

L'attuazione degli obblighi di fare infungibile e di non fare le *astreintes*

Liquidazione e opposizione

La novella del 2009 ha finalmente previsto un'ipotesi di portata generale della cosiddetta "esecuzione indiretta", in cui cioè l'esecuzione si realizza non secondo il modello tradizionale in via sostitutiva, bensì attraverso la coazione indiretta dell'obbligato, costituita nella condanna al pagamento di una somma di denaro predeterminata "per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento".

Si è in presenza, in pratica, di una misura coercitiva destinata a garantire gli obblighi di fare infungibile o di non fare, per i quali, ovviamente, non è concepibile l'attività sostitutiva di un terzo rispetto a quella richiesta all'obbligato e non può, dunque, operare l'esecuzione forzata diretta a norma dell'art. 612 c.p.c..

Come emerge chiaramente dal tenore letterale dell'incipit dell'articolo 614-bis, la nuova norma oltre che dare vita ad una sorta di "procedimento" di esecuzione indiretta, incide principalmente sul "contenuto" che deve avere il provvedimento di condanna a un obbligo di fare infungibile o a un non fare.

Di conseguenza, per potersi avvalere di questa forma di tutela, è necessario il preventivo svolgimento di un ordinario processo a cognizione piena .

Questo, peraltro, appare giustificato dalla necessità che il giudice, nel contraddittorio delle parti, non soltanto valuti la non "manifesta iniquità" della misura coercitiva ma ne determini anche l'ammontare.

La tutela esecutiva indiretta, dunque, potrà essere ottenuta contestualmente alla pronuncia di accertamento dell'esistenza del diritto e di condanna. Nulla esclude che la domanda possa essere formulata anche in un separato e successivo giudizio.

Il nuovo articolo 614 bis è applicabile soltanto ai giudizi instaurati dopo il 4 luglio 2009.

La domanda di pronuncia di una misura coercitiva, sebbene accessoria e dipendente alla domanda di condanna, costituisce una domanda che non può essere considerata

contenuta nella semplice domanda di condanna. Perciò dovrebbe essere soggetta al limite preclusivo di cui alle prime memorie ex art. 183, comma 6, n. 1, c.p.c..

La norma precisa inoltre che, in conformità al principio della domanda di cui all'art. 112 c.p.c., il giudice può disporre l'esecuzione indiretta soltanto "su richiesta di parte".

L'elemento essenziale della misura coercitiva consiste nella pronuncia (accessoria a quella principale di condanna all'obbligo di fare infungibile o di non fare) di condanna al pagamento di una somma predeterminata di denaro nei confronti dell'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento.

Il comma 2 dell'articolo 614 bis si preoccupa di chiarire che, nel determinare l'ammontare della somma, il giudice deve tenere conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile. Si tratta di elementi di carattere "oggettivo", strettamente connessi all'oggetto della causa. La formula di chiusura, secondo cui il giudice può altresì tenere conto di ogni altra circostanza utile, sembra consentire comunque di fare riferimento anche a elementi "soggettivi", come la capacità economica del debitore.

Tra l'altro, in base al principio secondo cui una somma di danaro è da considerarsi liquida ove sia suscettibile di essere determinata in base ad un calcolo matematico, si deve ritenere che il giudice abbia la possibilità di stabilire eventualmente anche criteri di adeguamento automatico agli indici Istat, nonché moltiplicatori per ogni violazione successiva alla prima.

Il nuovo articolo 614 bis stabilisce che il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza.

Si tratta di una ipotesi di una cd "condanna in futuro", cioè una condanna che è attuale, ma, essendo soggetta a un termine o a una condizione, è eseguibile soltanto dopo il decorso dell'uno o il verificarsi dell'altra.

Vediamo ora se e in quale misura l'applicazione dell'art. 614 bis incida sull'assetto dei rapporti tra giudice della cognizione e G.E.

