



VALENTINA CAPASSO

Sull'ambito applicativo dell'art. 614-bis c.p.c. novellato

L'autrice si sofferma su alcuni dubbi interpretativi sollevati dal nuovo testo dell'art. 614-bis c.p.c., che rischiano ridurre l'ambito di applicazione, nonostante l'intenzione del legislatore fosse dichiaratamente quella di ulteriormente potenziare le misure di coercizione indiretta.

The author focuses on some of the interpretive doubts raised by the new text of art. 614-bis c.p.c., which risk narrowing its scope of application, despite the fact that the lawmaker's intention was statedly to further enhance indirect coercion measures.

Sommario: 1. Introduzione – 2. La riforma dell'art. 614-bis: in breve – 3. Sul perdurante potere del giudice della cautela di comminare l'*astreinte* – 4. Sull'inapplicabilità delle preclusioni assertive all'istanza di *astreinte*... – 5. ... e sull'assenza di criteri orientativi onde ricavare una disciplina del concorso tra le sedi in cui calare l'istanza

1. Introduzione

I profili di novità dell'art. 614-bis c.p.c., nel testo post riforma Cartabia, sono già stati oggetto di ampia attenzione dottrinale¹, sicché su di essi pare possibile soffermarsi solo brevemente, prima di concentrarsi sul tema che davvero interessa: i *side effects* (verosimilmente non voluti) della novella, che, pur dichiaratamente volta ad *ampliare* la tutela offerta a mezzo delle misure coercitive indirette, paradossalmente rischia – in parte per (de)meriti propri, in (più ampia)

¹ Oltre agli scritti apparsi a commento dei criteri della delega [in generale, in materia di esecuzione forzata: G. MICCOLIS, *L'esecuzione forzata nella riforma che ci attende*, in *Questione giustizia*, 3/2021, pp. 112 ss.; F. VIGORITO, *Gli interventi sul processo esecutivo previsti dal ddl delega AS 1662/XVIII collegato al «Piano nazionale di ripresa e resilienza»*, ivi, pp. 122 ss.; E. FABIANI - L. PICCOLO, *Le modifiche in tema di esecuzione forzata di cui alla legge di riforma (n. 206/2021) della giustizia civile. Note a prima lettura*, in *Giust. insieme*, 4 febbraio 2022; con specifico riferimento a quelli relativi all'art. 614-bis: R. METAFORA, *Le misure coercitive indirette tra diritto vigente e futuri interventi riformatori*, in *Giustiziaviva.com*, 8 luglio 2022; G. COSTANTINO, *L'esecuzione forzata*, in G. COSTANTINO (a cura di), *La riforma della giustizia civile*, Bari, 2022, pp. 362 ss.], v., sulla disciplina attuale dell'*astreinte*, A. NASCOSI, *Le misure coercitive indirette rivedute dalla Riforma del 2022*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, pp. 1214 ss. (che del tema si era di recente occupato in ID., *Le misure coercitive indirette nel sistema di tutela dei diritti in Italia e in Francia. Uno studio comparatistico*, Napoli, 2019); P. CARDINALE, *L'esecuzione indiretta*, in D. DALFINO (a cura di), *La riforma del processo civile*, in *Foro it.*, *Gli speciali* 4/2022, cc. 523 ss.; L. TERMITE, *Il processo esecutivo*, in C. CECHELLA (a cura di), *Il processo civile dopo la riforma*, Bologna, 2023, pp. 477 ss.; M. PACILLI, *La riforma del processo esecutivo*, in L. PASSANANTE (a cura di), *Manuale breve della riforma Cartabia*, Milano, 2023, pp. 231 ss.; A. CRIVELLI, *La coercizione indiretta nel codice di rito*, in A. DIDONE - F. DE SANTIS, *Il processo civile dopo la riforma Cartabia*, Milano, 2023, pp. 419 ss.; C.V. GIABARDO, *Il maquillage all'art. 614 bis c.p.c. e gli altri interventi in tema di poteri coercitivi del giudice civile*, in A. RONCO (dir.), *Il processo civile riformato*, Bologna, 2023, pp. 405 ss.; B. LIMONGI, *Misure coercitive indirette (art. 614-bis c.p.c.)*, in R. TISCINI (a cura di), *La riforma Cartabia del processo civile. Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, Pisa, 2023, pp. 732 ss. V. anche, nel contesto di un più comprensivo commento delle novità relative al processo esecutivo, A.M. TEDOLDI, *La riforma dell'esecuzione forzata: le novità del D. Lgs n. 149/2022*, in *Giust. insieme*, 25 gennaio 2023, § 19; nonché, sia pur limitatamente al profilo specifico che traspare dal titolo del contributo, B. CAPPONI, *Un dubbio sul regime transitorio della riforma dell'art. 614 bis c.p.c.*, in *www.judicium.it*, 6 febbraio 2023.

parte in ragione di alcune proposte interpretative recenti, che hanno tratto alimento *anche* dal nuovo testo dell'articolo in commento – di ingenerare una *riduzione* dell'ambito applicativo di quelle.

2. La riforma dell'art. 614-bis: in breve

L'art. 7, lett. b), della Proposta della Commissione Luiso, delegava il Governo a «prevedere che le misure coercitive di cui all'articolo 614-bis del codice di procedura civile [fossero] pronunciabili anche con riferimento alle controversie di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile»; il successivo art. 8, lett. j), a «prevedere criteri per la determinazione del *quantum*, nonché del termine di durata delle misure di coercizione indiretta ex articolo 614-bis c.p.c.», nonché «l'attribuzione al giudice dell'esecuzione del potere di disporre dette misure quando il titolo esecutivo sia diverso da un provvedimento di condanna oppure la misura non sia stata richiesta al giudice che ha pronunciato tale provvedimento».

Mentre la prima previsione è rimasta lettera morta, avendo la legge delega del tutto omissivo il tema², rispetto alla previsione dei criteri per la determinazione del *quantum* e del termine di durata della misura – parametro, questo, potenzialmente capace di essere variamente riempito dal legislatore delegato – occorre distinguere.

Quanto alla seconda previsione, mentre appare condivisibile la precisazione secondo cui la predeterminazione di un termine massimo di durata³ abbia un senso solo in relazione agli obblighi di fare⁴, meno apprezzabile risulta – quantomeno, sul piano della politica legislativa

² Il criterio di cui all'art. 1, comma 12, lett. o), della legge delega prescrive(va) al legislatore delegato di «prevedere criteri per la determinazione dell'ammontare, nonché del termine di durata delle misure di coercizione indiretta di cui all'articolo 614-bis del codice di procedura civile; prevedere altresì l'attribuzione al giudice dell'esecuzione del potere di disporre dette misure quando il titolo esecutivo è diverso da un provvedimento di condanna oppure la misura non è stata richiesta al giudice che ha pronunciato tale provvedimento».

³ Nel testo novellato si menziona anche, per la prima volta espressamente, la possibilità, per il giudice, di determinare la decorrenza della misura; potere, peraltro, da ritenersi da sempre implicito, e di fatto talora già esercitato: cfr. Trib. Terni, 4 agosto 2009, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Esecuzione forzata di obblighi di fare o di non fare*, n. 17, secondo cui «[l]a misura coercitiva pecuniaria ex art. 614 bis c.p.c., il cui scopo è di rendere effettiva e sicura l'attuazione non solo degli obblighi di fare infungibile o di non fare, ma anche degli obblighi di fare fungibile riconosciuti da sentenze di condanna o da provvedimenti anticipatori della condanna (nella specie, denuncia per danno temuto), si applica trascorso un termine concesso ragionevolmente al debitore per adempiere l'obbligo e decorrente dalla notifica della sentenza o del provvedimento».

Viceversa, la novella, nella parte in cui consente al giudice di apporre un termine finale alla durata della misura, è stata intesa da Trib. Cassino, 21 ottobre 2024, commentata da R. BENCINI, *Astreinte: prima applicazione del novellato art. 614 bis c.p.c.*, in *Il QG*, 28 novembre 2024, come «fatto sopravvenuto» atto, in concorso con altri, a giustificare l'apposizione di tale termine solo in sede di revoca/modifica ex art. 669-decies c.p.c. dell'ordinanza cautelare già assistita da *astreinte sine die*.

