



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
Dottorato in Studi Giuridici
Comparati ed Europei

Scuola di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei

XXV ciclo

Tesi di Dottorato

**L'attuazione delle
“decisioni che applicano una penalità”
nello spazio giudiziario europeo
tra pubblico e privato**

Relatore

Prof. Marino Marinelli

Dottoranda

Sonia Giovannini

anno accademico 2011-2012

Quest'opera è disponibile ai termini della licenza
Creative Commons Attribution Non commercial No Derivatives





UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Dottorato in Studi Giuridici

Comparati ed Europei

candidata: Sonia Giovannini

L'attuazione delle “decisioni che applicano una penalità” nello spazio giudiziario europeo tra pubblico e privato

Relatore Prof. Marino Marinelli

Anno Accademico 2011-2012

Indirizzo specialistico in Diritto sostanziale e processuale del lavoro

XXV ciclo

Esame finale: 20/04/2013

Commissione esaminatrice:

Prof. Augusto Chizzini, Università Cattolica del Sacro Cuore Milano

Prof. Massimo Montanari, Università degli studi di Parma

Prof. Alberto Romano, Università degli studi di Parma

Dedicato ai miei genitori

Il presente lavoro segna la conclusione di un percorso formativo, di durata triennale, svolto presso la Scuola di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei dell'Università degli Studi di Trento.

Al termine del mio percorso desidero rivolgere un sentito ringraziamento al Professor Marino Marinelli per avermi costantemente seguita in questi anni di dottorato. Gli insegnamenti e le puntuali osservazioni che, sempre, mi ha riservato sono stati di importanza fondamentale per la stesura della presente tesi.

Un pensiero di sincera riconoscenza, inoltre, all'Institut für Zivilverfahrensrecht dell'Università di Vienna per l'ospitalità ricevuta e il supporto prestato alla ricerca.

INDICE-SOMMARIO

ABSTRACT.....	1
INTRODUZIONE.....	3

CAPITOLO PRIMO

ESECUZIONE PROCESSUALE INDIRETTA E COOPERAZIONE GIUDIZIARIA IN MATERIA CIVILE

SEZIONE I. LE INIZIATIVE ARMONIZZATRICI DELL'UE IN TEMA DI ESECUZIONE PROCESSUALE INDIRETTA

1. Esecuzione processuale indiretta ed effettività della tutela nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Il rifiuto del ricorso generalizzato alla tutela per equivalente e l'insufficienza del rimedio risarcitorio.....	19
2. Esecuzione processuale indiretta nei riguardi degli Stati membri: l' <i>astreinte</i> di cui all'art. 260 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e l'esigenza di assicurare l'effettiva applicazione del diritto comunitario.....	31
3. Alcuni esempi di cooperazione giudiziaria in materia di esecuzione processuale indiretta e l'opportunità di evidenziare, sin d'ora, le difficoltà derivanti dalla eterogeneità delle legislazioni nazionali degli Stati membri.....	37
4. Il duplice livello delle iniziative comunitarie in questa materia: l'armonizzazione per settori di disciplina e la circolazione delle misure coercitive nello spazio giudiziario europeo.....	43
5. Restrizione dell'oggetto della presente indagine al solo problema del riconoscimento e dell'esecuzione delle misure coercitive.....	47
6. Le origini della disciplina: l'art. 43 della Convenzione di Bruxelles e la difficoltà di ricostruire l'intenzione storica del legislatore comunitario.....	48
7. La trasposizione dell'art. 43 della Convenzione di Bruxelles nell'art. 49 del Reg. (CE) n. 44/2001: il permanere degli immutati interrogativi di fondo.....	56

SEZIONE II. IL RUOLO DELLE MISURE COERCITIVE

NEL CONTESTO DELLA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA IN MATERIA CIVILE

8. Le misure coercitive e il giudizio di riconoscimento delle decisioni: inquadramento del problema.....	59
9. La libertà di circolazione delle decisioni giudiziarie quale tradizionale caposaldo della cooperazione giudiziaria in materia civile e la sua sostanziale insufficienza per le pronunce di condanna non suscettibili di esecuzione forzata diretta.....	63
10. La necessità di impostare il problema partendo dalla ricognizione dei limiti tradizionali all'esecuzione forzata diretta.....	66
11. Il diritto alla condanna tra esecuzione forzata diretta e indiretta. Attualità del principio della correlazione necessaria tra condanna ed esecuzione forzata. Critica.	71
12. Il problema delle misure coercitive e l'approccio della dottrina.....	76
13. Il ruolo delle misure coercitive nel diritto processuale civile comunitario: un indiretto rafforzamento del principio della libertà di circolazione delle decisioni di condanna ad un fare infungibile o ad un non fare.....	78
14. Considerazioni conclusive e piano dell'indagine.....	79

CAPITOLO SECONDO

L'EFFICACIA TRANSFRONTALIERA DELLE MISURE COERCITIVE

PRECONIZZATA DALL'ART. 49 DEL REG. (CE) N. 44/2001

SEZIONE I. L'ART. 49 DEL REG. (CE) N. 44/2001:

IL RAPPORTO TRA LE MISURE COERCITIVE

E LA DISCIPLINA REGOLAMENTARE

1. L'art. 49 del Reg. (CE) n. 44/2001 quale base giuridica della dimensione comunitaria dell'esecuzione processuale indiretta.....	81
2. Il rapporto tra la disciplina regolamentare e le misure coercitive: il problema della legge applicabile.....	89
3. Le difficoltà derivanti dalla coesistenza, a livello comunitario, di sistemi di misure	

coercitive fortemente eterogenei. Tra pubblico e privato: visione tradizionale e visione critica.....	95
4. I principali modelli di esecuzione processuale indiretta presenti al livello nazionale degli Stati membri: un rapido sguardo d'insieme	100
5. Il modello fatto proprio dall'art. 49 del Reg. (CE) n. 44/2001: cenni introduttivi al sistema francese dell' <i>astreinte</i>	101
5.1. (<i>segue</i>) Brevi note sulla genesi dell'istituto: la necessità di chiarire che al momento dell'approvazione della Convenzione di Bruxelles il percorso di distinzione dell' <i>astreinte</i> dal rimedio risarcitorio si era ormai compiuto in seno alla giurisprudenza francese.....	102
5.2. (<i>segue</i>) Il regime processuale dell' <i>astreinte</i> francese nella disciplina attualmente vigente: la caratteristica struttura bi-fasica del procedimento recepita anche dall'art. 49 del Reg. (CE) n. 44/2001.....	108
6. L'esperienza dell' <i>astreinte</i> nei Paesi del Benelux: la mancata previsione, a livello interno, di un procedimento liquidatorio e la caratteristica definitività della misura.....	113
7. Il <i>Grundsatz der möglichst direkten Vollstreckung</i> dell'ordinamento austro-tedesco. Le differenze di disciplina dello <i>Zwangsgeld</i> e dell' <i>Ordnungsgeld</i> e la necessità di discostarsi dall'impostazione tradizionale.....	115
7.1 (<i>segue</i>) La procedura di cui al § 888 ZPO: lo <i>Zwangsgeld</i> quale mezzo di pressione della volontà del debitore.....	120
7.2. (<i>segue</i>) La procedura di cui al § 890 ZPO: l' <i>Ordnungsgeld</i> quale strumento processuale a carattere eminentemente sanzionatorio.....	123
8. Le misure coercitive dell'ordinamento inglese: in particolare, il <i>Civil Contempt of Court</i>	126
9. Il quadro interno e la lunga assenza di un adeguato sistema di esecuzione processuale indiretta.....	129
9.1. (<i>segue</i>) I precedenti storici in materia di tecniche compulsorie all'attuazione spontanea della pronuncia di condanna. Le misure coercitive a carattere settoriale potenzialmente interessate dal fenomeno circolatorio sul piano comunitario.....	134
9.2. (<i>segue</i>) La legge n. 69/2009 e l'introduzione nel codice di rito di una misura coercitiva a carattere generale.....	136

SEZIONE II. IL RINVIO ALLA LEX FORI E LA CONSEQUENTE NECESSITÀ DI PROCEDERE AD UN' ANALISI DI NATURA COMPARATISTICA (PER "SINGOLE QUESTIONI") NELL'OTTICA DELL'ATTRIBUZIONE DI EFFICACIA TRANSFRONTALIERA ALLE DECISIONI CHE APPLICANO UNA PENALITÀ

10. Le "questioni" di base poste dall'analisi della disciplina nazionale delle misure coercitive: un'indagine di natura comparatistica. La "doppia anima" (tanto pubblicistica, quanto privatistica) sottesa ad ogni provvedimento che irroga una misura coercitiva.....	145
11. Il variegato campo di applicazione delle misure coercitive: tra alternativa e complemento all'esecuzione forzata diretta.....	146
12. L'irrogazione della misura: tra principio della domanda di parte e potere officioso del giudice.....	148
13. Il contenuto delle misure coercitive: tra coercizione-pena e coercizione-indennizzo.....	150
14. La natura del procedimento e del provvedimento: tra attività di cognizione ed attività di esecuzione mera. (<i>Rinvio</i>).....	154
15. La previsione di una eventuale fase liquidatoria e i criteri di commisurazione della misura. Collocazione della pronuncia in sede dichiarativa o esecutiva e valenza di titolo esecutivo.....	156
16. Il beneficiario della misura: tra destinatario pubblico e destinatario privato.....	157

SEZIONE III. POTESTÀ ESECUTIVA INDIRETTA, EFFICACIA TRANSFRONTALIERA E PRINCIPIO DI TERRITORIALITÀ

17. La competenza giurisdizionale intra-comunitaria a pronunciare una "decisione che applica una penalità". Rilievi introduttivi	161
18. Art. 49 e Art. 22, n. 5 del Reg. (CE) n. 44/2001: le ragioni di un' apparente contraddizione.....	162
19. Giurisdizione sul merito della controversia principale e accessorietà della giurisdizione sulla misura coercitiva. Le ragioni di un'opportuna coincidenza.....	168
20. Competenza giurisdizionale ad applicare una misura coercitiva e principio di	

territorialità.....	171
21. Irrilevanza della localizzazione territoriale del comportamento dovuto e del patrimonio del debitore in ordine alla possibilità di rafforzare la sentenza di condanna con la pronuncia di misure di coercizione indiretta: un recente arresto della Corte di Giustizia (<i>C-235/09 DHL Express (France) SAS c. Chronopost SA</i>).	173

CAPITOLO TERZO

IL RICONOSCIMENTO E L'ESECUZIONE DELLE
 “DECISIONI CHE APPLICANO UNA PENALITÀ”
 NELLO SPAZIO GIUDIZIARIO EUROPEO

*SEZIONE I. I PRESUPPOSTI PER LA CIRCOLAZIONE DELLE
 “DECISIONI CHE APPLICANO UNA PENALITÀ”*

1. L'art. 49 del Reg. (CE) n. 44/2001 e le principali questioni interpretative nell'ottica della libera circolazione delle misure coercitive: piano dell'indagine.....	177
2. Il concetto di “decisioni che applicano una penalità” e la necessità di una sua interpretazione autonoma.....	178
3. I presupposti generali per la libera circolazione delle “decisioni che applicano una penalità”.....	183
4. L'inerenza del provvedimento circolante alla nozione di “materia civile e commerciale”: il principio di accessorieta'.....	184
5. Il dibattito dottrinale sviluppatosi in ordine alla individuazione dell'ambito di applicazione materiale dell'art. 49 del Reg. (CE) n. 44/2001.....	191
6. Le difficoltà di ricomprendere nel campo materiale di applicazione dell'art. 49 del Reg. (CE) n. 44/2001 le misure proprie dell'ordinamento giuridico austro-tedesco.	198
7. L'appartenenza del provvedimento circolante alla nozione autonoma di “decisione” di cui all'art. 32 del Reg. (CE) n. 44/2001.....	201
8. Una nuova ipotesi di estensione di efficacia di provvedimenti a contenuto e natura meramente processuale	204
9. Il presupposto speciale per la libera circolazione delle “decisioni che applicano una penalità”.....	206
10. Il concetto di “definitività” della misura quale presupposto della sua	

INDICE

circolazione.....	210
11. I problemi derivanti dalla mancata previsione, a livello interno di alcuni Stati membri, di un procedimento liquidatorio della misura avente natura giudiziale.....	212
12. Esclusività o concorrenzialità della competenza del giudice dello Stato d'origine in ordine alla liquidazione del <i>quantum</i>	214

SEZIONE II. IL GIUDIZIO DI EXEQUATUR

E LE EVENTUALI PARENTESI OPPOSITIVE

13. La regola della circolazione automatica delle decisioni assistite da misure di coercizione indiretta pronunciate in ambito comunitario.....	219
14. La generale ammissibilità dell' <i>exequatur</i> per le misure di esecuzione processuale indiretta nel contesto comunitario: natura, oggetto e caratteri processuali del procedimento nella fase <i>ex parte</i>	220
14.1. (<i>segue</i>). In particolare: la fase introduttiva e la competenza.....	225
14.2. (<i>segue</i>). In particolare: la legittimazione attiva.....	226
14.3. (<i>segue</i>). In particolare: il rito applicabile.....	231
15. L'ottenimento dell' <i>exequatur</i> da parte dei giudici dello Stato <i>ad quem</i> quale <i>condicio sine qua non</i> ai fini dell'esecuzione della misura di coercizione indiretta..	232
16. Il ricorso in opposizione al rilascio dell' <i>exequatur</i> ai sensi dell'art. 43 Reg. (CE) n. 44/2001: l'oggetto del giudizio e il rito applicabile	233
17. Il problema del riconoscimento e dell'esecuzione di misure coercitive sconosciute all'ordinamento processuale <i>ad quem</i> : la possibile rilevanza della questione sotto il profilo dell'ordine pubblico.....	236
18. Il necessario rispetto del diritto di difesa e del principio del contraddittorio almeno virtuale nella fase processuale di irrogazione della misura e della sua liquidazione quale requisito necessario ai fini della circolazione nello spazio giudiziario europeo.....	239
19. Il problema della doppia esecuzione: la litispendenza comunitaria tra procedure esecutive.....	241

SEZIONE III. VERSO IL FONDAMENTO POSITIVO

DI UNA GIURISDIZIONE DI TIPO C.D. COMPLEMENTARE

20. Ammissibilità dell'irrogazione della penalità, per la prima volta, da parte dei giudici dello Stato richiesto dell' <i>exequatur</i> della decisione principale.....	245
21. Il principio della c.d. assimilazione degli effetti e le ulteriori ragioni che inducono a ritenere che la decisione principale possa beneficiare degli strumenti di esecuzione processuale indiretta propri dell'ordinamento dello Stato <i>ad quem</i>	247
22. Aspetti procedurali in ordine all'irrogazione dei provvedimenti di coercizione indiretta da parte dell'ordinamento dello Stato <i>ad quem</i> a vantaggio della sentenza straniera.....	251
23. (<i>segue</i>) L'individuazione della sede processuale competente.....	252
24. (<i>segue</i>) La natura del giudizio: tra attività di cognizione e attività meramente esecutiva.....	255
25. Una critica all'opinione esposta. Le ragioni che inducono a concentrare la competenza in capo al giudice dello Stato d'origine della pronuncia principale.....	256
26. L'abuso dei mezzi di coercizione indiretta e i rischi correlati ad un possibile " <i>enforcement shopping</i> ".....	259
27. Brevi notazioni di chiusura e introduzione allo scenario futuro: le preannunciate modifiche alla disciplina regolamentare. L'abolizione del presupposto speciale per la circolazione delle decisioni che applicano una penalità e l'attribuzione al giudice dello Stato <i>ad quem</i> del potere di provvedere alla relativa liquidazione.....	261
28. L'approvazione del nuovo Regolamento n. 1215/2012 c.d. " <i>Bruxelles I-bis</i> ": alcune osservazioni di cornice in margine alle principali novità in tema di circolazione dell'efficacia esecutiva delle decisioni.....	266
CONSIDERAZIONI DI SINTESI.....	271
INDICE DEGLI AUTORI.....	277

ABSTRACT

Il presente studio ha per oggetto il tema dell'attuazione, per mezzo di misure coercitive, del comando giudiziale cui il contenzioso transfrontaliero e, segnatamente, quello comunitario pone capo. L'importanza che il ricorso agli strumenti di coercizione indiretta riveste nell'ottica dell'effettività della tutela giurisdizionale civile, ha costituito, in particolare, il fondamento sulla cui base sono state fissate le direttrici della ricerca. L'inquadramento del problema all'interno della cornice della cooperazione giudiziaria in materia civile, ha permesso di chiarire, innanzitutto, il ruolo che le misure coercitive sono chiamate ad assolvere sul piano del contenzioso comunitario. Vale a dire, quello di garantire la validità del principio della libera circolazione delle decisioni giudiziarie e, con esso, la piena vincolatività del comando giudiziale pronunciato in seno ad uno degli Stati membri.

Precisamente, l'oggetto dell'indagine è stato circoscritto alle modalità con cui le misure coercitive, o meglio, le decisioni che le applicano, sono ammesse a circolare nell'ambito dello spazio giudiziario europeo. La questione trova un accenno di disciplina all'interno del Reg. (CE) n. 44/2001 che ad essa dedica, all'art. 49, una scarsa disposizione di riferimento. Sino ad ora, il compito di chiarire - almeno in parte - il contenuto e la portata di tale disposizione è stato demandato, da parte del legislatore comunitario, alla Corte di Giustizia, la quale è intervenuta fornendo alcune indicazioni di principio. Tali indicazioni, pur essendo in sé apprezzabili, hanno tuttavia trascurato totalmente di coordinare detta disciplina con altre norme poste dal Regolamento e di considerare l'aspetto, altrettanto cruciale, dell'innesto dello strumento nel tessuto normativo interno degli Stati membri.

In tale ottica, lo studio della materia è stato condotto cercando di dimostrare come quest'ultima si lasci apprezzare, pur con notevoli difficoltà interpretative, sulla base dell'applicazione dei medesimi presupposti generali che sovrintendono il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni giudiziarie nell'ambito dello spazio giudiziario europeo. L'intento cui si è cercato di dare soddisfazione nel corso dello svolgimento dell'intero lavoro risponde, invero, alla necessità di fornire una coerente sistemazione della materia nell'ambito della teorica generale del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni *infra-europee*.

INTRODUZIONE

Il presente lavoro di tesi ha per oggetto un argomento - quello delle tecniche di attuazione, per mezzo di misure coercitive¹, del comando giudiziale cui il

¹ Occorre, a riguardo, compiere subito una precisazione quanto alla terminologia utilizzata nella presente indagine. Nella dottrina italiana, la figura in esame, alla quale, solo di recente, il legislatore ha dedicato una norma di carattere generale, contenuta nell'art. 614-bis del c.p.c., viene indicata con l'espressione "astreinte". Tale terminologia mutua quella impiegata nel sistema francese in seno al quale, com'è noto, l'istituto affonda le proprie origini e dal quale, per comune opinione, l'istituto contemplato dal nostro codice di rito ha derivato buona parte dei propri connotati, sia di struttura, quanto di funzione. In Germania e in Austria vige, per contro, il non poco diverso sistema dello "Zwangsgeld" e dell'"Ordnungsgeld" caratterizzato, nella sua essenza, dal fatto che la somma di penalità non è destinata al creditore, ma allo Stato. Fatta salva la diversa genesi storico-giuridica, il modello austro-tedesco presenta innegabili aspetti di analogia con l'istituto del "Contempt of Court", proprio dei sistemi di *common law*, ove esso si correla al tradizionale potere di *injunction* che fa capo al giudice inglese.

Nel prosieguo di questo lavoro si useranno, indifferentemente, considerandole, nella sostanza, equivalenti, le espressioni di "misure coercitive", o di "penalità di mora" o, ancora, di "mezzi di coazione all'adempimento" per raggruppare una serie di fenomeni che, pur esibendo, in seno ai diversi Stati membri dell'Ue, caratteri tra loro profondamente eterogenei, risultano accomunati dall'essere strumenti di coartazione della volontà del debitore (da realizzare mediante la minaccia di sanzioni civili o penali) al fine di indurre quest'ultimo ad adempiere personalmente l'obbligazione consacrata, nei suoi confronti, dal provvedimento di condanna.

Ciò precisato, occorre, non di meno, tenere presente che, a rigore, alcuna coincidenza sussiste tra l'ampiezza del concetto di "misure coercitive" e quello di "esecuzione processuale indiretta" cui pure ci si riferirà di frequente nel corso dell'indagine. Le misure coercitive sono, invero, "strumenti costantemente funzionali all'esecuzione indiretta" venendo in rilievo specialmente laddove sia necessario assicurare l'attuazione coattiva di un provvedimento giurisdizionale ma quest'ultima non sia possibile in forma specifica o per espropriazione. Nell'esecuzione indiretta, tuttavia, esse non esauriscono la loro funzione. Come ben dimostra l'analisi comparatistica, infatti, le misure coercitive possono essere impiegate anche con riguardo a provvedimenti di condanna suscettibili di esecuzione forzata diretta e, quindi, di perfetta surrogabilità, ad opera di un terzo, degli obblighi accertati in sede di cognizione. Per tali chiarimenti terminologici, v. S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980, p. 15; E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 729 da cui è ripresa testualmente anche l'espressione riportata tra virgolette; E. SILVESTRI - M. TARUFFO, *Esecuzione forzata e misure coercitive*, in *Enc. giur. Treccani*, XIII, Milano, 1989, p. 2; F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. III, Milano, 2011, p. 11 ss.; A. CHIZZINI, *Commento sub Art. 614-bis c.p.c.*, in G. BALENA - R. CAPONI - A. CHIZZINI - S. MENCHINI (diretto da), *La riforma della giustizia civile - Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, Torino, 2009, p. 142. Sull'esecuzione processuale indiretta, v., sin d'ora, il classico lavoro di L. FERRARA, *L'esecuzione processuale indiretta*, Napoli, 1915 e, più di recente, B. CAPPONI (a cura di), *L'esecuzione processuale indiretta*, Milano, 2011. A riguardo, si deve, tuttavia, dare conto, della tendenza, a lungo invalsa in seno alla dottrina italiana, a ravvisare un nesso di stretta alternatività tra esecuzione indiretta ed esecuzione per surrogazione. V., a riguardo G. BORRÉ, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, Napoli, 1966, p. 136, nt. 188 il quale ritiene che il "correlato logico" della figura dell'esecuzione indiretta risieda nell'infungibilità della prestazione dovuta.

Sempre a titolo di notazione introduttiva, è, altresì, doveroso mettere in luce che solo impropriamente si parlerà, nel corso del presente lavoro, di "esecuzione" per fare riferimento alla tecnica di attuazione dei provvedimenti giurisdizionali civili per mezzo di misure coercitive. Invero, le misure coercitive, pur condividendo con gli strumenti dell'esecuzione forzata (diretta) lo scopo ultimo, vale a dire, in linea di prima e generale approssimazione, l'intento di far conseguire al creditore ciò che gli è dovuto, non sono a quest'ultima per nulla accostabili, specie quanto alle modalità di funzionamento. Mentre l'esecuzione forzata, *stricto sensu* intesa, opera

contenzioso transfrontaliero e, segnatamente, quello comunitario, pone capo² - rimasto, sino ad ora, sostanzialmente inesplorato da parte della dottrina processualciviltistica italiana³.

indipendentemente dalla volontà del soggetto obbligato ed, anzi, anche contro di essa; i meccanismi su cui l'esecuzione indiretta risulta imperniata non possono, per contro, da quest'ultima prescindere. V., a riguardo, R. VACCARELLA, *Esecuzione forzata*, in *Riv. es. forz.*, 2007, p. 1 ss.; E. BETTI, *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia, 1920, p. 2, nt. 1.

Giova, infine, sin d'ora osservare come, rispetto agli strumenti propri dell'esecuzione forzata, le misure coercitive si connotano per non avere in nessun caso ad oggetto, se non in via mediata, il diritto accertato in sede di cognizione. Tanto è vero che l'eventuale pagamento dovuto a titolo di misura coercitiva non pregiudica in alcun modo il diritto del creditore ad ottenere l'adempimento dell'obbligazione accertata in sede di cognizione. Ne deriva che le misure coercitive non sono, di per sé considerate, uno strumento dell'esecuzione forzata ma un rimedio, a seconda dei casi, alla stessa alternativo o cumulativo, il quale serve a munire la parte che ne abbia diritto di uno strumento che le consenta di vedere soddisfatta in forma specifica la prestazione dedotta in giudizio. L'assunto secondo cui le misure coercitive non costituiscono una misura dell'esecuzione forzata, sostenuto, come noto, soprattutto dalla giurisprudenza francese meno recente, è ora condiviso anche in Francia. Cfr., F. CHABAS, *V. Astreintes*, in *Rép. proc. civ.*, Dalloz, 1993, p. 6; H. GAUDEMET-TALLON, *Competence et execution des jugements en Europe*, Parigi, 2002, p. 382; v., inoltre, W. KENNETT, *Enforcement of Judgment in Europe*, Oxford, 2000, p. 291. In giurisprudenza v., Cour de cassation, 27 giugno 1994; Cour d'Appel d'Aix en Provence, 18 gennaio 1996 [ord. de référé], in *J.C.P.*, 1996, II, p. 2728. Anche in Lussemburgo, ed in generale nei Paesi del Benelux, si condivide la tesi secondo cui l'*astreinte* non rappresenta una forma di esecuzione forzata della decisione, bensì, semplicemente, un mezzo indiretto di coercizione.

Benchè le caratteristiche sin qui delineate si attagliano, in linea di principio, anche alle misure coercitive proprie dell'esperienza giuridica austro-tedesca è tuttavia doveroso rilevare che, nell'ambito di tali esperienze, la differenziazione dello *Zwangsgeld* e, specialmente, dell'*Ordnungsgeld* dagli strumenti *stricto sensu* esecutivi si rivela non poco problematica. Invero, come si vedrà, la disciplina tedesca accomuna nel concetto generale di *Zwangsvollstreckung* sia l'esecuzione per surrogazione, quanto l'esecuzione indiretta. Ed, invero, la *Handlungs* e la *Unterlassungsvollstreckung* germaniche sono, per buona parte, disciplinate nelle medesime forme del processo esecutivo per surrogazione.

² L'opinione secondo cui l'utilizzo della penalità debba essere apprezzato, nella prospettiva della circolazione intra-comunitaria, quale "metodo di esecuzione", pur da intendersi nel senso precisato alla nota che precede, è autorevolmente sostenuta e abbastanza ricorrente in dottrina. Cfr. W. KENNETT, *Enforcement of Judgment in Europe* cit., p. 300; P. KAYE, *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments*, Oxford, 1987, p. 1523; B. HESS - T. PFEIFFER - P. SCHLOSSER, *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States*, versione definitiva del settembre 2007, par. 615, scaricabile gratuitamente al seguente indirizzo internet: www.ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_application_brussels_1_en.pdf.

È, d'altra parte, doveroso ricordare che solo ove la materia venga apprezzata nel senso così precisato essa può essere ricompresa nell'ambito di applicazione della Convenzione di Bruxelles e del Reg. (CE) n. 44/2001 i quali, come noto, regolano in maniera uniforme il solo riconoscimento delle decisioni straniere restando, per converso, l'esecuzione forzata del titolo disciplinata dalle norme interne degli Stati membri. Così, B. HESS, *Comparative Analysis of the National Reports*, in M. ANDENAS - B. HESS - P. OBERHAMMER, *Enforcement Agency Practice in Europe*, London, 2005, p. 25. A riguardo, v. Corte di Giustizia, 2 luglio 1985, C-148/84, *Deutsche Genossenschaftsbank v. Brasserie du Pêcheur*, in *Raccolta*, 1985, p. 1981, punto 18 in cui, con riferimento alla Convenzione di Bruxelles, è stato espressamente statuito che "la Convenzione si limita a disciplinare il procedimento d'*exequatur* per i titoli esecutivi stranieri e non si occupa dell'esecuzione propriamente detta la quale resta soggetta al diritto nazionale del giudice adito".

³ Gli unici contributi che dedicano alcune generali riflessioni al tema, nell'ottica, qui privilegiata, della circolazione intra-comunitaria del provvedimento che applica una misura coercitiva, sono i seguenti: E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea* cit., p. 727 ss.; P. PUCCIARIELLO - G. FANELLI, *L'esperienza straniera dell'esecuzione forzata indiretta*, in CAPPONI

A riguardo, ben diverso è stato l'impegno dogmatico che, per contro, si rinviene negli studi apparsi all'estero, ed in special modo, in Germania e in Austria, ove, a partire dall'inizio degli anni novanta del secolo scorso, il tema è stato fatto oggetto di un discreto numero di contributi, anche a carattere monografico⁴.

(a cura di), *L'esecuzione processuale indiretta* cit., p. 63 ss.; S. MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, p. 947 ss.; M. DE CRISTOFARO, *Esecuzione in personam, principio di territorialità e misure coercitive indirette nello spazio giudiziario europeo*, in *Int'l Lis*, 2002, p. 24 ss.; M. G. CIVININI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Milano, 2001, p. 90, cfr. in part. nt. 2; S. DI PAOLA - E. D'ALESSANDRO, nota redazionale a Corte di Giustizia, 12 aprile 2011, C-235/09, *DHL Express France SAS c. Chronopost*, in *FI*, 2011, IV, p. 298; S. MAZZAMUTO - A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012, p. 131 ss.; F. FERRARI, *Una recente sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di pronunce inibitorie e misure coercitive dei tribunali dei marchi comunitari*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 228 ss.; M. MONTANARI, *La Cour de cassation apre ai rimedi in personam contro l'azione esecutiva promossa dal singolo creditore concorsuale sui beni del fallito*, in *Int'l Lis*, 2004, p. 943. Un cenno anche in CHIZZINI, *Commento sub Art. 614-bis c.p.c. cit.*, p. 182. Con specifico riferimento al problema della proiezione transfrontaliera dei provvedimenti istruttori e, dunque, nella un poco diversa prospettiva della circolazione di misure coercitive irrogate in fase endo-processuale, v. A. GIUSSANI, *L'esibizione di documenti situati nello spazio giuridico europeo*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2002, p. 867 ss.; N. TROCKER, *Note sul Regolamento n. 1206/2001 relativo all'assunzione delle prove in materia civile e commerciale*, in *Riv. dir. int.*, 2003, p. 670.

