenza 19 aprile 1976, ove si dichiara che simili applicazioni del contempt inglese sono in contrasto con il fondamentale principio della libertà di espressione, solennemente sancito dall'art. 10 della Convenzione».

²⁴¹ Così, V. VARANO, *Op. cit.*, 419.

4.2. L'ordinamento tedesco: le Zwangsstrafen.

Un altro modello di coazione all'adempimento che ci proponiamo di esaminare è quello proprio dell'ordinamento tedesco.

Gli strumenti per costringere il debitore all'adempimento si pongono in un quadro di tutela esecutiva dei diritti diversamente congegnato rispetto ai sistemi esaminati in precedenza, anche se non mancano affinità tra i diversi modelli.

In particolare, è stato sostenuto che, ad un livello molto generale, l'ordinamento tedesco - più affine, sotto questo profilo, ai sistemi di *common law* - presenta uno stretto legame tra gli strumenti esecutivi messi a disposizione dalla Legge regolatrice del processo e le situazioni sostanziali bisognose di tutela²⁴².

La tutela esecutiva dei diritti nell'ordinamento tedesco codificata dalla ZPO del 1877 procede dalla individuazione di una forma esecutiva per ogni situazione giuridica sostanziale, venendo ad instaurare un rapporto biunivoco quasi inscindibile, nel senso che ad una determinata obbligazione - o meglio, a seconda del suo oggetto - corrisponde un particolare forma di esecuzione forzata e una data forma esecutiva è destinata a tutelare una determinata situazione sostanziale.

La soluzione tedesca si distingue, pertanto, per un elevato grado di rigore sistematico e di accuratezza analitica²⁴³.

Il Codice di procedura civile tedesco (*Zivilprozessordnung*), dunque, distingue tra obblighi a contenuto pecuniario (§§ 803-882 ZPO), cui corrispondono forme di esecuzione per trasformazione, ossia di espropriazione forzata; obblighi di consegna o rilascio (§§ 883-886), cui sono destinate forme di apprensione coattiva del bene; obblighi di fare fungibili «*vertretbar*» (§ 887), tutelate con forme di

²⁴² L'affermazione è di M. TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti*, cit., p. 154. Secondo l'Autore, l'affinità tra i sistemi di *common law* e l'ordinamento germanico, dal punto di vista della impostazione generale dei rapporti tra tutela esecutiva e situazioni sostanziali, impone di superare una supposta quanto indimostrata omogeneità di fondo tra i sistemi di *civil law*, in contrapposizione ai sistemi di *common law*, e contemporaneamente mette in luce le profonde differenze tra ordinamento tedesco e francese, aderendo alle tesi esposte da DAWSON, *Specific performance in France and Germany*, in 57 Mich. L. Rev., 1959, pp. 533 ss.

²⁴³ M. TARUFFO, *Op. ult. cit.*, p. 155.

esecuzione processuale diretta per surrogazione a spese dell'obbligato, e, infine, obblighi di fare infungibili «*unvertretbar*» e di non fare o di cessare (§§ 888-890) cui si applica l'istituto di esecuzione processuale indiretta delle *Zwangsstrafen*.

Come si vede, la Legge tedesca cerca di creare un sistema di tutela esecutiva dei diritti potenzialmente completo, all'interno del quale ogni obbligo e ogni situazione giuridica sostanziale trovano una forma «tipica» di esecuzione, mentre i - pochi - obblighi non eseguibili coattivamente sono elencati al secondo comma del § 888 (ossia la stipula del matrimonio, la ricostruzione della comunione coniugale e l'attuazione di un contratto di servizio²⁴⁴).

È stato però rilevato che, sul piano dell'attuazione concreta, in termini di efficacia della tutela, le pretese assolutezza e completezza che traspaiono del testo della ZPO spesso non si riscontrano nella sua realtà applicativa²⁴⁵: è forte, ad esempio, la tendenza ad attuare il diritto ad una prestazione di fare o non fare mediante la domanda di risarcimento dei danni, così come la giurisprudenza tende a fare un uso delle categorie imposte dalla ZPO in modo alquanto elastico, senza che possano emergere criteri applicativi uniformi.