⁴ Su cui v. quanto si dice nella Relazione illustrativa: «Un ulteriore intervento concerne la durata massima della misura coercitiva; in particolare si è integrato il primo comma della norma con un ultimo periodo, che consente al giudice di fissare un termine di durata della misura. | Sembra evidente che una tale previsione ha rilevanza nei casi di inadempimento di un

– la previsione in sé di un termine, posto che il rischio di locupletazione non sta nella (comminatoria della) misura (quand’anche potenzialmente *sine die*), dipendendone la realizzazione esclusivamente dal debitore. Di più: la novella, sul punto, rischia di diminuire l’efficacia della comminatoria in sé, quantomeno tutte le volte in cui la stima effettuata dal giudice (come noto, a differenza che in Francia, non rivedibile successivamente) pecchi per difetto, col risultato di agevolmente consentire al debitore – che, proprio in virtù dell’innovazione, potrà predeterminare l’importo massimo della somma da corrispondere con operazione squisitamente matematica – di determinare *ex ante* il *trade off* tra adempimento e inadempimento, in sostanza offrendogli la possibilità di liberarsi della propria obbligazione... pagando il prezzo del recesso (in ultimo stabilito dal giudice, quasi con effetti costitutivi riflessi, ed evidente ingerenza nell’autonomia negoziale). Né ad evitare tale rischio pare sufficiente la modifica dei criteri di determinazione del *quantum*: qui, infatti, l’esercizio della delega è stato minimo, quest’ultima limitandosi ad *aggiungere* ai parametri già previsti (compreso quello del valore del bene, che, immutato, conserva all’istituto un’impronta di ambiguità, pur essendo sostanzialmente pacifica la natura non risarcitoria, ma meramente compulsiva, della misura), quello del «vantaggio per l’obligato derivante dall’inadempimento». Intervento comunque *in parte qua* assolutamente condivisibile, posto che, come osservato nella Relazione illustrativa, è «pacifico che l’esecuzione indiretta ha la finalità di indurre l’obligato all’adempimento volontario, in quanto l’inadempimento produce nella sua sfera giuridica conseguenze negative superiori ai vantaggi che egli trae dall’inadempimento. Pertanto, la misura coercitiva, per poter essere effettiva, deve essere commisurata principalmente rispetto a questo parametro. Il danno che l’inadempimento produce nella sfera giuridica dell’avente diritto assume invece un ruolo secondario, posto che l’esecuzione indiretta si aggiunge al – e non sostituisce il – risarcimento del danno prodotto dall’inadempimento». Il principale profilo di novità sta, in ogni caso, nella previsione, all’art. 614-*bis*, comma 3, c.p.c., della possibilità di domandare la comminatoria dell’*astreinte* anche laddove la stessa «non [sia] stata richiesta nel processo di cognizione» (e dunque, non quando essa sia stata richiesta

obbligo avente come contenuto una prestazione, mentre non ha rilevanza ove si tratti di un obbligo di astensione. In quest’ultimo caso, poiché la sanzione diviene operativa solo ove sia tenuto un comportamento contrario all’obbligo di astensione, non vi è necessità di assicurare che l’entità della somma da corrispondere non divenga esorbitante».

e negata)⁵, «ovvero il titolo esecutivo [sia] diverso da un provvedimento di condanna»⁶: in tali ipotesi, «la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza o ritardo nell'esecuzione del provvedimento è determinata dal giudice dell'esecuzione, su ricorso dell'avente diritto, dopo la notificazione del precetto. Si applicano in quanto compatibili le disposizioni di cui all'articolo 612».

Eppure, proprio tale previsione, chiaramente mirante alla massima estensione possibile delle potenzialità dell'esecuzione indiretta, parrebbe aver – certo, preterintenzionalmente – ingenerato la contrazione dell'ambito applicativo della misura stessa. In particolare, il *nuovo* tenore letterale della disposizione risulta esser stato evocato quale argomento atto ad orientare in senso restrittivo la soluzione relativa a due *vecchi* problemi, e in particolare, da un lato, per escludere la comminatoria a corredo di provvedimenti cautelari; dell'altro, per

⁵ Così, condivisibilmente, B. CAPPONI, *Un dubbio*, cit.; nello stesso senso, P. CARDINALE, *L'esecuzione indiretta*, cit., p. 530; B. LIMONGI, *Misure*, cit., p. 739. Il presupposto da cui muovono gli aa. menzionati (e, prima, la delega) appare evidente: a consentire diversamente, il giudice dell'esecuzione finirebbe per assumere il ruolo di giudice dell'impugnazione rispetto alla statuizione di rigetto (anche, eventualmente, implicito) dell'istanza avanzata nel processo di cognizione. Di conseguenza, e per la medesima ragione, non si avverte la mancanza di una disciplina dei rapporti tra impugnazione (per omessa pronuncia sulla domanda di *astreinte* già avanzata nel precedente grado di cognizione) e istanza al giudice dell'esecuzione (disciplina, invece, ritenuta necessaria da G. COSTANTINO, *L'esecuzione forzata*, in G. COSTANTINO (a cura di), *La riforma della giustizia civile*, Bari, 2022, p. 363).

⁶ G. COSTANTINO, *L'esecuzione forzata*, cit., p. 363, nel commentare la delega, osserva che «[l']art. 614 bis c.p.c. prevede che le misure coercitive siano disposte "con il provvedimento di condanna". Il che presuppone che la condanna sia stata chiesta. Il legislatore delegante impone al legislatore delegato di prescindere dal principio della domanda. | Nella prospettiva accolta dal legislatore delegante, il giudice dell'esecuzione potrebbe attribuire efficacia esecutiva anche a provvedimenti di accertamento mero o a provvedimenti costitutivi fonte autonoma di beni».

In realtà, già la delega impone(va) al delegato di attribuire al giudice dell'esecuzione il potere di disporre la misura di coercizione indiretta quando la stessa «non è stata richiesta al giudice che ha pronunciato tale provvedimento», ovvero, in base al fraseggio precedente, «un provvedimento di condanna»; invece, il «titolo [...] diverso da un provvedimento di condanna» è (pur sempre, necessariamente, un titolo esecutivo, ma) quello stragiudiziale. Ora, in astratto appare certo concepibile che la comminatoria di *astreinte* vada a rafforzare anche la tutela di mero accertamento e/o costitutiva: la tesi, del resto, è stata ampiamente argomentata – in generale – da U. COREA, *Condanna civile*, cit., pp. 261 ss. (nello stesso senso, sia pur *en passant*, parrebbero A. NASCOSI, *Le misure coercitive indirette nel sistema di tutela*, cit., p. 112, nota 20, e C.V. GIABARDO, *Effettività della tutela giurisdizionale e misure coercitive nel processo civile. Un'indagine di diritto comparato*, Torino, 2022, p. 184, testo e nota 47); ed è inoltre nota la proposta interpretativa di C. CONSOLO, *Una buona "novella" al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 741, che, già all'indomani dell'introduzione dell'art. 614-bis c.p.c., ha ventilato la possibilità, per il promissario acquirente, di cumulare due capi di domanda nei confronti del promittente venditore («uno costitutivo ex art. 2932 c.c., e l'altro di condanna all'obbligo infungibile di concludere il contratto di vendita», assistito da *astreinte*; sul tema v. poi R. MURONI, *L'azione ex art. 2932 c.c. Contributo allo studio del giudicato costitutivo*, Napoli, 2018, pp. 18ss., 55 ss., 191 ss.).

Tuttavia, *de iure condito* il dato letterale pare chiaramente confermare – da un lato – la necessità che, ove di provvedimento giudiziario di tratti, questo sia *di condanna* e – dall'altro – che ad essere dispensabile sia la «domanda» di *astreinte* in sede di cognizione, non certo quella alla condanna principale.

sottoporre l'istanza, ove calata nel giudizio di cognizione, a termini più stringenti di quelli sinora invalsi.

Ed è a questi due profili che l'indagine va ora partitamente rivolta.