⁴ La dottrina austro-tedesca che si è occupata, *ex professo*, seppur in modo non sempre capillare, del tema in esame è assai vasta. Precise indicazioni si forniranno, pertanto, nel corso dello svolgimento del presente lavoro. In via di prima introduzione, si ricordano i contributi di: O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, Tübingen, 1992; A. K. BITTER, *Vollstreckbarerklärung und Zwangsvollstreckung ausländischer Titel in der Europäischen Union*, Tübingen, 2009, p. 148 ss.; J. GROTHAUS, *Inlandsvollstreckung mit Auslandswirkung – Die inländische Vollstreckung von Handlungs- und Unterlassungsentscheidungen mit ausländischem Leistungsort*, Baden, 2010; P. SCHLOSSER (erläutert von), *EuGVÜ, sub Art. 49*, München, 1996, p. 210; J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozeßrecht, Kommentar zur EuGVO, Lugano-Übereinkommen*, Frankfurt am Main, 2005, p. 492; O. REMIEN, *Astreinte, dwangsom und Zwangsgeld im Binnenmarkt*, in *ERPL*, 1994, p. 399; P. OBERHAMMER, in F. STEIN – M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Tübingen, sub Art. 49 2011, p. 721; R. GEIMER – R. SCHÜTZE, *Europäisches Zivilverfahrensrecht, Kommentar zum EuGVÜ und zum Lugano-Übereinkommen*, München, 1997, p. 579; J. GÄRTNER, *Probleme der Auslandsvollstreckung von Nichtgeldleistungsentscheidungen im Bereich der Europäischen Gemeinschaft: unter besonderer Berücksichtigung der grenzüberschreitenden Durchsetzung von Handlungs- und Unterlassungsansprüchen im Rahmen des Artikels 43 EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVÜ)*, München, 1991; H. KOCH, *Neuere Probleme der internationalen Zwangsvollstreckung einschließlich des einstweiligen Rechtsschutzes*, in P. SCHLOSSER (Hrsg.) *Materielles Recht und Prozessrecht und die Auswirkungen der Unterscheidung im Recht der internationalen Zwangsvollstreckung*, Bielefeld, 1992, p. 171; A. STADLER, *Inländisches Zwangsgeld bei grenzüberschreitender Handlungsvollstreckung*, in *IPRax*, 2003, p. 430; A. STUZZI, *Die internationale Handlungs- und Unterlassungsvollstreckung unter dem EuGVÜ*, Konstanz, 1992; B. TREIBMANN, *Die Vollstreckung von Handlungen und Unterlassungen im europäischen Zivilrechtsverkehr*, München, 1994; A. BRUNS, *Zwangsgeld zugunsten des Gläubigers – ein europäisches Zukunftsmodell?*, in *ZZP*, 2005, p. 3; A. VON FALCK, *Implementierung offener ausländischer Vollstreckungstitel - Vollstreckbarerklärung ausländischer Titel und inländischer Bestimmtheitsgrundsatz*, Bielefeld, 1998; W. F. LINDACHER, *Internationale Unterlassungsvollstreckung*, in *FS Gaul*, 1997, p. 399; Id., *Die internationale Dimension lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsansprüche: Marktterritorialität versus Universalität*, in *GRUR Int.*, 2008, p. 453; H. W. MICKLITZ – P. ROTT, *Vergemeinschaftung des EuGVÜ in der Verordnung (EG) Nr. 44/2001*, in *EuZW*, 2002, p. 15; P. SCHLOSSER, *Grenzüberschreitende Vollstreckbarkeit von Nicht-Geldleistungsurteilen*, *FS Leipold*, 2009, p. 435; U. MAGNUS – P. MANKOWSKI, *European*

Non credo valga a spiegare le ragioni di un così profondo divario di interesse il richiamo alla circostanza che, al contrario di quanto avvenuto nei principali sistemi processuali degli Stati membri dell'Unione Europea, in cui le misure coercitive rappresentano da tempo una realtà ben consolidata, l'introduzione di una figura generale di "penalità di mora" abbia stentato a trovare riconoscimento nel diritto positivo italiano, del quale, come noto, rappresenta una novità piuttosto recente⁵.

Commentaries on Private International Law – Brussels I Regulation, München, 2007, sub Art. 49, p. 682 ss.

Nella dottrina inglese, v. W. KENNETT, *Enforcement of Judgment in Europe* cit., p. 287; P. KAYE, *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments* cit., p. 1524; S. O'MALLEY- A. LAYTON, *European Civil Practice*, London, 1990, p. 789, e, per alcuni cenni, U. JACOBSON – J. JACOB (edited by), *Trends in the enforcement of non-money judgments and orders: the first International colloquium on the law of civil procedure*, Deventer, 1988. Nella dottrina francese, v. H. GAUDEMET-TALLON, *Competence et execution des jugements en Europe* cit., p. 382; F. GERHARD, *L'exécution forcée transfrontière des injonctions extraterritoriales non pécuniaires en droit privé*, Zurich, 2000, spec. p. 500 ss.

⁵ È noto che l'introduzione di una figura generale di misura coercitiva ha non poco faticato a trovare riconoscimento nel nostro diritto positivo, del quale rappresenta una novità che si deve all'art. 49, comma 1, della legge 18 giugno 2009, n. 69 recante "Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile" (pubblicata in Gazzetta Ufficiale del 19 giugno 2009 ed entrata in vigore il successivo 4 luglio 2009). Prima di tale momento, la possibilità che, nel nostro ordinamento, il provvedimento di condanna fosse assistito da una penalità di mora era prevista esclusivamente in relazione a fattispecie tassative, individuate da norme di legge speciale; ipotesi, dunque, insuscettibili, secondo l'opinione prevalente, di applicazione analogica. V., a riguardo, C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Tomo I, *Le tutele*, Padova, 2003, p. 157.

All'indomani del suo inserimento nel codice di rito civile, ove risulta collocato nel Titolo IV del Libro III che tratta "Dell'esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare", numerosi sono stati gli studiosi che si sono dedicati all'istituto contemplato dall'art. 614-bis c.p.c., rubricato "Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare". Tra i molti, si veda, sin d'ora, senza pretesa di completezza, C. CONSOLO – F. GODIO, sub Art. 614-bis c.p.c., in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile commentato – La riforma del 2009*, Milano, 2009, p. 280; D. AMADEI, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, in www.judicium.it; G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma del processo civile (un primo commento alla legge 18 giugno 2009 n. 69)*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 749 ss.; A. CHIZZINI, *Commento sub Art. 614-bis c.p.c. cit.*, p. 139; C. DELLE DONNE, *L'introduzione dell'esecuzione indiretta nell'ordinamento giuridico italiano: gli artt. 614 bis c.p.c. e 114, comma 4, lett. e) Codice del processo amministrativo*, in B. CAPPONI (a cura di), *L'esecuzione processuale indiretta* cit., p. 123; A. CARRATTA, *Le novità in materia di misure coercitive per le obbligazioni di fare infungibile o di non fare*, in *Rass. forense*, 2009, p. 721; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. I, *Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, Torino, 2010, p. 153 ss.; Id., *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. 737; M. A. IUORIO, *Il nuovo art. 614-bis c.p.c.: introduzione all'esecuzione indiretta nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. es. forz.*, 2009, p. 411; S. MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale* cit., p. 947; Id., *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito*, in *Giur. it.*, 2010, p. 639 ss.; E. MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella l. 69/2009*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1546; A. SALETTI, *Commento sub art. 614-bis*, in A. SALETTI – B. SASSANI (a cura di), *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, Torino, 2009, p. 192; B. SASSANI – R. TISCINI, *Prime osservazioni sulla legge 18 giugno 2009, n. 69*, in www.judicium.it; A. VIANELLO, *L'ultima riforma del processo civile*, in *Studium Iuris*, 2009, p. 919; C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009; B. CAPPONI, *Manuale di diritto*

In linea di prima e generale approssimazione, si deve rilevare, infatti, che la possibilità di munire di *exequatur* i provvedimenti giurisdizionali che applicano misure coercitive, al fine di dotarli di efficacia esecutiva al di fuori dello Stato membro del foro, è contemplata, in seno all'ordinamento comunitario, ormai da tempo. Tale possibilità è stata, invero, introdotta sin dall'approvazione della Convenzione di Bruxelles del 1968 sulla giurisdizione e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale⁶, la quale, già nel suo testo originario, prevedeva, all'art. 43, una disposizione specifica - rimasta immutata anche a seguito dell'intervenuta trasformazione della Convenzione nel Regolamento (CE) n. 44/2001 che l'ha riprodotta all'interno dell'attuale art. 49⁷ - dedicata al conferimento di esecutività delle "decisioni straniere che applicano una penalità"⁸.

dell'esecuzione civile, Torino, 2010, p. 23 ss.; B. GAMBINERI, *Attuazione degli obblighi di fare infungibile e di non fare*, in *FI*, 2009, V, p. 320; A. PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, in *FI*, 2009, p. 222; G. PETTI, *Riforma del processo civile e misure coercitive indirette*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 123; E. F. RICCI, *Ancora novità (non tutte importanti, non tutte pregevoli) sul processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1362; L. DE ANGELIS, *La nuova generale misura coercitiva (art. 614 bis c.p.c.) e le controversie di lavoro*, in *FI*, 2011, p. 18 ss. Come noto, all'inserimento nel codice di rito civile dell'art. 614-bis c.p.c., è seguita l'introduzione dell'istituto della penalità di mora anche nel processo amministrativo. Tale novità, collocata nell'art. 114, comma 4, lett. e) del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, c.d. codice del processo amministrativo (pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* del 7 luglio 2010), ha conferito al giudice dell'ottemperanza la facoltà di irrogare una misura di coazione indiretta che ricalca, per certi aspetti, quella propria del processo civile. In argomento, v., per tutti, C. DELLE DONNE *L'introduzione dell'esecuzione indiretta nell'ordinamento giuridico italiano: gli artt. 614 bis c.p.c. e 114, comma 4, lett. e) Codice del processo amministrativo* cit., p. 123.

⁶ Trattasi della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (di seguito, per brevità, solo la "Convenzione di Bruxelles" o la "Convenzione"). La Convenzione è stata resa esecutiva in Italia con la legge 21 giugno 1971, n. 804 ed è entrata in vigore nei Paesi originariamente aderenti l'1 febbraio 1973. Il testo originario della Convenzione di Bruxelles, in seguito a più riprese modificato per estenderne l'applicazione ai nuovi Stati membri, è pubblicato in *Gazz. Uff. Com. Eur.* serie L, n. 229 del 31 dicembre 1972.

⁷ Trattasi del Reg. (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (di seguito, anche il "Regolamento") pubblicato in *Gazz. Uff. Com. Eur.*, serie L, n. 12 del 16 gennaio 2001 che, in virtù delle nuove competenze attribuite alla Comunità con il Trattato di Amsterdam, ha sostituito, con modifiche, il previgente dettato convenzionale.

I contributi dottrinali sulla Convenzione di Bruxelles e sul Reg. (CE) n. 44/2001 sono assai numerosi. Per ora, cfr., in generale, senza pretesa di completezza, E. MERLIN, *Riconoscimento ed esecutività della decisione straniera nel Regolamento "Bruxelles I"*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 433 ss.; Id., *Le misure provvisorie e cautelari nello spazio giudiziario europeo*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 759 ss.; C. CONSOLO, *Limiti all'esecuzione di decisioni straniere*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 397 ss.; G. FRANCHI, *Sulla riforma della Convenzione di Bruxelles 28 settembre 1968 per una disciplina più completa, penetrante e autonoma*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 224 ss.; S. LA CHINA, *Il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze nel regolamento comunitario n. 44/2001*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 386; G. A. L. DROZ – H. GAUDEMET-TALLON, *La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, in *Rev. Critique*, 2001,

Ne consegue, pertanto, che, sin dall'entrata in vigore dello strumento normativo poc'anzi richiamato, anche quegli ordinamenti (quale, sino ad un recente passato, quello italiano) cui tali misure fossero sconosciute a livello interno si trovavano, per contro, a doverne garantire il riconoscimento e l'esecuzione laddove pronunciate in uno degli Stati membri, in dipendenza della loro partecipazione al c.d. "spazio processuale integrato europeo"⁹.

Altra, è, dunque, a mio avviso, la ragione cui una tale singolare differenza di interessi deve essere riportata. Ci si riferisce, in particolare, alla maggiore sensibilità che la dottrina tedesca, da sempre, mostra di nutrire per la costruzione sistematica delle problematiche giuridiche, anche di quelle di minor ampio respiro, poste dal contenzioso transfrontaliero e, segnatamente, da quello comunitario.

L'importanza che, in ambito comunitario, il ricorso agli strumenti di coercizione indiretta riveste nell'ottica dell'effettività della tutela giurisdizionale, costituisce, in particolare, la linea di ricerca che, in capo agli studiosi germanici, ha esercitato il maggiore influsso¹⁰. L'adozione di siffatta prospettiva rappresenta, del resto, a livello comparatistico, una delle poche, forse l'unica, direttrice che è dato rinvenire con una certa costanza negli studi che si sono dedicati al problema, sia pure con riguardo alla sua dimensione schiettamente interna¹¹.

p. 601; F. CARPI, *Dal riconoscimento delle decisioni all'esecuzione automatica*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 1127 ss.; S. M. CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale – Da Bruxelles I al regolamento CE n. 805/2004*, Torino, 2006; F. P. MANSI, *Il giudice italiano e le controversie europee*, Milano, 2004; F. MOSCONI, *Un confronto tra la disciplina del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni straniere nei recenti regolamenti comunitari*, *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2001, p. 554 ss.; A. CARRATTA, *La sentenza civile straniera tra "riconoscimento" ed "estensione dell'efficacia"*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 1147 ss.

⁸ Questa la terminologia, forse un poco infelice, utilizzata nella versione in lingua italiana dell'art. 43 della Convenzione di Bruxelles e oggi riprodotta nella omologa previsione di cui all'art. 49 del Reg. (CE) n. 44/2001, attualmente vigente.

⁹ L'espressione, oggi entrata nel linguaggio scientifico, è stata forgiata da C. CONSOLO, *La tutela sommaria e la Convenzione di Bruxelles: la "circolazione" comunitaria dei provvedimenti cautelari e dei decreti ingiuntivi*, in *Riv. int. dir. proc. civ.*, 1991, p. 598.

¹⁰ Cfr., O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld* cit. La medesima direttrice di ricerca è percorsa anche da autorevole dottrina inglese: v. W. KENNETT, *Enforcement of Judgment in Europe* cit., pp. 288-300, la quale ritiene che il problema dell'esecuzione transfrontaliera delle penali pecuniarie vada affrontato "to ensure that as far as possible there are equal opportunities for litigants to realise the rights accorded them by national courts". La prospettiva dell'effettività della tutela costituirà, pertanto, la base di partenza su cui verranno tracciate le coordinate della presente ricerca. In merito sia consentito rinviare alle considerazioni svolte nel Cap. I, Sez. I, § 1.

¹¹ V., da noi, M. TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 142; E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea* cit., p. 727; E. SILVESTRI – M. TARUFFO, *Esecuzione forzata e misure coercitive* cit., p. 2; I.

Al di là delle diverse impostazioni di fondo che l'approccio al tema delle misure coercitive conosce, un primo dato di partenza rimane, invero, indiscusso. Ci si riferisce, in particolare, alla sua tradizionale coniugazione al problema dell'individuazione delle tecniche di attuazione di quei provvedimenti giudiziari che, in ragione della natura della prestazione sostanziale da essi riconosciuta e affermata¹², non sono suscettibili di essere portati ad esecuzione forzata diretta, mediante i consueti strumenti esecutivi apprestati dall'ordinamento¹³. Un tanto nella tensione di assicurare forme e tecniche processuali non solo accessibili ma anche adeguate a garantire alle parti la piena soddisfazione delle loro individue situazioni soggettive.

Tale direttrice di ricerca, ha, come noto, attratto in misura notevole anche gli studiosi italiani, sulla scorta di una giurisprudenza costituzionale e di matrice europea che ha mostrato, nel corso del tempo, una sensibilità crescente nei riguardi di tale aspetto.

Se è vero, d'altra parte, che, anche da noi, una cospicua parte della dottrina del processo civile ha sentito l'esigenza di accostarsi alla questione¹⁴, tuttavia la discussione, è rimasta, per lungo tempo, prevalentemente agganciata al fondamentale

PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente – Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*, Milano, 2004, p. 54.

¹² Ed, invero, è essenzialmente, in relazione alla natura della prestazione che si tratta di eseguire che il problema in esame si pone. V. E. SILVESTRI – M. TARUFFO, *Esecuzione forzata e misure coercitive* cit., p. 2.

¹³ È peraltro doveroso precisare che quello della soddisfacibilità, in via coattiva, del diritto sostanziale riconosciuto e affermato in sentenza non costituisce un limite concettuale, ovvero coesistente, al concetto di misura coercitiva ma risponde, piuttosto, a precise scelte di politica legislativa volte ad individuare il punto di equilibrio tra il bilanciamento di interessi contrapposti. Paradigmatico in tal senso è l'esempio offerto dall'ordinamento francese, ove l'*astreinte* può essere associata a qualunque provvedimento di condanna e, in particolare, anche a fronte di obbligazioni di dare perfettamente fungibili, quali tipicamente quelle aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro. V., a riguardo, E. SILVESTRI – M. TARUFFO, *Esecuzione forzata e misure coercitive* cit., p. 2 secondo cui “se il problema delle misure coercitive sorge con maggiore evidenza nelle ipotesi in cui non sono in tutto o in parte attuabili forme di esecuzione diretta, esso non si pone esclusivamente in queste ipotesi. Non esiste, invero, alcuna necessità di escludere che misure coercitive indirette possano sussistere anche quando siano applicabili forme di esecuzione diretta, mentre non è difficile intravedere l'utilità di tali misure anche quando sia possibile l'esecuzione in forma specifica. Basta infatti considerare la complicazione e il basso rendimento dell'esecuzione per espropriazione, per rendersi conto che esso dovrebbe rappresentare non più che una *extrema ratio*”.

¹⁴ Il momento in cui, nel nostro Paese, si è assistito ad un rinnovato interesse degli studiosi per questo argomento si colloca temporalmente nella prima metà degli anni settanta del secolo scorso e va rapportato all'emergere di un problema nuovo e prima di allora sconosciuto, vale a dire quello dell'attuazione dell'ordine di reintegra nel posto di lavoro conseguente a declaratoria di illegittimità del licenziamento. V., G. F. RICCI, *Recensione a Chiarloni - Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 724; S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti* cit., p. 4; E. SILVESTRI – M. TARUFFO, *Esecuzione forzata e misure coercitive* cit., p. 1.

problema dogmatico emergente dalla rimediazione della nozione di condanna¹⁵, polarizzandosi, così, intorno all'opportunità, o meno, di introdurre nel nostro ordinamento positivo una figura generale di misura coercitiva¹⁶.

I toni accesi del dibattito che ne è scaturito sono stati occasionati non solo dall'importanza oggettiva della questione¹⁷ ma soprattutto dal fatto che le soluzioni via via individuate dalla dottrina sono state ispirate da diverse concezioni del processo¹⁸. Invero, il tema delle misure coercitive è stato sovente considerato quale particolare angolatura della non poco affascinante questione del rapporto tra condanna ed esecuzione forzata; questione, quest'ultima, che, a sua volta, si inserisce nel cuore del più ampio problema dei rapporti tra diritto sostanziale e processo¹⁹. Dietro le diverse opzioni interpretative accolte, si è radicata la differenza di impostazione tra coloro che essendo favorevoli al sistema dell'esecuzione indiretta hanno inteso privilegiare la tensione dell'ordinamento verso l'effettività dell'attuazione esecutiva dei diritti, del valore del giudicato ed, in generale, della completezza del sistema della tutela esecutiva e, così, dell'attuazione in forma

¹⁵ Su tale questione si è a lungo confrontata sia la dottrina processualcivile sia quella civilistica. Tra gli studiosi del processo civile che si sono dedicati al problema, peraltro accogliendo impostazioni tra loro divergenti, v., per ora, A. PROTO PISANI, *L'attuazione dei provvedimenti di condanna*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989, I, p. 46; Id., *Appunti sulla tutela di condanna*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, p. 1104; F. CARPI, *Note in tema di tecniche di attuazione dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 110; M. TARUFFO, *Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 635; L. MONTESANO, *Condanna. I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, p. 1 ss.; C. MANDRIOLI, *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, p. 1344. Sul punto sia consentito rinviare, *amplius*, alle considerazioni svolte nel Cap. I, Sez. II, §§ 9-10-11.

Tra gli studiosi del diritto civile, cfr., in particolare, S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978; A. DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989, I, p. 32; L. MENGONI, *Intervento*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* cit., p. 151.

¹⁶ Su tale questione, v. V. DENTI, «*Flashes*» *su accertamento e condanna*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, p. 130; A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova, 1985; B. CAPPONI (a cura di), *L'esecuzione processuale indiretta*, cit., p. 4 ss.; Id., *Astreintes nel processo civile italiano?*, in *Giust. civ.*, 1999, p. 157; Id., *Manuale di diritto dell'esecuzione civile* cit., p. 33 ss.

¹⁷ Così come l'ha definita, nell'introduzione della sua celebre monografia, L. FERRARA, *L'esecuzione processuale indiretta* cit., pp. 8-9.

¹⁸ Il riferimento è, come noto, alla circostanza che il tema si riassume, tradizionalmente, "nella perenne oscillazione delle forme giuridiche tra i poli della libertà e della autorità". L'originalità di questa riflessione si deve attribuire a V. COLESANTI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 601. Essa è stata successivamente ripresa da G. VERDE, *Attualità del principio «nulla executio sine titulo»*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, p. 963; G. TARZIA, *Presente e futuro delle misure coercitive civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, p. 807; E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea* cit., p. 728; V. DENTI, *A proposito di esecuzione forzata e di politica del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 130 ss.

¹⁹ Cfr., A. CHIZZINI, *Commento sub Art. 614-bis c.p.c.* cit., p. 154.

specificata²⁰; e coloro che, per contro, essendo legati a concezioni più liberali e individualistiche ne hanno avversato l'adozione sulla scorta della massima tralatizia per cui “*nemo praecise ad factum cogi potest*”²¹.

In questo scenario, l'introduzione nel codice di rito civile dell'art. 614-*bis* c.p.c., intervenendo a colmare un divario di disciplina con gli altri ordinamenti giuridici europei²², divenuto ormai, per unanimità di vedute, del tutto inaccettabile²³, ha offerto agli studiosi la possibilità di svolgere, sul tema in esame, un rinnovato

²⁰ Sono queste le espressioni utilizzate da M. TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici* cit., p. 173 e riprese anche da B. CAPPONI, *L'esecuzione processuale indiretta* cit., p. 4. È peraltro vero che la misura coercitiva non è di per sé in grado di assicurare sempre e in ogni caso una tutela piena all'avente diritto: l'adempimento del provvedimento giurisdizionale cui essa accede è, invero, rimessa in ultima analisi alla discrezionalità del debitore e dunque alla sua cooperazione volontaria, ancorchè non del tutto spontanea.

²¹ Le ragioni che hanno indotto una buona parte della nostra dottrina ad avversare per lungo tempo l'introduzione nel codice di rito di un sistema di misure coercitive indirette di portata e applicazione generale sono assai remote e testimoniano lo sforzo di mantenere il più possibile intatta “l'aspirazione liberal-individualistica del processo civile”. V. S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare* cit., p. 97; A. CHIZZINI, *Commento sub Art. 614-bis c.p.c.* cit., p. 154. V. per una aperta critica a tale impostazione A. DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* cit., p. 32.

²² Come noto, l'introduzione dell'istituto della penalità di mora nel nostro ordinamento è il risultato di un lungo cammino legislativo che ha preso le mosse in epoca ormai risalente e che verrà, più oltre, ripercorso nel dettaglio (cfr. *amplius* Cap. II, Sez. I, §§ 9 e 9.1.). Tra i tentativi legislativi che, a riguardo, si sono succeduti nel corso del tempo, una particolare attenzione alla dimensione europea della materia e al ritardo che, da questo punto di vista, connotava il nostro ordinamento era stato già denunciato nella Relazione al progetto di decreto di legge delega elaborato dalla Commissione Tarzia del 1996 al punto XIV. La relazione può essere letta in *Riv. dir. proc. civ.*, 1996, p. 1010.

²³ L'assenza nel nostro ordinamento di un adeguato sistema di esecuzione indiretta era stata segnalata, ormai da parecchio tempo, dall'assoluta maggioranza degli studiosi che, seppure con una certa varietà di sfumature di opinioni, ne aveva auspicato la rapida introduzione. V., V. DENTI, «*Flashes*» *su accertamento e condanna*, cit., p. 130; Id., *A proposito di esecuzione forzata e di politica del diritto*, cit., p. 255; G. TARZIA, *Presente e futuro delle misure coercitive civili* cit., p. 800; Id., *Prospettive di armonizzazione delle norme sull'esecuzione forzata nella comunità economica europea*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, p. 217; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Tomo I, *Le tutele*, Padova, 2003, p. 150; F. TOMMASEO, *Intervento*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* cit., p. 563 e 568; F. CARPI, *Note in tema di tecniche di attuazione dei diritti* cit., 1988, p. 112; M. TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici* cit., p. 177; Id., *Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione* cit., p. 669; E. SILVESTRI – M. TARUFFO, *Esecuzione forzata e misure coercitive* cit., p. 2; E. SILVESTRI, *Problemi e prospettive di evoluzione nell'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare*, in *Riv. dir. proc.*, 1981, p. 63; B. CAPPONI, *Astreintes nel processo civile italiano?* cit., p. 172; P. RESCIGNO, *Presentazione a Mazzamuto, L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978, XIX; G. F. RICCI, *Recensione a Chiarloni* cit., p. 725; A. DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* cit., p. 30; S. MAZZAMUTO, *Problemi e momenti dell'esecuzione in forma specifica*, in Id. (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* cit., p. 455; B. CAPPONI, *Astreintes nel processo civile italiano?* cit., p. 172. Per contro, cauta circa l'introduzione delle misure coercitive nel nostro ordinamento è la ben nota opinione di S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti* cit., in pp. 215, 223 e 250.

discorso. Peraltro, la disamina dei risultati cui la dottrina italiana è pervenuta²⁴ conduce a fondare l'opinione che gli studiosi che si sono occupati del tema non ne abbiano ancora sviluppato in modo esauriente tutte le possibili direttrici di ricerca.

Ci si riferisce, per l'appunto, come già accennato, all'ambito del diritto processuale civile di origine comunitaria. Del resto, sempre più di frequente, quest'ultimo mostra di offrire agli studiosi del diritto processuale inedite prospettive di indagine, specialmente con riguardo a quegli istituti, quale quello in esame, in cui più intime ed intrecciate si fanno le connessioni tra il processo e il diritto sostanziale, da un lato, e tra il momento dell'accertamento e quello dell'attuazione, dall'altro²⁵.

Laddove riguardato dall'ottica della garanzia dell'effettività della tutela, lo sviluppo dell'integrazione europea in materia di processo civile pone, oggi più di un tempo, ai giuristi la necessità di confrontarsi con il problema delle tecniche di attuazione indiretta del comando giudiziale cui il contenzioso transfrontaliero pone capo²⁶.

In ottica prospettica, non si può, invero, fare a meno di notare come la circolazione delle misure coercitive sia destinata ad assumere, nel contesto comunitario, proporzioni sempre più degne di nota. Le ragioni che si pongono alla base di una siffatta convinzione sono molteplici. Ci si riferisce, innanzitutto, alla constatazione che le controversie tese ad ottenere la condanna del debitore ad

²⁴ In questa sede introduttiva non si ritiene opportuno soffermarsi sulla compiuta ed analitica disamina delle concezioni, qui solo brevemente accennate, da cui lo studio delle misure coercitive ha preso le mosse in seno al nostro ordinamento. All'analisi di tali concezioni e ai risultati cui le stesse hanno condotto, ci si intratterà più diffusamente in seguito nella parte del presente lavoro relativa alla disamina strutturale dell'istituto (v., spec., Cap. II, Sez. I, § 9.2.).

²⁵ V., M. MARINELLI, *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c.. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento, 2005, p. 15. Le difficoltà che, in questa materia, derivano dall'intreccio tra il momento della cognizione e quello dell'esecuzione sono denunciate da una parte della dottrina tedesca che nella regola di cui all'art. 49 scorge un contrasto con il generale principio di unitarietà della fase esecutiva fatto proprio dal Reg. (CE) n. 44/2001. V., H. KOCH, *Neuere Probleme der internationalen Zwangsvollstreckung einschließlich des einstweiligen Rechtsschutzes* cit., p. 199; E. MEZGER, *Über einige Lücken des EuGVÜ (Brüssel 1968) und des deutschen Ausführungsgesetzes*, in G. LÜKE – G. RESS – M. R. WILL, *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration. Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco*, Berlin, 1983, p. 507. L'aspetto è stato oggetto di denuncia anche da parte della dottrina francese F. GERHARD, *The Extraterritorial Judicial Penalty – New Instruments for the Transnational Enforcement of Extraterritorial Injunctions?*, in P. SARCEVIC – P. VOLKEN (edited by), *Yearbook of Private International Law*, 2001, vol. III, p. 271; Id., *L'exécution forcée transfrontière des injonctions extraterritoriales non pécuniaires en droit privé* cit., spec. p. 516 ss.

²⁶ Così come evidenziano anche W. KENNETT, *Enforcement of Judgment in Europe* cit., p. 288; G. E. KODEK, *The Impact of the European Convention on Human Rights and Fundamental Liberties on Enforcement Practices*, in M. ANDENANS – B. HESS – P. OBERHAMMER (edited by), *Enforcement Agency Practice in Europe* cit., p. 326 ss. il quale, a tal riguardo, pone in luce i profili di efficienza e inefficienza dei sistemi che conoscono il metodo di esecuzione indiretta dell'*astreinte*.

un obbligo di fare avente carattere infungibile, ovvero, specialmente, ad un obbligo di astensione, rivestono un'importanza sempre maggiore nell'ambito del contenzioso transfrontaliero. Peraltro, se è tutt'altro che incontrovertibile, in questi casi, che il giudice di uno Stato membro possa pronunciare una decisione la quale abbia, per esempio, l'effetto di inibire un comportamento posto in essere dal convenuto nel territorio di uno o più Stati membri, il problema è che, anche laddove si giunga ad ammettere una siffatta possibilità, non sempre tale giudice può anche adottare le misure atte ad assicurare che l'ordine di astensione sia dotato di effettività al di fuori dello Stato del foro²⁷.