Rilevanti problemi sorgono a proposito del concetto di fungibilità espresso dal § 888, il quale distingue tra fungibilità e infungibilità a seconda che l'atto dipenda o meno «*esclusivamente dalla volontà del debitore*».

Autorevole dottrina si è allora posta il problema se il concetto fungibilità/infungibilità debba riferirsi a questo solo criterio, il che pone comunque non pochi problemi in sede applicativa, dovendosi di volta in volta identificare i criteri tramite i quali distinguere quando la volontà del debitore sia elemento imprescindibile per la realizzazione dell'obbligo, ovvero si possa fare anche riferimento al concetto di fungibilità in senso naturalistico, ossia quello che si ricollega alla surrogabilità della prestazione da parte di terzi²⁴⁶.

²⁴⁴ M. TARUFFO, *Op. ult. cit.*, p. 157.

²⁴⁵ M. TARUFFO, *Op. ult. cit.*, p. 157.

²⁴⁶ Cfr. M. TARUFFO, *Op. ult. cit.*, pp. 157-158 e B. CAPPONI, *L'esecuzione processuale indiretta* cit., pp. 51-52, ivi con ampi riferimenti in note. Secondo S. CHIARLONI, *Op. ult. cit.* p. 97, con questa locuzione si deve far riferimento a quelle attività che involgono particolari capacità personali del debitore, come doti artistiche o d'ingegno.

L'identificazione di un concetto certo di infungibilità è necessario presupposto per l'applicazione delle *Zwangsstrafen* - § 888 ZPO per l'esecuzione forzata dei *Nicht vertrebera Haldlung* (obblighi infungibili) e § 890 ZPO per l'esecuzione di *Unterlassungen und Duldungen* (comportamenti di omissione o di tolleranza) -, per l'esecuzione indiretta di questo genere di obblighi cui non è applicabile nessuna delle forme di esecuzione diretta previste.

Nello specifico, la misura coercitiva in esame consiste nella comminatoria, da parte del Tribunale di primo grado, di una sanzione pecuniaria (*Zwangsgeld*) che, in caso di impossibilità di riscossione, si converte in pena detentiva (*Zwangshaft*), ovvero in una pena detentiva comminata direttamente²⁴⁷.

La multa per inadempimento di obblighi di fare infungibili non può superare € 25.000 mentre, in caso di in esecuzione di obblighi di non fare (a carattere continuativo) o di tollerare, può raggiungere addirittura € 250.000 e i due anni di detenzione, e viene comminata “*per ogni violazione su istanza del creditore*”.

Rispetto all'*astreinte* francese, la misura tedesca si avvicina molto di più al *contempt of Court*, nel senso che non si pongono dubbi sulla sua natura penale, atteso che, a differenza delle *astreintes* francesi, le somme pagate dal debitore inadempiente (con un limite edittale molto alto) sono incassate dallo Stato, oltre all'evidente analogia con riferimento alla sanzione della detenzione²⁴⁸.

Si è invece sostenuta l'assoluta mancanza di analogia tra la misura coercitiva presente nell'ordinamento tedesco e l'*astreinte*²⁴⁹: da un lato, infatti, nella *Zwangsstrafen* la multa è destinata allo Stato e non al creditore; dall'altro, l'*astreinte* è, come abbiamo avuto modo di rilevare, una misura coercitiva di carattere generale, estesa alla quasi totalità di obblighi, mentre la *Zwangsstrafen*

²⁴⁷Secondo S. CHIARLONI, *op. ult. cit.*, p. 93, sulla ZPO germanica peserebbe l'eredità del tardivo dissolvimento dei rapporti e dei valori tipici dell'ordinamento feudale, per alcuni aspetti ricondotti ai caratteri burocratico-autotitari dell'età bismarkiana. Critico sul punto, V. COLESANTI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 601 ss. che giudica arbitraria la ricostruzione proposta, sostenendo che le misure coercitive non mirano a tutelare l'obbligo di fare in sé, ma tendono a sanzionare l'*inhobedientia* all'autorità piuttosto che l'inadempimento dell'obbligo di fare.