3. Sul perdurante potere del giudice della cautela di comminare l'*astreinte*

In realtà, come accennato, la possibilità, per il giudice della cautela, di comminare una misura coercitiva indiretta costituisce terreno di discussione da tempo: anche all'indomani dell'introduzione dell'art. 614-bis, se la giurisprudenza è parsa subito orientarsi nel senso dell'ammissibilità della comminatoria⁷, in dottrina è rimasto latente il dubbio circa la possibilità di sussumere l'ordinanza cautelare nel concetto di «provvedimento di condanna» cui allude la disposizione⁸. Quest'ultima, tuttavia, è parsa quantomeno autorizzare la comminatoria dell'*astreinte* in fase di attuazione, quale «modalità» della stessa, o comunque

⁷ V., *ex multis*, Trib. Roma, 7 aprile 2017, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2082; Trib. Bari, 16 maggio 2016, in *Giur. it.*, 2017, p. 839, con nota di M. MONTANARI, *Astreinte in sede cautelare ed azione di manutenzione del contratto*; Trib. Genova, 28 ottobre 2015, *ivi*, 2016, p. 1129 con nota di E. BERTILLO, *Sui rimedi avverso la condanna ex art. 614 bis c.p.c. emessa in sede cautelare*; Trib. Reggio Emilia 15 aprile 2015, *ivi*, 2015, p. 2382 ss., con nota di G. FRUS, *La coercibilità indiretta della misura cautelare ed i rimedi a disposizione di chi la subisce*; Trib. Milano, 9 luglio 2015, in *Foro it.*, 2015, I, c. 2926; Trib. Milano, 26 maggio 2015, *ivi*, c. 2181; Trib. Messina, 6 luglio 2010, in *Corr. merito*, 2010, p. 1161; Trib. Torino, 2 luglio 2010, in *Giur. it.*, 2011, p. 1121, con nota di D. FRASCHINI, *Note in tema di reclamo sul rifiuto del conservatore di eseguire l'ordine giudiziale (contenuto in una sentenza non passata in giudicato) di cancellare la trascrizione di un sequestro conservativo*; Trib. Cagliari, 19 ottobre 2009, in *Giur. merito*, 2010, p. 394 con nota di A. LOMBARDI, *Il nuovo art. 614 bis c.p.c.: l'astreinte quale misura accessoria ai provvedimenti cautelari ex art. 700 c.p.c.*; Trib. Terni, 6 agosto 2009, in *Rep. Foro it.*, 2010, voce *Esecuzione forzata di obblighi di fare*, n. 18.

In sostanza, in giurisprudenza, il concetto di «provvedimento di condanna» è stato inteso in senso ampio, ovvero «non legato alle sole sentenze emesse all'esito di un procedimento a cognizione piena», sicché «le corti di merito [...] non hanno esitato a riconoscere l'applicabilità della misura coercitiva indiretta di cui all'art. 614-bis c.p.c. anche ai provvedimenti di condanna aventi ad oggetto un obbligo di fare infungibile o di non fare emessi in sede cautelare»: cfr., anche per riferimenti, G. CICALÈSE, *Le misure coercitive*, in *Riv. esec. forz.*, 2023, p. 210; M. MONTANARI, *Astreinte*, cit., p. 841 s., testo e nota 3; S. RECCHIONI, *L'attuazione forzata indiretta dei comandi cautelari ex art. 614 bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 1475; J.V. D'AMICO, *Sull'applicabilità dell'art. 614 bis c.p.c. ai provvedimenti cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, pp. 713 ss.

⁸ Dubbio comunque risolto in senso positivo dalla dottrina maggioritaria: v., tra gli altri, E. MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella legge 69/09*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1548; M. BOVE, *La misura coercitiva di cui all'art. 614-bis cod. proc. civ.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, p. 784; C. DELLE DONNE, *L'attuazione delle misure cautelari*, Roma 2012, p. 154 ss.; C. TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette*, Padova, 2012, p. 258; F. TOMMASEO, *L'esecuzione indiretta e l'art. 614 bis c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 267; A. MONDINI, *L'attuazione degli obblighi infungibili*, Milano, 2014, p. 122; S. CHIARLONI, *L'esecuzione indiretta ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c.: confini e problemi*, in *Giur. it.*, 2014, p. 736; G. FRUS, *La coercibilità indiretta della misura cautelare ed i rimedi a disposizione di chi la subisce*, in *Giur. it.*, 2015, pp. 2383 ss.; S. RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, Torino, 2015, p. 949; A. NASCOSI, *Le misure coercitive indirette nel sistema di tutela*, cit., pp. 117 ss.; J.V. D'AMICO, *Sull'applicabilità*, cit., p. 718; C.V. GIABARDO, *Effettività*, cit., p. 181.

Contra, A. CHIZZINI, *Sub art. 614-bis*, in AA.VV., *La Riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, Torino, 2009, p. 146; F. TEDIOLI, *Osservazioni critiche all'art. 614 bis cod. proc. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 70.

in quanto «provvediment[o] opportun[o]»⁹; ma è proprio tale possibilità che parrebbe oggi esclusa, la lettera della legge sembrando limitare le sedi per la pronuncia al processo di cognizione e a quello di esecuzione: ciò che varrebbe, dunque, ad implicitamente eliminare il potere di assortire il provvedimento cautelare con la misura coercitiva dal novero delle possibilità offerte al giudice dall'art. 669-*duodecies*¹⁰.

Una simile esegesi, senz'altro possibile, postula tuttavia una serie di scelte ermeneutiche a monte: non solo l'accettazione dell'idea che «processo di cognizione» sia solo quello a destinato a mettere capo ad un provvedimento suscettibile di passare in giudicato, ma, ancor prima, che il potere del giudice dell'attuazione cautelare di comminare l'*astreinte* traesse prima (e, dunque, ora non più) la propria fonte esclusiva nell'art. 614-*bis* cit.

Del che è, invece, possibile dubitare: come noto, già oltre 20 anni fa, autorevole dottrina, nel prendere atto dell'esistenza di «un movimento giurisprudenziale secondo cui l'infungibilità del facere non osta alla concessione del provvedimento cautelare d'urgenza», osservava che «del resto l'art. 669 *duodecies* c.p.c. parla ormai di attuazione di tale provvedimento alludendo con ciò alla possibilità di forme per l'appunto attuative diverse dalla vera e propria esecuzione diretta»¹¹. E così, anche dopo la novella del 2009, pur essendosi il dibattito pressoché spento – la maggioranza degli interpreti, preferendo ripiegare sulla più comoda soluzione rappresentata da un'interpretazione non restrittiva della nuova disposizione¹² –, v'è chi ha

⁹ G. COSTANTINO, *Tutela di condanna e misure coercitive*, in Aa.Vv., *Il processo esecutivo*. Liber amicorum Romano Vaccarella, Torino, 2014, p. 923; B.N. SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*⁹, Milano, 2023, p. 866, nota 5.

J.V. D'AMICO, *Sull'applicabilità*, cit., p. 724, che pur ritiene che la misura possa essere richiesta tanto in sede di ricorso introduttivo, quanto in fase di reclamo e/o di revoca o modifica, dubita invece che la stessa possa essere concessa dal giudice dell'attuazione: secondo l'a., «qualora si ritenga di seguire la tesi dell'unitarietà del procedimento cautelare, potrebbe immaginarsi un margine di operatività per la misura in parola anche nella fase dell'attuazione, laddove il giudice dell'attuazione, "ove sorgano difficoltà o contestazioni, dà con ordinanza i provvedimenti opportuni, sentite le parti". In questa prospettiva potrebbe allargarsi il significato del termine "difficoltà" e ritenere che il giudice dell'attuazione – per superare queste ultime – possa disporre come "provvedimento opportuno" la misura di cui all'art. 614 *bis* c.p.c. Ipotesi probabilmente sostenibile, ma che non [...] sembra sistematicamente corretta, in quanto il giudice interviene direttamente sul contenuto del provvedimento cautelare e non sulle modalità di attuazione dello stesso».

¹⁰ In questo senso, se ben s'intende, G. VERDE, *Diritto processuale civile*⁶, 3. *Processo di esecuzione*, Bologna, 2023, p. 137. Lo stesso a., però, mitiga l'osservazione in prosieguo: «l'art. 614 *bis* parla di attuazione dei provvedimenti "di condanna", ossia di provvedimenti autosufficienti, là dove, in sede cautelare, il provvedimento è per definizione strumentale. Tuttavia, ove si consideri che, nel caso degli obblighi di consegna o rilascio e di fare o di non fare, il provvedimento che li dispone è necessariamente anticipatorio, tale che la sua forza esecutiva viene meno soltanto se l'intimato inizi il giudizio di merito e se il giudice, su sua richiesta, revochi o modifichi il provvedimento, si è portati a ritenere che l'art. 614 *bis* non sia incompatibile con la disciplina del processo cautelare, di tal che, concedendo il provvedimento, il giudice potrebbe inserirvi la condanna anticipata per il caso che l'inadempimento si protragga nel tempo» (*ibid.*, p. 241).