A fronte di pronunce di questo tipo, in sé intrinsecamente sfornite di attitudine all'esecuzione coattiva, la predisposizione di strumenti processuali volti a garantire – o almeno, a tentare di garantire – che quanto statuito dal comando giudiziale trovi concreta realizzazione anche al di fuori dei confini dello Stato di origine si rivela, pertanto, di importanza cruciale per la stessa validità del principio della libertà di circolazione delle decisioni giudiziarie. Il quale, altrimenti, rispetto a dette situazioni, rischia di divenire una vera e propria arma che si spunta contro la volontà dell'obbligato²⁸.

Da questo angolo di visuale, la possibilità che la penalità di mora circoli nello spazio giudiziario europeo concorre, come si cercherà di dimostrare, a rendere non solo possibile ma anche effettiva la stessa pronuncia di provvedimenti di condanna che, in sua assenza, correrebbero il rischio di risultare nella sostanza negati, sul riflesso della loro intrinseca inidoneità all'esecuzione forzata. L'ammissibilità dell'esecuzione processuale indiretta, oltre a rafforzare il

²⁷ Come noto, il problema è, in particolare, quello delle c.d. *cross-border injunctions*. Invero, sebbene in materia di illeciti civili dolosi o colposi, di norma, lo Stato del foro coinciderà con quello del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire a norma dell'art. 5, par. 3 del Reg. (CE) n. 44/2001 e, dunque, con quello del luogo in cui l'attore potrebbe avere interesse a che si producano gli effetti, in ipotesi, inibitori, della decisione; tuttavia il ricorso a fori diversi è, in tali casi, tutt'altro che da escludere. Un tanto, specialmente nell'ipotesi in cui l'effetto dannoso da prevenire o da eliminare sia tale da coinvolgere diversi Stati membri e quindi vi sia l'interesse per l'attore a concentrare la controversia innanzi ad un solo foro. In questi casi, ben potrebbe la parte attrice ricorrere, ad esempio, al foro generale delle persone fisiche o giuridiche di cui all'art. 2 del Reg. (CE) n. 44/2001, oppure, ancora, a quello di cui all'art. 6, par. 1 del Reg. (CE) n. 44/2001. Sul punto v., W. KENNETT, *Enforcement of Judgment in Europe* cit., p. 287. Le questioni inerenti la scelta del foro, nella presente sede solo brevemente accennate, saranno oggetto di ampia disamina nel corso del Cap. II, Sez. I, § 1 e del Cap. II, Sez. III, §§ 17-18-19 alle cui considerazioni sia consentito rinviare.

²⁸ A proposito del rilievo che la volontà assume nell'adempimento dell'obbligazione, v. E. BETTI, *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione* cit., p. 26.

principio della libertà di circolazione delle decisioni, reca con sé, dunque, anche l'effetto secondario di allargare l'area delle pronunce di condanna in astratto possibili nell'ambito dello spazio giudiziario europeo²⁹.

Il fenomeno sarà, dapprima, esaminato sotto il profilo della copertura costituzionale e dei parametri espressi dalla giurisprudenza sovranazionale, specie di quelli elaborati dalla Corte di Strasburgo, nella logica di una lettura, in parte innovativa, dei tradizionali capisaldi interpretativi che assumono pregio in ordine all'argomento oggetto del presente studio³⁰. In particolare, allo svolgimento delle questioni, qui solo brevemente accennate, attinenti l'intervento comunitario in materia di esecuzione processuale indiretta ed il ruolo che le misure coercitive sono chiamate a rivestire nell'ambito del contenzioso transfrontaliero sarà dedicato il Capitolo primo del presente lavoro³¹.

La consapevolezza che a livello europeo convivono, in questa materia, istituti giuridici alquanto diversificati renderà necessario, in un secondo momento, nell'accingersi ad affrontare lo studio della circolazione delle misure coercitive che assistono decisioni pronunciate nella materia civile e commerciale, premettere l'esame - sia pur sintetico - degli strumenti predisposti a livello interno dai singoli Stati membri³². Tale analisi si rende ancor più doverosa, laddove si constati che la normativa comunitaria disciplina questa materia facendo largo uso del rinvio al diritto nazionale. Le caratteristiche strutturali proprie delle misure coercitive presenti al livello interno degli Stati membri, la loro natura, il loro concreto modo di operare sono invero tali da provocare, come si cercherà di mettere convenientemente in luce, precise ripercussioni sul complessivo funzionamento del Regolamento (CE) n. 44/2001 in questa materia.

Basti sin d'ora considerare che le soluzioni offerte al problema in esame risultano, in seno ai diversi ordinamenti nazionali, tra loro difficilmente accostabili. In via di prima e generale esemplificazione, si può così constatare come, nell'ambito

²⁹ Sul ruolo che le misure coercitive sono chiamate ad assolvere nell'ottica del diritto processuale civile europeo sia consentito per il momento rinviare alle considerazioni svolte nel Cap. I, Sez. II, § 13.

³⁰ In merito, sia consentito rinviare alle osservazioni svolte nel Cap. I, Sez. I, § 1.

³¹ In particolare, all'intervento comunitario in materia di esecuzione processuale indiretta sarà dedicata la Sez. I del Cap. I; mentre, al ruolo che le misure coercitive sono chiamate ad assolvere sul piano del diritto processuale civile europeo sarà dedicata la Sez. II del Cap. I.

³² Sul punto sia consentito rinviare al Cap. II, Sez. I – II.

dell'Unione Europea, si confrontino Paesi, primi fra tutti quelli di matrice francofona, le cui pronunce godono, in generale, di una imperatività rafforzata e Paesi ove, per contro, le pronunce godono di un simile vantaggio in termini e proporzioni ridotte³³. Paesi che, almeno ad un primo esame, paiono affrontare il problema in un'ottica marcatamente privatistica, concretandosi le misure coercitive nella previsione di una condanna accessoria avente ad oggetto una prestazione monetaria destinata a vantaggio del creditore; e Paesi che, per contro, affrontano il problema dell'inottemperanza al provvedimento giudiziale in un'ottica più marcatamente e squisitamente pubblicistica³⁴.

Non si potrà quindi prescindere dall'esame in chiave comparata della disciplina che le misure coercitive ricevono in seno ai singoli Stati membri per valutarne correttamente le implicazioni sul piano della circolazione intra-comunitaria.

³³ Si deve così osservare come, nell'ambito dell'UE, convivano approcci all'esecuzione processuale indiretta tra loro fortemente divergenti. Così, ad esempio, mentre alcuni Stati membri non consentono il ricorso alle misure coercitive laddove il provvedimento di condanna abbia ad oggetto un obbligo a carattere c.d. fungibile concependo l'esecuzione indiretta in un rapporto di stretta alternatività con l'esecuzione diretta (è questo, segnatamente, il caso di: Italia, Germania, Grecia, Austria e Portogallo); gli ordinamenti francofoni (Francia e Paesi del Benelux), per contro, concepiscono l'*astreinte* quale strumento di pressione sulla sfera personale del debitore perfettamente cumulabile con l'esecuzione forzata diretta. V., per tutti, W. KENNETT, *Enforcement of Judgment in Europe* cit., p. 290.

³⁴ Da questo angolo di visuale, il fenomeno della circolazione delle misure coercitive nello spazio giudiziario europeo non potrà pertanto essere dissociato dallo studio dell'origine e della natura che l'istituto riveste in seno ai principali ordinamenti giuridici degli Stati membri (su cui v., Cap. II, Sez. I, §§ da 4 a 9.2.). A riguardo, basti per il momento ricordare come sia certo che anche l'origine dell'*astreinte* francese sia di tipo pubblicistico. Tuttavia, è innegabile che nei paesi francofoni la figura si sia andata sempre più, per così dire, privatizzando nel senso di assegnare alla misura in discussione una funzione di riequilibrio del rapporto obbligatorio, tesa ad assicurare l'adempimento puntuale e spontaneo dell'obbligazione. Vi è però da dire che, anche in seno all'istituto di matrice francese, laddove si vadano ad indagarne gli aspetti peculiari della regolamentazione e le concrete modalità di funzionamento se ne ricava che la misura presenta tutt'ora strette connessioni con l'esigenza pubblicistica dell'osservanza delle sentenze e, con essa, del rispetto dovuto nei confronti all'autorità giudiziaria (a mero titolo esemplificativo si pensi alla circostanza che la pronuncia dell'*astreinte* in Francia non è rimessa all'esclusività dell'iniziativa di parte ma ben può aversi anche per iniziativa officiosa del giudice).

Il carattere pubblicistico permane - in tutta la sua evidenza - ove si consideri, in particolare, l'esperienza austro-tedesca e quella propria dei paesi di *common law*. Tale dato giustifica, dunque, la cautela di molti autori circa la possibilità di ammettere la circolazione di siffatte misure nello spazio giudiziario europeo. Cautela che, come si metterà in luce nel corso del terzo capitolo, può trovare, di per sé, argomentate giustificazioni sulla base dei limiti materiali di applicazione del Reg. (CE) n. 44/2001. Da notare, infine, che la prudenza di questa parte della dottrina è ancor più apprezzabile se si pone mente alla circostanza che, nel contesto degli ordinamenti da ultimo richiamati, la materia presenta strette connessioni con l'ambito penale. Invero, tanto in Inghilterra, quanto in Germania e in Austria, la parte che non si conformi all'ordine giudiziale può essere perseguita penalmente mediante la previsione che la misura pecuniaria, laddove non onorata, possa essere convertita in una misura restrittiva della libertà personale.

Sulla base di questi acquisiti dati preliminari l'indagine proseguirà, nel terzo capitolo, con il riferimento al diritto processuale civile comunitario in senso stretto.

A tale riguardo, è bene rilevare, sin d'ora, come una certa unità di vedute si registri, in dottrina, in ordine alla sola possibilità di ammettere, in linea di principio, la circolazione delle misure coercitive nello spazio giudiziario europeo. Per contro, tutt'altro che compatto si mostra il quadro delle opinioni sorte in merito agli interrogativi concernenti: il fondamento e i presupposti cui subordinare questo riconoscimento; l'individuazione delle tipologie di misure coercitive ammesse concretamente ad essere riconosciute ed eseguite; la determinazione degli effetti che questo riconoscimento provoca.

Il grado di incertezza è destinato ad aumentare, in questo contesto, in ragione sia delle lacune che, sul piano comunitario, connotano la disciplina appositamente congegnata per l'attuazione delle misure di coercizione indiretta; sia della oggettiva difficoltà di assicurare l'armonico coordinamento tra quest'ultima e i singoli diritti municipali degli Stati membri.

Una solida risposta agli interrogativi prospettati richiede, pertanto, all'interprete di riferirsi agli strumenti processualcivilistici generali offerti dal Reg. (CE) n. 44/2001 in tema di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni. Operazione, quest'ultima, che, stante i peculiari connotati che contraddistinguono le pronunce in esame, non sempre apparirà di agevole conduzione.

In un quadro siffatto, sulla soluzione, almeno di una parte, delle questioni che in quest'ambito si pongono incideranno le premesse assunte a fondamento dell'indagine in ordine alla natura giuridica delle misure di coercizione indiretta, o meglio, delle decisioni che le applicano. I principali nodi da sciogliere saranno, in particolare, di due ordini. In primo luogo, sarà necessario individuare come coniugare la natura, in parte anche sanzionatoria, delle misure coercitive con l'ambito di applicazione del Regolamento (CE) n. 44/2001 il cui perimetro è, come noto, circoscritto alla sola materia civile e commerciale; in secondo luogo, sarà necessario risolvere la contraddizione di fondo che sottostà all'ammissione alla circolazione nel contesto dello spazio giudiziario europeo di decisioni che, in base alla legislazione interna di alcuni Stati membri, lungi dall'appartenere alla

INTRODUZIONE

fase di decisione della causa costituiscono un momento dell'esecuzione forzata *stricto sensu* intesa della decisione stessa.

In tale ottica lo studio della disciplina che sovrintende la circolazione intracomunitaria delle misure coercitive condurrà a metterne in rilievo, innanzitutto, i molteplici aspetti di problematicità ma, in un secondo momento, offrirà anche lo spunto per ripensare alcuni postulati di fondo in punto di riconoscimento ed esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali nello spazio giudiziario europeo.

Questo, in sintesi, il ventaglio delle questioni, qui solo brevemente accennate, che il fenomeno in esame evidenzia e, questi, i profili essenziali dell'intero lavoro che ci si appresta a svolgere, dopo averne così succintamente indicate le coordinate e le linee guida.

CAPITOLO PRIMO
ESECUZIONE PROCESSUALE INDIRETTA
E COOPERAZIONE GIUDIZIARIA IN MATERIA CIVILE

SEZIONE I

LE INIZIATIVE ARMONIZZATRICI DELL'UE
IN TEMA DI ESECUZIONE PROCESSUALE INDIRETTA

1. Esecuzione processuale indiretta ed effettività della tutela nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Il rifiuto del ricorso generalizzato alla tutela per equivalente e l'insufficienza del rimedio risarcitorio.

Nel panorama della cultura giuridica contemporanea, il tema delle misure coercitive si è posto, per lungo tempo, come uno dei più delicati e controversi. A partire, quantomeno, dalla seconda metà del secolo passato, la questione ha attirato fortemente l'interesse degli studiosi che ad essa hanno dedicato incessante attenzione¹.

In linea di prima e generale approssimazione, e senza voler incorrere nel pericolo di frettolose semplificazioni, tale continuità degli studi evidenzia come costante sia stato l'interesse per le modalità di attuazione dei provvedimenti giurisdizionali pronunciati con riferimento a quelle situazioni giuridiche soggettive che, per limiti materiali o giuridici², sono insuscettibili di trovare pratica attuazione nell'azione

¹ Tra coloro che si sono occupati del problema v., sin d'ora, M. TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici* cit., 1988, p. 142 ss.; S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare* cit., p. 119 ss.; S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti* cit.; A. FRIGNANI, *Il mondo dell'astreinte: sviluppi recenti e prospettive*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, p. 931 ss.; Id., *Il "Contempt of Court" quale sanzione per l'inesecuzione dell' "injunction"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 112 ss.; Id., *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Milano, 1974; Id., *Le penalità di mora nel diritto comunitario, francese e italiano*, in *Riv. dir. ind.*, 1974, I, p. 219 ss.; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna* cit., p. 1104 ss.; Id., *L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, p. 620; V. COLESANTI, *Misure coercitive e tutela dei diritti* cit., p. 601; G. TARZIA, *Presente e futuro delle misure coercitive civili* cit., p. 800 ss.

² Invero, è essenzialmente con riferimento a tale tipologia di obblighi (precisamente, quelli aventi ad oggetto una prestazione di fare a carattere c.d. infungibile e quelli di non fare) che un autorevole studioso, domandandosi se sia possibile chiedere dalla parte lesa e disporre dal magistrato

esecutiva³. Come si può con facilità intendere, il tema si incrocia strettamente con la questione inerente i rapporti tra condanna ed esecuzione forzata e con la difficoltà di assicurare, sul piano della realtà materiale, la necessaria correlazione della seconda alla prima⁴.

civile, in questi casi (ossia in quelli in cui “i soliti mezzi di esecuzione forzata diretta non sono possibili”), la condanna dell'obbligato a un tanto per ogni giorno di mancata esecuzione della propria obbligazione, definiva tale questione, nell'introduzione alla sua monografia, come una “bella, importante e complessa questione di diritto processuale civile”. V. L. FERRARA, *L'esecuzione processuale indiretta* cit., pp. 8-9. La citazione è ripresa anche da G. TARZIA, *Presente e futuro delle misure coercitive civili* cit., p. 800.

³ In linea di prima e generale approssimazione, per obblighi infungibili si devono intendere quelli che non possono essere surrogati da un terzo in quanto richiedenti la condotta personale dell'obbligato, tale per cui il procedimento previsto dall'art. 612 c.p.c. si rivela inidoneo a soddisfare le esigenze di tutela del creditore. In tale ottica, vengono tradizionalmente considerate infungibili le prestazioni fondate sull'*intuitu personae*, quelle che coinvolgono diritti della personalità, quelle che consistono in un obbligo di astensione o di non fare e quelle fungibili per le quali sia difficoltosa l'esecuzione da parte di un terzo. Su tale aspetto, v. *amplius*, Sez. II, § 10 del presente Capitolo.

⁴ La questione esige di accennare, già in questa sede, al fondamentale problema di ordine dogmatico circa l'ampiezza della nozione stessa di condanna e di verificare quale sia il rapporto tra quest'ultima e l'esecuzione forzata (sul punto, v., *amplius*, Sez. II, § 11). Come noto, la dottrina ha, in merito, assunto posizioni diverse nel tempo. L'orientamento più risalente, ed ancor oggi prevalente, ha visto consolidarsi l'opinione di coloro che sostengono l'esistenza di un nesso forte tra condanna ed esecuzione forzata. Tale teoria, muovendo dall'esaltazione dei connotati propri della sentenza di condanna e, in particolare, del suo effetto principe, vale a dire quello di preconstituire il titolo esecutivo, ritiene che quest'ultima possa aversi solo con riferimento a quelle situazioni giuridiche soggettive che possono trovare successiva attuazione nell'azione esecutiva. Ne deriva che, per la teorica classica della c.d. correlazione necessaria tra condanna ed esecuzione forzata, la condanna può avere ad oggetto solo quelle situazioni giuridiche soggettive che siano eseguibili coattivamente, in relazione ai mezzi esecutivi conosciuti e tipicizzati dall'ordinamento. Ciò posto è bene precisare, tuttavia, che, secondo i sostenitori di siffatta opinione, la condanna sarebbe in astratto sempre possibile o in quanto si tratti dell'obbligazione originaria rimasta inadempita, o perché si tratti di obbligazione pecuniaria subentrata alla stessa per equivalente in via risarcitoria. In tal senso v., per il momento, E. T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1973, p. 144 ss.; A. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1958, p. 100 ss.; C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, I, Torino, 1975, p. 54; P. CALAMANDREI, *La condanna*, in Id., *Opere giuridiche*, V, Napoli, 1972, p. 483 ss.; L. MONTESANO, *Condanna civile e tutela esecutiva*, Napoli, 1965, p. 5; E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 1957, p. 260; M. T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1964, p. 143 ss.; G. A. MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, I, Milano, 1959, p. 47 ss.; G. BORRÈ, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare* cit., p. 138; C. MANDRIOLI, *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata* cit., 1346; L. MONTESANO, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Bari, 1981. Precisi riscontri a questa tesi si rinvencono anche nella recente giurisprudenza: v. Cass. Civ. Sez. I, 23 settembre 2011, n. 19454 in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 9, p. 1334; Cass. Civ. Sez. Lav., 26 novembre 2008, n. 28274, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 11, p. 1696; Cass. Civ. Sez. III, 13 ottobre 1997, n. 9957 in *Giust. civ. Mass.*, 1997, p. 1921; Cass. Civ. Sez. Lav., 17 luglio 1992, n. 8721, in *Giust. civ. Mass.*, 1992, p. 7.

La riflessione dottrinale successiva, muovendo dal riconoscimento dell'esistenza di limiti di varia natura che non sempre consentono l'esecuzione del diritto oggetto di condanna, si è sviluppata nella direzione di mettere in crisi la tradizionale correlazione tra condanna ed esecuzione forzata. I fautori di tale teoria partono da una serrata critica all'impostazione maggioritaria per cui, a fronte di obblighi a carattere infungibile, non suscettibili di essere attuati mediante l'esecuzione forzata diretta, l'unica forma di tutela possa essere rappresentata dalla trasformazione in equivalente monetario della prestazione originaria. Da una simile presa di posizione consegue, per i sostenitori di questa diversa opinione, la necessità di superare il dogma della c.d. correlazione necessaria tra condanna ed esecuzione forzata e di estendere la nozione della prima ad ogni sentenza o provvedimento che,

In particolare, è noto, come, a fronte della riconosciuta tipicità delle forme di tutela esecutiva apprestate dal nostro ordinamento, l'attenzione si sia appuntata, in prevalenza, sull'individuazione di tecniche di tutela alternative idonee a sollecitare l'adempimento specifico degli obblighi che, in virtù delle caratteristiche strutturali da cui risultano connotati, una volta riconosciuti e affermati per via giudiziale, necessitano, per essere portati a pratico compimento, che sia il debitore a darvi personale esecuzione⁵.

Siffatta questione rappresenta tutt'altro che un problema di mera tecnica processuale tipico del nostro ordinamento⁶. Invero, i migliori studi comparatistici hanno dimostrato che esso configura, da sempre, un valido terreno di prova su cui i diversi ordinamenti hanno misurato la capacità dei propri strumenti processuali di apprestare una tutela effettiva⁷; ove, per tutela effettiva, deve intendersi, ai nostri fini, una tutela non limitata al momento della mera affermazione del diritto da parte del giudice⁸.

benchè non eseguibile in via diretta, lo sia con mezzi e sistemi diversi, quale per l'appunto quello offerto dalle misure coercitive. V., in particolare, A. PROTO PISANI, *La tutela di condanna*, in Id., *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003, p. 86; V. COLESANTI, *Misure coercitive e tutela dei diritti cit.*, p. 601 ss.

⁵ Come noto, deve essere attribuito già a Chiovenda il merito di aver posto in risalto la distinzione tra i c.d. “mezzi di surrogazione”, che si concretano nell'esecuzione forzata, e i c.d. “mezzi di coazione”, ossia quelli con cui “gli organi giurisdizionali tendono a far conseguire al creditore il bene a cui ha diritto colla partecipazione dell'obbligato e quindi tendono ad influire sulla volontà dell'obbligato perché si determini a prestare ciò che deve”. V. G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, Napoli, 1960, pp. 252-253.

⁶ Negli esatti termini riportati nel testo v. M. TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici cit.*, p. 143; v. inoltre, E. SILVESTRI – M. TARUFFO, *Esecuzione forzata e misure coercitive cit.*, p. 1 secondo cui non solo “il problema delle misure coercitive non è nuovo nella storia degli ordinamenti europei, anzi, accompagna la più generale evoluzione degli strumenti di tutela giurisdizionale”. Ne danno conto anche S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti cit.*, p. 54 ss.; V. COLESANTI, *Misure coercitive e tutela dei diritti cit.*, p. 601 ss.; A. DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela cit.*, p. 33.

Il problema dell'esecuzione diretta (diversa dall'adempimento spontaneo) degli obblighi di fare infungibili o di non fare, specialmente con riguardo ai casi in cui l'adempimento o l'inadempimento presenta una dimensione destinata a protrarsi nel tempo e non sia destinato ad esaurirsi con una sola azione od omissione, si è ben posto all'attenzione anche di quelli ordinamenti che conoscono le più efficaci tecniche di coercizione indiretta, prime tra tutte, quella offerta dall'istituto del *Contempt of Court* dell'ordinamento anglosassone. V. E. SILVESTRI, *Problemi e prospettive di evoluzione nell'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare cit.*, p. 49 la quale bene evidenzia che nell'ordinamento processuale anglosassone il problema della tutela esecutiva dei diritti aventi natura non patrimoniale si è sviluppato in senso opposto a quanto si è registrato in seno al nostro ordinamento giuridico. Precisamente, secondo l'Autrice, le forme di tutela ivi apprestata sono tese ad estendere, al massimo raggio possibile, l'ambito della tutela in forma specifica attraverso la ricerca di *equity remedies* opportunamente congegnati a misura dell'interesse fatto valere in giudizio, nella tensione di quegli ordinamenti volta a respingere il tradizionale appiattimento delle situazioni soggettive operato dalla conversione nel risarcimento del danno per equivalente.

⁷ L'interesse per il problema delle misure coercitive, o di esecuzione indiretta, si ricollega sovente in dottrina alla necessità di assicurare, al livello più alto possibile, l'effettività dei mezzi di

Da qualunque angolo di visuale la si guardi, l'idea di base che ne emerge è quella per cui il sistema della tutela giurisdizionale deve tendere a fornire strumenti volti a garantire, o perlomeno a tentare di garantire, la pratica attuazione del diritto per tutte le situazioni giuridiche azionabili in giudizio, specialmente laddove il provvedimento di condanna non sia, a riguardo, di per sé sufficiente⁹. Il risultato cui si tende è, in definitiva, quello di evitare che l'affermata reintegrazione di una determinata situazione giuridica soggettiva lesa, dopo essere stata riconosciuta sul piano della cognizione, risulti impossibile per la mancanza di idonei rimedi esecutivi¹⁰.

tutela giurisdizionale e, in particolare, della tutela di condanna. V. M. TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici* cit., p. 142; G. TARZIA, *Presente e futuro delle misure coercitive civili* cit., p. 801; C. TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette*, Milano, 2012, p. 21; E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea* cit., p. 727 il quale definisce l'argomento in esame quale "snodo fondamentale nel percorso verso l'effettività della tutela giurisdizionale".

⁸ L'intento è, invero, quello di colmare il divario esistente tra il riconoscimento di determinati diritti sul piano sostanziale e la loro mancanza di tutela sul piano processuale. V. I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente* cit., p. 54 ss.; M. TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici* cit., p. 143; E. SILVESTRI, *Problemi e prospettive di evoluzione nell'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare* cit., p. 62. Per una interessante ricognizione in prospettiva storica e comparatistica delle tecniche seguite, nei diversi ordinamenti giuridici, al fine di garantire l'effettivo adempimento dell'obbligo o dell'obbligazione contenuta nella sentenza di condanna: v. A. H. PEKELIS, *Techniques and political ideologies: a comparative study*, in *Michigan Law Review*, 1943, 41, p. 665 ss.

⁹ E. SILVESTRI – M. TARUFFO, *Esecuzione forzata e misure coercitive* cit., p. 2, i quali collocano il problema delle misure coercitive sotto il profilo dell'effettività della tutela di condanna, "sulla base della considerazione che questa è realmente una forma di tutela, in quanto l'attuazione del provvedimento non sia lasciata esclusivamente all'adempimento spontaneo del debitore, ed in quanto si assuma che la condanna mira a realizzare l'adempimento specifico dell'obbligazione, piuttosto che a costituire titolo per il risarcimento del danno derivante dall'inadempimento". V., anche, M. TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici* cit., p. 174 il quale pone, altresì, in evidenza come non sempre queste misure sono in grado di assicurare una tutela giurisdizionale piena e realmente effettiva. È indubbio, infatti, che qualora si discorra dell'esecuzione di determinate categorie di obbligazioni, specie di quelle aventi carattere non patrimoniale, forte sia l'insofferenza derivante dalla difficoltà di individuare misure processuali realmente in grado di far ottenere al titolare la soddisfazione del suo diritto. In tal senso anche la predisposizione di misure coercitive, pur laddove contemplate da strumenti a carattere generale, come avviene in Francia, si risolve sovente in un palliativo che non porta "l'adeguamento della realtà all'ordine del giudice" e non fa realmente conseguire all'avente diritto quel risultato di effettiva attuazione del provvedimento che pur ne rappresenterebbe l'aspirazione di fondo.

¹⁰ Cfr. M. TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici* cit., p. 174 il quale ben evidenzia come si tratti di un problema di grande complessità che abbraccia, a sua volta, temi di grande respiro. Invero, la sua compiuta trattazione dovrebbe inevitabilmente condurre a retroagire: sull'individuazione delle situazioni sostanziali effettivamente tutelabili; sul ruolo degli organi giurisdizionali quanto alla scelta del rimedio esecutivo da adottare nel caso concreto; sull'individuazione delle varie tecniche esecutive che, non solo divergono a seconda del sistema di riferimento, ma che operano in maniera diversa a seconda dell'intensità con cui viene realizzato il valore dell'attuazione dei diritti o fissato il punto di equilibrio tra questo ed altri valori (come la libertà individuale o l'autonomia delle scelte economiche private). Sul punto v., anche, Id., *Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione* cit., p. 641 ss.

Due norme della Costituzione italiana si pongono alla base di un tale ordine di considerazioni. L'art. 3 che sancisce il principio di uguaglianza innanzi alla legge e, in misura maggiormente pregnante, l'art. 24 laddove si stabilisce che tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi¹¹. I principi ivi consacrati si declinano nella garanzia alla tutela giurisdizionale che, per essere effettiva, deve necessariamente coniugare il diritto di ognuno ad agire in giudizio con quello ad ottenere la pratica soddisfazione della pretesa fatta valere¹². Benchè la nostra Carta fondamentale non contenga previsioni dirette ad assicurare esplicitamente l'effettività della tutela, è indubbio che quest'ultima rappresenti una componente essenziale dello stesso diritto d'azione¹³.

¹¹ A venire in rilievo sono, beninteso, anche i primi due commi dell'art. 111 Cost. quanto alle implicazioni che discendono dall'applicazione dei principi racchiusi sotto la formula del "giusto processo" al procedimento civile di esecuzione. Tuttavia, stante l'osmosi tra la formulazione di tale norma con quella di cui all'art. 6 della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, su tale profilo ci si intratterà più oltre nel testo. Sulla circolarità dell'interpretazione della nostra Carta costituzionale e dei principi elaborati in sede europea, V., G. TARZIA, *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 6.

¹² Per la definizione dell'esecuzione forzata quale "aspetto" o "momento" della tutela giurisdizionale dei diritti v. S. SATTÀ, *L'esecuzione forzata*, in F. VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1954, p. 3; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1982, p. 13 secondo il quale il principio per cui la tutela dei diritti deve essere effettiva implica che la stessa sia "rispondente al contenuto intrinseco del diritto tutelando"; S. CHIARLONI, *Ars distinguendi e tecniche di attuazione dei diritti*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti cit.*, p. 184 il quale afferma espressamente che la garanzia costituzionale del diritto di azione "non si può considerare soddisfatta solo perché l'ordinamento prevede l'accesso ad una tutela giurisdizionale purchesia. Occorre anche che si tratti di una tutela effettiva, la quale, per molte categorie di diritti, esige la capacità di assicurare l'esatto adempimento della prestazione dovuta"; A. PROTO PISANI, *L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna cit.*, p. 622.