²⁴⁸B. CAPPONI, *Op. ult. cit.*, p. 52

²⁴⁹M. TARUFFO, *Op. ult. cit.*, p. 159

ha un ambito limitato dalla Legge agli obblighi di fare infungibili e di non fare a carattere continuativo²⁵⁰.

Da quest'ultimo punto di vista, anzi, si osserva una tendenza della giurisprudenza opposta nei due ordinamenti: mentre in Francia proprio la giurisprudenza ha portato ad un'estensione della misura coercitiva ad ogni situazione giuridica bisognosa di tutela, indipendentemente dalla possibilità di esecuzione diretta, in Germania, al contrario, la giurisprudenza tende a limitare le ipotesi di applicazione della *Zwangsstrafen*, o comunque a mantenersi il più rispettosa possibile del dettato normativo.

²⁵⁰ Secondo S. CHIARLONI, *Op. cit.*, pp. 97-98, alle limitazioni all'uso della misura coercitiva, si aggiungono la dottrina e la giurisprudenza che «*si sono ben presto impegnate in un'opera, per così dire, di svuotamento dall'interno della normativa*». *Contra*, M. TARUFFO, *Op. ult. cit.*, p. 160.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Istituzioni di diritto privato*, a cura di M. BESSONE, IX ed., Torino, 2002;
- ALLORIO, *Su una recente costruzione dell'esecuzione forzata*, in *Giur. It.*, 1950, IV e in *Jus*, 1950;
- AMADEI, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010;
- ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, III, Napoli, 1964;
- ANDRIOLI, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano, 1953;
- ARE, *L'obbligazione e la sua esecuzione coattiva*, Roma, 1928;
- BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali, artt. 2740-2744*,
- BARRECA, *L'attuazione degli obblighi di fare infungibile e di non fare (art. 614-bis c.p.c.)*, in *Riv. esec. forz.*, IV, 2009;
- BETTI, *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Macerata, 1920, in *Diritto sostanziale e processo*, Fondazione Piero Calamandrei, Milano, 2006;
- BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1953;
- BONSIGNORI, *L'esecuzione forzata*, 2° edizione, Torino, 1991;
- BORRÈ, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, Napoli, 1966;.
- BRUNETTI, *Norme e regole finale del diritto*, Torino, 1913;
- BRUNETTI, *Il delitto civile*, Firenze, 1906;
- BUCCI - SOLDI, *Le nuove riforme del processo civile*, Padova, 2009, pp. 222, ss
- CAPPONI, *A prima lettura sulla delega legislativa al Governo «per l'efficienza della giustizia civile» (Collegato alla legge di stabilità 2014)*, su www.judicium.it;
- CAPPONI, *Astreintes nel processo civile italiano?*, in *Giust. Civ.*, II, 1999;
- CAPPONI, *L'esecuzione processuale indiretta*, Milano, 2011
- CAPPONI, *Limiti dell'esecuzione indiretta*, in *Riv. es. forz.* II, 2011;

CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, 2° ed., Torino, 2012;

CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, Padova, 1958, in *Diritto sostanziale e processo*, Fondazione Piero Calamandrei, Milano, 2006;

CARNELUTTI, *Progetto del codice di procedura civile presentato alla Sottocommissione Reale per la riforma del codice di procedura civile*, Padova, 1926;

CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, vol. I, Padova, 1936;

CASTRONOVO, *Il Risarcimento in forma specifica come risarcimento del danno*, in AA. VV., *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, diretto da S. MAZZAMUTO, Napoli, 1989;

CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, I, *Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, 1982;

CHABAS, voce *Astreintes*, in *Répertoire Dalloz de procédure civile*, 12° ed., I, Paris, 1994;

CHIARLONI, *Brevi note sulla fase introduttiva del processo di cognizione secondo il disegno di legge delega per la riforma del processo civile*, in *G.I.*, 2003;

CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980;

CHIOVENDA, *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930;

CHIOVENDA: *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2° ed., I, Napoli, 1960;

COLESANTI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, in *Riv. dir. proc.*, 1980;

DAWSON, *Specific performance in France and Germany*, in *57 Mich. L. Rev.*, 1959;

DENTI, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano, 1953;