¹¹ E. FERRARA - S. MAZZAMUTO - G. VERDE, *Alcune proposte in materia di giustizia civile*, in *Foro it.*, 2000, V, cc. 221 ss.

¹² Cfr. ad esempio la posizione di S. RECCHIONI, che, in passato, aveva sostenuto l'inammissibilità della tutela cautelare degli obblighi infungibili (*Id.*, *Il processo cautelare uniforme*, Torino, 2005, pp. 835 s.), salvo poi mutare avviso proprio in ragione

continuato a sostenere che «il ricorso alla comminatoria [dell'*astreinte*] nell'ambito dei procedimenti cautelari non è frutto dell'applicazione diretta dell'art. 614 *bis* c.p.c. [...], ma trova la propria fonte nell'ampio potere discrezionale di cui gode il giudice della cautela in sede di attuazione dei provvedimenti che è chiamato ad emanare»¹³.

Certo, l'affermazione appare mitigata dall'ulteriore rilievo per cui «la previsione generale dell'art. 614 *bis* c.p.c. costitui[rebbe] motivo di legittimazione di una misura in passato giudicata irrituale proprio a causa dell'assenza nel sistema di una comminatoria di analoga portata»¹⁴. Ma è proprio la natura generale dell'articolo menzionato (a fronte della specialità dell'art. 669-*duodecies* c.p.c.)¹⁵ a consentire (oggi come ieri) una diversa lettura: perché *lex posterior generalis non derogat priori speciali*. Vero è che tale principio non trova applicazione assoluta, non potendosi escludere «che in concreto l'interpretazione della *voluntas legis* [...] evidenz[i] una latitudine della legge generale posteriore, tale da non tollerare eccezioni, neppure da parte di leggi speciali: che restano, in tal modo, tacitamente abrogate»¹⁶; e

dell'introduzione dell'art. 614-*bis* (come dallo stesso a. riconosciuto in *Id.*, *L'attuazione forzata indiretta dei comandi cautelari ex art. 614-bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 1483; v. anche *Id.*, *Diritto processuale*, cit., pp. 19 s., 946 ss. e *passim*).

¹³ S. MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, p. 947. L'a. muove evidentemente dal presupposto che l'ambito di applicazione della disposizione, nel testo del 2009, fosse effettivamente limitato dalla rubrica; ma anche di tale assunto pare possibile dubitare: v. G. VERDE, *Diritto processuale*, cit., p. 135.

Dichiaratamente contrario alla tesi di Mazzamuto è C.V. GIABARDO, *Effettività*, cit., p. 183, secondo cui l'argomento tratto dall'art. 669-*duodecies* «sembra provare troppo». Secondo l'a., infatti, «l'introduzione dell'art. 614 *bis* c.p.c. costituisc[e] un fattore essenziale di legittimazione per la pronuncia di una misura che, in difetto di qualsivoglia previsione normativa, sarebbe apparsa quantomeno inconsueta e irrituale. Se così non fosse – se, cioè, si argomentasse che l'art. 614 *bis* c.p.c. nulla aggiunge alla discrezionalità attuativa che il giudice cautelare già possedeva – allora dovremmo concludere che egli potrebbe anche andare ancora oggi ben al di là delle restrizioni applicative imposte dall'art. 614 *bis* c.p.c.: il che non pare condivisibile». È, invece, proprio a tale risultato che sembra potersi addivenire, valorizzando – come subito si dirà nel testo – il principio di specialità.

¹⁴ S. MAZZAMUTO, *op. loc. cit.*

¹⁵ È noto che il rito cautelare uniforme, quale «enclave vera e propria nel codice», costituisce un «micro-sistem[a]» a sé, con non irrilevanti conseguenze anche sul piano interpretativo [F. AULETTA, *Diritto giudiziario civile I modelli del processo di cognizione (ordinaria e sommaria) e di esecuzione*, Bologna, 2023, p. 446]; ciò che conforta nell'idea che l'art. 614-*bis* c.p.c., che, isolatamente inteso, andrebbe riferito a qualunque provvedimento di condanna, si ponga quale norma generale rispetto all'art. 669-*duodecies*, dal quale – dunque – risulta (tuttora) derogato. Pare tuttavia opportuno sottolineare che al medesimo risultato può pervenirsi anche accogliendo la tesi qui avversata: perché, se quello cautelare non è un «processo di cognizione» e del provvedimento che lo stesso esita non è data «esecuzione», l'art. 614-*bis* riesce *in toto* inapplicabile alle ordinanze cautelari: ciò, però, lungi dall'implicare necessariamente l'impossibilità, per il giudice della cautela, di comminare l'*astreinte*, ben potrebbe condurre a ricostruire i rapporti tra le due disposizioni come di perfetta complementarità; in sostanza, l'art. 614-*bis* regolerebbe la coercizione indiretta di tutti i provvedimenti di condanna *diversi* dalle ordinanze cautelari, il cui regime di attuazione resterebbe disciplinato dal (solo) art. 669-*duodecies* c.p.c.. Col risultato, ancora una volta, di esonerare il giudice dell'attuazione *anche* dai limiti posti dallo stesso art. 614-*bis*.

¹⁶ La citazione è tratta da Corte cost., 19 febbraio 1976, n. 29, ma l'affermazione è stata più volte reiterata: per ulteriori riferimenti, v. A. CELOTTO, *Fonti del diritto e antinomie*, Torino, 2014, pp. 103 ss.

tuttavia, è ampiamente prevalente l'idea che una simile volontà legislativa, contraria al brocardo, debba risultare chiaramente¹⁷: ciò che non può certo dirsi con riferimento ai rapporti tra gli artt. 614-*bis* e 669-*duodecies* c.p.c.

D'altro canto, che quest'ultima disposizione possa risultare derogatoria rispetto alla disciplina generale si spiega agevolmente, ove si abbandoni l'idea – tralatizia, ma mai realmente giustificata, quanto postulata e basta – dell'inconcepibilità di una tutela in sede cautelare *maggiore* di quella conseguibile nell'ambito del processo a cognizione piena¹⁸; perché, come recentemente osservato, «cautela e tutela non si pongono reciprocamente in rapporto di *meno a più*, ma in rapporto di *strumento a fine*»: in altri termini, la prima non è un *minus*, ma un *aliud*¹⁹. Ne deriva allora che, una volta ricondotto quello di comminare l'*astreinte* nell'alveo del potere, generalissimo e dalla legge in alcun modo circoscritto, di «determina[re] anche le modalità di attuazione», di cui gode il giudice che ha emanato la misura cautelare, le vicende dell'art. 614-*bis*, e dei suoi limiti, risultano indifferenti²⁰.

È muovendo da queste premesse che trova giustificazione la tesi di chi già immaginava la comminatoria di *astreintes* anche «ben al di là della rubrica dell'art. 614 *bis* c.p.c.» nella sua versione originaria, «e, quindi, non solo per gli obblighi di fare infungibile e di non fare ma anche per gli obblighi di fare fungibile e di consegna o rilascio»²¹; come troverebbe giustificazione (con operazione meno opinabile di quella cui darebbe luogo la contravvenzione palese alla lettera della legge, sia pur “costituzionalmente” motivata) la pronuncia della misura a corredo di provvedimenti cautelari in materia lavoristica²², di cui si è tornati a

¹⁷ V. ancora le pronunce richiamate da A. CELOTTO, *op. cit.*, pp. 105 ss.

¹⁸ V, tra gli altri, U. COREA, *Condanna civile e misure coercitive*, Pisa, 2023, p. 124, secondo cui «l'ambito di applicazione dei provvedimenti d'urgenza è pur sempre quello delle tutele che il diritto ha inteso apprestare sul piano sostanziale predisponendo il rimedio giurisdizionale rappresentato dal giudizio di merito, al quale la misura cautelare è strumentale; sicché è impensabile che quest'ultima possa garantire una protezione maggiore e più estesa di quella conseguibile nel merito».

¹⁹ F. AULETTA, *Riserve agli organi di giustizia dell'Ordinamento sportivo e principi fondamentali*, in *DPCleC*, 2023, p. 33.