È noto, peraltro, come il formale riconoscimento della natura giurisdizionale dell'esecuzione forzata è il frutto di una lunga e complessa evoluzione nel corso della quale è stata sempre rimarcata la diversità di quest'ultima, considerata quale mero esercizio di *imperium*, rispetto all'attività di *ius dicere* ma che, tuttavia, respingendo, da questo punto di vista, l'influenza francese, non ha condotto a negarne la natura giurisdizionale. V. G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1925, p. 302; R. VACCARELLA, *Esecuzione forzata cit.*, p. 2; S. LA CHINA, *Esecuzione forzata, I) Profili generali*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1989, XIII, Roma, p. 2; G. VERDE, *Attualità del principio «nulla executio sine titulo» cit.*, p. 964. Non va, inoltre, sottaciuto che coloro che dubitavano del carattere giurisdizionale dell'esecuzione forzata partivano dalla premessa di una correlazione necessaria tra i concetti di giurisdizione-accertamento-giudicato. V. E. ALLORIO, *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 487. Con l'andare del tempo è, tuttavia, maturata la piena consapevolezza che il processo esecutivo costituisce piena attività giurisdizionale e che le fondamentali garanzie sull'equo processo civile desumibili specialmente dagli artt. 3, 24 e 111 della Costituzione devono trovare piena applicazione anche al processo esecutivo "inquadrate nel sistema unitario della tutela giurisdizionale dei diritti". V. B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile cit.*, p. 19; A. BONSIGNORI, *Esecuzione forzata (in generale)*, in *Digesto delle disc. priv.*, 1991, p. 2 ss.; G. TARZIA, *Il giusto processo di esecuzione*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 331 ss.

¹³ V., L. MARAZIA, *Astreintes e altre misure coercitive per l'effettività della tutela civile di condanna*, in *Riv. es. forz.*, 2004, p. 333; F. CARPI, *Riflessioni sui rapporti fra l'art. 111 della*

Se la dimensione dell'effettività è importante per il processo di cognizione, essa riveste un rilievo ancor più centrale per il processo di esecuzione, retto dal principio di prevalenza dello scopo, vale a dire il perseguimento di un determinato risultato pratico, volto ad offrire compiuta realizzazione all'obbligazione consacrata nel titolo esecutivo¹⁴.

L'esigenza di attuare sul piano dell'esecuzione la garanzia ad una tutela giurisdizionale effettiva, per lo più ove essa venga ricondotta all'ambito della copertura costituzionale di cui poc'anzi si è fatto cenno¹⁵, è passata, di necessità, quanto meno con riferimento alle situazioni giuridiche sostanziali caratterizzate dall'infungibilità della prestazione pretesa dal debitore, per mezzi e sistemi diversi,

Costituzione ed il processo esecutivo cit., p. 387; L. P. COMOGLIO, *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 1076. Da questo angolo di visuale, peraltro, la nostra Costituzione si differenzia dall'art. 8 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo il quale espressamente contempla il "right to an effective remedy"; dall'art. 13 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali che discorre di "ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale"; dall'art. 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea che menziona il "droit à un recours effectif".

¹⁴ V., ancora, F. CARPI, *Riflessioni sui rapporti fra l'art. 111 della Costituzione ed il processo esecutivo* cit., p. 387.

¹⁵ La Consulta è intervenuta più volte per assicurare l'effettività della tutela esecutiva evocando il parametro costituzionale dell'art. 24 Cost. Per una panoramica delle declinazioni che il principio di effettività della tutela giurisdizionale ha ricevuto in seno alla nostra giurisprudenza costituzionale, v. Corte Cost., 22 ottobre 1990, n. 470 in *Riv. giur. urbanistica*, 1991, p. 525; Corte Cost., 15 settembre 1995, n. 435, in *Giur. it.*, 1997, I, p. 274; Corte Cost., 24 luglio 1998, n. 321, in *FI*, 1998, I, p. 3048; Corte Cost. 23 luglio 2010, n. 281, inedita. Sulla natura giurisdizionale dell'esecuzione forzata quale fase diretta a rendere effettiva l'attuazione del provvedimento giurisdizionale v., in particolare, Corte Cost., 15 settembre 1995, n. 435, in *Foro Amm.*, 1996, p. 6; Corte Cost., 24 luglio 1998, n. 321, in *FI*, 1998, I, p. 3048; Corte Cost., 6 dicembre 2002, n. 522, in *FI*, 2003, I, p. 1650; Corte Cost., 10 novembre 2004, n. 335, in *Giur. cost.*, 2004, p. 6. Particolarmente significativa da questo punto di vista è Corte Cost. 28 aprile 1992, n. 194, in *Giur. it.*, 1993, I, p. 554 che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 11, r.d. 30 dicembre 1923, n. 3282 (Legge sul gratuito patrocinio), laddove non assicurava al non abbiente l'anticipazione a carico dello Stato delle spese per il compimento dell'opera o per la distruzione dell'esecuzione per obblighi di fare, atteso che l'art. 614 c.p.c. prevede solo la possibilità di ottenere *ex post* il pagamento delle spese anticipate, con la conseguenza che colui che avesse ottenuto la sentenza di condanna ad un obbligo di fare o di non fare e poi non disponesse dei mezzi per darvi esecuzione si vedeva di fatto riconosciuta solo una tutela astratta e teorica. All'esito della richiamata pronuncia l'art. 15 *sexies*, lett. i) della legge 30 luglio 1990, n. 217 sul patrocinio a spese dello Stato (legge successivamente modificata per il patrocinio a spese dello Stato nei giudizi civili e amministrativi dall'art. 13 della l. 29 marzo 2001, n. 134 che ha abrogato il r.d. 30 dicembre 1923 n. 3282) ha stabilito che sono anticipate dallo Stato le spese per il compimento dell'opera non eseguita e per la distruzione di quella compiuta.

Il riconoscimento del carattere pienamente giurisdizionale del processo esecutivo comporta, inoltre, che anche in esso viga il fondamentale canone della garanzia del diritto di azione tanto da far ritenere che, a fronte della tutela di condanna, sussista un vero e proprio diritto all'esecuzione. La Consulta ha fatto applicazione di tale principio nella sentenza 5 ottobre 2001, n. 333 edita in *FI* 2001, I, p. 3017 sui condizionamenti legittimi che l'accesso alla tutela esecutiva può subire.

quali, per quanto in questa sede maggiormente interessa, il ricorso alle misure di coercizione indiretta¹⁶.

Queste affermazioni sono suscettibili di essere, almeno in parte, generalizzate con riguardo ad ogni sistema giuridico. Al di là delle singole peculiarità nazionali, ed anche laddove non operi la categoria dell'azione, intesa quale elemento di raccordo tra le situazioni giuridiche sostanziali, e più specificamente, i diritti soggettivi, ed il processo¹⁷, resta invero indubitabile che assicurare una tutela effettiva a ciascuna delle posizioni soggettive del singolo riconosciute meritevoli di tutela è prerogativa di ogni ordinamento giuridico.

In via di prima e generale approssimazione, si può affermare che questo è proprio lo scopo cui le misure coercitive in definitiva tendono: garantire, o meglio, tentare di

¹⁶ In dottrina, per un fondamento costituzionale del ricorso alle misure coercitive, specie a tutela di quelle situazioni giuridiche soggettive a carattere non patrimoniale espressamente riconosciute nella nostra Carta fondamentale, nell'ottica di una critica alla tesi che intravede la soluzione al problema in esame nella soddisfazione per mero equivalente monetario di tutti gli obblighi a carattere infungibile. V. A. PROTO PISANI, *La tutela di condanna* cit. p. 86; V. COLESANTI, *Misure coercitive e tutela dei diritti* cit., p. 601 ss.; M. TARUFFO, *Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione* cit., p. 635 e spec. p. 645; E. SILVESTRI, *Problemi e prospettive di evoluzione nell'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare* cit., p. 44; C. TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette* cit., p. 18; F. CARPI, *Riflessioni sui rapporti fra l'art. 111 della Costituzione ed il processo esecutivo* cit., p. 396. Alcune critiche, degne di nota, a tale impostazione si leggono in A. CHIZZINI, *Commento sub Art. 614-bis c.p.c.* cit., p. 153 il quale rileva che seppure sia indubbia la correttezza della lettura che sottolinea l'effettività della tutela postulata dall'art. 24 della Costituzione, osserva, tuttavia, che tale ultima disposizione dovrebbe essere coordinata e interpretata alla luce di altri valori che nella Carta fondamentale trovano tutela e che "di fatto possono porsi quale limite invalicabile al pieno soddisfacimento dell'interesse materiale pur garantito dalla norma nella situazione soggettiva sostanziale, alla luce di quello che sembra essere una giusta ponderazione e un corretto bilanciamento [...]".

¹⁷ Come noto, il sistema di *civil law* della tutela civile dei diritti risulta tradizionalmente incardinato sul doppio binario segnato dal diritto soggettivo e dall'azione. In particolare, la tutela civile dei diritti si trova costretta tra "l'esigenza di ascrivere a diritto soggettivo ogni posizione giuridica o pretesa che aspiri ad essere tutelata davanti ai giudici e l'individuazione dello strumento processuale più appropriato (condanna, accertamento, sent. costitutiva)". Il sistema di *Common law* risulta, per contro, ispirato dalla prospettiva dei "rimedi", anziché di quello dei diritti soggettivi, e pertanto privilegia il momento della lesione di un interesse a mezzo della predisposizione di adeguati strumenti di tutela. V., A. DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* cit., p. 21 da cui è ripresa la frase riportata tra virgolette. Così, mentre "nel linguaggio dei diritti soggettivi, il diritto, si può dire, precede il momento della tutela, rappresentando, questa, un mero effetto od aspetto del(la titolarità del) diritto. Nel linguaggio dei "rimedi" ha luogo l'inverso, perché semmai l'esistenza del diritto viene desunta dal fatto che esiste un "rimedio" contro la lesione di un interesse". V., a riguardo, testualmente, N. TROCKER, «*Civil law*» e «*Common law*» nella formazione del diritto processuale europeo, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunitario*, 2007, p. 430; Id., *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'"azione" nell'elaborazione della corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 35; M. TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici* cit., p. 144; S. MAZZAMUTO – A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo* cit., p. 1 ss.

garantire l'effettiva attuazione sul piano della realtà di quanto comandato dalla pronuncia giurisdizionale¹⁸.

Non è un caso, dunque, che il tema in esame abbia avuto, da tempo, grande risonanza all'interno degli ordinamenti giuridici più evoluti.

Ampiando ora un poco l'angolo di visuale, si può aggiungere che la predisposizione di siffatte misure è resa, altresì, indispensabile da quegli strumenti a carattere internazionale che annoverano tra i diritti umani quello dell'accesso alla giustizia. L'accesso alla tutela giurisdizionale sarebbe, infatti, destinato a rimanere lettera morta laddove non fosse parimenti garantito l'adempimento del diritto sostanziale che l'ordinamento giuridico abbia riconosciuto a colui che ne è il titolare¹⁹.

Non sembra, pertanto, scorretto intendere il riferimento contenuto nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali²⁰ al diritto riconosciuto a ciascuna persona di avere ogni controversia relativa ai propri diritti esaminata “equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito

¹⁸ E', a tal riguardo, d'obbligo accennare sin d'ora che, laddove si affronti il tema in chiave storica, si riscontra che tradizionalmente le misure coercitive sono state volte a vincere la disobbedienza al comando giudiziale, quale che fosse il contenuto di quest'ultimo (di dare, di fare o di non fare). Da un altro angolo di visuale va nuovamente ricordato che esse non sono necessariamente alternative all'esecuzione forzata, al cui sostegno possono intervenire al fine di garantire la completezza del sistema della tutela, ponendosi, sovente, in una posizione alla stessa del tutto complementare. Cfr. V. COLESANTI, *Misure coercitive e tutela dei diritti* cit., p. 619; S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti* cit., p. 15, nt. 22. E', tuttavia, necessario precisare che il problema in esame si scontra con la difficoltà di rintracciare, nel panorama processuale europeo, misure realmente idonee a far conseguire all'avente diritto la soddisfazione del suo diritto. Invero, anche in quei Paesi che, da tempo, hanno concepito in via generale sistemi completi di misure coercitive indirette, primi tra tutti la Francia e i Paesi del Benelux, il problema dell'effettività della tutela si è posto nella prospettiva della concreta possibilità che l'irrogazione di siffatte misure conduca al materiale adeguamento della realtà all'ordine giudiziale. Anche l'*astreinte*, invero, può rivelarsi inefficace, laddove sia stabilita in misura troppo bassa; mentre, ove la sua quantificazione sia troppo elevata, può portare ad un arricchimento ingiustificato dell'avente diritto senza che - in definitiva - sia conseguito il risultato di effettiva attuazione del provvedimento a cui la stessa dovrebbe mirare.

¹⁹ V. E. MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella l. 69/2009* cit., p. 1546; C. I. RISOLO, *L'effettività della tutela esecutiva e il problema delle misure coercitive*, in B. CAPPONI (a cura di), *L'esecuzione processuale indiretta* cit., p. 17, laddove tale prerogativa viene ricondotta al noto principio chiovendiano secondo cui “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”.

²⁰ Trattasi della Convenzione per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre del 1950 (d'ora, in avanti, solo la Cedu). Il testo integrale della Convenzione è scaricabile gratuitamente dal sito Internet del Consiglio d'Europa: www.coe.int/, sezione *Human rights*.

per legge” (art. 6 Cedu)²¹, come implicante il diritto ad una giustizia effettiva che, accanto all'esercizio in giudizio dei diritti, ne assicuri anche la loro effettiva realizzazione²².

Precisi contributi a questa tesi sono maturati, del resto, proprio a livello europeo. L'applicazione dell'art. 6 della Cedu ai processi di esecuzione forzata delle sentenze civili è stata affermata, a più riprese, sulla base di un duplice ordine di considerazioni tra loro intimamente connesse²³.

A riguardo, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha precisato, da un lato, che il diritto di accesso ai tribunali si rivelerebbe illusorio laddove l'ordinamento giuridico interno di uno Stato contraente “permettesse che una decisione giudiziale definitiva e vincolante restasse inoperante a danno di una parte”; dall'altro, che l'esecuzione di una sentenza deve essere considerata parte integrante del processo e deve rispondere ai canoni del “giusto processo” anche ai fini del calcolo della sua ragionevole durata²⁴.

²¹ Questa la traduzione, in lingua italiana, dell'art. 6, par. 1 della Cedu.

²² Cfr., pur con riguardo ad un ambito diverso da quello qui preso in considerazione, L. SANDRINI, *Tutela cautelare in funzione di giudizi esteri*, Milano, 2012, p. 3. Per un approfondimento sulla necessità di vagliare anche l'effettività della tutela esecutiva affinché essa possa corrispondere al canone del “processo equo” di cui all'art. 6 della Cedu, v. già L. P. COMOGLIO, *Diritti fondamentali e garanzie processuali comuni nella prospettiva dell'Unione Europea*, in *FI*, 1994, V, p. 153; L. MARAZIA, *Astreintes e altre misure coercitive per l'effettività della tutela civile di condanna* cit., p. 334.

²³ L'applicazione dell'art. 6 della Cedu ai processi di esecuzione forzata è stata esaminata a più riprese dalla dottrina. V. L. MONTESANO, *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di “terza via”*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 931; R. ORIANI, *L'imparzialità del giudice e l'opposizione agli atti esecutivi*, in *Riv. es. forzata*, 2001, p. 419; G. TARZIA, *Il giusto processo di esecuzione* cit., p. 330; G. E. KODEK, *The Impact of the European Convention on Human Rights and Fundamental Liberties on Enforcement Practices*, in M. ANDENANS – B. HESS – P. OBERHAMMER, (edited by) *Enforcement Agency Practice in Europe* cit., p. 303 ss.; O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld* cit., p. 303 ss.

²⁴ V., in particolare, a riguardo, l'arresto *Hornsby c. Grecia* del 13 marzo 1997 in *Réc. Dec.*, 1997, II, p. 40 da cui è tratto l'inciso riportato nel testo e la cui motivazione prosegue “in effetti, non si comprenderebbe che l'art. 6, par. 1 descriva in dettaglio le garanzie di procedura – equità, pubblicità e celerità – accordate alle parti e che non protegga la messa in opera delle decisioni giudiziali; se questo articolo (6.1) dovesse intendersi come concernente esclusivamente l'accesso al giudice e lo svolgimento del processo di cognizione, ciò rischierebbe di creare delle situazioni incompatibili col principio della preminenza del diritto che gli Stati contraenti si sono impegnati a rispettare ratificando la Convenzione”. La sentenza è limpidamente compulsata da N. TROCKER, «*Civil law*» e «*Common law*» nella formazione del diritto processuale europeo cit., p. 421.V., inoltre, nel medesimo senso, la sentenza pronunciata sul caso *Estima Jorge c. Portogallo* del 21 aprile 1998 che ha riconosciuto la violazione dell'art. 6 Cedu sotto il profilo della durata ragionevole del processo di una procedura esecutiva immobiliare durata tredici anni. Occorre tuttavia dare sin d'ora conto che, accanto a questa giurisprudenza, esiste un diverso orientamento, maggiormente restrittivo, il quale esclude i procedimenti civili di esecuzione dall'ambito della copertura delle garanzie di cui all'art. 6, paragrafo 1, della Cedu in quanto gli stessi “non risolvono una contestazione sui diritti civili, ma presuppongono una decisione anteriore su questi diritti da parte di un giudice competente” e “le decisioni prese da un

Sempre ai fini dell'applicazione dell'art. 6, par. 1, Cedu, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha più volte stabilito che il processo di esecuzione, in quanto processo giurisdizionale, non può essere considerato diversamente da quello di cognizione (e da quello cautelare), essendo entrambi volti al finale risultato della "realizzazione effettiva" dei diritti²⁵.

Ad una tale conclusione, l'opera interpretativa della Corte di Strasburgo è giunta spogliandosi del richiamo agli schermi formali della "decisione" e della "controversia", contenuti nel testo dell'art. 6, par. 1 della Cedu²⁶. Un tanto al fine di sottolineare che l'obiettivo cui è finalizzato l'esercizio del diritto di agire in giudizio non può essere ridotto alla mera affermazione autoritativa del diritto fatto valere ma comprende, necessariamente, anche la fase di attuazione coattiva dello stesso²⁷. Sebbene sia incontestabile che il testo letterale della norma sia prevalentemente orientato al giudizio di cognizione, è "inconcepibile" - ha affermato la Corte - che la garanzia del "giusto processo" non includa anche e soprattutto il diritto all'esecuzione effettiva in caso di inadempimento. Ostacoli e interferenze nell'esecuzione di una decisione giudiziaria non possono avere come conseguenza di "rimettere in discussione il merito della decisione giudiziaria" e "di privare di ogni effetto utile il provvedimento giudiziale"²⁸.

giudice durante i procedimenti esecutivi non comportano una nuova e separata decisione su quei diritti". V., nel senso da ultimo richiamato, la decisione del 21 maggio 1997, *Krone v. Austria* richiamata da G. E. KODEK, *The impact of the European Convention on Human Rights and Fundamental Liberties on Enforcement Practices* cit., p. 312.

²⁵ Tra le decisioni che si sono espresse in tal senso, v. Corte eur. dir. uomo, 26 febbraio 1993, n. 257, *Billi*, inedita; Corte eur. dir. uomo, 23 novembre 1993, n. 277, *Scopelliti*, inedita; Corte eur. dir. uomo, 26 settembre 1996, *Di Pede e Zappia*, in *Riv. dir. int.*, 1996, p. 714; Corte eur. dir. uomo, 31 marzo 2009, n. 22644, *Simaldone c. Italia*, inedita. Per questi ed ulteriori riferimenti giurisprudenziali sia consentito rinviare a B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile* cit., p. 20.

²⁶ E', d'altra parte, indubbio che il testo letterale dell'art. 6 della Cedu sia prevalentemente orientato alla cognizione e che la sua applicazione al processo di esecuzione forzata abbia comportato non poche difficoltà interpretative, v. G. TARZIA, *Il giusto processo di esecuzione* cit., p. 331; F. CARPI, *Riflessioni sui rapporti fra l'art. 111 della Costituzione ed il processo esecutivo* cit., p. 385.

²⁷ Così, N. TROCKER, «Civil law» e «Common law» nella formazione del diritto processuale europeo cit., p. 421.

²⁸ V., ancora, la sentenza *Hornsby* richiamata alla nota n. 24. Sul punto la Corte di Strasburgo ha sostenuto, in più occasioni, che il processo esecutivo deve essere visto come una seconda fase di quello di cognizione anche al fine del calcolo della durata complessiva del processo. V., altresì, Corte eur. dir. uomo, 26 settembre 1996, *Zappia c. Italia*, in *Riv. dir. int.*, 1996, p. 714; Corte eur. dir. uomo, 28 luglio 1999, *Immobiliare Saffi v. Italia*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1999, p. 605. A riguardo, v. G. TARZIA, *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile* cit., p. 1.

L'idea guida dell'effettività della tutela giudiziale e dell'applicabilità dei principi del giusto processo all'esecuzione forzata ha condotto, da ultimo, la Corte a porre l'accento anche sull'aspetto qualitativo dei mezzi e delle forme di tutela, in funzione della diversa natura dei diritti sostanziali da attuare²⁹. È stato così chiarito che un sistema attento alle esigenze di effettività della tutela dei diritti non può risolvere i predetti problemi con l'apparente soluzione della trasformazione di tutti gli obblighi che il debitore non vuole adempiere nella mera responsabilità patrimoniale di carattere risarcitorio³⁰.

²⁹ V., ancora, l'arresto *Hornsby* citato alla nota n. 24 ove la Corte, dopo aver censurato il comportamento dell'amministrazione inadempiente che si era astenuta dall'adottare i provvedimenti necessari per conformarsi ad una decisione giudiziale definitiva e vincolante, ha sottolineato che nella fattispecie "le azioni per danni previste dal diritto nazionale non avrebbero potuto essere considerate sufficienti per porre riparo alle doglianze degli interessati". Anche a supporre che tali azioni avessero un esito favorevole per questi ultimi, un indennizzo per pregiudizio morale o per violazione dei diritti della persona non avrebbe costituito una soluzione alle misure che l'ordinamento giuridico interno avrebbe dovuto offrire per porre rimedio all'impossibilità di ottenere effettiva soddisfazione del diritto fatto valere nonostante le decisioni giudiziarie che eliminavano ogni ostacolo al riguardo. Nella specie, il comportamento riottoso della pubblica amministrazione impediva alla parte di realizzare il diritto di aprire e condurre una scuola di lingue straniere, riconosciuto da una pronuncia dell'organo supremo amministrativo. V. N. TROCKER, «Civil law» e «Common law» nella formazione del diritto processuale europeo cit., p. 421; L. P. COMOGLIO, *L'informazione difensiva nella cooperazione giudiziaria europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 862 il quale limpidamente pone in luce la necessità di intendere l'effettività del ricorso al giudice come effettività delle forme di tutela astrattamente ottenibili nel processo: "La menzionata effettività, dunque, non si risolve, nella mera possibilità di accesso alla giustizia mediante la proposizione di una domanda giudiziale (...) ma si estende anche alle forme di tutela che si possono chiedere ed, in quanto possibile, ottenere dal giudice adito."

Sulla perfetta conformità dell'utilizzo delle misure coercitive con l'impianto garantistico della Cedu specialmente in connessione con l'esigenza di dare esecuzione a decisioni che ingiungano al debitore di fare o di astenersi dal compiere un certo atto v., in particolare, G. E. KODEK, *The Impact of the European Convention on Human Rights and Fundamental Liberties on Enforcement Practices* cit., p. 310 il quale, sulla base dell'art. 5 par. 1, lett. b della Cedu, giunge a ritenere compatibili con l'impianto convenzionale anche quelle misure coercitive di carattere personale che si sostanziano nella privazione della libertà individuale del debitore, purchè siano adottate nel rispetto delle garanzie processuali prescritte.

³⁰ Ne risulta così avvalorato non solo quello che S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti* cit., p. 23 ha definito il principio della c.d. "priorità logico giuridica dell'esatto adempimento, rispetto al risarcimento del danno, qualunque sia la prestazione dedotta nel rapporto obbligatorio" ma anche la convinzione per cui il risarcimento del danno o la prestazione all'equivalente monetario, oltre a non essere automaticamente intercambiabili con il diritto all'esatto adempimento devono costituire, in un sistema attento alle esigenze di effettività della tutela, l'*extrema ratio* a disposizione del titolare. In tal senso, anche A. DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela* cit., p. 12. Del resto, l'esigenza di attribuire carattere residuale al rimedio risarcitorio nella tensione verso la garanzia dell'effettività della tutela dell'interesse leso si pone sulla medesima scia dei tentativi della dottrina di "ridurre la tassatività e la tipicità delle sentenze costitutive" e così di consentire un più ampio accesso alla tutela in forma specifica. V., a riguardo, L. MENGONI, *Intervento*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* cit., p. 151; R. ORIANI, *Il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale*, in *Scritti in onore di V. Colesanti*, Napoli, 2009, p. 863. A tale esigenza non è rimasta insensibile la nostra giurisprudenza di legittimità: v., ad es. Cass. Civ. Sez. Lav., 14 agosto 2004 n. 15913 in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 7-8 ove la Suprema Corte ha ritenuto applicabile la disciplina dettata dall'art. 2932 c.c. anche al caso di illegittimo rifiuto di assunzioni obbligatorie di invalidi presso la pubblica

Nelle parole della Corte si scorge ben nitido il riferimento, pur inespresso, all'utilità che l'impiego delle misure coercitive può assolvere in determinati casi. Si consideri, invero, che, quantomeno con riferimento agli obblighi di fare infungibili o di non fare, l'impiego della misura coercitiva costituisce, di fatto, l'unica alternativa percorribile alla altrimenti inevitabile conversione del diritto alla prestazione specifica in diritto all'equivalente pecuniario³¹.

Le argomentazioni utilizzate dalla Corte rappresentano, indubbiamente, un appello all'esigenza di non sacrificare, in sede di esecuzione, il bene della vita riconosciuto in sede di cognizione. Altrettanto chiara appare l'insofferenza nei riguardi di un processo di esecuzione costruito in funzione meramente surrogatoria, tale cioè da provocare l'inevitabile trasformazione in obbligazione pecuniaria di natura risarcitoria di ogni tipo di obbligazione che il debitore non abbia inteso volontariamente adempiere³².

In questa prospettiva, l'apprestamento, da parte dei singoli ordinamenti nazionali, di strumenti di esecuzione indiretta risponde, pertanto, ad una precisa istanza

amministrazione, o presso aziende private, espressamente rilevando come il risarcimento per equivalente debba assumere carattere residuale.

³¹ Come giustamente osserva B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile* cit., p. 23 identica utilità non dovrebbe peraltro escludersi, in linea di principio, anche con riferimento alla stessa condanna pecuniaria. Alla soddisfazione delle esigenze menzionate nel testo suole essere ricondotta la *ratio* dell'art. 614-*bis* c.p.c. la cui finalità è, per l'appunto, quella di garantire una tutela giurisdizionale elevata ed, in ogni caso, non meramente risarcitoria anche a quelle posizioni creditorie aventi ad oggetto obblighi incoercibili e quindi insuscettibili di esecuzione attraverso modalità surrogatorie della prestazione del debitore.

³² Cfr. N. TROCKER, «*Civil law*» e «*Common law*» nella formazione del diritto processuale europeo cit., p. 421; M. TARUFFO, *Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione* cit., p. 635 e spec. p. 644 il quale, partendo dal fondamento costituzionale dell'atipicità della sentenza di condanna, giunge ad escludere, a meno che non ricorra l'ipotesi di eventuale impossibilità della prestazione, ovvero laddove l'attuazione di questo principio comporterebbe la lesione di altri diritti e valori di rango costituzionale, quali i diritti di libertà, che si possa ricorrere ad una generale ed automatica trasformazione dell'obbligazione originaria nel suo sostituto monetario. La stessa dottrina processualcivilistica sottolinea, ormai da tempo, sulla scia dei colleghi civilisti, la tendenza all'estensione della tutela in forma specifica dei diritti, anche non assoluti. V., in particolare, A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna* cit., p. 1104. *Contra* G. MONTELEONE, *Riflessioni sulla tutela esecutiva dei diritti di credito*, in *Studi in onore di E.T. Liebman*, III, Milano, 1979, p. 2257; Id., *Spunti per una revisione del concetto di sentenza di condanna come titolo esecutivo*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., p. 173 ss. la cui critica muove, come noto, dall'idea ben argomentata ma non condivisibile secondo cui l'esecuzione specifica del credito coincide con l'espropriazione forzata giungendo a ritenere che la vera soddisfazione coattiva consista comunque nel pagamento dell'equivalente monetario della prestazione dovuta.

derivante dai principi elaborati in sede europea: la garanzia dell'effettività della tutela civilistica anche con riguardo alla sua dimensione esecutiva³³.