Partiamo dal presupposto che il G. della cognizione, qualora la parte ne faccia richiesta, può predeterminare la sanzione applicabile in caso di violazione solo quando la condanna abbia ad oggetto un facere ritenuto infungibile, inattuabile, cioè, ai sensi dell'art. 612 c.p.c.

La valutazione operata dal G. della cognizione in merito alla fungibilità o non fungibilità dell'obbligazione è coperta dal giudicato (valutabile anche in sede di gravame). Ne consegue che al G.E. viene sottratto il potere (che normalmente ha) di interpretare il titolo e valutare la possibilità concreta dell'attuazione forzosa.

Quanto all'applicazione della misura coercitiva va affermato che possa essere contenuta non solo in sentenza di condanna, ma anche in titoli esecutivi di diversa natura. A tanto si giunge anche grazie ad una sentenza interpretativa della Corte Cost. nella quale viene affermato che l'art. 612 c.p.c. consente l'esecuzione anche sulla base dei verbali di conciliazione. Non sembra quindi possa escludersi che la misura coercitiva ai sensi dell'art. 614 bis possa essere applicata anche col verbale di conciliazione; tanto anche per il ruolo svolto dall'organo giurisdizionale nella fase di formazione e verifica dell'accordo.

In questa prospettiva il G., ove richiesto dalle parti, potrebbe ratificare un accordo che preveda l'applicazione della sanzione pecuniaria e che ne determini la misura, sempre che ritenga che effettivamente il facere imposto sia infungibile e che la sanzione non sia manifestamente iniqua (quindi anche in caso di omologa di separazione consensuale). Qualche dubbio alla luce di quanto detto in ordine alla funzione del G., sussiste per il verbale di conciliazione stragiudiziale.

Nel concetto di "provvedimento di condanna", quindi, rientra certamente qualunque provvedimento - e quindi non necessariamente una sentenza - assistito da esecutività.

Tale provvedimento di condanna, come detto, costituisce titolo esecutivo (oltre che per il dettato normativo anche perché capo giudiziale di condanna); sappiamo che l'art. 474 c.p.c., nel configurare la *vis compulsiva* solo a determinati atti, conferma che l'esecuzione forzata non può che aver luogo in virtù di un titolo esecutivo per un

diritto certo (che viene affermato come esistente), liquido (determinato) ed esigibile (non sottoposto a termine e condizioni).

La tassatività dei titoli esecutivi, nonché l'assenza dei requisiti di certezza e liquidità ora ricordati, potrebbero indurci a ritenere che il provvedimento di condanna ex art. 614 bis c.p.c. non sia fornito di immediata attuazione (parte della Dottrina difatti sostiene che, nonostante la formulazione della norma, l'efficacia esecutiva dell'astreintes scatti alla violazione e non prima), ma si finirebbe per attenuare l'efficacia deterrente del provvedimento.

Va detto, inoltre, che la creazione di un titolo esecutivo che prescinde, come nel caso che ci interessa, dall'attualità dell'inadempimento, non contrasta affatto con la struttura del processo esecutivo. Difatti il titolo esecutivo, quale presupposto per l'inizio dell'esecuzione forzata, dà certezza solo in ordine all'esistenza del credito, ma non in ordine alla perdurante attualità dell'inadempimento.

Affermata l'applicazione dell'istituto anche nel **diritto di famiglia**, quale strumento di sensibile pressione proprio per conseguire dal familiare o coniuge, debitore di una prestazione normalmente difficilmente fungibile, una condotta di volontaria – e non, come pure si dice, “spontanea” – ottemperanza ed adempimento, va sottolineato che il provvedimento dovrebbe contenere una formula impositiva (il figlio starà con il tale genitore il tale giorno della settimana, ovvero non deve impedirlo e nel caso in cui contravvenga ...).

La lettera della norma non dice, come in alcune precedenti formulazioni di progetto, di violazioni “successivamente constatate”. Pertanto non necessiterà un accertamento ad opera di un G della cognizione. Siamo in presenza, come detto, di una forma di condanna in futuro che richiede l'allegazione dell'inadempimento ad opera del creditore nell'atto di precetto (una sorta di autocertificazione) lasciando al debitore il rimedio dell'opposizione per sostenere che la violazione non c'è stata.