DHAVAN, *Contempt of Court and the Phillimore Committee Report*, in *Angloamerican Law Review*, 5, 1976;

DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 4° ed., Milano, 2003;

ESMEIN, *L'origine et la logique de la Jurisprudence in matière d'astreinte*, in *Rev. trim dr. Civ.*, 1903;

ESMEIN, *Peine ou reparation*, in *Mel. Roubier, Paris*, 1961, II;

F. ROSELLI, *Responsabilità patrimoniale*, in *Trattato di Diritto privato*, diretto da M. BESSONE, Milano, 2° ed., 2010;

FABIANI, *Esecuzione forzata in forma specifica ed eliminazione dei vizi e/o difformità dell'opera appaltata, nota a sentenza della Corte di Cassazione 1° giugno 1998, n. 5374*, in *Foro. It.* 1998;

FERRARA, *L'esecuzione processuale indiretta*, Napoli, 1915;

FERRONI, *Obblighi di fare ed eseguibilità*, Camerino, 1982;

FINZI, *Il possesso dei diritti*, Milano, 1968;

FRIGNANI, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Milano, 1974;

GANCI, *Debito e responsabilità nel vigente diritto tedesco*, in *Riv. it. per le scienze giuridiche*, 1916;

GARSONNET, CÉZAR-BRU, *Traitéthéorique et pratique de procédure civile et commerciale*, 3^a ed., IV, Paris 1913;

GIORGIANNI, *L'obbligazione. (La parte generale delle obbligazioni)*, I, Milano, 1968;

GIORGIANNI, *Tutela del creditore e tutela reale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, III, 1975;

HAZARD-TARUFFO, *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bologna, 1993

INZITARI, voce *Locazione*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1993;

IRTI, *Prefazione a Diritto sostanziale e processo*, Fondazione Piero Calamandrei, Milano, 2006;

IUORIO, *Il nuovo art. 614-bis c.p.c.: introduzione dell'esecuzione indiretta nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. esec. forz.*, III, 2009;

JONES-GOODHART, *Specific Performance*, London, 1986;

LAPERTOSA, *La responsabilità patrimoniale del debitore (art. 2740 c.c.)*, in *Nuova Giur. Civ.*, 1991, II;

LAPERTOSA, *La Responsabilità patrimoniale del debitore*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, I, 1991;

LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, Napoli, 1966;

LIPARI e P. RESCIGNO, IV, *Attuazione e tutela dei diritti*, II, *L'attuazione dei diritti*, Milano, 2009;

LOMBARDI, *Il nuovo art. 614-bis cod. proc. civ.: l'astreinte quale misura accessoria ai provvedimenti cautelari ex art. 700 cod. proc. civ.*, in *Riv. esec. forz.*, 2010;

LOMBARDI, in GIORDANO-LOMBARDI, *Il nuovo processo civile*, in *Nel diritto.it*, 2009, pp. 479 ss.

LUISO - SASSANI, *Il progetto di riforma della commissione Vaccarella: c'è chi preferisce il processo attuale*, in www.judicium.it;

MACARIO, *Responsabilità e garanzia patrimoniale*, in *Diritto civile* dir. da N. LIPARI E P. RESCIGNO, IV, *Attuazione e tutela dei diritti*, II, *L'attuazione dei diritti*, Milano, 2009;

MANDRIOLI, *Sulla correlazione necessaria, tra condanna ed eseguibilità forzata*, in *Riv. Trim. dir. Proc.*, 1976;

MARRONE, *Istituzioni di diritto Romano*, Palermo, 1984, pp. 90 ss.;

MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978;

MAZZAMUTO, *L'incoercibilità degli obblighi di fare*, estratto da *Economia e credito*, 2, 1976;

METAFORA, *L'esecuzione degli obblighi di fare (fungibili) e di non fare*, in *Riv. esec. forz.*, IV, 2012;

MICHELI, *Dell'unità del concetto di esecuzione forzata*, *Riv. Dir. Proc.*, 1952, I,;

MIGLIACCIO, *La responsabilità patrimoniale, profili di sistema*, Roma, 2012;

MIRAGLIA, voce *Responsabilità patrimoniale*, in *Enciclopedia Giuridica*, XXIX, Roma, 1993;