²⁰ Né si tratterebbe di un *unicum*. Il sistema, infatti, conosce almeno un altro caso in cui l'effettività della misura cautelare risulta maggiore di quella dell'analogo provvedimento assunto nel processo a cognizione piena: si allude alla descrizione, che si «esegu[e] a mezzo di ufficiale giudiziario» (art. 130, comma 1, c.p.i. e 162, comma 2, l.d.a.), il quale può «vincere la resistenza opposta dal debitore o da terzi, [...] richiedendo, quando occorre, l'assistenza della forza pubblica (art. 513, comma 2, c.p.c., richiamato dagli artt. 606 e 608). E dal confronto tra tale disciplina e quella «comune dell'ispezione (sia ordinaria, ex art. 118 e 258 c.p.c., e sia cautelare, ex art. 696 c.p.c.)» non può che discendere una constatazione: «[s]e [...] il rifiuto della parte di consentire l'ispezione – rifiuto non superabile forzatamente – genera solamente un argomento di prova a danno del renitente [...], il rifiuto della parte do subire la descrizione non impedisce l'acquisizione della prova»: A. RONCO, *La tutela cautelare della prova*, in A. GIUSSANI (a cura di), *Il processo industriale*, Torino, 2012, p. 328.

²¹ S. MAZZAMUTO, *op. loc. cit.*

²² In questo senso, pur senza evocare esplicitamente il criterio di specialità, G. COSTANTINO, *Tutela di condanna e misure coercitive*, in *Giur. it.*, 2014, p. 741, secondo cui «il giudice già aveva ed ha il potere di determinarne “le modalità di attuazione” mediante “provvedimenti opportuni”; non può escludersi, quindi, quella di imporre una misura coercitiva, anche nelle

discutere non molto tempo fa²³; e infine, per quanto qui maggiormente interessa, risulta giustificato – indipendentemente dall’interpretazione dell’art. 614-bis novellato cui si ritenga di accedere – il perdurante potere del giudice della cautela di assortire il provvedimento con la misura coercitiva.

4. Sull’inapplicabilità delle preclusioni assertive all’istanza di *astreinte*...

Più pericolosa, perché in qualche misura già consacrata dalla *law in action*, appare la seconda delle contrazioni dell’ambito applicativo dell’art. 614-bis qui contestate: il riferimento è alla

controversie di lavoro. [...] Non appare, quindi, necessario invocare la disposizione del 2009. Questa, piuttosto, contribuisce a fugare i dubbi sull’ampiezza dei “provvedimenti opportuni”, ma non sembra direttamente applicabile nei procedimenti cautelari»; analogamente, G. RAMPAZZI, *L’ambito di applicazione delle misure di coercizione indiretta ex art. 614 bis c.p.c.*, in AA.VV., *Trasformazioni e riforme del processo civile*, Città di Castello, 2015, p. 368.

La possibilità di travalicare i limiti dell’art. 614-bis c.p.c. è ventilata, sotto altro profilo, anche da L. BARRECA, *L’attuazione degli obblighi di fare infungibile e di non fare (art. 614 bis c.p.c.)*, in *Riv. esec. forz.*, 2009, p. 508: secondo l’a., la disposizione non troverebbe diretta applicazione in sede cautelare, ma il giudice della cautela – quantomeno ove si tratti di provvedimento d’urgenza – potrebbe comminare la misura ai sensi dell’art. 669-duodecies c.p.c. (forse, anche d’ufficio).

²³ Hanno, invero, destato un certo scalpore, nel periodo di emergenza sanitaria, due ordinanze cautelari sostanzialmente identiche, rese il 23 aprile 2020 dai Tribunali di Grosseto e Bologna (annotate da D. BELLINI, *La tutela cautelare ai tempi del coronavirus: il lavoratore può utilizzare l’art. 700 c.p.c. per ottenere lo smart-working*, in www.rivistalabor.it, 9 maggio 2020, e da R. FRATINI, *Astreintes e diritto del lavoro durante il covid-19*, in www.judicium.it, 20 luglio 2020.), che, nell’imporre al datore di lavoro di ammettere il proprio dipendente allo *smart working*, hanno ritenuto di assortire alla condanna la comminatoria di *astreinte*. Ciò che più stupisce, nel testo delle ordinanze in parola, peraltro, è la totale assenza di motivazione sul punto, in netto contrasto con la – viceversa – dotta motivazione precedente, che riassume l’evoluzione del pensiero scientifico in punto di condanna in forma specifica ad obblighi di fare infungibili. Eppure, di ragioni atte a giustificare la pronuncia ve ne sarebbero state diverse: non tutte condivisibili, ma certamente plausibili e già sperimentate, e così quantomeno tali da immunizzare gli autori delle pronunce dalle conseguenze di quella che, altrimenti, ben potrebbe apparire come una «violazione manifesta della legge» (art. 2, comma 3, l. n. 117/1988).

In particolare, oltre alla soluzione (generale) avanzata nel testo, la questione venuta in rilievo nel caso di specie avrebbe potuto ricevere una soluzione alternativa, esclusivamente fondata sulla peculiarità del tema: invero, visti i dubbi di legittimità costituzionale da più parti avanzati con riferimento all’esclusione delle controversie lavoristiche dall’ambito di applicazione dell’art. 614-bis (A. PROTO PISANI, *Note personali e no a margine dell’art. 614 bis c.p.c.*, in *Rass. esec. forz.*, 2019, pp. 3 ss.), una delle opzioni, di per sé opinabile ma certo sostenibile, sarebbe stata quella della disapplicazione (motivata, però) di tale articolo *in parte qua*; disapplicazione che costituisce una delle quattro tesi sviluppatesi in ordine ai casi di incostituzionalità di una disposizione che il giudice della cautela sia chiamato ad applicare (le altre essendo il rigetto dell’istanza; la rimessione della questione di legittimità costituzionale, con conseguente sospensione del procedimento cautelare; la disapplicazione con contestuale rimessione della questione: sul tema, che anima la riflessione dottrinale ormai dagli anni ’70, tanto da esser stato definito un vero e proprio «rompicapo giuridico» – G. SILVESTRI, *Procedimenti cautelari e questioni di costituzionalità: una vecchia questione che si trascina*, in *Giur. cost.*, 1994, p. 452 –, v., per tutti, anche per ampiezza di riferimenti, G. MENEGUS, *Tutela cautelare e questioni pregiudiziali di legittimità costituzionale*, Ferrara, 2017, tesi di dottorato, spec. pp. 36 ss.).

Ancora, ma con ulteriore incremento del tasso di opinabilità della soluzione, si è avanzata in dottrina una lettura (ancora, in tesi costituzionalmente orientata) in base alla quale la pronuncia della misura sarebbe da escludersi nelle sole controversie in cui sia domandata la condanna al compimento della prestazione lavorativa da parte del lavoratore: sul punto v., anche per riferimenti, A. NASCOSI, *Le misure coercitive indirette nel sistema di tutela*, cit., p. 155 s., testo e nota 91.

recente Cass., 23 maggio 2024, n. 14461, che ha affermato che «l'istanza ex art. 614-bis cod. proc. civ. costituisc[e] una vera e propria domanda e, come tale, de[ve] soggiacere alle barriere preclusive del rito», sicché la stessa «de[ve] essere formulata prima della maturazione delle preclusioni assertive»: interpretazione, questa, che, a giudizio della Corte, sarebbe sistematicamente avallata proprio dall'ultima riforma della disposizione in parola.

In realtà, nel silenzio della legge sul punto (silenzio mantenuto anche nel testo attuale), la questione ha sin da subito diviso la dottrina²⁴, ove alle due tesi estreme – quella di chi, ritenendo quella avanzata ai sensi dell'art. 614-bis c.p.c. una vera e propria domanda, coerentemente ne richiede la presentazione sin dagli atti introduttivi (o, al più, per l'attore, nel termine per la presentazione della *reconventio reconventionis*)²⁵, e quella di quanti invece, muovendo dall'opposta premessa, la ritengono sottratta ad ogni preclusione²⁶, e dunque ammissibile anche ove avanzata per la prima volta in appello²⁷ (e, per taluno, persino in Cassazione, per l'eventualità che la Corte decida nel merito)²⁸ –, se ne affiancano di intermedie, quale quella che assimila l'istanza ad una modifica della domanda, indi ritenendola presentabile al più tardi nei limiti in cui quest'ultima è ammessa²⁹, e quella che afferma l'ammissibilità della stessa per tutto (ma solo) il primo grado³⁰.