2. Esecuzione processuale indiretta nei riguardi degli Stati membri: l'astreinte di cui all'art. 260 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e l'esigenza di assicurare l'effettiva applicazione del diritto comunitario

In tal modo fissate le coordinate del problema, è bene osservare ora che, in linea generale, il potere di un giudice di irrogare misure coercitive trova pieno riconoscimento ogni qual volta sia a questi rimesso il compito di decidere una controversia per la quale egli sia dotato di giurisdizione. Ciò è riscontrabile sia con riguardo alle corti nazionali³⁴, sia a quelle sovranazionali. Benchè il presente studio intenda concentrarsi sul fenomeno circolatorio delle misure coercitive emesse dalle prime, giova tuttavia evidenziare, in questa fase di inquadramento generale dell'oggetto dell'indagine, che anche le corti sovranazionali risultano,

³³ Sull'applicazione diretta dell'art. 6 della Cedu alle misure coercitive v. G. E. KODEK, *The Impact of the European Convention on Human Rights and Fundamental Liberties on Enforcement Practices* cit., p. 326 ss. secondo cui le garanzie di cui all'art. 6 della Cedu vanno senz'altro rispettate nel procedimento che conduce all'applicazione della misura coercitiva, specialmente, laddove quest'ultima si estrinsechi nella restrizione della libertà personale del debitore. Quanto, invece, alle misure coercitive di tipo patrimoniale l'Autore opera una distinzione: le misure coercitive da pagarsi allo Stato sarebbero di per sé escluse dall'ambito applicativo dell'art. 6 e dell'art. 5 della Cedu, fuoriuscendo dall'ambito delle controversie su diritti o doveri di carattere civile; le misure coercitive da pagarsi al privato creditore, invece, richiederebbero che la verifica della violazione al comando giudiziale avvenga in un processo rispettoso delle garanzie di cui all'art. 6 della Cedu. Tuttavia, l'Autore ritiene compatibile con la Convenzione la possibilità che la misura coercitiva venga irrogata e applicata anche all'esito di un'istanza unilaterale del creditore purchè il debitore abbia la possibilità di accedere *ex post* ad un giudizio a contraddittorio integro volto ad accertare l'effettività dell'inadempimento o la sua consistenza.

³⁴ Se è vero che, di norma, la misura coercitiva, quanto meno nella sua forma minacciata, viene irrogata dal giudice della cognizione nel momento in cui quest'ultimo definisce il merito della controversia e, dunque, contestualmente alla pronuncia della decisione principale di cui viene in ausilio (è questo quanto si verifica in Francia, Paesi del Benelux, Italia), si deve tuttavia, sin d'ora, osservare come in alcuni ordinamenti ed, in particolare, in Austria e in Germania, tale compito rientra nella competenza esclusiva e separata del giudice dell'esecuzione al quale l'istanza tesa ad ottenere una misura coercitiva deve essere presentata in via autonoma e in un momento successivo alla definizione del giudizio di merito. Come si vedrà più avanti, tale dato non è privo di implicazioni quanto all'individuazione della giurisdizione competente, sul piano comunitario, ad irrogare una misura coercitiva e sulla possibilità di far coincidere la stessa, in via esclusiva, o concorrente, con quella dello Stato membro in cui è stata pronunciata la decisione di condanna principale (sul punto, v. *amplius*, Cap. II, Sez. I, § 1 e Cap. II, Sez. III)

sempre più spesso, dotate della facoltà di applicare siffatte penalità al fine di garantire che le loro pronunce siano portate ad effettiva attuazione.

Con particolare riguardo all'ordinamento dell'Unione Europea non si può fare a meno di notare la maggiore attenzione che il ricorso ai mezzi di coercizione indiretta ha assunto negli ultimi anni. Tale maggiore attenzione trova riscontro, innanzitutto, in una peculiare disposizione inserita nel Trattato istitutivo la quale evidenzia l'ampio potere di applicare misure di coercizione indiretta di cui è attualmente provvista la Corte di Giustizia³⁵. L'ordinamento dell'Unione ha, invero, dotato la Corte di Giustizia del potere di pronunciare una penalità di mora, laddove ciò si renda necessario per assicurare l'effettiva attuazione delle decisioni da essa pronunciate nei confronti degli Stati membri. Al fine di assicurare l'effettivo rispetto del diritto comunitario, l'art. 260 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea³⁶ munisce

³⁵ Una circostanza indicativa della generalizzazione, sul piano comunitario, del ricorso ai mezzi di coercizione indiretta deriva dal fatto che lo stesso ordinamento dell'UE, laddove sia necessario per assicurare l'attuazione delle decisioni assunte nei confronti degli Stati Membri, contempla una misura comminatoria sul modello dell'*astreinte* francese, sulle cui caratteristiche v. *infra* nel testo.

L'introduzione della penalità di mora nell'ordinamento comunitario è una novità che deve essere fatta risalire al Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992 che l'aveva inserita nell'art. 228 del Trattato Ce. L'introduzione di un simile istituto di coazione indiretta all'adempimento degli obblighi discendenti dal Trattato si segnala, tra l'altro, per il fatto di concepire le relazioni tra le Istituzioni europee e gli Stati membri non più come tra organismi sovrani, bensì in un'ottica di subordinazione dei secondi alle prime, tale da giustificare il ricorso a meccanismi sanzionatori di natura indirettamente esecutiva. V., a riguardo, P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione Europea*, Milano, 2009, p. 59; R. CONTI, *La penalità di mora fra diritto comunitario e diritto interno*, in *Danno e resp.*, 2004, 5, p. 489; L. FUMAGALLI, *Procedimento di infrazione, inesecuzione di sentenza e coercizione: prima applicazione dell'art. 228, par. 2 del Trattato CE*, in *Diritto dell'Ue*, 2000, 4, p. 787; L. MANGIARACINA, *Brevi considerazioni sulla penalità di mora ex art. 228 Ce*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, p. 683.

³⁶ Versione consolidata del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (d'ora innanzi, solo, TFUE) che incorpora le modifiche apportate con l'approvazione del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, il cui testo è pubblicato in *Gazz. Uff. Un. Eur.* Serie C-115 del 9 maggio 2008, p. 47 ss. Per comodità di lettura si riporta il testo integrale dell'art. 260 TFUE, il quale dispone:

“1. Quando la Corte di Giustizia dell'Unione Europea riconosca che uno Stato membro ha mancato ad uno degli obblighi ad esso incombenti in virtù dei Trattati, tale Stato è tenuto a prendere i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza della Corte comporta.

2. Se ritiene che lo Stato membro in questione non abbia preso le misure che l'esecuzione della sentenza comporta, la Commissione, dopo aver posto tale Stato in condizione di presentare osservazioni, può adire la Corte. Essa precisa l'importo della somma forfettaria o della penalità, da versare da parte dello Stato membro in questione, che essa consideri adeguato alle circostanze. La Corte quando riconosca che lo Stato membro in questione non si è conformato alla sentenza da essa pronunciata, può comminargli il pagamento di una somma forfettaria o di una penalità. Questa procedura lascia impregiudicate le disposizioni dell'articolo 259.

3. La Commissione, quando propone ricorso dinanzi alla Corte in virtù dell'articolo 258 reputando che lo Stato membro interessato non abbia adempiuto all'obbligo di comunicare le misure di attuazione di una direttiva adottata secondo una procedura legislativa, può, se lo ritiene opportuno, indicare l'importo della somma forfettaria o della penalità da versare da parte di tale Stato che essa consideri

la Corte di Giustizia della possibilità di irrogare, nei confronti degli Stati membri, sanzioni pecuniarie a fronte dell'avvenuto accertamento della mancata esecuzione di sentenze pronunciate in esito a ricorsi per inadempimento dipendenti dalla violazione di obblighi incombenti in virtù del Trattato; ovvero della mancata comunicazione da parte degli stessi delle misure di attuazione delle direttive adottate in seguito all'accoglimento di siffatti ricorsi³⁷.

L'applicazione e l'interpretazione di questa disposizione hanno conosciuto un'evoluzione meritevole di attenzione che evidenzia, tra l'altro, la sempre più ampia generalizzazione - sul piano comunitario - del ricorso ai mezzi di coercizione indiretta. Nel corso degli ultimi due decenni, in particolare, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi, su impulso della Commissione, con una buona frequenza circa la facoltà, ad essa rimessa, di applicare siffatte penalità di mora.

A partire dalla prima applicazione della c.d. "astreinte comunitaria"³⁸, la giurisprudenza in materia si è sviluppata essenzialmente nel senso di precisare lo scopo e i criteri di commisurazione della penalità. È stato così chiarito che lo scopo principale della misura è quello di ottenere che lo Stato membro ponga fine, nel più breve tempo possibile, all'inadempimento degli obblighi ad esso derivanti dal Trattato e si conformi ad una precedente pronuncia emessa nei suoi confronti³⁹.

adeguato alle circostanze. Se la Corte constata l'inadempimento, può comminare allo Stato membro in questione il pagamento di una somma forfettaria o di una penalità entro i limiti dell'importo indicato dalla Commissione. Il pagamento è esigibile alla data fissata dalla Corte nella sentenza".

L'articolato in esame e la particolare procedura dallo stesso contemplata prevede, pertanto, la possibilità per la Corte di Giustizia, su richiesta della Commissione europea, di comminare una sanzione pecuniaria a carico di uno Stato membro che, dopo essere stato condannato dalla stessa Corte per inadempimento di uno degli obblighi ad esso incombenti in virtù del diritto comunitario, abbia tuttavia mancato di conformarsi ad esso.

³⁷ Sui caratteri generali e sugli elementi strutturali dell'azione per inadempimento che la Commissione può intraprendere nei confronti degli Stati membri, sia consentito rinviare a P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione Europea* cit., p. 55 ss.

³⁸ La prima applicazione della c.d. *astreinte* comunitaria risale alla causa *Commissione c. Grecia*, C-387/97, sentenza del 4 luglio 2000 e riguardava una controversia instaurata, su impulso della Commissione delle Comunità europee, contro la Repubblica Ellenica, volta a far accertare l'inadempimento di quest'ultima agli obblighi sanciti dalla sentenza della Corte del 7 aprile 1992, causa C-45/91, *Commissione/Grecia* che l'aveva condannata a predisporre ed applicare i piani e i programmi necessari per lo smaltimento di rifiuti tossici e nocivi, senza porre in pericolo la salute umana e senza causare danni all'ambiente. La Commissione, accertato il mancato adempimento della Repubblica Ellenica e, quindi, il suo venire meno agli obblighi imposti dal Trattato, ne aveva chiesto la condanna al pagamento di una penalità per ogni giorno di ritardo nell'attuazione dei provvedimenti necessari per conformarsi alla predetta sentenza.

³⁹ A riguardo si deve precisare che l'azione di inadempimento promossa dalla Commissione *ex art.* 260 TFUE conduce, di per sé, ad una sentenza che si limita solo ad accertare l'inadempimento dello Stato membro e non si estende anche alla condanna dello stesso. Invero, nel sistema europeo non

L'esigenza sottesa è all'evidenza quella di garantire l'immediata e uniforme applicazione del diritto comunitario. A fronte di una finalità siffatta, l'importo della misura – proposto dalla Commissione ma rimesso alla definitiva determinazione della Corte - deve essere fissato in modo che risulti “adeguato alle circostanze e commisurato sia all'inadempimento accertato, sia alla capacità finanziaria dello Stato membro di cui trattasi”⁴⁰.

I criteri fondamentali che la Corte di Giustizia suole prendere in considerazione per garantire la natura coercitiva della penalità possono, in particolare, essere riportati a tre parametri di fondo. Vale a dire: la durata dell'infrazione e il suo grado di gravità; la portata delle conseguenze dell'omessa esecuzione della decisione sugli interessi privati e pubblici; il grado di urgenza di indurre lo Stato membro a conformarsi ai propri obblighi⁴¹.

esiste di per sé la possibilità di attuare in forma coattiva la pronuncia giurisdizionale. Ciò posto, gli Stati dichiarati inadempienti sono tenuti a conformarsi alla statuizione emessa a loro carico dalla Corte di Giustizia, potendo, ove l'inadempimento persista, essere condannati al pagamento di una somma di denaro la quale costituisce una “sanzione indiretta per il perdurare della violazione dell'ordinamento dell'Unione”. In questi termini, v. P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione Europea* cit. p. 58 ss. il quale rileva come, attraverso l'irrogazione della penalità, pertanto, alla mera possibilità di pronunciare una sentenza dichiarativa di inadempimento si sia giustapposta, in questi casi, una vera e propria sentenza di condanna.

⁴⁰ La Corte ha precisato che la condanna al pagamento di una penalità e/o di una somma forfettaria è intesa a svolgere, su uno Stato membro che non ottemperi all'obbligo di dare esecuzione ad una sentenza pronunciata nei suoi confronti, una pressione economica che lo spinga a porre fine all'inadempimento accertato. Le sanzioni pecuniarie inflitte devono pertanto essere decise, secondo la Corte, “in funzione del grado di persuasione necessario affinché lo Stato membro in questione modifichi il suo comportamento”. V. C. Giust., 10 gennaio 2008, causa C-70/06 *Commissione v. Portogallo*. Peraltro, si deve rilevare che la messa in opera della procedura di infrazione volta a sfociare nell'applicazione della penalità è di fatto rimessa al governo esclusivo della Commissione specie per quanto attiene il “tipo” e la “quantità” della misura. In ordine a tale ultimo profilo, per ovviare alle lacune dell'art. 260 TFUE, a riguardo silente, la Commissione ha adottato due comunicazioni sulla determinazione dei criteri di calcolo della penalità di mora. Trattasi della Comunicazione del 21 agosto 1996 in GUCE C-242 del 21 agosto 1996, p. 6 ss. e della Comunicazione del 28 febbraio 1997 in GUCE C-63 del 28 febbraio 1997, p. 2 laddove sono stati previsti coefficienti di gravità, durata e capacità di pagamento degli Stati membri su cui parametrare in concreto la fissazione della penalità.

⁴¹ Per l'applicazione di tali criteri, v. oltre alla decisione citata alla nota che precede, anche le ulteriori pronunce: C. Giust., 4 giugno 2009, causa C-109/08, *Commissione/Grecia*; C. Giust., 18 luglio 2006, causa C-119/04, *Commissione/Italia*; C. Giust., 10 gennaio 2008, causa C-70/06, *Commissione/Portogallo*; C. Giust., 25 novembre 2003, causa C-278/01, *Commissione/Spagna*; C. Giust., 12 luglio 2005, causa C-304/02, *Commissione /Francia*; C. Giust., 14 marzo 2006, causa C-177/04, *Commissione/Francia*. Peraltro, tali criteri, elaborati dalla Commissione nelle raccomandazioni citate alla nota che precede sono entrati stabilmente nella prassi applicativa della Corte. Di grande rilievo è, inoltre, l'aspetto che concerne la vera e propria messa in esecuzione della misura adottata nei confronti dello Stato membro inadempiente. A riguardo, v., ancora una volta, P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione Europea* cit., p. 59 secondo cui la Commissione potrebbe recuperare coattivamente la somma dovuta a titolo di *astreinte* comunitaria eseguendo la relativa

Sotto un angolo di visuale un poco diverso, ma pur sempre collaterale al profilo in esame, deve essere evidenziato, inoltre, che il ricorso a strumenti processuali tesi ad assicurare l'effettiva osservanza e la corretta applicazione, da parte degli Stati membri, del diritto comunitario non è oggetto esclusivo delle norme che disciplinano il procedimento davanti agli organi giurisdizionali dell'Unione. Tale ricorso pervade, infatti, buona parte del diritto di fonte comunitaria, con precise ripercussioni per i singoli ordinamenti giuridici nazionali.

A tale riguardo, vale la pena di notare sin d'ora come, in generale, la Corte europea di giustizia ritenga che una normativa comunitaria non possa considerarsi correttamente trasposta in un ordinamento interno ove non risulti accompagnata da adeguate "sanzioni" per l'eventualità della violazione dei diritti in essa contenuti⁴².

Come è stato rilevato anche di recente, gli Stati membri, pur conservando la scelta delle sanzioni da applicare, devono vigilare affinché le violazioni del diritto di fonte comunitaria siano punite, tanto sotto il profilo sostanziale, quanto di quello procedurale, in forme analoghe a quelle previste per eventuali violazioni del diritto nazionale, simili per natura ed importanza e tali, in ogni caso, da conferire alla sanzione stessa "un carattere effettivo, proporzionale e dissuasivo"⁴³.

condanna al pagamento mediante trattenimento dell'importo corrispondente dai fondi comunitari destinati allo Stato inadempiente.

⁴² Per l'accentuata sensibilità che il diritto di fonte comunitaria mostra, sempre più di frequente, di dedicare all'aspetto sanzionatorio in connessione alla valorizzazione della accentuata dimensione rimediabile dello stesso V. S. MAZZAMUTO – A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo* cit., p. 131.

⁴³ Indicazioni siffatte si rinvencono nelle più recenti discipline normative di settore. Così, ad esempio, la direttiva sul credito al consumo (Direttiva 2008/48/CE, recepita in Italia con il d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141, in *Gazz. Uff.* 4 settembre 2010, n. 207, Suppl. Ordinario n. 212) il cui art. 23 prevede espressamente che "Gli Stati membri stabiliscono le norme relative alle sanzioni applicabili in caso di violazione delle disposizioni nazionali (...). Le sanzioni previste devono essere efficaci, proporzionate e dissuasive".

In termini analoghi si esprime la direttiva in materia di multiproprietà (Direttiva 2008/122/CE, recepita in Italia con il d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79, in *Gazz. Uff.* 6 giugno 2011, n. 129) laddove si prevede all'art. 15 che "Gli Stati membri provvedono affinché siano comminate sanzioni appropriate qualora l'operatore non rispetti le disposizioni nazionali adottate in conformità alla presente direttiva. Tali sanzioni sono efficaci, proporzionate e dissuasive".

Infine, una consimile previsione si ritrova anche nell'art. 13 della direttiva sulle pratiche commerciali sleali (Direttiva 2005/29/CE, recepita in Italia con il d.lgs. 2 agosto 2007, nn. 145-146, in *Gazz. Uff.* 6 settembre 2007, n. 207), secondo cui: "Gli Stati membri determinano le sanzioni da irrogare in caso di violazione delle disposizioni nazionali adottate in applicazione della presente direttiva e adottano tutti i provvedimenti necessari per garantirne l'applicazione. Le sanzioni devono essere effettive, proporzionate e dissuasive".

Non va trascurato, infine, che, nel contesto del diritto comunitario, il tema delle sanzioni civili si lega strettamente al problema della efficacia dei rimedi⁴⁴. Benchè l'ordinamento dell'Unione non faccia quasi mai espresso riferimento alle misure di coercizione indiretta, tuttavia esso impone un vero e proprio obbligo, in capo agli Stati membri, di munire i rispettivi organi giurisdizionali degli strumenti processuali necessari a garantire l'effettivo rispetto dei diritti che in esso trovano il loro fondamento. Strumenti processuali la cui individuazione concreta è, in definitiva, demandata ai singoli legislatori nazionali⁴⁵.

⁴⁴ Cfr. S. MAZZAMUTO – A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo* cit., p. 133.

⁴⁵ Da questo angolo di visuale, assume rilievo l'inserimento nel nostro ordinamento di disposizioni attuative di direttive comunitarie, quali, a mero titolo esemplificativo: l'art. 140, comma 7, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (attuativo della Direttiva 93/13/CEE del Consiglio concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, in *Gazz. Uff.*, 8 ottobre 2005, n. 235, Suppl. Ordinario n. 162) il quale contempla un'*astreinte* a garanzia dell'inibitoria dei comportamenti lesivi nei riguardi dei consumatori; l'art. 8, comma 3, d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 (attuativo della Direttiva 2000/35/CE, recentemente sostituita dalla Direttiva 2011/7/UE, relativa alla disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, in *Gazz. Uff.* 23 ottobre 2002, n. 231) il quale contempla un'*astreinte* volta a garantire l'effettività del provvedimento giurisdizionale che inibisca l'uso di clausole contrattuali riportanti termini di pagamento gravemente iniqui; l'art. 37, comma 5, d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, come modificato dal d.lgs. 25 gennaio 2010, n. 5 (attuativo della Direttiva 2006/54/CE relativa al principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, in *Gazz. Uff.* 5 febbraio 2010, n. 29). Per questi ed ulteriori riferimenti: v. P. PUCCIARIELLO – G. FANELLI, *L'esperienza straniera dell'esecuzione forzata indiretta*, in B. CAPPONI (a cura di), *L'esecuzione processuale indiretta* cit., p. 63; A. FRIGNANI, *Le penalità di mora nel diritto comunitario, francese e italiano* cit., p. 215.

É bene, peraltro, chiarire che quelli poc'anzi citati non costituiscono gli unici esempi di normativa di origine sovranazionale che impegna gli Stati ad approntare misure coercitive. Un espresso obbligo in tal senso, per quanto riguarda la materia delle invenzioni industriali, è stato previsto, per esempio, dall'accordo TRIPs (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* del 15 aprile 1994 il cui testo è pubblicato in *Int. Leg. Mat.*, 1994, p. 1197 ss.). Per quanto in questa sede maggiormente interessa, l'art. 83 del r.d. nel testo introdotto dall'art. 26 del d.lgs. 19 marzo 1996, n. 198 attuativo dell'accordo menzionato e poi trasfuso, con modificazioni, nell'art. 124 (rubricato "misure correttive e sanzioni civili") del d. lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 e ss. modifiche (Codice della Proprietà industriale) ha introdotto nel nostro ordinamento un'ulteriore penalità di mora a carattere speciale associata alla pronuncia della decisione che abbia accertato la violazione di un diritto di proprietà industriale e disposto l'inibitoria dalla fabbricazione, dal commercio, e dall'uso delle cose costituenti violazione del diritto. Una previsione di identico tenore si rinviene all'art. 131 del medesimo Codice, laddove il provvedimento inibitorio sia reso all'esito di un procedimento svoltosi in via cautelare.

3. Alcuni esempi di cooperazione giudiziaria in materia di esecuzione processuale indiretta e l'opportunità di evidenziare, sin d'ora, le difficoltà derivanti dalla eterogeneità delle legislazioni nazionali degli Stati membri

Recenti sviluppi maturati in seno alla giurisprudenza comunitaria mostrano come il processo di integrazione europea sia sempre maggiormente sensibile al problema della circolazione delle misure coercitive ed evidenziano la necessità, anche in questa materia, di una maggiore cooperazione tesa a garantire che il comando giudiziale che pone fine ad una controversia tra privati a carattere transnazionale sia dotato efficacia concreta e reale in tutti gli Stati membri⁴⁶.

L'obiettivo di contenere l'incidenza negativa del carattere transnazionale della lite sulla possibilità per la parte di accedere ed ottenere una tutela giurisdizionale effettiva non può, invero, seriamente prescindere, oggi più di un tempo, anche dalla predisposizione di efficaci strumenti di esecuzione indiretta atti ad operare a livello di diritto processuale civile comunitario. La prospettiva della maggiore efficienza non deve, peraltro, essere letta disgiuntamente dalla necessità di salvaguardare le esigenze di tutela derivanti, come si è visto, dall'applicazione in questa materia dei principi del giusto processo e delle garanzie di cui all'art. 6 della Cedu.

Le complicazioni derivanti dall'instaurazione di controversie connotate da elementi di estraneità rispetto al foro non possono, d'altra parte, essere considerate nuove. In questa prospettiva, del tutto trasversale appare, negli ultimi anni, la tendenza per la crescente valorizzazione dell'importanza, da un lato, del momento anticipatorio e cautelare e, dall'altro, sia pur in termini e proporzioni rispetto a quest'ultimo ancora embrionali, di quello teso al rafforzamento delle decisioni a mezzo di misure coercitive⁴⁷.

In un quadro siffatto, giova evidenziare che numerose organizzazioni a carattere internazionale hanno prestato negli ultimi anni un'attenzione crescente al secondo degli aspetti poc'anzi richiamati. Ciò ha condotto a risultati di apprezzabile livello se si considera che una specifica disposizione in materia di misure coercitive si rinviene nei Principi Unidroit i quali consentono al giudice che condanni il

⁴⁶ G. VERDE, *Un processo comune per l'Europa*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, p. 20.

⁴⁷ G. VERDE, *Un processo comune per l'Europa* cit., p. 5.

debitore all'adempimento di ogni tipo di prestazione, di imporgli una penalità da corrispondere al creditore in caso di inosservanza della decisione e di mancata ottemperanza all'ordine giudiziale⁴⁸.

Lo stesso *draft* Hazard-Taruffo, elaborato sotto l'egida dell'*American Law Association* ed ora anche di UNIDROIT su “*Principles and Rules of Transnational Civil Procedure*” prevede la possibilità per il giudice di stabilire una determinata somma di denaro da pagare a favore del creditore; ovvero, in alternativa a quest'ultimo, di un diverso soggetto individuato dal provvedimento giudiziale⁴⁹.

Anche il Codice di diritto europeo dei contratti conosce una figura di penale giudiziale che il giudice può comminare per l'ipotesi in cui il debitore non adempia alla condanna e ometta di dare esecuzione in forma specifica alla prestazione che sia oggettivamente possibile. Siffatto rimedio, peraltro, incide sulla sfera giuridica del debitore non quale mezzo teso ad assicurare al titolare

⁴⁸ L'art. 7.2.4. dei Principi, rubricato “Penale giudiziale”, così dispone: “1. Se il giudice ordina l'adempimento alla parte inadempiente, può altresì statuire che quest'ultima paghi una penale in caso di inottemperanza a tale ordine. 2. La penale dovrà essere pagata al creditore a meno che le disposizioni imperative della legge del foro non dispongano altrimenti. Il pagamento della penale al creditore non esclude il diritto al risarcimento del danno”. La formulazione della norma mostra chiaramente come anche i principi UNIDROIT abbiano inteso accogliere lo strumento coercitivo della minaccia di una penalità di mora per assicurare l'ottemperanza delle sentenze che ordinano l'adempimento di obbligazioni contrattuali, ivi comprese quelle, per eccellenza fungibili, relative al pagamento di somme di denaro. Ne discende che la misura riveste carattere generale, sulla base della convinzione che, anche nel caso di sentenze di condanna al pagamento di somme di denaro o di consegna di beni, l'imposizione di una penale può rivelarsi utile, ad esempio, allorché circostanze eccezionali lo consiglino, come nel caso in cui un pagamento o un adempimento immediato sia essenziale e necessario per la parte creditrice. L'imposizione della penale è rimessa al potere discrezionale del giudice come ben dimostra l'uso del verbo “può” nel primo comma dell'articolo in esame. Quanto al beneficiario della misura i principi tengono conto delle divergenze esistenti sul punto tra i vari sistemi giuridici ed, in particolare, della circostanza che in taluni di essi il pagamento a favore del creditore potrebbe configurare un caso di arricchimento ingiustificato, contrario all'ordine pubblico. Per tale ragione, nell'indicare la parte privata creditrice quale beneficiaria, in linea di principio, del pagamento, il secondo comma menziona espressamente la possibilità che disposizioni imperative contemplate dalla legge del foro non permettano tale soluzione ed indichino altri possibili beneficiari delle penali giudiziali. Ben distinta resta, infine, la funzione della penale da quella del risarcimento del danno. V., PRINCIPI UNIDROIT DEI CONTRATTI COMMERCIALI INTERNAZIONALI 2010, Milano, 2011, p. 263; S. MAZZAMUTO – A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo* cit., p. 135.

⁴⁹ Ivi si prevede, all'art. 38.2, che “*If a person against whom a judgment has been entered does not comply within the time specified, or within 30 days after the judgment becomes final if no time is specified, the court may impose enforcement measures to the obligor. These measures may include compulsory relevation of assets and a monetary penalty on the obligor, payable to the opposing party or to whom the court may direct*”. V. G. C. HAZARD – M. TARUFFO – R. STÜRNER – A. GIDI, *Rules of transnational civil procedure*, scaricabili al sito internet <https://www.law.upenn.edu/fac/agidi/Rulesfinal.pdf>

dell'interesse leso le utilità di quanto a lui dovuto, bensì in funzione di coazione all'adempimento⁵⁰.

Per quanto più strettamente attiene il campo della cooperazione giudiziaria in materia civile, l'interesse per i meccanismi di attuazione indiretta delle pronunce giudiziali ha trovato un riscontro normativo espresso in alcuni recenti strumenti comunitari in materia di assunzione di prove. Il Regolamento (CE) n. 1206/2001 del Consiglio del 28 maggio 2001 relativo alla cooperazione fra i giudici degli Stati membri nel settore dell'assunzione delle prove in materia civile e commerciale⁵¹ contiene una previsione specifica relativa alle misure coercitive attuando, in quest'ambito, una stretta cooperazione fra gli Stati membri⁵².

Quello poc'anzi citato non è, peraltro, l'unico esempio di normativa di origine comunitaria che obbliga gli Stati membri ad approntare meccanismi di coercizione indiretta delle decisioni giudiziali. Un esplicito obbligo in tal senso, per quanto riguarda i diritti di proprietà intellettuale, si rinviene nel Regolamento (CE) n. 40/1994, oggi sostituito dal più recente Regolamento (CE) n. 207/2009 del 26 febbraio 2009, a tutela dei diritti derivanti dal marchio comunitario, il cui art. 102, rubricato "Sanzioni", prevede la possibilità per il giudice di prendere le misure atte ad assicurare l'osservanza del divieto da esso pronunciato, a fronte dell'accertamento della commissione di atti che costituiscono o possono costituire minaccia di contraffazione di un marchio comunitario⁵³.

⁵⁰ La regola è contemplata all'art. 111 del Codice di diritto Europeo dei Contratti. Ne danno conto S. MAZZAMUTO – A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo* cit., p. 136.

⁵¹ Trattasi del Regolamento del Consiglio relativo alla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli Stati Membri nel settore dell'assunzione delle prove in materia civile o commerciale, entrato in vigore il 1 luglio 2001, pubblicato in *GUCE*, serie L. 174 del 27 giugno 2001, il cui Art. 13, rubricato, "Misure coercitive", prevede che "Ove necessario, nell'eseguire una richiesta l'autorità giudiziaria richiesta adotta le misure coercitive appropriate nei casi e nella misura previsti dalla legge dello Stato membro dell'autorità giudiziaria richiesta per l'esecuzione di una richiesta formulata allo stesso fine da un'autorità nazionale o da una parte interessata".

⁵² V. A. GIUSSANI, *L'esibizione di documenti situati nello spazio giuridico europeo* cit., p. 867 ss.; N. TROCKER, *Note sul Regolamento n. 1206/2001 relativo all'assunzione delle prove in materia civile e commerciale*, in *Riv. dir. internaz.*, 2003, p. 670 ss.; in generale, v. R. BONATTI, *Sovranità nazionale e leggi processuali nell'armonizzazione del diritto delle prove in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 211 ss.; P. BIAVATI, *Il diritto delle prove nel quadro normativo dell'Unione Europea*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 483 ss.; Id., , *Problemi aperti in materia di assunzione delle prove civili in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 425 ss.