In pratica, in occasione di “ogni violazione o inosservanza” dell'obbligo indicato nel provvedimento, l'avente diritto, in virtù del provvedimento di condanna, costituente

titolo esecutivo per il pagamento di una somma di denaro, può esperire le ordinarie forme di esecuzione.

Pertanto, qualora si abbia una prova -preferibilmente documentale- degli inadempimenti lamentati (anche se parziali o se consistenti nel ritardo), ovvero qualora -in assenza di prova costituita- si abbia la disponibilità di una prova da costituirsi in un eventuale giudizio di opposizione (interrogatorio formale o prova testimoniale), si può procedere con l'atto di precetto (atto prodromico all'esecuzione che consente l'azione esecutiva per il perseguimento della realizzazione materiale di una prestazione coattiva corrispondente a quella desumibile dal titolo).

Nel predetto atto vanno indicati in modo compiuto e specifico, oltre al titolo esecutivo, gli inadempimenti anche parziali che si pongono a fondamento dell'azionamento della coercitoria stessa, con sommaria indicazione delle relative fonti di prova.

Se risulta semplice comprovare il ritardo nell'esecuzione dell'obbligo (il solo decorrere del tempo attesta la violazione), non altrettanto facile è dotare di supporto probatorio l'affermazione di violazione dell'obbligo di fare infungibile e di non fare.

Il creditore, difatti, nell'ipotesi di dichiarata violazione di obbligo di fare potrebbe esibire note a.r. ovvero telegrammi con cui ha richiesto l'adempimento, ma sappiamo che sono scritture provenienti dalla parte (con valore probatorio relativo e limitato) e, pertanto, dovrà provare con testimoni la circostanza denunciata (es: qualora il genitore non collocatario non rispetti i giorni o gli orari di visita ovvero non collabori alla cura, educazione, istruzione, l'altro potrà provarlo esclusivamente a mezzo testi giacchè anche l'invio di note a.r. e telegrammi potrebbe essere strumentale; tanto anche in caso di obbligo di non fare, qualora cioè il genitore collocatario impedisca che il figlio stia con l'altro genitore o che lo prenda con sé).

Vanno altresì analiticamente indicati i passaggi di calcolo in caso di coercitoria progressiva o rapportata al numero degli inadempimenti od all'entità dei ritardi.

Es (ritardo- fare infungibile) : Tizio, in virtù della condanna di Caio a versargli una somma €100,00 per ogni settimana di ritardo nell'adempimento del fare infungibile,

intima precetto a Caio per € 500,00, sostenendo il decorso di cinque settimane di ritardo; nel diritto di famiglia: Mevia, in virtù dell'ordine imposto al coniuge di cooperare per la serenità del figlio (esercitando correttamente il diritto di visita, collaborando nella cura dello stesso, partecipando alle scelte importanti) con condanna a versare una somma di €100,00 per ogni violazione, intima precetto per €500,00 affermando cinque violazioni.

Es (violazione- non fare): Tizio, in virtù della condanna di Caio a versargli una somma €100,00 ogni volta che suona il piano in orario non consentito, intima precetto a Caio per € 500,00, sostenendo che ha suonato il piano cinque volte; nel diritto di famiglia: Caio, in virtù dell'ordine imposto al coniuge di non impedire che il marito prelevi il minore per tenerlo con sé, con condanna a versare una somma di €100,00 per ogni violazione, intima precetto al coniuge per €500,00 affermando cinque violazioni.

Avvalendosi, poi, delle ordinarie forme del pignoramento si può aggredire il patrimonio dell'obbligato.

Questi, a propria volta, potrà negare proponendo opposizione all'esecuzione, che sia vero quanto affermato ed intimato dal creditore.