²⁴ Sicché pare tutt'altro che «assodato», come invece afferma A. Crivelli, *La coercizione indiretta*, cit., 423, che l'istanza «costitui[sca] una domanda, da proporsi entro le barriere preclusive previste dal codice di rito, in generale, per le domande giudiziali»

²⁵ I. PAGNI, *La «riforma» del processo civile: la dialettica tra il giudice e le parti (e i loro difensori) nel nuovo processo di primo grado*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1318 s.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Le novità della riforma in materia di esecuzione forzata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, p. 205; D. AMADEI, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, ivi, p. 348; A.M. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*⁸, Milano, 2022, p. 2272.

²⁶ F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 2023, 247.

²⁷ M. BOVE, *op. cit.*, p. 788; L. BARRECA, *op. cit.*, p. 507; A. NASCOSI, *Le misure coercitive indirette nel sistema di tutela*, cit., 144 ss.; C. CONSOLO - F. GODIO, *Sub Art. 614-bis c.p.c.*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile commentato*⁶, III, Milano, 2018, p. 1342, che tuttavia (condivisibilmente) osservano che «[l]a richiesta di applicazione dell'*astreinte* potrà però essere proposta *ex novo* solo se la sentenza di prime cure sia già stata gravata da appello per motivi diversi. L'appello proposto al solo fine di vedersi accogliere la richiesta di applicazione dell'*astreinte* mai in precedenza formulata, infatti, sarà inammissibile, per insufficienza (anche se non ancora assenza) di interesse ad impugnare, non potendosi addurre alcun motivo di censura al riguardo alla sentenza».

²⁸ F. TEDIOLI, *op. cit.*, p. 77, nota 58. Per I. GAMBIOLI, *Le misure di coercizione indiretta ex art. 614 bis c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1291, «[l]a richiesta è proponibile in primo grado, in appello o in cassazione; inoltre, vista la natura processuale, non si esclude che l'istanza possa essere presentata nella celebrazione del giudizio di rinvio»; ma l'a. non specifica se – a suo giudizio – sia ugualmente proponibile in tutte le sedi “per la prima volta”.

²⁹ Così, con riferimento al rito ante-Cartabia, all'art. 183, comma 5 e 6, n. 1, c.p.c., E. MERLIN, *Prime note*, p. 1549; riconosce che tale interpretazione fonda su «molte buone ragioni», C.V. GIABARDO, *Effettività*, cit., p. 196, il quale tuttavia, a seguito dell'ultima riforma, pare allinearsi alla tesi più liberale: v. *infra*, nota 40.

³⁰ A. CHIZZINI, *Sub art. 614-bis*, in AA.VV., *La Riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, Torino, 2009, p. 178. e E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, p. 206, che ammettono l'istanza in grado di impugnazione solo laddove la stessa sia stata già presentata in prime cure e ivi rigettata.

Del dibattito appare consapevole l'estensore della menzionata pronuncia, che tuttavia oppone alla tesi predominante – *i.e.* la più liberale tra quelle sopra ricordate – un (invero poco significativo) precedente di legittimità³¹ e una serie di «argomenti logici e sistematici». Anzitutto, infatti, si osserva che, «a differenza di altri capi accessori, la misura di coercizione non è conseguenza necessaria della condanna, com'è invece la pronuncia sulle spese, che dall'istanza e dalla quantificazione della parte prescinde totalmente, ufficiosamente procedendovi il giudice nel definire il procedimento». Al contrario, «la "coercitoria" è determinata in base a circostanze di fatto [...] che devono essere tempestivamente allegare (e, se del caso, provate), consentendo così alla parte avversaria una compiuta difesa che non sarebbe possibile se la domanda potesse essere avanzata oltre la barriera preclusiva stabilita per la proposizione delle domande e delle eccezioni o persino dopo la delimitazione del *thema probandum* (che potrebbe comprendere prove contrarie o elementi idonei a incidere sulla statuizione giudiziale)»; inoltre, «a voler ritenere ammissibile la domanda [...] in appello (in quanto "agganciata" al provvedimento di condanna), si dovrebbe ammettere la sua proponibilità anche in sede di precisazione delle conclusioni del secondo grado, il che limiterebbe ulteriormente il diritto di difesa della parte avversaria, inibita a introdurre elementi di fatto idonei a escludere o a mitigare l'*astreinte* e abilitata soltanto all'impugnazione di legittimità (i cui noti limiti non permetterebbero un riesame delle circostanze fattuali considerate per la valutazione o il merito di quest'ultima, come già statuito da Cass., Sez. III, Ordinanza n. 7927 del 23 marzo 2024, Rv. 670596-01)».

Infine, e per quanto qui maggiormente interessa, «[d]al punto di vista sistematico, [...] la delimitazione di un momento preclusivo certo per la proposizione della domanda di condanna *ex art. 614-bis* cod. proc. civ. nel processo di cognizione elimina incertezze sulla possibilità di avanzare la medesima domanda al giudice dell'esecuzione, [...]; è evidente, infatti, che ad ammettere la proponibilità della domanda anche alla fine del processo di primo o di secondo grado si rende incerto il presupposto che permette di adire il giudice dell'esecuzione, col rischio (oltretutto) di innescare possibili conflitti tra le decisioni di quest'ultimo e quelli del giudice della cognizione successivamente investito dell'istanza».

Nessuno degli argomenti appare, tuttavia, persuasivo.

Anzitutto, il precedente richiamato appare di per sé poco calzante: non solo perché vi si osserva solo *en passant*, e *in obiter*, che «la domanda di condanna all'*astreinte ex art. 614 bis* c.p.c. è stata proposta dal ricorrente solo nel giudizio di secondo grado, e quindi inammissibilmente *ex art. 345* comma 1, c.p.c.», ma anche perché l'affermazione risulta calata

³¹ Il riferimento è a Cass., 9 dicembre 2019, n. 32023, su cui v. *infra*, nel testo.

in un ragionamento che, ove mai ritenuto corretto con riferimento al vecchio testo dell'art. 614-bis c.p.c., sembra certamente non più reiterabile alla luce della nuova formulazione della disposizione. L'inammissibilità dell'istanza in appello è, infatti, mitigata dalla Corte con l'ulteriore osservazione che «la legge non esclude in modo univoco la proposizione successiva in separato giudizio della richiesta di emanazione della misura di coercizione indiretta, in un'ottica di progressivo rafforzamento della tutela di tali categorie di creditori. | È pur vero che la norma in questione prevede esplicitamente che la pronuncia di fissazione delle misure indirette di coercizione avvenga con il provvedimento di condanna ma nulla esclude che il creditore possa introdurre in un secondo tempo e in separato giudizio tale richiesta, in esplicitazione del principio dispositivo, a patto di giustificare adeguatamente la separata proposizione delle richieste e la conseguente frammentazione dell'istanza di tutela, evitando una eventuale contestazione di "abuso del processo" e spiegando la propria condotta in una prospettiva di progressiva e bilanciata reazione all'avversario inadempimento».

Motivazione di per sé assolutamente coerente: perché è solo considerando (sia pur implicitamente) quella di *astreinte* una vera e propria domanda che la stessa può essere assoggettata a preclusione; ma quella nuova, e quindi preclusa, in un determinato procedimento è necessariamente una domanda proponibile in un *altro* processo. E tuttavia, se tale ultima possibilità poteva – come emerge dal passo richiamato, non senza qualche forzatura – essere argomentata in passato, il testo attuale dell'art. 614-bis, nell'individuare quali sedi alternative esclusivamente il processo di cognizione che esita la condanna cui si richiede di assortire la misura o quello di esecuzione da avviarsi sulla base del titolo (giudiziale o stragiudiziale) già formato, pare invece confermare *a contrario* quanto già ritenuto da parte della dottrina, *i.e.* che la domanda di *astreinte* non possa essere proposta in via autonoma, in un separato giudizio³²; ciò che non solo mina alla radice il complessivo discorso condotto dalla pronuncia del 2019 (e così, il suo il valore “normativo”), ma rappresenta già un primo elemento per affermare la bontà della tesi più liberale³³.

³² In tal senso, tra gli altri, G. BALENA, *La nuova pseudoriforma del processo civile (un primo commento alla legge 18 giugno 2009 n. 69)*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 799; M. BOVE, *op. cit.*, p. 787; A. CHIZZINI, *op. cit.*, p. 177 ss.; L. BARRECA, *op. cit.*, p. 507; F. TEDIOLI, *op. cit.*, p. 72; C. CONSOLO - F. GODIO, *op. cit.*, p. 298; A. NASCOSI, *Le misure coercitive indirette nel sistema di tutela*, cit., p. 146; Soldi, *op. cit.*, p. 2272.