Con la previsione di sanzioni pecuniarie in materia di istruzione probatoria, il Regolamento 1206/2001 si richiama alla tendenza, affermata in Francia, per il ricorso all'*astreinte* anche in fase endoprocessuale. V. A. DONDI, *L'astreinte endoprocessuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, p. 525.

⁵³ L'art. 98 del Reg. (CE) n. 40/94, oggi sostituito dall'art. 102 del Reg. (CE) 207/09, prevede, precisamente, che "Quando un tribunale dei marchi comunitari accerta che il convenuto

I menzionati strumenti normativi omettono di indicare con precisione quali sono le disposizioni che consentono di dotare tali misure di efficacia al di fuori dello Stato di origine e, così, di essere riconosciute ed eseguite nello spazio giudiziario europeo. Tuttavia, è indubbio che il riferimento vada operato alle previsioni contenute nel Capo III del Reg. (CE) n. 44/2001 e, precisamente, all'art. 49 che, come si vedrà, è specificamente volto a disciplinarne il fenomeno circolatorio.

A tale riguardo, giova, sin d'ora, precisare che le disposizioni contenute in entrambi i richiamati regolamenti, nel rinviare, in larga misura, alla legislazione interna agli ordinamenti nazionali si rivelano di una certa complessità. Da un punto di vista teorico, la regola posta dalle menzionate disposizioni non ha bisogno di lunghe spiegazioni. Invero, che il giudice applichi gli strumenti coercitivi previsti dalla legge dello Stato al quale appartiene è quanto normalmente discende dal principio di territorialità della legge processuale⁵⁴.

ha contraffatto un marchio comunitario o commesso atti che costituiscono minaccia di contraffazione, emette un'ordinanza vietandogli, a meno che esistano motivi particolari che sconsiglino una siffatta decisione, di continuare gli atti di contraffazione o che costituiscono minaccia di contraffazione. Prende anche in conformità alla legge nazionale, le misure dirette ad assicurare l'osservanza del divieto". È noto come, proprio i diritti di proprietà intellettuale si siano rivelati, sinanche di recente, terreno fertile per un utilizzo quantomeno creativo delle norme sulla giurisdizione. In questo caso, tuttavia, i numerosi interventi che si sono susseguiti a modifica dell'originario tenore del testo di legge non hanno inciso sulla disciplina della potestà coercitiva che è rimasta immutata rispetto a quanto già previsto dal 1994. Sull'interpretazione e l'applicazione di tale disposizione si è recentemente pronunciata la Corte di Giustizia, nella sentenza del 12 Aprile 2011, *DHL Express v. Chronopost*, C-235/09 edita in *FI*, 2011, IV, 298 con nota redazionale di S. DI PAOLA – E. D'ALESSANDRO e in *Common Market Law Review*, 2012, p. 753 con nota di A. KUR, V., a riguardo, i commenti di M. WOLLER, *Räumliche Wirkung und Durchsetzung unionsweiter Unterlassungsgebote*, in *Ecolex*, 2011, p. 248; Id., *Unterlassungsgebot nach GMV: zur territorialen Einschränkung und Durchsetzung in andren Ms*, in *Ecolex*, 2011, p. 439; B. SUJECKI, *Zur Durchsetzung der Gemeinschaftsmarkenverordnung*, in *EuZW*, 2011, p. 45. Cfr., inoltre, C. HONORATI, *La cross-border prohibitory injunction olandese in materia di contraffazione di brevetti: sulla legittimità dell'inibitoria transfrontaliera alla luce della Convenzione di Bruxelles del 1968*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1997, p. 325.

⁵⁴ Come rileva N. TROCKER, *Note sul Regolamento n. 1206/2001 relativo all'assunzione delle prove in materia civile e commerciale* cit., p. 670. Invero, nella strategia complessiva di intervento dell'Unione, l'armonizzazione del diritto processuale nazionale rappresenta autonomo obiettivo, come ben dimostra la circostanza che le norme di fonte comunitaria che incidono direttamente sul processo civile sono estremamente ridotte nel numero. E' ben noto, infatti, che la posizione, per così dire, strumentale del diritto processuale civile è da sempre affermata dal diritto comunitario, in quanto le tecniche processuali di tutela giurisdizionale sono tradizionalmente fatte rientrare all'interno della sfera di sovranità nazionale. Tale convinzione è andata, tuttavia, mutando nel corso del tempo. E' maturata cioè la consapevolezza che tale accessorialità debba essere rivista e inquadrata in vista di un necessario completamento del sistema giuridico comunitario, in specie per quanto attiene l'effettività dei diritti attribuiti ai singoli e la concreta protezione della loro sfera soggettiva. V., R. BONATTI, *Sovranità nazionale e leggi processuali nell'armonizzazione del diritto delle prove in Europa* cit., cfr.

Tuttavia, è questa una regola che non di rado conduce a difficoltà applicative tutt'altro che trascurabili.

Innanzitutto, appare ragionevole ritenere che i redattori di queste disposizioni riponessero fiducia, in generale, nell'esistenza di una normativa relativa alle misure coercitive in ciascuno degli ordinamenti nazionali degli Stati membri. Tale convinzione è, peraltro, il frutto di una sbagliata percezione. Non solo, infatti, non tutti gli Stati membri dispongono di un apparato generale di misure coercitive ma, anche ove esso risulti contemplato, le diverse normative nazionali appaiono dar luogo, specialmente nel contesto dell'Unione Europea, ad istituti processuali tra di loro fortemente eterogenei e difficilmente accostabili. Laddove, per contro, regole siffatte per poter funzionare armonicamente necessitano che la cooperazione giudiziaria si sviluppi tra sistemi processuali omogenei⁵⁵.

La situazione di *impasse* processuale che, a fronte di regole così congegnate, può prodursi, porta con sé il rischio di condurre a risultati non desiderabili sul piano della cooperazione giudiziaria⁵⁶. Da questo punto di vista, emerge pertanto la necessità di adattare nella materia in esame, gli strumenti nazionali ai nuovi contesti in cui sono chiamati ad operare⁵⁷.

Gli inconvenienti cui in questa sede si ha avuto cura di brevemente accennare permeano, come si avrà modo di mettere in luce nel proseguo del lavoro, l'integrale impianto delle regole poste dal diritto processuale civile europeo in punto di esecuzione processuale indiretta. Il primo ed indiscusso elemento di debolezza di quest'ultimo è, invero, determinato dalla coesistenza, a livello nazionale dei singoli Stati membri, di sistemi di misure coercitive tra loro ampiamente diversificati e difficilmente accostabili.

A riguardo, giova la pena di evidenziare come, nel contesto dell'Unione europea, i propositi di attuare una più efficace regolamentazione delle misure coercitive in

in part. nt. 6; M. GRANDINETTI – S. MONZANI, *L'effettività della tutela giurisdizionale nell'ottica comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, p. 931.

⁵⁵ V. N. TROCKER, *Note sul Regolamento n. 1206/2001 relativo all'assunzione delle prove in materia civile e commerciale* cit., p. 670.

⁵⁶ Come ben mettono in luce N. TROCKER, *Note sul Regolamento n. 1206/2001 relativo all'assunzione delle prove in materia civile e commerciale* cit., p. 670; A. GIUSSANI, *L'esibizione di documenti situati nello spazio giuridico europeo* cit., p. 867 ss.

⁵⁷ Di una tale necessità sembrano avere acquisito un buon grado di consapevolezza anche i legislatori nazionali. In alcuni Stati, tra i quali l'Italia, la disciplina delle misure coercitive è stata oggetto di recenti riforme approdate nell'adozione di una disciplina a carattere generale destinata ad affiancare le previgenti disposizioni a carattere speciale, tutt'ora in vigore.

materia civile e commerciale, avvalendosi degli strumenti della legislazione comunitaria, non sono stati sino ad ora trasposti in disposizioni di legge vigente né quanto all'armonizzazione delle singole legislazioni processuali nazionali, né in ordine alla disciplina internazionalprivatistica dei rapporti transnazionali. Le iniziative in tal senso, tuttavia, pur non condotte a termine con successo non sono mancate.

Per quanto attiene, in particolare, la possibilità di adottare misure di armonizzazione delle normative processuali nazionali, prospettata a partire dall'instaurazione del mercato unico al fine di assicurare al cittadino europeo un migliore accesso alla giustizia, si deve ricordare il progetto per un intervento organico di ravvicinamento delle procedure civili proposto alla Commissione da un gruppo di esperti e, meglio noto, come Progetto Storme⁵⁸. Tale progetto conteneva una specifica previsione volta all'introduzione di una misura coercitiva comune, modellata sul modello franco-belga dell'*astreinte*, ritenuta quella preferibile per ragioni di semplicità ed efficienza.

Il tentativo di armonizzazione del diritto processuale civile in Europa, in un primo tempo appoggiato dalla Commissione, con particolare riguardo alla materia che qui ci occupa, era partito dalla convinzione, in sé indiscussa, che in tutti gli

⁵⁸ Come noto, il richiamo è al progetto elaborato tra il 1990 e il 1993 da un gruppo di dodici esperti e che ha preso il nome da colui che ne ha assunto la presidenza, Prof. Marcel Storme. L'ambizioso progetto era nato con lo scopo di elaborare un *corpus* di regole comuni, redatte nella forma del progetto di direttiva, che avrebbero dovuto investire quelle materie per le quali il ravvicinamento e l'armonizzazione delle legislazioni processuali civili nazionali potesse essere particolarmente necessaria ai fini dell'istituzione e del buon funzionamento del Mercato unico, tra cui, per l'appunto, l'esecuzione forzata e l'*astreinte*. V., M. STORME, *Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union européenne*, 1994, p. 156; J. NORMAND, *Il ravvicinamento delle procedure civili nell'Unione Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, pp. 687 e 691, in part. cfr. nt. 20.

In senso favorevole all'uniforme introduzione della misura dell'*astreinte* negli Stati dell'UE si sono espressi, in seno alla nostra dottrina, G. VERDE, *Un processo comune per l'Europa* cit., p. 17; G. TARZIA, *Modelli europei per un processo civile uniforme*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, p. 947 ss.; Id., *Prospettive di armonizzazione delle norme sull'esecuzione forzata nella comunità economica europea*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, p. 217 il quale, pur aderendo a tale ipotesi, ritiene debba essere fatta salva la necessità di rispettare le differenti tradizioni tedesca e anglosassone. Coerentemente a tale impostazione, l'A. ritiene essere in ogni caso necessario il mantenimento, in capo ai singoli legislatori nazionali, del potere "di individuare i casi nei quali l'*astreinte* non può essere applicata (ad es. in materia di famiglia o di diritto delle persone); Id., *L'ordine europeo del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 906; F. CARPI, *Riflessioni sui rapporti fra l'art. 111 della Costituzione ed il processo esecutivo* cit., p. 398; Id., *Riflessioni sull'armonizzazione del diritto processuale civile in Europa in relazione alla convenzione di Bruxelles del 1968*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 1040; Id., *Note in tema di tecniche di attuazione dei diritti* cit., p. 118; C. TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette* cit., p. 21; M. DE CRISTOFARO, *Esecuzione in personam, principio di territorialità e misure coercitive indirette nello spazio giudiziario europeo* cit., p. 28.

Stati membri vi fosse il bisogno di un sistema addizionale per assicurare l'esecuzione delle decisioni aventi ad oggetto un obbligo di fare o un non fare⁵⁹. Come è ben noto, peraltro, il progetto non ha trovato reale seguito e non è mai stato tradotto in una proposta concreta di direttiva. Venuta meno, dunque, almeno per il momento, l'ipotesi di una generale armonizzazione, l'attenzione si deve appuntare, sulla disciplina vigente nel diritto processuale civile di origine comunitaria.

4. Il duplice livello delle iniziative comunitarie in questa materia: l'armonizzazione per settori di disciplina e la circolazione delle misure coercitive nello spazio giudiziario europeo

Come si è avuto cura di precisare sin dalle prime pagine introduttive, le misure coercitive sono ben note al diritto dell'Unione Europea. L'azione comunitaria in materia di esecuzione processuale indiretta ha seguito due direttrici principali di intervento: da un lato, predisponendo, mediante l'uso normativo della direttiva, strumenti di armonizzazione, fra i vari Stati membri, di meccanismi di tutela di specifici interessi di volta in volta oggetto di attenzione da parte del legislatore comunitario e ciò in ogni frangente in cui la normativa comunitaria richieda un particolare tasso di effettività della tutela⁶⁰; dall'altro, ponendosi il problema del riconoscimento e dell'esecuzione sul territorio europeo dell'efficacia dei

⁵⁹ Il modello processuale prescelto era stato espressamente individuato in quello dei Paesi del Benelux, ritenuto dal gruppo di lavoro quello preferibile. In particolare, l'*astreinte* comunitaria era prevista all'art. 13 del Progetto (il cui testo può essere letto in, M. STORME, *Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union européenne* cit., p. 156) ove si contemplava la possibilità per il giudice di fissare una penalità di mora senza pregiudizio per il creditore della possibilità di chiedere e ottenere il risarcimento dei danni. La misura avrebbe, inoltre, dovuto essere fissata dal giudice e, una volta liquidata, devoluta a beneficio esclusivo della parte creditrice. V. sul punto, specificamente, G. TARZIA, *Prospettive di armonizzazione delle norme sull'esecuzione forzata nella comunità economica europea* cit., p. 217. Sulle caratteristiche dell'*astreinte* nei paesi del Benelux, v., per ora, M. VITALI, *L'introduzione delle astreintes in Belgio*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, p. 272 ss.; M. B. DE BOER, *Osservazioni sull'astreinte nel diritto processuale civile olandese*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, p. 790; M. STORME, *L'«astreinte» nel diritto belga: sei anni di applicazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 602. Critica circa l'eccessiva influenza che il modello giuridico proprio dei Paesi del Benelux ha avuto sul progetto di *astreinte* europea, si mostra W. KENNETT, *Enforcement of Judgment in Europe* cit., p. 301.

⁶⁰ In questi esatti termini, S. MAZZAMUTO – A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo* cit., p. 132.

provvedimenti giurisdizionali che comminano misure di coercizione all'adempimento.

Per quanto attiene il primo aspetto, particolare interesse desta l'inserimento nel tessuto normativo interno degli Stati membri di disposizioni comunitarie che contemplano particolari forme di misure coercitive volte a tutelare specifici interessi⁶¹. Il diritto privato europeo sembra infatti aver acquisto, ormai da tempo, un buon grado di consapevolezza circa il ruolo cardine che le tecniche di attuazione coattiva volte a incoraggiare l'adempimento spontaneo del comando giudiziale rivestono nel contesto della protezione effettiva dei diritti riconosciuti a livello comunitario. Sembra quindi opportuno sottolineare come vada emergendo nella legislazione comunitaria più recente l'idea che per ottenere l'attuazione di un'obbligazione, specialmente se concernente un *facere* infungibile o un non fare, occorranzo strumenti compulsori a carattere pecuniario, in prevalenza modellati sulla falsariga dell'*astreinte* francese⁶². Trattatasi, peraltro, di interventi a carattere settoriale che evidenziano come, in questa materia, sia ancora carente una complessiva visione di sistema del problema⁶³.

Tra questi interventi, oltre alle previsioni contenute nella normativa comunitaria in materia di antidiscriminazione⁶⁴, assumono particolare rilievo e meritano di

⁶¹ Per una complessiva visione di insieme, v. P. PUCCIARIELLO – G. FANELLI, *L'esperienza straniera dell'esecuzione forzata indiretta*, in B. CAPPONI (a cura di), *L'esecuzione processuale indiretta* cit., p. 63; E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea* cit., p. 727; S. MAZZAMUTO – A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo* cit., p. 132.

⁶² È, d'altra parte, affermazione condivisa e ricorrente quella secondo cui le misure compulsorie a carattere e contenuto patrimoniale modellate sull'esempio dell'*astreinte* francese siano quelle che meglio si prestano ad essere inserite nel tessuto del moderno diritto privato europeo. Sul punto, v. S. MAZZAMUTO – A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo* cit., p. 136. Da questo angolo di visuale, peraltro, in parziale controtendenza, si pone il nostro ordinamento. Benché, infatti, come si vedrà, le misure coercitive introdotte in adempimento di precisi obblighi comunitari appaiano modellate, in punto di struttura e modalità di funzionamento, sull'esempio dell'*astreinte* francese, da quest'ultimo, tuttavia, si discostano per un aspetto fondamentale, vale a dire il beneficiario della misura che di norma coincide con lo Stato o con specifici fondi pubblici all'uopo costituiti.

⁶³ Così come denunciano S. MAZZAMUTO – A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo* cit., p. 132.

⁶⁴ Il riferimento è all'art. 15 della Direttiva 2000/43/CE del Consiglio del 29 giugno 2000 che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica (in *Gazz. Uff. Com. Eur.* Serie L n. 180 del 19 luglio 2000) e all'art. 17 della Direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000 che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (in *Gazz. Uff. Com. Eur.* Serie L n. 303 del 2 dicembre 2000). Tali disposizioni, di identico contenuto, prevedono che “gli Stati membri determinano le sanzioni da irrogare in caso di violazione delle norme nazionali di attuazione della presente direttiva e prendono tutti i provvedimenti necessari per la loro applicazione. Le sanzioni che possono prevedere un risarcimento dei danni devono essere effettive, proporzionate e dissuasive”.

essere ricordate la normativa in materia di tutela collettiva degli interessi dei consumatori⁶⁵ e quella sulla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali⁶⁶.

Le menzionate direttive sono state attuate in Italia mediante l'emanazione dei d.lgs. 215 e 216 del 2003 concernenti, il primo, le discriminazioni per razza ed origine etnica e, il secondo, quelle poste in essere per ragioni di religione, convinzioni personali, handicap, età, orientamento sessuale e riguardanti l'occupazione e le condizioni di lavoro.

⁶⁵ Il riferimento va, come noto, alla Direttiva 93/13/CEE del Consiglio concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. Tale direttiva ha ricevuto attuazione in Italia mediante l'art. 11, L. comunitaria 1 marzo 2002, n. 39 che ha inserito il co. 5-*bis* all'art. 3, L. 30 luglio 1998, n. 281 (Nuova disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti) la quale ha previsto che, qualora il soccombente non adempia all'obbligo stabilito nei suoi riguardi con il provvedimento che chiude il giudizio, ne possa essere disposta la condanna al versamento di una somma di denaro a vantaggio del tesoro pubblico o di altro beneficiario per ogni giorno di ritardo. La norma è oggi contenuta nell'art. 140, comma 7 del d.lgs. n. 206/2005. Tale disposizione prevede, con riguardo alle azioni inibitorie proposte a tutela dei consumatori a cura delle associazioni rappresentative, che "Con il provvedimento giudiziale che definisce il giudizio, il giudice fissa un termine per l'adempimento degli obblighi stabiliti e, anche su domanda della parte che ha agito in giudizio, dispone in caso di inadempimento il pagamento di una somma di denaro da 516 a 1.032 euro per ogni inadempimento ovvero per ogni giorno di ritardo rapportati alla gravità del fatto". La norma aggiunge che, in caso di inadempimento degli obblighi risultanti dal verbale di conciliazione le parti possono adire il tribunale con procedimento in camera di consiglio affinché, accertato l'inadempimento, ordini il pagamento delle dette somme di denaro. Tale disposizione è ispirata dalla necessità di munire del più alto grado di effettività i provvedimenti di stampo inibitorio pronunciati nei confronti dei professionisti che indulgono a condotte o pratiche commerciali lesive degli interessi dei consumatori o degli utenti, in particolare per quanto attiene le misure tese a correggere, od eliminare, gli effetti pregiudizievoli delle violazioni compiute. A tal fine è stata introdotta una misura comminatoria di natura patrimoniale la cui quantificazione deve essere compresa tra un minimo e un massimo edittale normativamente predeterminato e che può essere disposta dal giudice sia d'ufficio, quanto ad istanza di parte, con il provvedimento che definisce il giudizio, a presidio del comando giudiziale in esso contenuto. Da notare che la possibilità di invocare l'applicazione della misura scatta, come nel sistema francese dell'*astreinte*, sul quale la previsione in esame appare plasmata, per ogni inadempimento o per ogni giorno di ritardo. Tuttavia, a differenza di quest'ultimo il ricavato della misura va non già al consumatore ma alle casse del bilancio Stato. Salvo poi venire riassegnato con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze al fondo da istituire nell'ambito di un'apposita unità previsionale di base dello Stato di previsione del Ministero delle attività produttive, volte a finanziare iniziative a vantaggio dei consumatori. In proposito, v. C. CONSOLO – M. DE CRISTOFARO, *Clausole abusive e processo*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 468; F. TOMMASEO, *Commento all'art. 1469 sexies c.c.*, in G. ALPA – S. PATTI (a cura di), *Clausole vessatorie nei contratti con il consumatore*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2003, pp. 1194 ss.; D. AMADEI, *Un'astreinte a tutela dei consumatori (note sul comma 5 bis dell'art. 3 l. n. 281 del 1998)*, in *Giust. civ.*, 2002, p. 385 ss.

⁶⁶ Il riferimento è alla Direttiva 2000/35/CE, ora sostituita dalla Direttiva 2011/7/UE, contenente la disciplina dei ritardi dei pagamenti nelle transazioni commerciali attuata in Italia mediante l'art. 8, comma 3, del d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 che ha introdotto una misura compulsoria consistente nel pagamento di una somma di denaro posta a garanzia dell'effettività della tutela inibitoria collettiva accordata alle associazioni di categoria degli imprenditori presenti nel CNEL, al fine di contrastare, nelle condizioni contrattuali di uso generale, il ricorso ad accordi di pagamento o concernenti le conseguenze del ritardato pagamento, che siano da considerare gravemente inique a mente dell'art. 7 del medesimo decreto. L'art. 8, comma 3, del d.lgs. 231/2002 prevede, in particolare, che "in caso di inadempimento degli obblighi stabiliti dal provvedimento reso nel giudizio di cui ai commi 1 e 2 (trattasi dell'azione collettiva a tutela degli imprenditori volta ad accertare la "grave iniquità" delle clausole generali a danno del creditore, o per

Tali direttive collocano, tra i propri obiettivi, quello dell'apprestamento, da parte dei legislatori nazionali, di rimedi effettivi nel caso di violazione delle normative che ne costituiscono la trasposizione a livello interno degli Stati membri.

Un tanto a dimostrazione dell'assunto che il legislatore comunitario, ormai da tempo, ha espresso una notevole sensibilità con riguardo alla previsione di adeguate forme di tutela esecutiva indiretta. Appare, tuttavia, d'obbligo evidenziare come l'esigenza comunitaria di armonizzazione delle forme di esecuzione indiretta si sia manifestata, di volta in volta, nei singoli interventi normativi citati, in ragione degli scopi da perseguire, piuttosto che dei meccanismi per effettuarla. La normativa comunitaria cioè colloca tra i propri obiettivi quello di assicurare l'efficacia dei relativi rimedi ma lo fa senza prevedere espressamente, come del resto si è già visto, il ricorso a strumenti di esecuzione indiretta, e, tantomeno, senza delineare una concreta e specifica fisionomia che le singole misure devono assumere. Ne deriva che, in sede di recepimento, gli Stati membri non sono nemmeno, a stretto rigore, tenuti a fare ricorso alle misure compulsorie sebbene questo sia lo strumento che

la data di pagamento o per le conseguenze del relativo ritardo, e ad inibire l'uso delle clausole stesse, anche in via cautelare) il giudice, anche su impulso dell'associazione che ha agito dispone il pagamento di una somma di denaro, da Euro 500 a Euro 1.100, per ogni giorno di ritardo, tenuto conto della gravità del fatto". Siffatta misura è parsa lo strumento più adeguato per attuare l'art. 3, co. 4 e 5 della direttiva 2000/35/CE ove si richiedeva agli Stati membri: a) di assicurare nell'interesse dei creditori e degli utenti mezzi efficaci ed idonei ad impedire il continuo ricorso a condizioni gravemente inique; b) di attribuire ad organizzazioni cui è ufficialmente riconosciuta la rappresentatività di piccole e medie imprese la legittimazione ad agire in conformità della legislazione nazionale dinanzi ai tribunali o agli organi amministrativi competenti a decidere se le condizioni contrattuali stabilite per uso generale siano, o meno, gravemente inique. V., in generale sulla direttiva, L. MENGONI, *La direttiva 2000/35/Ce in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 73; S. MAZZAMUTO – A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo* cit., p. 132; P. PUCCIARIELLO – G. FANELLI, *L'esperienza straniera dell'esecuzione forzata indiretta*, in B. CAPPONI (a cura di), *L'esecuzione processuale indiretta* cit., p. 63. Al pari di quanto visto in materia di tutela dei consumatori, anche questa misura coercitiva è chiaramente plasmata sul modello dell'*astreinte* francese dalla quale tuttavia, si discosta, ancora una volta, in ordine all'individuazione del beneficiario del pagamento. Invero, nel silenzio della legge la dottrina prevalente ritiene che la somma contemplata a titolo compulsorio dalla previsione in esame debba essere pagata allo Stato. In questo senso v. E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea* cit., p. 733, in part. nt. 13; G. DE CRISTOFARO, *Obbligazioni pecuniarie e contratti di impresa: i nuovi strumenti di "lotta" contro i ritardi nel pagamento dei corrispettivi di beni e servizi*, in *Studium Iuris*, 2003, p. 14, nt. 52; D. AMADEI, *Le disposizioni processuali del d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231: la tutela degli interessi collettivi e modifiche al procedimento di ingiunzione*, in *Resp. Prev.*, 2003, p. 899; *Contra* G. DE NOVA - S. DE NOVA, *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali*, Milano, 2003, p. 36; R. CONTI, *La penalità di mora fra diritto comunitario e diritto interno* cit., p. 495; P. PUCCIARIELLO – G. FANELLI, *L'esperienza straniera dell'esecuzione forzata indiretta*, in B. CAPPONI (a cura di), *L'esecuzione processuale indiretta* cit., p. 63 secondo i quali, invece, i proventi andrebbero a beneficio dell'associazione di categoria che ha agito in giudizio per la tutela dell'interesse collettivo.

appare nella prassi legislativa il più utilizzato, laddove, per l'appunto, la normativa comunitaria esiga un particolare tasso di effettività della tutela.

La scelta dello strumento coercitivo è dunque rimessa ai singoli legislatori nazionali e ciò che ne residua, in definitiva, è un problema di circolazione e di armonizzazione dei modelli di esecuzione indiretta.

5. Restrizione dell'oggetto della presente indagine al solo problema del riconoscimento e dell'esecuzione delle misure coercitive

Ciò premesso, è doveroso, a questo punto, restringere il campo di osservazione e dirigere l'attenzione sull'oggetto specifico della presente indagine. Invero, è esclusivamente al secondo degli aspetti enunciati in apertura del paragrafo che precede, vale a dire al problema concernente il riconoscimento e l'esecuzione delle misure coercitive, il quale più strettamente attiene il piano della cooperazione giudiziaria in materia civile, cui il presente lavoro di tesi intende rivolgersi.

Lo studio di tale fenomeno non ha, per vero, attirato sino ad ora una grande attenzione da parte della dottrina, in special modo di quella italiana. La ragione di un così scarso interesse può essere riportata, quanto meno là dove si voglia privilegiare l'aspetto pratico della circolazione di siffatti provvedimenti, alla circostanza che, non di rado, il debitore possiede almeno una parte dei propri beni aggredibili in via esecutiva nello Stato del foro. Così che l'esecuzione coattiva della misura coercitiva rimane, il più delle volte, una questione interna allo Stato che ha emesso la pronuncia principale anche a fronte di inadempienze al comando giudiziale poste in essere al di fuori dei limiti territoriali di quest'ultimo.

Tuttavia, come attesta la recente evoluzione giurisprudenziale della Corte di Giustizia, non sembra errato ritenere che il problema del riconoscimento e dell'esecuzione delle misure coercitive sia destinato ad assumere, nel contesto dello spazio giudiziario europeo, proporzioni sempre più degne di nota e, pertanto, meriti senz'altro di essere conosciuto e studiato. Non può, d'altra parte, essere sottovalutato che le decisioni, anche a carattere cautelare, che ingiungano

al debitore di fare o di astenersi dal compiere determinate azioni svolgono un'importanza centrale per il corretto funzionamento del mercato interno, specialmente con riguardo a determinati settori. Primo tra tutti quello della protezione effettiva dei diritti derivanti da privativa industriale⁶⁷.

6. Le origini della disciplina: l'art. 43 della Convenzione di Bruxelles e la difficoltà di ricostruire l'intenzione storica del legislatore comunitario

Il problema della efficacia transnazionale delle misure di coercizione indiretta, sebbene sia stato sino ad ora poco indagato, è, in realtà, tutt'altro che nuovo alla dottrina processualcivilistica.

La questione affonda le proprie origini di disciplina con l'approvazione e l'entrata in vigore della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre del 1968 sulla giurisdizione, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni pronunciate in materia civile e commerciale⁶⁸ che l'ha presa espressamente in considerazione nella prospettiva dell'armonizzazione, tra gli Stati Membri, delle c.d. procedure

⁶⁷ Cfr., B. HESS – T. PFEIFFER – P. SCHLOSSER, *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States* cit., p. 612.

⁶⁸ La Convenzione di Bruxelles è entrata in vigore tra i sei Paesi originariamente aderenti il 1 febbraio 1973. Essa è stata resa esecutiva in Italia con la legge 21 giugno 1971, n. 804. In seguito, si sono succedute quattro convenzioni di adesione che hanno, tra l'altro, apportato varie modifiche al testo originario. Trattasi, precisamente: della Convenzione di adesione del Lussemburgo del 9 ottobre 1978 (relativa a Danimarca, Irlanda, Regno Unito e resa esecutiva in Italia con la legge 29 novembre 1980); la Convenzione di adesione del Lussemburgo del 25 ottobre 1982 (relativa alla Grecia e resa esecutiva in Italia con la legge 29 novembre 1980); la Convenzione di adesione di Donostia – San Sebastain del 26 maggio 1989 (relativa a Spagna e Portogallo e resa esecutiva in Italia con la legge 5 ottobre 1991); la Convenzione di adesione di Bruxelles del 29 novembre 1996 (relativa all'adesione di Austria, Finlandia e Svezia, resa esecutiva in Italia con la legge 26 gennaio 1999, n. 24).