Il debitore della coercitiva, quindi, potrà esperire anche l'opposizione ex art. 615, co. 1, c.p.c., contestando il precetto che si fonda sulla coercitoria, ma solo per fatti estranei alla condanna rispetto alla quale essa è accessoria, cioè solo per errori di calcolo o per contestare l'effettiva sussistenza degli inadempimenti o ritardi dedotti nel precetto o per addurre fatti successivi alla formazione del giudicato.

Sappiamo, poi, che il debitore potrà chiedere la sospensiva del titolo. Va a questo punto evidenziato che non va chiesta la sospensiva del solo capo di condanna contenente la coercitoria per vizi della condanna principale, senza avere impugnato anche quest'ultima o quando quest'ultima è passata in giudicato.

Il debitore potrà inoltre proporre opposizione all'esecuzione, ex art 615, co. 2 c.p.c. qualora intenda contestare il diritto ad eseguire da parte del creditore per sostenere che la violazione non c'è stata o che è dipesa da causa a lui non imputabile. Il

debitore potrà contestare, quindi, sia l'inadempimento della prestazione a monte, dedotto dall'esecutante, sia l'impossibilità a sua colpa di detto inadempimento, sia l'inadempimento della sanzione pecuniaria, sia l'inesatto adempimento, qualora le misure coercitive siano previste specificamente per tale evenienza.

In sede di opposizione si applicheranno le ordinarie regole sull'onere della prova: ritornando agli esempi fatti, nel primo caso sarà Caio (opposto) a dover dimostrare di aver adempiuto; nel secondo caso sarà Tizio (opponente) a dover provare quante volte Caio ha suonato il piano in orario non consentito. Ciò in applicazione del brocardo *negativa non sunt probanda* che costituisce applicazione della regola della vicinanza della prova. E' evidente, infatti, che sarebbe estremamente difficile se non impossibile per Tizio, nel primo esempio, dimostrare che la prestazione *non* è stata effettuata e, nel secondo esempio, per Caio dimostrare che *non* ha suonato il piano.

Va detto che, a seguito della novella del 2009, il giudizio di merito instaurato ex art. 616 c.p.c. potrebbe essere svolto anche nelle forme e nel procedimento del cd rito sommario ex art 702 bis e segg. c.p.c., qualora non necessiti di particolare istruttiva, ovvero sia sufficiente un'istruttoria non formale, sommaria appunto.

Poiché occorre coordinare l'opposizione all'esecuzione con eventuali rimedi, va sottolineato che va contestata non con l'opposizione all'esecuzione, ma solo con l'impugnazione avverso il capo del provvedimento che la commina, la condanna alla coercitoria (ad es., per lamentarne la manifesta iniquità, ma dando elementi specifici al riguardo; ovvero per contestarne la correttezza della determinazione, come quando essa sia stata comminata non a corredo di condanna ad un fare infungibile o ad un non fare).

Non va inoltre contestata in modo generico la spettanza la coercitoria, ma vanno indicate in modo analitico le ragioni per le quali la sua imposizione sarebbe illegittima o manifestamente iniqua, sempre tenendo conto della necessità che il creditore consegua comunque il soddisfacimento delle sue ragioni.

In caso di appello occorre impugnare il capo di condanna contenente la coercitoria per vizi della condanna principale unitamente all'impugnazione di quest'ultima .

In applicazione dei principi generali, ove la pronuncia che condanna al *facere* infungibile o al non *facere* fosse modificata in sede di impugnazione, le somme eventualmente pagate devono essere restituite.

Vale chiarire che alla sentenza di condanna con cui è disposta la misura coercitiva, ai sensi dell'articolo 2818 cod. civ., si deve riconoscere l'efficacia di titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale; per cui la somma per la quale è eseguita l'iscrizione è determinata dal creditore nella nota per l'iscrizione in considerazione anche delle eventuali future inadempienze o inosservanze. Sarebbe, infatti, scorretto consentire l'iscrizione ipotecaria nei limiti della somma determinata per una sola violazione.