Contra, in giurisprudenza, Trib. Belluno, 2 maggio 2019, in *Foro it.*, 2019, I, c. 4115, con nota di richiami, che, in linea con la pronuncia di legittimità di cui al testo, ritiene che il riferimento al processo di cognizione contenuto nell'art. 614-bis vada letto nel senso di richiedere esclusivamente che la misura sia applicata da “un” giudice della cognizione, non essendo viceversa necessario che si tratti del medesimo giudice che pronuncia sul merito. Sostanzialmente nello stesso senso, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, p. 206; D. AMADEI, *op. cit.*, p. 357; C. TRAPUZZANO, *op. cit.*, pp. 291 ss..

³³ E infatti, se si guarda alla giurisprudenza di merito, è proprio muovendo dalla premessa opposta che si giunge alla conclusione qui divisata: cfr. App. Firenze, sez. III, 18 maggio 2022 n. 973, in *BDP*, secondo cui quella volta alla comminatoria dell'*astreinte* è «una istanza necessariamente accessoria (non potrebbe essere formulata come domanda a sé), che nulla

Venendo, quindi, alla parte realmente argomentativa della motivazione della pronuncia più recente, deve riconoscersi che la stessa riprende la tesi dottrinale, di per sé degna di attenta considerazione, che tende(va già) ad anticipare la preclusione alla prima memoria, onde tutelare il diritto di difesa del prospettico debitore³⁴; e tuttavia, il ragionamento alla base della stessa sembra provare troppo. Benché non possa, infatti, escludersi che la valutazione dei diversi elementi che la legge richiede siano considerati dal giudice al fine della determinazione del *quantum* della misura possa originare «autonome esigenze di trattazione ed istruttoria»³⁵, tale circostanza è meramente eventuale, ben potendo i medesimi elementi emergere già dalla formulazione della domanda principale e dalle prove poste a fondamento di quella, come della difesa. Si spiega, allora, perché tali esigenze non solo non siano mai state espressamente evocate dal legislatore³⁶, ma appaiano addirittura *sistematicamente* escluse a seguito della riforma, essendo la sede esecutiva un luogo certamente inidoneo (quantomeno, allo stato)³⁷ ad ospitare le relative attività. Né parrebbe potersi obiettare che una simile mancanza imponga all'interprete di forzare *in via generale* la lettera della legge, mediante una (*soi-disante*) interpretazione costituzionalmente orientata: ove effettivamente le menzionate esigenze si diano nel caso di specie, infatti, risulterà sufficiente attivare il potere – da ritenersi già implicito, ma oggi espressamente previsto – di cui all'art. 101, comma 2, prima parte, c.p.c.; disposizione generale, e dunque applicabile tanto innanzi al giudice della cognizione (qualunque sia il grado, e così anche in appello), che a quello dell'esecuzione³⁸.

aggiunge al *petitum*, il quale resta immutato [...]; la cui mera funzione è quella di assicurare la ottemperanza a una condanna per sua natura (facere) di difficile esecuzione forzata. | Pertanto, la relativa istanza può anche essere formulata in sede di precisazione delle conclusioni, non soggiacendo alle preclusioni delle domande di merito».

³⁴ V. *retro*, nota 29.

³⁵ E. MERLIN, *Prime note, cit.*, p. 1549.

³⁶ A differenza di quanto avviene, ad esempio, per l'art. 294, comma 2, c.p.c.

³⁷ Ovviamente, salvo diversa previsione: basti pensare a quanto avvenuto proprio con l'ultima riforma con riferimento alla figura del giudice istruttore, che in appello non trova perfetta corrispondenza di poteri, il consigliere istruttore essendo... incapace di assumere l'istruttoria, se non delegato: cfr. art. 356, comma 1, c.p.c.

³⁸ Ciò che consente di ritenere astrattamente sufficiente la mera previsione che la misura sia concessa «sentita la parte l'obbligata» (art. 612, comma 2, richiamato dall'art. 614-*bis*, comma 2, c.p.c.): in sostanza, vale qui un ragionamento analogo a quello condotto da chi, nel commentare Cass., sez. un., 21 febbraio 2022, n. 5624 (che ha ammesso la possibilità, per le parti, di avanzare le proprie critiche alla CTU anche in sede di comparse conclusionali, e addirittura in appello), ha sottolineato come, indipendentemente dalla natura della questione e/o delle allegazioni introdotte in fase avanzata del procedimento, debba riconoscersi un vero e proprio «diritto [...] alla riapertura dell'istruzione», ove quest'ultima si renda necessaria (F. CAPASSO, *Preclusioni e c.t.u.: ancora dubbi dopo le Sezioni unite*, in *DPCleC*, 2022, p. 125).

Pur senza richiamare l'art. 101 novellato, si esprime nel senso di un contraddittorio «esteso» anche B. LIMONGI, *Misure*, cit., pp. 740 s.

Escluso, quindi, che una deroga al principio (*in teoria* pacificamente discendente dall'art. 24 Cost., *in pratica* troppo spesso disatteso dalla giurisprudenza, tanto civile che penale)³⁹ secondo cui non è possibile assoggettare le parti a preclusioni non previste dalla legge possa risultare necessaria per ragioni "intrinseche" al procedimento di cognizione, la conclusione non pare diversa neppure alla luce della sopravvenuta necessità di coordinamento derivante dall'introduzione della possibilità di richiedere la comminatoria di *astreinte* al giudice dell'esecuzione. Anzi: i pochi autori che risultano, allo stato, essersi interrogati sul punto risultano – condivisibilmente – concordi nel senso che «[p]roprio la possibilità di chiedere la misura addirittura in sede esecutiva, per la prima volta, dovrebbe far tendere ad accogliere la tesi per cui essa, in sede cognitiva, è ammissibile fino alla rimessione della causa al collegio (art. 189 c.p.c.) o, nel caso di causa soggetta al rito monocratico, comunque fino alla precisazione delle conclusioni o nel termine stabilito ai sensi dell'art. 281-quinquies c.p.c.»⁴⁰.

5. ... e sull'assenza di criteri orientativi onde ricavare una disciplina del concorso tra le sedi in cui calare l'istanza

Ciò non toglie, tuttavia, che un problema di coordinamento si ponga, trattandosi anzitutto di stabilire se il potere del giudice dell'esecuzione di concedere la misura *coesista con o succeda a* quello del giudice della cognizione, e, ove l'alternativa vada sciolta in tale ultimo senso, di individuare il momento dell'effettivo "passaggio di consegne" tra i due organi dell'A.G.

In effetti, se si guarda al sistema, la necessità di regolare il concorso appare scontata, il legislatore regolarmente curandosi (artt. 43; 396, comma 2; 398, ult. comma; 669-*decies*, comma 1, c.p.c.) di escludere che la scelta tra l'uno o l'altro rimedio sia rimessa alla determinazione della parte. Ciò, tuttavia, non è avvenuto nella specie, né la logica cui è di norma ispirata la disciplina del concorso appare pianamente applicabile alla questione che occupa: come noto, infatti, con l'eccezione (per chiare ragioni) dell'art. 43 c.p.c., la scelta cade sempre in favore del mezzo che consente una maggiore latitudine di poteri alle parti.

³⁹ Cfr., rispettivamente, G. COSTANTINO, *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 1096, e L. LUPARIA, *La maschera il volto della preclusione nei delicati equilibri del rito penale*, in R. DEL COCO - L. MARAFIOTI, *Il principio di preclusione nel processo penale. Atti del Convegno (Teramo, 16 giugno 2011)*, Torino, 2012, p. 81.

⁴⁰ A. CRIVELLI, *La coercizione indiretta*, cit., p. 423 s. nello stesso senso, P. CARDINALE, *L'esecuzione indiretta*, cit., p. 530, e C.V. GIABARDO, *Il maquillage*, cit., pp. 424 s., che ammette la proponibilità dell'istanza anche per la prima volta in appello e nel giudizio di rinvio, argomentando anche a fortiori dal neointrodotta potere del giudice dell'esecuzione.

Al fondo v'è, si direbbe, un ragionamento analogo (ma con segno invertito rispetto) a quello su cui fonda il c.d. principio dell'ultrattività delle preclusioni: perché non avrebbe senso costringere il creditore, che non abbia "tempestivamente" richiesto la misura nel giudizio di cognizione, ad attendere la formazione del titolo esecutivo, per poi riaprirgli senz'altro la possibilità di domandare l'*astreinte* al giudice dell'esecuzione.