La letteratura sulla Convenzione di Bruxelles e sul successivo Regolamento (CE) n. 44/2001 è assai vasta. Senza pretesa di completezza, v., per ora, F. CARPI – M. LUPOI, *Provvedimenti giurisdizionali civili in Europa (Convenzione di Bruxelles)*, in *Enc. Dir., II Aggiornamento*, Milano, 1998, p. 824 ss.; F. CARPI, *Riflessioni sull'armonizzazione del diritto processuale civile in Europa in relazione alla Convenzione di Bruxelles del 1968*, cit. p. 1037 ss.; C. CONSOLO, *La tutela sommaria e la Convenzione di Bruxelles: la "circolazione" comunitaria dei provvedimenti cautelari e dei decreti ingiuntivi* cit., p. 593 ss.; F. POCAR, *La convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze*, Milano, 1986; S. LA CHINA, *Il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze nel regolamento comunitario n. 44/2001* cit., p. 386; E. MERLIN, *Riconoscimento ed esecutività della decisione straniera nel Regolamento "Bruxelles I"* cit., p. 433 ss.; F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001*, Padova, 2003; S. M. CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale – Da Bruxelles I al regolamento CE n. 805/2004* cit.; F. P. MANSI, *Il giudice italiano e le controversie europee* cit.; E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Torino, 2007.

intermedie volte ad offrire riconoscimento agli effetti delle stesse. In linea generale si deve rilevare, dunque, che la facoltà di ottenere l'*exequatur* per le penali di mora e, così, la possibilità di invocarne gli effetti anche al di fuori dello Stato membro di origine, rappresenta una possibilità che lo spazio giudiziario europeo contempla, ormai, da un certo tempo.

La Convenzione conteneva, a riguardo, una sola e alquanto scarna disposizione, precisamente l'art. 43, dedicata, per l'appunto, al riconoscimento e all'esecuzione delle "decisioni straniere che applicano una penalità". L'articolato prevedeva, in particolare, che tali decisioni "sono esecutive nello Stato richiesto" solo se la misura della penalità "è stata definitivamente fissata dai giudici dello Stato di origine"⁶⁹. La norma, come si vedrà, è stata poi trasfusa, senza alcuna modifica, anche nel successivo Regolamento (CE) n. 44/2001, ove è attualmente contenuta all'art. 49⁷⁰.

Il tenore della disposizione costituisce, a mio avviso, chiara riprova della circostanza che il processo di integrazione europea ha, da tempo, coscienza dell'importanza che l'utilizzo di misure coercitive a carattere pecuniario, quale metodo di esecuzione indiretta⁷¹, riveste nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia civile.

Alla disciplina di tale fenomeno il legislatore comunitario si è avvicinato ponendosi essenzialmente due ordini di questioni, tra loro intimamente connesse. La prima, concernente la stessa ammissibilità dell'irrogazione di misure coercitive nei confronti di un debitore che non abbia domicilio o sede nel territorio dello Stato del foro, ovvero che ivi non possieda alcun cespite patrimoniale aggredibile in via esecutiva; la seconda, attinente la possibilità che le misure coercitive circolino nello spazio giudiziario europeo con particolare riguardo ai presupposti per l'ottenimento dell'*exequatur* da parte delle decisioni che siffatte misure dispongano.

⁶⁹ Una previsione di analogo tenore si rinviene, peraltro, anche nell'omologo art. 43 contenuto nella parallela Convenzione di Lugano. Sulla cui disamina, si sofferma F. GERHARD, *L'exécution forcée transfrontière des injonctions extraterritoriales non pécuniaires en droit privé* cit., p. 500 ss.

⁷⁰ E' pertanto al dibattito dottrinale relativo all'art. 43 della Convenzione di Bruxelles che ci si può continuare a rivolgere per individuare i principali problemi interpretativi che si sono posti con riguardo alla circolazione delle misure coercitive nello spazio giudiziario europeo.

⁷¹ Così come viene definito anche da, B. HESS – T. PFEIFFER – P. SCHLOSSER, *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States* cit., par. 615.

Da entrambi i punti di vista considerati, è indubbio che la disciplina convenzionale si connota per un carattere particolarmente innovativo⁷².

A riguardo, è tuttavia doveroso rilevare che l'art. 43 della Convenzione di Bruxelles ha suscitato, sin dalla sua introduzione, diverse difficoltà applicative derivanti, in particolare, dall'oggettiva difficoltà di coordinarne il contenuto con il disposto dell'art. 16, n. 5 (ora, art. 22, n. 5 del Reg. (CE) n. 44/2001)⁷³.

Come si metterà più diffusamente in luce nel corso del terzo capitolo, inoltre, sul contenuto e sulla portata applicativa della disposizione gli studiosi non si sono mai trovati concordi⁷⁴. La divisione è sempre stata tra coloro che restringono l'applicabilità della disciplina convenzionale alle sole *astreinte* di matrice francofona⁷⁵ e coloro che, al contrario, ne estendono la portata anche alle

⁷² Sarebbe tuttavia errato considerare la disciplina contenuta nell'art. 43 della Convenzione di Bruxelles una novità assoluta dal momento che consimili disposizioni si rinvenivano anche in epoca pre-convenzionale in alcuni trattati internazionali in materia di esecuzione di cui dà conto la relazione elaborata da P. Jenard. In particolare, di una disposizione simile vi sarebbe stata traccia sia nel trattato del Benelux del 24 novembre 1961 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle sentenze straniere, il cui art. 14, peraltro, si limitava a specificare che una misura coercitiva quale, in particolare, l'*astreinte* o la *dwangsom* poteva essere dichiarata esecutiva negli altri Stati contraenti; e nella Convenzione tedesco-olandese sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni del 30 agosto 1962. Quest'ultima, in particolare, conteneva una disposizione unilaterale a norma della quale le decisioni olandesi recanti condanna al pagamento di una misura coercitiva potevano essere rese esecutive in Germania, previa definitiva determinazione dell'ammontare della somma dovuta da parte delle autorità giudiziarie olandesi. La Convenzione non considerava, per contro, la possibilità di dare riconoscimento ed esecuzione in Olanda ad una *Zwangsgeld* o ad un *Ordnungsgeld*. A riguardo, v. F. GERHARD, *The Extraterritorial Judicial Penalty – New Instruments for the Transnational Enforcement of Extraterritorial Injunctions?* cit., p. 267; Id., *L'exécution forcée transfrontière des injonctions extraterritoriales non pécuniaires en droit privé* cit., p. 506; O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld* cit., p. 315 ss.

La Relazione elaborata da P. Jenard sulla Convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, è pubblicata in GUCE, serie C-59 del 5 marzo 1979. La Relazione può essere letta anche in F. POCAR, *La convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze* cit., p. 428.

⁷³ Così come mette in luce anche GERHARD, *The Extraterritorial Judicial Penalty – New Instruments for the Transnational Enforcement of Extraterritorial Injunctions?* cit., p. 271; Id., *L'exécution forcée transfrontière des injonctions extraterritoriales non pécuniaires en droit privé* cit., p. 519. La questione, qui solo brevemente accennata, sarà esaminata nello specifico nel Cap. II, Sez. III, § 18 alla cui lettura si rinvia.

⁷⁴ L'indagine volta ad individuare l'esatto ambito applicativo della disposizione sarà svolta, nello specifico, nel Cap. III, Sez. I, §§ 4-5-6 alle cui considerazioni sia consentito rinviare.

⁷⁵ In tal senso, R. GEIMER – R. A. SCHÜTZE, *Europäisches Zivilverfahrensrecht, Kommentar zum EuGVÜ und zum Lugano-Übereinkommen* cit., p. 579; A. K. BITTER, *Vollstreckbarerklärung und Zwangsvollstreckung ausländischer Titel in der Europäischen Union*, cit., p. 150; E. MEZGER, *Über einige Lücken des EuGVÜ (Brüssel 1968) und des deutschen Ausführungsgesetzes*, in G. LÜKE – G. RESS – M. R. WILL, *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration. Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco* cit., p. 503; B. TREIBMANN, *Die Vollstreckung von Handlungen und Unterlassungen im europäischen Zivilrechtsverkehr* cit., p. 164; P. KAYE, *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments* cit., p. 1575, nt. 266; M. G. CIVININI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere* cit., p. 90, nt. 2; E. D'ALESSANDRO, *Il conferimento dell'esecutività al verbale di*

Zwangsgeld del diritto tedesco ed austriaco e al *Contempt of Court* anglosassone⁷⁶.

Il problema di fondo riguardava e, a ben vedere, tutt'ora riguarda, l'inclusione nella disposizione in esame anche di quelle misure coercitive applicate per inosservanza di una decisione giudiziale, pronunciata in materia civile e commerciale, ma destinate ad essere incassate da parte dello Stato e non già dal privato creditore⁷⁷. A riguardo, è bene chiarire, sin d'ora, che la corrente di pensiero allo stato prevalente è quella estensiva⁷⁸, che ha, peraltro, trovato, recente avvallo in seno alla giurisprudenza della Corte di Giustizia⁷⁹.

conciliazione stragiudiziale e la sua circolazione all'interno dello spazio giudiziario europeo?, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2011, p. 1157 ss., in part. nt. 35; F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle sentenze straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001* cit., p. 258.

⁷⁶ Per ovvie ragioni, in questo senso, si esprime specialmente la letteratura austro-tedesca: P. SCHLOSSER (*erläutert von*), *EuGVÜ*, sub Art. 49 cit., p. 213; J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozeßrecht, Kommentar zu EuGVO, Lugano-Übereinkommen* cit., p. 492; O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld* cit., p. 315 ss.; Id., *Astreinte, dwangsom und Zwangsgeld in Binnenmarkt* cit., 399; P. OBERHAMMER, in F. STEIN – M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung* cit., p. 721; A. STADLER, *Inländisches Zwangsgeld bei grenzüberschreitender Handlungsvollstreckung* cit., p. 431; P. GOTTWALD, in *Munchener Kommentar zur ZPO*, Art. 43 *EUGVÜ*, 2008; H. W. MICKLITZ – P. ROTT, *Vergemeinschaftung des EuGVÜ in der Verordnung (EG) Nr. 44/2001* cit., p. 23; H. KOCH, *Neuere Probleme der internationalen Zwangsvollstreckung einschließlich des einstweiligen Rechtsschutzes*, in P. SCHLOSSER (*Hrsg.*) *Materielles Recht und Prozessrecht und die Auswirkungen der Unterscheidung im Recht der internationalen Zwangsvollstreckung* cit., p. 200; B. HESS – T. PFEIFFER – P. SCHLOSSER, *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States* cit., par. 615. Al di fuori della dottrina germanica, aderiscono alla tesi estensiva, M. B. DE BOER, *Osservazioni sull'astreinte nel diritto processuale civile olandese* cit., 805; W. KENNETT, *Enforcement of Judgment in Europe* cit., p. 300; M. DE CRISTOFARO, *Esecuzione in personam, principio di territorialità e misure coercitive indirette nello spazio giudiziario europeo* cit., p. 26; E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea* cit., p. 768; G. TARZIA, *Nozioni comuni per un processo civile europeo*, in Riv. dir. proc., 2003, p. 329; P. PUCCIARIELLO – G. FANELLI, in B. CAPPONI (a cura di), *L'esecuzione processuale indiretta* cit., p. 63 ss.; S. MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale* cit., p. 1001.

⁷⁷ A riguardo è doveroso chiarire che, laddove impostata in questi termini, la questione riguarda da vicino anche molte delle misure coercitive contemplate in seno al nostro ordinamento in previsioni di legge speciale, i cui proventi sono per lo più destinati ad essere incassato dallo Stato o da fondi pubblici.

⁷⁸ V., a riguardo, W. KENNETT, *Enforcement of Judgment in Europe*, cit., p. 300 la quale insiste sulla necessità di garantire, in questa materia, la parità di trattamento degli istituti previsti a livello nazionale, nell'ottica non secondaria di prevenire eventuali fenomeni di *forum-shopping* osservando, a tal riguardo, che “*there is no clear guidance on this issue in the Brussels Convention, but in principle all types of fine designed to compel compliance with a court order should be treated in the same way. Not to recognise all fines imposed for the enforcement of an injunction inevitably must lead to extreme unevenness in the opportunities of litigants to enforce injunctions and considerable forum-shopping*”. Aderisce alla tesi estensiva, anche nella prospettiva del divieto di discriminazione, P. SCHLOSSER, *A new dimension of human rights' consideration in civil procedure*, Riv. dir. int. priv. proc., 1995, p. 37.

⁷⁹ Cfr., Corte Giust., 18 ottobre 2011, C-406/09, *Realchemie Nederland BV c. Bayer CropScience AG* non ancora pubblicata in Raccolta ma consultabile all'indirizzo internet: www.curia.europa.eu. (ricerca per numero di causa).

L'ambiguità del dettato convenzionale circa l'ampiezza che all'ambito di applicazione della norma deve essere assegnato non viene sciolta nemmeno là dove si vadano a ripercorrerne i lavori preparatori. Da questi ultimi è tuttavia non solo conveniente ma, altresì, doveroso prendere le mosse al fine di tentare di ricostruire quale sia stata l'intenzione storica del legislatore comunitario al momento dell'introduzione di siffatta disposizione nel tessuto convenzionale.

Con riguardo all'articolato in esame, la relazione Jenard si limita ad osservare che l'art. 43 “riguarda le decisioni che comminano un'ammenda” e, a tal fine, contiene un riferimento specifico alla sola *astreinte* di matrice francese.

Parafrasando il testo normativo, la relazione si limita, nella sostanza, ad illustrare il contenuto della disposizione osservando che le pronunce con le quali il giudice di uno Stato contraente condanni il debitore al pagamento di una somma di denaro per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione del comando giudiziale, ed al fine di indurlo “a pagare sollecitamente”, devono essere definitivamente liquidate dagli organi giurisdizionali dello Stato d'origine per poter essere eseguite sul territorio di un altro Stato contraente⁸⁰.

Alcun aiuto viene offerto all'interprete dalla lettura della Relazione Schlosser, elaborata in occasione dell'adesione al sistema di Bruxelles del Regno di Danimarca, del Regno Unito e dell'Irlanda del Nord⁸¹. In tale occasione, infatti, il gruppo di esperti, pur ammettendo che gli interrogativi circa l'ampiezza del campo di applicazione della disposizione erano rimasti insoluti, in particolare, in ordine alla possibilità di farvi, o meno, rientrare anche le pene pecuniarie che tornano a beneficio non già della parte creditrice, bensì dello Stato, si è, ciò nondimeno, astenuto dal prendere una posizione espressa sul punto. Il documento dà atto che sicuramente l'*astreinte* francese, laddove abbia assunto carattere

⁸⁰ A rigore è opportuno mettere in luce come la relazione Jenard si riferisca espressamente alle sole misure coercitive con le quali il giudice di uno Stato contraente miri ad “indurre il debitore a pagare sollecitamente”. Il riferimento alla sola prestazione principale di pagamento potrebbe far pendere - quanto meno in prima battuta - per la sola inclusione, nell'ambito di applicazione della disposizione, delle *astreintes* francesi. Le uniche, di fatto, a poter essere irrogate anche laddove la prestazione principale consista nella condanna al pagamento di una somma di denaro, la quale è, per eccellenza, perfettamente fungibile.

⁸¹ La Relazione elaborata da P. Schlosser è edita in F. POCAR, *La convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze* cit., p. 447.

definitivo, può essere riconosciuta ed eseguita all'estero, mentre alcuni dubbi vengono espressi quanto alle altre misure⁸².

E' doveroso, altresì, dare atto che già in fase di prima revisione della Convenzione di Bruxelles, la Commissione, nella sua proposta del 1997⁸³, era intervenuta a riformulare la disciplina in esame al fine di renderla un poco più precisa, ma senza tuttavia spingersi sino a chiarire definitivamente i dubbi che erano sorti a proposito dell'ambito di applicazione della disposizione. Così avrebbe dovuto recitare l'art. 43 riformulato: "Salva l'adozione di provvedimenti cautelari e provvisori destinati a garantirne l'esecuzione, le decisioni straniere di condanna a pene pecuniarie sono esecutive nello Stato in cui è richiesta l'esecuzione solo se la misura è stata definitivamente fissata dai giudici dello Stato membro di origine".

Tuttavia, l'occasione di apportare qualche, pur utile, precisazione al dettato normativo non è stata colta. La stessa Commissione, nella successiva proposta di regolamento, ha ridimensionato le modifiche iniziali, limitandosi - con qualche variazione di forma - a reiterare il testo originario della norma convenzionale⁸⁴.

⁸² Che il modello dell'*astreinte* francese sia quello a godere, quanto meno a livello astratto, di maggior credito a livello continentale è, del resto, affermazione ricorrente in dottrina. V. S. MAZZAMUTO – A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo* cit., pp. 134 e 136 secondo cui le ragioni di una tale prevalenza sarebbero da riportare prevalentemente ad un fattore di ordine culturale che nell'esperienza italiana andrebbe ricondotta ad una giustificata ritrosia nei confronti dell'innesto nel tessuto privatistico di sanzioni vere e proprie e, così, nel pericolo di rievocare in materia di obbligazioni e contratti lo spettro dell'arresto per debiti. In senso conforme, E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea* cit., p. 761.

A tal riguardo si rammenta, a titolo di completezza, che l'"arresto personale per i debiti civili e commerciali" è stato abolito nel nostro ordinamento con la legge 6 dicembre 1877, n. 4166. Con l'approvazione di siffatta norma il nostro ordinamento si è allineato, seppur con qualche anno di ritardo, a quanto verificatosi anche in Francia ove "*le contrainte par corps*" in materia civile e commerciale era stato abrogato già, qualche anno addietro, con la legge 22 luglio 1867. V., sul punto, H. MAZEUD – L. MAZEUD – J. MAZEUD – F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, Paris, 1994, p. 1027. Sembra interessante ricordare che il divieto di imprigionamento per debiti è riconosciuto a livello internazionale dall'Art. 1 del Protocollo n. 4 della Convenzione europea per la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, adottato a Strasburgo il 16 dicembre 1963 e ratificato in Italia in data 27 maggio 1982, il quale prevede che "Nessuno può essere privato della sua libertà per il solo fatto di non essere in grado di adempiere a un'obbligazione contrattuale".

⁸³ Il riferimento è alla proposta di atto del Consiglio che stabilisce la Convenzione relativa alla competenza giurisdizionale, al riconoscimento e all'esecuzione, negli Stati membri dell'Unione europea, delle decisioni in materia civile e commerciale, COM (1997) 609 def., in GUCE, n. C-33 del 31 gennaio 1998, p. 20 ss.

⁸⁴ Vedila in COM (1999) 348 def., in GUCE, n. C 376E del 28 dicembre 1999, p. 1 ss. L'art. 46 della proposta così prevedeva: "Le decisioni straniere che impongono una penalità di mora sono esecutive nello Stato richiesto solo se la misura della penalità è stata definitivamente fissata dai giudici dello Stato di origine".

Nonostante la laconicità della disciplina positiva di riferimento mi sembra, tuttavia, si possa concordare su un primo dato di fondo. Ovvero che, al momento dell'approvazione del testo convenzionale, il modello di misure coercitive avuto in mente dal legislatore comunitario fosse indubbiamente quello dell'*astreinte* di matrice francese⁸⁵. In particolare, almeno tre sono, a mio avviso, gli indici che supportano una siffatta convinzione.

Innanzitutto, il riferimento nel testo legislativo alla “definitività” della misura richiama, indubbiamente, la nota distinzione, tipica per l'appunto del solo sistema giuridico francese, tra *astreinte* provvisoria e *astreinte* definitiva⁸⁶.

In secondo luogo, non meno significativo appare l'accento, contenuto nei richiamati lavori preparatori, alla sola prestazione principale di pagamento di somme di denaro dal momento che l'*astreinte* francese è la sola misura che può essere concessa anche a fronte di sentenze di condanna pecuniarie, costituendo, da questo punto di vista, un *unicum* nel panorama europeo.

Da ultimo, il richiamo, contenuto nella proposta di revisione del 1997, “alle decisioni straniere di condanna a pene pecuniarie” benchè, come si è visto, mai tradottosi in disposizione di legge vigente, rappresenta un ulteriore indice

⁸⁵ V., per tale considerazione, sostanzialmente condivisa in dottrina, W. KENNETT, *Enforcement of Judgment in Europe* cit., p. 300; R. GEIMER – R. A. SCHÜTZE, *Internationale Urteilsanerkennung*, I, 1, München, 1983, pp. 128 e 1169, nt. 3; Id., *Europäisches Zivilverfahrensrecht, Kommentar zum EuGVÜ und zum Lugano-Übereinkommen* cit., sub Art. 31, nr. 89 e sub Art. 43, nr. 2; M. B. DE BOER, *Osservazioni sull'astreinte nel diritto processuale civile olandese* cit., p. 805; S. O'MALLEY – A. LAYTON, *European Civil Practice* cit., p. 789; A. STADLER, *Inländisches Zwangsgeld bei grenzüberschreitender Handlungsvollstreckung* cit., p. 431; P. SCHLOSSER, *EuGVÜ*, sub Art. 49 cit., p. 211; M. DE CRISTOFARO, *Esecuzione in personam, principio di territorialità e misure coercitive indirette nello spazio giudiziario europeo* cit., p. 26; MAGNUS U. – MANKOWSKI P., *European Commentaries on Private International Law – Brussels I Regulation*, sub Art. 49 cit., p. 682; J. GÄRTNER, *Probleme der Auslandsvollstreckung von Nichtgeldleistungsentscheidungen im Bereich der Europäischen Gemeinschaft* cit., p. 179; E. MEZGER, *Über einige Lücken des EuGVÜ (Brüssel 1968) und des deutschen Ausführungsgesetzes*, in G. LÜKE – G. RESS – M. R. WILL, *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration. Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco* cit., p. 506.

⁸⁶ H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe* cit., p. 382. Su come debba essere compiutamente inteso, tuttavia, il requisito della definitività della misura ci si intratterrà diffusamente nel terzo Capitolo. V. a riguardo, A. GIUSSANI, *L'esibizione di documenti situati nello spazio giuridico europeo* cit., p. 883, cfr. in part. nt. 29, secondo il quale, in proposito, risulterebbe per contro fallace riferirsi alla distinzione tra *astreinte provisoire* e *définitive* di cui all'art. 34 della l. francese n. 91/650 del 9 luglio 1991 presupponendo l'art. 43 della Convenzione di Bruxelles (oggi art. 49 del Reg. (CE) n. 44/2001), ai fini dell'ottenimento dell'*exequatur*, il previo accertamento dell'inottemperanza dell'ordine. Da tale convinzione, l'Autore fa discendere, se mal non si intende, la stessa impossibilità di circolazione, nell'ambito dello spazio giudiziario europeo, dell'*astreinte définitive* in quanto la stessa si atterrebbe, pur sempre, come una sorta di condanna in futuro, condizionata all'inadempimento della decisione principale da parte dell'obbligato.

dell'intenzione dei redattori di forgiare la disciplina comunitaria sul modello francofono, in seno al quale per l'appunto l'*astreinte* configura, da un punto di vista strettamente processuale, un capo di condanna accessorio alla pronuncia principale.

Forse, dunque, in modo inaspettato per gli stessi redattori della Convenzione, il risultato dell'elaborazione interpretativa che ne è seguita ha portato ad ammettere, tra le misure coercitive circolanti nello spazio giudiziario europeo, anche quelle contemplate dagli ordinamenti processuali di Germania e Austria le quali, oltre a tornare a beneficio dello Stato, si colorano, quantomeno secondo la concezione prevalente, di una carica più spiccatamente afflittiva⁸⁷. Sui fondamenti sistematici che si pongono alla base di una tale apertura e sulle ragioni che, per contro, una tale estensione scongiurerebbero, ci si intratterrà più diffusamente oltre⁸⁸. Per ora basti osservare come tale evoluzione interpretativa abbia condotto a poter considerare, in materia di circolazione delle misure coercitive, il sistema di Bruxelles come uno dei maggiormente innovativi a livello internazionale.

⁸⁷ Appare doveroso rilevare, a riguardo, che sebbene la relazione Schlosser non appaia particolarmente perspicua nel porsi il problema della possibilità di dare esecuzione alle decisioni che condannano a prestazioni diverse dal pagamento di una somma di denaro, là dove assistite da misure coercitive pronunciate in Germania o nel Regno Unito, essa lascia, tuttavia, sia pur in modo formalmente inespresso, sottintendere una risposta negativa. Ove, per contro, la circolazione dell'*astreinte* viene ritenuta del tutto pacifica. In questi esatti termini si esprime, sul punto, la relazione Schlosser: "Infine, alcuni problemi sono emersi per quanto concerne le decisioni giurisdizionali che condannano a prestazioni diverse dal pagamento di una somma di denaro. Gli ordinamenti giuridici del Regno Unito e dell'Irlanda infatti non ammettono in generale, ma solo per determinati casi regolati dalla legge, decisioni esecutorie che impongono di eseguire prestazioni individuali. Questi casi comprendono le [...] cosiddette "*injunctions*", con le quali l'organo giurisdizionale impone a una persona di eseguire o di omettere un determinato comportamento. E' possibile ottenere l'esecuzione o, tramite lo "*Sheriff*", mediante l'impiego della coercizione diretta, o indirettamente, mediante penalità pecuniarie e detentive per "*Contempt of Court*". [...] Qualora si richieda nella Repubblica federale di Germania l'esecuzione di una tale decisione giurisdizionale pronunciata in Irlanda o nel Regno Unito, l'organo giurisdizionale deve usare gli stessi mezzi coercitivi che sarebbero ammessi per una decisione tedesca corrispondente, ossia l'ammenda e l'arresto. Reciprocamente, l'organo giurisdizionale del Regno Unito e dell'Irlanda è tenuto a infliggere pene per "*Contempt of Court*" come le infliggerebbe per l'inosservanza delle sue proprie decisioni".

Un tale ordine di considerazioni parrebbe così avvallare, peraltro, anche la possibilità, che sarà vagliata analiticamente più oltre nel corso del Capitolo terzo, che le decisioni pronunciate in materia civile e commerciale siano assistite da misure di coercizione indiretta direttamente nello Stato in cui se ne chieda il riconoscimento e la messa in esecuzione (in merito, v. *amplius*, Cap. III, Sez. III; §§ da 20 a 25).

⁸⁸ Sulla questione sia, in particolare, consentito rinviare alle considerazioni che verranno svolte nel Cap. III, Sez. I.

7. La trasposizione dell'art. 43 della Convenzione di Bruxelles nell'art. 49 del Reg. (CE) n. 44/2001: il permanere degli immutati interrogativi di fondo

Come noto, il processo che usualmente va sotto la dizione di c.d. comunitarizzazione del diritto internazionale privato, inaugurato con l'approvazione del Trattato di Amsterdam, ha dato inizio ad un'opera di trasformazione in Regolamenti comunitari degli strumenti convenzionali adottati sulla base del metodo intergovernativo.

La trasformazione da trattato internazionale a atto comunitario ha riguardato anche la Convenzione di Bruxelles del 1968, confluita con modificazioni nel Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (c.d. Bruxelles I)⁸⁹.

Il passaggio dalla Convenzione di Bruxelles al Reg. (CE) n. 44/2001 non ha provocato, nella materia che qui ci occupa, alcun cambiamento. Il testo dell'attuale art. 49 Reg. riproduce, infatti, il tenore dell'omologa previsione convenzionale previgente, sicchè invariate permangono le questioni di base che, con riferimento a quest'ultima, si sono poste all'attenzione della dottrina⁹⁰.

⁸⁹ La dottrina sul Reg. (CE) n. 44/2001 è vastissima. V., per ora, E. MERLIN, *Riconoscimento ed esecutività della decisione straniera nel Regolamento "Bruxelles I"* cit., p. 433 ss.; S. LA CHINA, *Il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze nel regolamento comunitario n. 44/2001* cit., p. 386; F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle sentenze straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001* cit.; G. A. L. DROZ – H. GAUDEMET TALLON, *La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* cit., p. 601 ss.; S. M. CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale. Da Bruxelles I al Regolamento CE n. 805/2004* cit.; A. CARRATTA, *La sentenza civile straniera tra "riconoscimento" ed "estensione dell'efficacia"* cit., p. 1147.

⁹⁰ Limitatamente al profilo della circolazione delle misure coercitive non si può omettere di notare, in questa sede di inquadramento generale dell'oggetto della presente indagine, come potrebbe venire in rilievo, quantomeno in linea di principio, anche il Reg. (CE) n. 805/2004 che ha istituito il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati (Trattasi del Regolamento (CE) n. 805/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004). Invero, la definizione di "decisione" ivi contenuta all'art. 4 è ripresa pedissequamente dall'omologa previsione di cui all'art. 32 del Reg. (CE) n. 44/2001. Conseguentemente ben si potrebbe ritenere che in essa devono essere ricomprese anche le "decisioni che applicano una penalità" le quali, fatto salvo il rispetto degli *standards minimi* ivi contemplati, dovrebbero poter essere certificate, al ricorrere di determinati presupposti, come titolo esecutivo europeo e accedere al regime agevolato di circolazione sul territorio dell'Unione europea, senza necessità di dover ricorrere a procedure di *exequatur*. In senso negativo, si è, peraltro, opportunamente, pronunciata, con riguardo ad una decisione di irrogazione di un *Ordnungsgeld*, la recente giurisprudenza tedesca: v. BGH, 25 marzo 2010 in *IPRax* 2012, 62 con nota di D. C. BITTMAN, *Ordnungsgeldbeschlüsse nach § 890 ZPO als Europäische Vollstreckungstitel?*, in *IPRax*,

E' pertanto al dibattito dottrinale sorto già nel vigore del previgente dettato convenzionale che ci si può tranquillamente continuare a riferire per indagare il fenomeno in esame. Da questo punto di vista, invero, i risultati interpretativi raggiunti prima dell'entrata in vigore del Reg. (CE) n. 44/2001 mantengono ancor oggi inalterata attualità⁹¹.