MONTELEONE, *Condanna civile e titoli esecutivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990;

MONTELEONE, *Domenico Viti ed il concetto di azione, ovvero l'eredità scientifica di Giuseppe Chiovenda*, in *Giur. It.*, 1997, IV;

MONTELEONE, *Per un chiarimento sul concetto di responsabilità o garanzia patrimoniale del debitore*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1993;

MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria*, Milano, 1975;

MONTELEONE, *Recenti sviluppi della dottrina dell'esecuzione forzata*, in *Riv. dir. proc.*, 1982;

MONTELEONE, *Spunti critici in tema di obbligazioni*, in *Giur. Di merito*, I, 1970;

MONTELEONE, *Sullo «eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore»*, in *Rivista di diritto processuale*, 1996;

MONTESANO, *Condanna civile e tutela esecutiva*, Napoli, 1965;

MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Tratt. Dir. Civ. It. F. VASSALLI*, 1994;

MONTESANO, *Ripristino di diritti o possessi, risarcimento specifico ed esecuzione specifica*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1991;

MONTESANO, voce *Esecuzione specifica*, in *Enciclopedia del diritto*, XV, Milano, 1966;

NATOLI e BIGLIAZZI-GERI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale (le azioni surrogatoria e revocatoria). Appunti delle lezioni*, Milano, 1974;

ne *Il codice civile. Commentario diretto da P. Schlesinger*, Milano, 2° ed. 2010;

NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, artt. 2740-2899, Bologna-Roma, 1945;

PACCHIONI, *Delle obbligazioni i generale: diritto delle obbligazioni*, Padova, 1941;

PAGNI, *Tutela in forma specifica e tutela per equivalente*, Milano, 2004;

PERLINGERI e FERRONI, *Situazioni di garanzia patrimoniale*, in P. PERLINGERI, *Manuale di diritto civile*, 6, Napoli, 2007;

PERROT, *La coercizione per dissuasione nel diritto francese*, in *Riv. dir. proc.*, 1996;

POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1915;

PORCELLI, *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, Napoli, 2011;

PRÉVAULT, *Voie d'exécution*, 19° ed., Paris 1999;

PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, in *Riv. Trim. dir. Proc.* 1978;

PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo)*, *Foro it.*, 2010;

PROTO PISANI, *Attualità di Giuseppe Chiovenda*, in *Foro it.*, V, 1995;

PROTO PISANI, *La tutela di condanna*, in *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982;

REDENTI, *Dritto processuale civile*, 3° ed, Milano, 1985;

ROCCO, *Il fallimento*, Milano, 1972;

ROCCO, *Studi sulla teoria generale del fallimento*, in *Rivista del dir. Commerciale*, I, 1910;

ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. Dir. Priv. dir. da RESCIGNO*, 19, I, Torino, 1997;

SATTA, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto civile, diretto da Vassalli*, 4° ed., Torino, 1963;

SCHLESINGER, *L'eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, in *Rivista di diritto processuale*, 1995;

SILVESTRI, *Problemi e prospettive di evoluzione nell'esecuzione degli obblighi di fare e non fare*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1981;

TARUFFO, *Diritto processuale civile nei paesi anglosassoni*, in *Dig. it. Disc. Priv.*, IV, Torino, 1990;

TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988;

TEDIOLI, *Osservazioni critiche all'art. 614-bis cod. proc. civ.*, in *NGCC*, I, 2013;

TOMMASEO, *Sull'attuazione dei diritti di credito nell'esecuzione in forma specifica*, in *Studi in onore di E. T. Liebman*, vol. III, Milano, 1979;

VARANO, *Contempt of Court*, in *AA. VV., Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, diretto da S. MAZZAMUTO, Napoli, 1989;

VITALI, *Della locazione art. 1571 - 1654*, in *Commentario teorico-pratico al codice civile*, dir. da V. DE MARTINO, Milano, 1982;

VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea*, in *Riv. dir. proc.*, II, 2004, p. 735.

WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, trad. di R. ORESTANO, Milano, 1938;

ZIINO, *Esecuzione forzata e intervento dei creditori*, Palermo, 2004;