Ma, per quanto sopra osservato, la sede (ed, eventualmente, il grado) in cui calare l'istanza di *astreinte* nulla muta sotto questo profilo: da un lato, sul giudice destinatario della richiesta grava in ogni caso il potere-dovere di «adotta[re] i provvedimenti opportuni» onde «assicura[re] il rispetto del contraddittorio» (art. 101, comma 2, prima parte, c.p.c.); dall'altro, e posto che il problema si porrà quasi esclusivamente laddove sia già intervenuta una sentenza di primo grado senza che il creditore abbia mai chiesto la misura coercitiva⁴¹, risulta assicurato comunque almeno un grado di merito a cognizione piena (sia esso quello d'appello o di rinvio, o quello che si svolge innanzi al giudice dell'opposizione agli atti esecutivi) e uno di legittimità. E, mentre la natura sia dell'istanza, sia dell'attività richiesta al giudice, risulta la medesima, ovunque la prima sia calata – sicché non pare possibile ragionare in termini di necessaria priorità, logica prima che giuridica, del giudizio di cognizione rispetto a quello di esecuzione –, neppure pare soccorrere, quantomeno in via univoca e dirimente, il principio di economia dei giudizi, che pur potrebbe lasciar ipotizzare l'impossibilità di impegnare il giudice dell'esecuzione (col rischio di una potenziale duplicazione di giudizi di cognizione, ove alla decisione del primo segua l'opposizione ex art. 617 c.p.c.) per tutta la pendenza del processo che ha originato il titolo giudiziale (ancora) sfornito di *astreinte*: perché, se è certo che la parte vittoriosa, che non abbia richiesto la misura in prime cure, neppure potrebbe proporre appello *esclusivamente* al fine di domandarne la comminatoria⁴², sarebbe evidentemente contrario alle medesime esigenze di effettività che hanno ispirato la riforma pensare di onerarla di attendere lo spirare del termine di impugnazione per rivolgersi al giudice dell'esecuzione, o – ove invece la controparte impugni – di calare l'istanza in appello, e così doverne attendere la conclusione⁴³ (impregiudicata, ovviamente, la possibilità di farlo, ove tanto risponda al suo

⁴¹ Perché prima di tale momento, di norma non esiste un titolo da azionare innanzi al giudice dell'esecuzione; mentre, se la richiesta è stata avanzata e respinta, sia pur implicitamente, l'unico rimedio è l'impugnazione (v. *retro*, § 2).

La prima affermazione soffre, certo, di qualche eccezione, potendosi dare casi in cui il titolo esecutivo giudiziale intervenga prima del termine del primo grado di giudizio: è il caso delle ordinanze anticipatorie ex artt. 186-ter e quater c.p.c. e del decreto ingiuntivo (opposto) di cui sia stata disposta la provvisoria esecutività, vuoi ex art. 642, vuoi ex art. 648 c.p.c. (in tutti i casi, ovviamente, nei limiti in cui i menzionati titoli rechino una condanna diversa da quella al pagamento di somme di denaro). Anche in questi casi appare necessario distinguere: ove l'istanza sia stata presentata e respinta, deve ritenersi preclusa la possibilità di investire il giudice dell'esecuzione; in caso contrario, il problema del concorso si ripresenta, ma non pare doversi risolvere in maniera diversa da quanto si proporrà, in via generale, nel testo.

⁴² V. *retro*, nota 27, per l'opinione di C. CONSOLO e F. GODIO, cui si aderisce.

⁴³ Ferma, infatti, l'assenza di preclusioni per la presentazione dell'istanza (che, dunque, potrà essere avanzata in appello sin dalla citazione e per tutto il corso del procedimento), deve ritenersi che il giudice possa disporre la misura solo con la sentenza di condanna (e, dunque, non prima). In tal senso milita il dato letterale, che consente la comminatoria, da parte del giudice della cognizione, (esclusivamente) «[c]on il provvedimento di condanna», e – dunque – solo contestualmente ad una decisione "sul merito". Ciò non significa, tuttavia, che la misura coercitiva possa essere disposta in appello solo ove la condanna sia ivi pronunciata per la prima volta (e, quindi, a seguito della riforma della sentenza di prime cure, in ipotesi reiettiva della domanda attorea): sembra infatti potersi ritenere che, in virtù dell'effetto generalmente (ma v. A. PROTO PISANI,

interesse); e analogo ragionamento potrebbe ripetersi anche con riferimento al ricorso per cassazione, ove si ritenesse consentita la presentazione dell'istanza per la prima volta finanche in tale sede⁴⁴.

Allo stato, dunque, non pare si diano argomenti per escludere il concorso; né, del resto, sul punto sembra aver inciso il decreto correttivo, che ha interessato l'art. 614-*bis* limitatamente al diverso profilo del destino dell'*astreinte* in caso di estinzione del processo esecutivo⁴⁵, in apparenza dunque neppure ponendosi il problema qui ipotizzato. Problema che, a voler accogliere le conclusioni rassegnate in punto di (assenza di) preclusioni e di necessario rispetto, in ogni caso, del principio del contraddittorio, tale probabilmente non è.

Valentina Capasso

Ricercatrice nell'Università di Napoli Federico II

Note sulla struttura dell'appello civile e sui suoi riflessi sulla cassazione, in *Foro it.*, 1991, c. 113 s., e F. AULETTA, *Diritto*, cit., p. 322) sostitutivo della pronuncia d'appello, anche il rigetto (in rito o nel merito) del gravame proposto dal convenuto già soccombente, in quanto conferma/novazione della primitiva condanna, possa costituire «provvedimento di condanna» ai fini del 614-*bis*, comma 1, c.p.c.

Certo, non può escludersi una lettura alternativa, che intenda il «con» come «stante il», così liberando il potere di pronunciare l'*astreinte* dall'esigenza di contestualità, e ricollegandolo alla mera (pre-)esistenza di un provvedimento di condanna; muovendo da tale presupposto, allora, anche il giudice d'appello, ove la condanna sia già intervenuta in prime cure, potrebbe comminare la misura per tutto il corso del procedimento, se del caso emanando un provvedimento *ad hoc*. Del resto, come si è osservato, proprio l'apertura della possibilità di domandare la misura coercitiva al g.e. «mentre esclude la possibilità di pronunciare l'*astreinte* nel contesto di un separato e autonomo processo di cognizione rispetto al giudizio da cui si genera la condanna che risulterà assistita dalla comminazione punitiva, neppure ne riserva la legittimazione al medesimo giudice titolato a irrogare la condanna principale; con opzione che, dunque, diverge da quella adottata dal legislatore, per esempio, nell'art. 96, dove le valutazioni relative all'opportunità della sanzione accessoria, non più soltanto comminata ma così irrogata, spettano esclusivamente all'autore dell'accertamento della res controversa» (F. AULETTA, *Diritto*, cit., pp. 502 s.).

L'argomento non sembra però suscettibile di essere esteso sino a tali, estreme, conseguenze, quantomeno per ragioni di coerenza sistematica: perché, se si muove – da un lato – dal potere del giudice della cognizione svincolato da quello di condanna principale e – dall'altro – dalla sufficienza della preesistenza di una condanna, risulta ben più arduo negare l'ammissibilità di un'autonoma domanda avente ad oggetto esclusivamente la comminatoria dell'*astreinte*.

⁴⁴ Ma qui, ferma l'assenza di preclusioni in principio, l'ostacolo pare discendere piuttosto dalla natura della cognizione richiesta al giudice nella determinazione della somma: vero è che, letteralmente inteso, l'art. 384, comma 2, c.p.c., non impedisce alla Corte, ove non sia necessaria ulteriore attività istruttoria, di decidere nel merito anche sotto questo profilo; ma, come noto, la Cassazione intende la disposizione come preclusiva della pronuncia rescissoria anche nei casi in cui si tratti di meramente (ri)valutare elementi di fatto, pur già acquisiti al processo.

Nulla sembra, invece, ostare in astratto alla proposizione dell'istanza, anche per la prima volta, nel giudizio di rinvio, ove sono immaginabili gli stessi scenari delineati *retro*, nota 43, per l'appello.

⁴⁵ L'art. 3, comma 7, lett. r), d.lgs. 31 ottobre 2024, n. 164, ha previsto l'inserimento, all'art. 614-*bis*, comma 2, c.p.c., dopo il primo periodo, dell'inciso: «Il provvedimento perde efficacia in caso di estinzione del processo esecutivo».