2012, p. 62. Sul Reg. (CE) n. 805/2004, v. per tutti. L. D'AVOUT, *La circulation automatique des titres exécutoires imposée par le règlement 805/2004 du 21 avril 2004*, in *Revue crit. DIP*, 2006, p. 1; P. DE CESARI, *Decisioni giudiziarie certificabili quali titoli esecutivi europei nell'ordinamento italiano*, in *FI*, 2006, p. 103 ss.; M. DE CRISTOFARO, *La crisi del monopolio statale dall'imperium all'esordio del titolo esecutivo europeo*, in *Int'l Lis*, 2004, p. 141.

⁹¹ La continuità esistente tra la Convenzione di Bruxelles e il Reg. (CE) n. 44/2001 è affermata espressamente dal considerando n. 19 del menzionato Regolamento. In particolare, partendo dalla necessità di garantire una certa continuità in punto di interpretazione tra i menzionati strumenti normativi, la Corte di Giustizia ha più volte affermato che "poiché il regolamento n. 44/2001 ha ormai sostituito la Convenzione di Bruxelles nei rapporti tra gli Stati membri, fatta eccezione per il Regno di Danimarca, l'interpretazione fornita dalla Corte in riferimento a tale Convenzione vale anche per detto regolamento, qualora le sue disposizioni e quelle della Convenzione di Bruxelles possano essere qualificate come equivalenti". V., Corte Giust., 10 settembre 2009, causa C-292/08, *German Graphics Graphische Maschinen*, in Racc., 2009, I-08421, punto 27 e, da ultimo, Corte Giust., 18 ottobre 2011, causa C-406/09, *Realchemie Nederland BV c. Bayer CropScience AG*, punto 38, non ancora pubblicata in Raccolta ma consultabile al sito internet www.curia.europa.eu (ricerca per numero di causa).

SEZIONE II

IL RUOLO DELLE MISURE COERCITIVE NEL CONTESTO DELLA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA IN MATERIA CIVILE

8. Le misure coercitive e il giudizio di riconoscimento delle decisioni: inquadramento del problema.

Come noto, la disciplina generale del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni rese in uno Stato membro dell'Ue è contenuta nelle norme di cui al Capo III del Regolamento (CE) n. 44/2001 (artt. da 32 a 65)⁹². Il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni straniere configurano due istituti distinti che ricevono, in base al Regolamento, una disciplina differenziata.

In particolare, il sistema regolamentare prevede che “le decisioni emesse in uno Stato membro sono riconosciute negli altri Stati membri senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento” (art. 33 Reg. (CE) 44/2001). E' questo il c.d. “riconoscimento automatico”⁹³ teso, nell'ottica prevalente, ad attribuire alle decisioni

⁹² Tra coloro che si sono occupati *funditus* del tema del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni nell'ambito del sistema di Bruxelles I, v. F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001* cit.; H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe* cit.; F. P. MANSI, *Il giudice italiano e le controversie europee* cit.; F. POCAR, *La convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze* cit.; P. VITTORIA, *La competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, Milano, 2005; S. M. CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale – Da Bruxelles I al regolamento CE n. 805/2004* cit.; M. G. CIVININI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere* cit.; F. LUPOI – E. VULLO – M. G. CIVININI – P. PASQUALIS, *Giurisdizione italiana, efficacia di sentenze e atti stranieri*, in P. PERLINGIERI (diretto da), *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del Notariato*, Napoli, 2007; F. MOSCONI, *Un confronto tra la disciplina del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni straniere nei recenti regolamenti comunitari*, cit., p. 554; S. LA CHINA, *Il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze nel regolamento comunitario n. 44/2001* cit., p. 386; E. MERLIN, *Riconoscimento ed esecutività della decisione straniera nel Regolamento “Bruxelles I”* cit., p. 433 ss.; F. CARPI, *Dal riconoscimento delle decisioni all'esecuzione automatica* cit., p. 1127; C. CONSOLO, *Limiti all'esecuzione di decisioni straniere* cit., p. 397; Id., *Evoluzioni nel riconoscimento delle sentenze straniere*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 575.

⁹³ Come noto, è questa la tecnica privilegiata per recepire il “prodotto” della giurisdizione altrui, su cui poggia anche il sistema interno di diritto internazionale privato introdotto con la l. 31 maggio 1995, n. 218. In estrema sintesi, con l'espressione “riconoscimento automatico” ci si riferisce a quella tecnica di recepimento delle sentenze straniere imperniata sull'assenza della necessità di instaurare nello Stato *ad quem* un apposito giudizio volto ad ottenere una dichiarazione costitutiva di

intra-comunitarie “l’autorità e l’efficacia che esse rivestono nello Stato membro in cui sono state pronunciate”⁹⁴.

Per il caso di contestazione e ove sia necessario procedere ad esecuzione forzata la disciplina, a tutt’oggi vigente, prevede, invece, un procedimento altamente semplificato⁹⁵. In sintesi si prevede che, su istanza unilaterale della parte interessata,

efficacia della pronuncia straniera. A differenza di quanto accadeva nel previgente sistema della deliberazione che, prima dell’entrata in vigore della l. n. 218/95, costituiva, nel nostro ordinamento, la tecnica generale di ricezione delle sentenze straniere, la decisione pronunciata all’estero, produce, invero, automaticamente i propri effetti, costitutivi e di accertamento, nel nostro ordinamento nel momento in cui risultano integrati i presupposti stabiliti dalla norma che ne disciplina il recepimento. V. E. D’ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere* cit., XVIII.

⁹⁴ V. la sentenza della Corte di Giustizia, 4 febbraio 1988, C-145/86, *Hoffman*, in *FI*, 1988, IV, p. 321 e 323, punti 10, 11, 42 e 43 che, a riguardo, si richiama al punto 43 della Relazione Jenard in cui i giudici comunitari, chiamati ad interpretare la Convenzione di Bruxelles ed, in particolare, a chiarire se “L’obbligo di riconoscere le decisioni rese in uno Stato contraente ai sensi dell’art. 26 imponga allo Stato contraente richiesto di attribuire alla sentenza straniera gli stessi effetti che essa ha nello Stato di origine” hanno risposto che riconoscere un provvedimento giurisdizionale significa “ammetterlo a produrre nel foro i medesimi effetti che esso ha nello Stato di origine”.

E’ noto, peraltro, come in tema di circolazione delle sentenze straniere si confrontino, in punto di attribuzione di effetti, due modelli principali. Da un lato, quello preminente, accolto anche dai giudici del *Kirchberg* nella decisione poc’anzi richiamata, della c.d. “estensione degli effetti”, in base al quale la decisione straniera viene recepita con i medesimi effetti che esplica nello Stato di origine. Dall’altro, quello, opposto, della c.d. “assimilazione degli effetti” secondo cui alla decisione straniera devono essere riconosciuti i medesimi effetti della omologa decisione interna. A riguardo, la dottrina italiana, in assenza di una espressa presa di posizione del legislatore in ordine alla portata dell’efficacia di una sentenza riconosciuta nel nostro Paese, appare divisa. Alcuni autori optano così a favore dell’esclusivo richiamo all’ordinamento *a quo*. V., in tal senso, A. ATTARDI, *La nuova disciplina in tema di giurisdizione italiana e di riconoscimento delle sentenze straniere*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, p. 769; A. DI BLASE, *Connessione e litispendenza nella convenzione di Bruxelles*, Padova, 1993, p. 45. Altri, invece, aderiscono all’idea di ammettere che anche l’ordinamento *ad quem* possa influire sugli effetti dipendenti dal riconoscimento, negando in particolare che alla decisione riconosciuta possano essere attribuiti effetti esorbitanti rispetto all’omologa pronuncia interna. Il dibattito ha avuto positiva eco anche tra gli autori tedeschi, v. C. CONSOLO, *Evoluzioni nel riconoscimento delle sentenze straniere* cit., p. 575; A. CARRATA, *La sentenza civile straniera tra “riconoscimento” ed “estensione dell’efficacia”* cit., p. 1148; E. D’ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere* cit., p. 67 e nt. 38.

Accanto alle teorie poc’anzi enunciate si deve dare conto, altresì, dell’esistenza di un orientamento intermedio. In particolare, secondo tale opinione, a seguito del riconoscimento, sarebbe comunque pur sempre ammissibile una qualche interferenza, anche da parte dell’ordinamento *ad quem*, in ordine alla determinazione della portata degli effetti attribuibili alla decisione riconosciuta. E’ stato così affermato che, a seguito del riconoscimento, l’efficacia della pronuncia straniera verrebbe a circoscriversi ai soli effetti comuni ad entrambi gli ordinamenti. Tale tesi detta della c.d. “doppia confinazione degli effetti” è stata elaborata da C. CONSOLO, *La tutela sommaria e la Convenzione di Bruxelles: la “circolazione” comunitaria dei provvedimenti cautelari e dei decreti ingiuntivi* cit., p. 628 e nt. 75. In senso adesivo a tale impostazione, v. anche M. G. CIVININI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere* cit., p. 98.

⁹⁵ Nel caso di contestazione dell’efficacia di accertamento e costitutiva della sentenza straniera, dunque, il controllo rimesso ai giudici dello Stato *ad quem* è solo eventuale ed *ex post*. Per contro, nel caso di esecuzione, il Regolamento ha mantenuto una forma, pur limitata, di controllo da parte degli organi dello Stato richiesto che, attualmente, è sempre necessario e viene effettuato *ex ante*. É bene rilevare che, quanto alla natura di tale ultimo giudizio, la nostra dottrina si mostra quanto mai divisa. Accanto all’opinione tradizionale che, in linea di continuità con quanto previsto dalla Convenzione di Bruxelles, ritiene, per l’appunto, che si tratti di un giudizio in due fasi, di cui una iniziale a carattere

l'autorità giudiziaria competente provveda *inaudita altera parte* all'espletamento delle formalità necessarie alla verifica dell'esistenza dei presupposti per il riconoscimento, ovvero alla dichiarazione di esecutività della decisione (art. 38)⁹⁶. Avverso il provvedimento che, rispettivamente, dichiara il riconoscimento o conferisce l'esecutività è ammesso ricorso, con il quale si instaura un normale giudizio a cognizione piena volto alla verifica delle eventuali condizioni ostative previste dagli artt. 34 e 35 del Regolamento.

Ciò premesso, non si può fare a meno di notare che la soluzione dei problemi che si pongono in relazione al riconoscimento e all'esecuzione delle misure coercitive rese in un contesto transfrontaliero risulta condizionata, in primo luogo, dalle peculiari caratteristiche strutturali di tali pronunce. A riguardo, si deve tenere presente che le misure coercitive si atteggiavano come pronunce aventi carattere ancillare rispetto ad una decisione a valenza principale. Come si metterà in luce, tale connotato, oltre a provocare precise ricadute in merito all'inerenza delle relative decisioni alla materia civile e commerciale, comporta, altresì, rilevanti ripercussioni in ordine al mantenimento, o alla perdita, da parte del capo condannatorio alla penalità, della

sommario, suscettibile di trasformarsi in un giudizio a cognizione piena a seguito di ricorso di parte sul modello proprio del nostro procedimento monitorio (in tal senso, v. E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere* cit., p. 366 ss.; Id., *Exequatur secondo la Convenzione di Bruxelles ed applicazione delle forme dell'art. 67 L. n. 218/1995*, in *Int'l'is*, 2008, p. 21 ss.; M. DE CRISTOFARO, *Commento sub artt. 796-805 c.p.c.*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile commentato*, Milano, 2010, p. 1415 ss.) si collocano almeno due posizioni ulteriori.

Una, di tipo intermedio, la quale ritiene che il procedimento di *exequatur* consti di tre fasi: la prima, a contraddittorio non integro che si conclude con un provvedimento di rigetto o di accoglimento dell'istanza; la seconda, a carattere impugnatorio e a contraddittorio integro instaurata a mezzo di opposizione al provvedimento che rispettivamente abbia accolto o rigettato l'istanza; la terza, instaurata dall'eventuale esperimento del ricorso per Cassazione (tale opinione è accolta, soprattutto, dalla dottrina tedesca: v. J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 8. Aufl., Frankfurt am Main, 2005, p. 465 ss.).

Infine, un'altra parte della dottrina, partendo dalla constatazione che nel passaggio dalla Convenzione di Bruxelles al Reg. (CE) n. 44/2001 sono stati oltremodo alleggeriti gli adempimenti formali per l'ottenimento dell'*exequatur*, ritiene che il relativo giudizio consterebbe di una fase unica di carattere amministrativo, senza contraddittorio. Ferma restando, si intende, la possibilità per colui che si vede notificato il provvedimento di *exequatur* di instaurare un processo giurisdizionale di accertamento negativo della riconoscibilità della sentenza straniera (v., E. MERLIN, *Riconoscimento ed esecutività della decisione straniera nel Reg. «Bruxelles I»* cit., p. 433 ss.; F. MOSCONI, *Un confronto tra la disciplina del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni straniere nei recenti regolamenti comunitari* cit., p. 554).

⁹⁶ Il favor che caratterizza la disciplina comunitaria in punto di circolazione delle decisioni nell'ambito dello spazio giudiziario europeo è testimoniata anche dal fatto che il Regolamento contempla unicamente dei requisiti ostativi di riconoscibilità. Secondo E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere* cit., 46 ne deriva che il Regolamento pone una vera e propria presunzione di automatica ricezione della decisione di merito in materia civile e commerciale proveniente da altro Stato membro, superabile soltanto mediante la prova della sussistenza di un requisito ostativo.

propria efficacia esecutiva che, di norma, dovrà essere fatta dipendere dalle sorti della pronuncia principale.

In secondo luogo, non si può fare a meno di sottovalutare la particolare natura del provvedimento che irroga una misura coercitiva ed il fatto che questo, benché pronunciato all'esito di un giudizio, non chiude un contenzioso, bensì è destinato ad aprire una ulteriore "sotto-sequenza procedimentale" a carattere complesso in cui i caratteri dell'accertamento e quelli dell'esecuzione si mescolano fortemente tra di loro⁹⁷.

A riguardo, si può constatare sin d'ora come l'opinione maggioritaria si mostri, in linea di principio, favorevole alla circolazione delle misure in esame, o meglio delle decisioni che le applicano, considerandole alla stregua di normali pronunce aventi natura condannatoria al pagamento di somme di denaro⁹⁸. In tale ottica siffatte

⁹⁷ Nell'accostarsi allo studio della circolazione delle misure coercitive, è necessario tenere presente che la funzione dalle stesse assolta non si esaurisce quasi mai nel momento della loro pronuncia ma si sviluppa, sul piano processuale, in una "sotto-sequenza procedimentale" i cui caratteri, come si vedrà nel prossimo capitolo, divergono profondamente da ordinamento a ordinamento. Tale diversità di disciplina si pone, per uniformità di vedute, all'origine delle difficoltà con cui il riconoscimento e l'esecuzione di tali decisioni è destinato giocoforza a scontrarsi.

Pur nella diversità delle singole legislazioni processuali degli Stati membri, mi sembra, che tale "sotto-sequenza procedimentale" possa essere scandita, almeno a livello ideale, in quattro momenti. Come si vedrà, mentre sul piano della disciplina apprestata a livello interno degli Stati membri, non sempre tali fasi risultano positivamente previste, non essendo per forza necessaria, ad esempio, la previa liquidazione in via giudiziale della misura coercitiva per porre la stessa in esecuzione; diversamente, sul piano della circolazione comunitaria, il rispetto di questa cadenza procedimentale si rivela funzionale al rilascio dell'*exequatur* in un altro Stato membro. Tali fasi, possono essere così scandite: 1. il primo momento coincide con l'irrogazione della misura la quale può spettare alla competenza del giudice della cognizione (così come avviene in Francia, nei Paesi del Benelux, in Italia e nel Regno Unito) o, direttamente, al giudice dell'esecuzione (così come avviene in Austria e in Germania); 2. il secondo momento corrisponde alla verifica dell'avvenuta inottemperanza, che deve essere quantomeno affermata da parte del creditore istante, del provvedimento principale. Tale fase è, peraltro, solo eventuale in quanto, in alcuni ordinamenti, l'irrogazione della misura coercitiva di regola segue, anziché precedere, l'inadempimento (è, questo ultimo, il caso proprio degli ordinamenti di Austria e Germania in cui, pertanto, le fasi contrassegnate con i numeri 1 e 2 coincidono); 3. segue la fase della liquidazione della misura la quale, peraltro, è positivamente stabilita e disciplinata solo in seno all'ordinamento francese; 4. segue, da ultimo, la fase della messa in esecuzione del titolo esecutivo incorporante la misura coercitiva.

Nell'ambito degli ordinamenti nazionali, ciascuna di queste sottofasi risulta scandita, come già si è detto, da regole e procedure fortemente diverse. La particolare complessità di questa "sotto-sequenza procedimentale" è dunque destinata ad aumentare ove la controversia definita dal provvedimento principale presenti elementi di transnazionalità. In tal caso sorge, infatti, sia il problema di individuare in quale momento della c.d. "sotto-sequenza procedimentale" la misura possa concretamente essere ammessa a circolare nello spazio giudiziario europeo ma anche quale sia la legge applicabile in relazione a ciascuna delle sottofasi.

⁹⁸ Come si vedrà meglio oltre, il problema viene risolto, specie in seno alla dottrina tedesca, in un'ottica squisitamente funzionale del fenomeno che scinde completamente la struttura del provvedimento dalla natura sanzionatoria che lo stesso riveste. Per il momento, v., per tutti, J.

decisioni andrebbero riconosciute ed eseguite al pari delle normali decisioni di condanna, vale a dire, come già si è accennato, previa apposizione della formula esecutiva rilasciata in esito al procedimento regolato dagli artt. 38 e ss. del Regolamento.

Tuttavia, com già avvertito sin dalle prime battute introduttive, l'unità di vedute si arresta alla sola possibilità di ammettere, in questi termini, la circolazione di consimili misure. Per contro, tutt'altro che omogeneo si mostra il panorama delle opinioni riguardo a: il fondamento e i presupposti di questo riconoscimento; l'individuazione delle tipologie di misure coercitive ammesse concretamente a circolare nello spazio giudiziario europeo; gli effetti che questo riconoscimento provoca. L'incertezza è destinata ad aumentare, in questo contesto, in ragione della assenza di una puntuale disciplina dedicata all'attuazione delle misure di coercizione indiretta. Invero, sebbene il Reg. (CE) n. 44/2001 prenda espressamente in considerazione la materia, la laconicità della disciplina positiva offre coordinate di riferimento del tutto insufficienti per la soluzione dei nodi interpretativi poc' anzi enunciati. Una tale lacuna, impone, pertanto, all'interprete di utilizzare gli strumenti processualcivilistici generali offerti dal Reg. (CE) n. 44/2001 in tema di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni i quali, peraltro, come si vedrà, non appaiono essere sempre adeguati a risolvere le questioni derivanti dai particolari connotati che contraddistinguono le pronunce in esame.

9. La libertà di circolazione delle decisioni giudiziarie quale tradizionale caposaldo della cooperazione giudiziaria in materia civile e la sua sostanziale insufficienza per le pronunce di condanna non suscettibili di esecuzione forzata diretta

Come noto, il principio della “libera circolazione delle decisioni” riguardanti la materia civile e commerciale rappresenta, accanto all'edificazione di criteri uniformi

KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozeßrecht, Kommentar zu EuGVO, Lugano-Übereinkommen* cit., p. 492 ss.

di competenza giurisdizionale, la pietra miliare della cooperazione giudiziaria civile⁹⁹.

Si è già visto che le decisioni pronunciate in uno degli Stati membri esplicano, di norma, i loro effetti nello spazio giudiziario europeo automaticamente, vale a dire senza che sia necessario ricorrere in via preventiva ad un accertamento giudiziale volto a verificare la sussistenza delle condizioni di riconoscibilità. Ciò vale, indubbiamente, per il riconoscimento degli effetti derivanti da sentenze di accertamento e di quelle aventi natura costitutiva.

Per contro, per gli effetti esecutivi derivanti da una pronuncia di condanna è necessario il previo esperimento della procedura di c.d. *exequatur* destinata a svolgersi in forme particolarmente agili e snelle.

Appare tuttavia doveroso chiedersi, a questo punto, quale sia il regime per la produzione degli effetti della sentenza di condanna diversi dall'idoneità a costituire titolo esecutivo¹⁰⁰. Non ci si riferisce qui ai c.d. effetti secondari della sentenza di condanna, vale a dire l'effetto di costituire titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale e quello di sostituire la prescrizione ordinaria decennale alla prescrizione breve. Ci si riferisce, piuttosto, alla produzione dell'effetto di accertamento¹⁰¹ contenuto nelle sentenze di condanna aventi ad oggetto, rispettivamente, l'adempimento di obblighi di fare aventi natura infungibile o di non fare¹⁰².

⁹⁹ V. il Considerando 6 del Regolamento che, per l'appunto, nel giustificare l'adozione di un atto giuridico comunitario cogente e direttamente applicabile negli Stati membri, riporta l'adozione di norme uniformi in punto di competenza giurisdizionale e di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni alla necessità di conseguire l'obiettivo della libera circolazione delle decisioni in materia civile e commerciale. Come noto, d'altra parte, sin dall'approvazione della Convenzione di Bruxelles, tutte le iniziative in questo campo si sono mosse proprio nella direzione di semplificare e alleggerire al massimo le procedure intermedie per ottenere il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni giudiziarie tra Stati membri.

¹⁰⁰ V., sul punto, M. G. CIVININI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere* cit., p. 90, in part. nt. 2.

¹⁰¹ D'altra parte, anche tra gli stessi sostenitori della teoria tradizionale della correlazione necessaria tra condanna ed esecuzione forzata (su cui *infra* nel § che segue) si riconosce che l'accertamento del diritto rimasto insoddisfatto costituisce momento essenziale della condanna. V., V. BELLAVITIS, *Linee per la classificazione delle forme di accertamento nella esecuzione*, in *Studi di diritto processuale in onore di Chiovenda*, Padova, 1927, p. 27; C. MANDRIOLI, *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata* cit., p. 1346; Id., *In tema di rapporti tra estensione soggettiva del giudicato ed estensione soggettiva del titolo esecutivo*, in *Studi in onore di E. Allorio*, Milano, 1989, p. 361.

¹⁰² Come noto, è di origine germanica la teoria che ravvisa il *proprium* della sentenza di condanna nell'aver ad oggetto del suo accertamento la pretesa ad una prestazione "ossia il diritto ad una prestazione di quanto debba essere soddisfatto a seguito della sua violazione". Così, testualmente, S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti* cit., p. 135 cui si rimanda anche per gli opportuni riferimenti nella dottrina tedesca. Sulla scia di tale teorica si era posto già G. CHIOVENDA, *Istituzioni di*

Orbene, limitatamente alla produzione di tale effetto, appare ragionevole ritenere che anche la sentenza di condanna sia ammessa a circolare nello spazio giudiziario europeo automaticamente, senza la necessità di alcun controllo intermedio a carattere preventivo¹⁰³.

A fronte di pronunce di questo tipo, il meccanismo del riconoscimento automatico della pronuncia benché non sia in grado, di per sé considerato, di procurare alla parte istante l'ottenimento della prestazione ricercata da parte del debitore non può, tuttavia, dirsi per la stessa privo di qualunque utilità. Tale riconoscimento potrà, invero, dirsi compiutamente soddisfacente per le esigenze di tutela della parte istante, laddove, in conseguenza del suo intervento, il debitore sia, ad esempio, indotto, in virtù della pressione psicologica derivante dalla decisione, alla eventuale esecuzione spontanea della stessa.

Per contro, ove non ricorra siffatta eventualità, esso si rivela, tuttavia, funzionale alla produzione di ulteriori conseguenze giuridiche nello Stato *ad quem* derivanti dalla eventuale inosservanza della decisione riconosciuta e che il titolare del rapporto sarà ivi autorizzato ad invocare. Ci si riferisce, in particolare, all'eventualità in cui quest'ultimo anziché insistere sull'ottenimento della prestazione specifica preferisca agire nello Stato *ad quem* per ottenere i danni derivanti dall'inadempimento¹⁰⁴. Giudizio, quest'ultimo, rispetto al quale, in quanto volto a statuire su una posizione giuridica dipendente da quella su cui ha statuito il giudice estero, la sentenza riconosciuta non varrà come mero presupposto processuale negativo ma esplicherà anche l'effetto positivo-conformativo del giudicato di accertamento dell'esistenza dell'obbligo¹⁰⁵.

diritto processuale civile cit., p. 169; e, successivamente, in particolare, A. PROTO PISANI, *L'attuazione dei provvedimenti di condanna*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* cit., p. 46; Id. *Appunti sulla tutela di condanna* cit., p. 1104.

Sull'effetto di accertamento della sentenza di condanna avente ad oggetto un fare infungibile si è pronunciata, anche di recente, la nostra giurisprudenza. V. Cass. Civ. Sez. Unite, 13 ottobre 1997, n. 9957 in *Giust. civ. Mass.*, 1997, p. 1921; Cass. Civ. Sez. I, 1 dicembre 2000, n. 15349, in *Giust. civ.*, 2001, 6, I, p. 1592. Nella giurisprudenza di merito, v. Tribunale Trapani, 11 aprile 2007, in *Il Civilista*, 2008, 11, p. 33.

¹⁰³ V., M. G. CIVININI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere* cit., p. 90.

¹⁰⁴ In tal senso, v. anche W. KENNETT, *Enforcement of Judgment in Europe* cit., p. 289.

¹⁰⁵ Non sembra, invero, precludere l'accoglimento di una siffatta possibilità la convinzione, ampiamente condivisa, secondo cui, nell'ambito del Reg. (CE) n. 44/2001 l'oggetto del riconoscimento è la decisione straniera considerata come atto di natura processuale, volta cioè a creare un vincolo di natura processuale per i giudici dello Stato in cui circola; e non, invece, come atto di natura sostanziale, vale a dire quale nuova fonte sostanziale regolatrice del rapporto che era controverso. V.

Ciò posto è, tuttavia, doveroso evidenziare come, a fronte di pronunce di questo tipo, connotate dall'infungibilità della prestazione richiesta al debitore, il meccanismo dell'automaticità del riconoscimento non è, per contro, idoneo ad assicurare alla parte che mantenga interesse all'esecuzione della prestazione in forma specifica le utilità concrete da questa ricercate. In tale evenienza, i problemi che si pongono vanno traslati, dunque, sul piano del riconoscimento e dell'esecuzione delle misure coercitive.

10. La necessità di impostare il problema partendo dalla ricognizione dei limiti tradizionali all'esecuzione forzata diretta.

Sul piano ricostruttivo, il problema impone, a questo punto, di muovere dall'analisi della struttura dell'obbligazione. Precisamente, nel prevedere l'eventualità che la

E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere* cit., p. 48. L'assunto sostenuto nel testo merita, peraltro, una precisazione. E' noto, invero, che, in punto di modalità di ricezione dei giudicati stranieri si confrontano due teorie. L'una che considera il giudicato straniero come atto di natura sostanziale (c.d. riconoscimento internazionale-privatistico) la quale prende le mosse dall'idea che il giudicato straniero crei un nuovo vincolo di diritto civile per le parti ossia l'importazione di una nuova regola sostanziale che il giudice dello Stato di ricezione è tenuto a rispettare. L'altra che, invece, considera il giudicato straniero come atto di natura processuale (riconoscimento processuale). Quest'ultima tecnica, ideata dalla dottrina tedesca partendo dai connotati propri del giudicato interno, considera anche il giudicato estero quale vincolo processuale per il giudice dello Stato del riconoscimento. Ciò significa, innanzitutto, che il giudicato straniero non è considerato alla stregua di una nuova situazione sostanziale da recepire, potendo, ad esempio, essere posto alla base di un'eccezione di merito. Piuttosto, essa implica: *i*) che il giudicato estero, una volta riconosciuto, impedirà al giudice interno di decidere nuovamente sulla spettanza del medesimo bene della vita dedotto e già deciso nella sede processuale estera ed opererà, quindi, come presupposto processuale negativo; *ii*) che il giudicato estero avrà una valenza positiva quando il processo interno riguardi una posizione giuridica dipendente da quella su cui il giudice estero ha deciso. V., ancora una volta, anche per gli opportuni riferimenti alla dottrina tedesca, E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere* cit., pp. 11-12.

Del resto la teoria da ultimo enunciata, elaborata in origine con riguardo al recepimento delle sentenze extra-europee, bene si adatta al sistema di riconoscimento fatto proprio anche dagli artt. 33 e ss. del Reg. (CE) n. 44/2001. Come ha precisato la Corte di Giustizia su una questione interpretativa sollevata dai giudici britannici i quali sostenevano che l'allora vigente Convenzione di Bruxelles non avrebbe consentito un'azione fondata sulla sentenza straniera e volta ad ottenere una pronuncia interna modellata sul contenuto di quella estera automaticamente riconosciuta, i giudici del *Kirchberg*, nel rispondere affermativamente, hanno chiarito che la decisione straniera riconoscibile in forza della normativa comunitaria può solo essere posta ad oggetto della domanda tesa ad accertare se essa sia produttiva di effetti giuridici nello Stato del foro. Oggetto del riconoscimento è, pertanto, la pronuncia straniera quale atto di natura processuale idonea a produrre un'efficacia di accertamento che crea un vincolo di natura processuale – a contenuto positivo o negativo – per i giudici degli Stati in cui circola. V. Corte Giust., 30 novembre 1976, causa C-42/76, *Josef De Wolf c. Harry Cox B. V.*, in *Raccolta*, 1976, p. 1759.

prestazione ordinata dalla sentenza di condanna pronunciata in uno Stato Membro e automaticamente riconosciuta, quanto all'effetto suo proprio di accertamento, nell'ambito dello spazio giudiziario europeo, non venga eseguita spontaneamente dal debitore, è necessario operare una distinzione.

Quando la prestazione originaria rimasta inadempita riveste carattere fungibile, la mancata cooperazione dell'obbligato potrà essere appieno surrogata in quanto l'utilità che essa è destinata a conferire al creditore è conseguibile anche mediante l'attività di un terzo¹⁰⁶, vale a dire mediante l'intervento degli organi del processo esecutivo dello Stato *ad quem* se ivi è collocato il patrimonio del debitore. Ciò significa che, in questo caso, la parte creditrice avrà l'onere di attivarsi per l'ottenimento dell'*exequatur* ed, una volta conseguita l'apposizione della formula esecutiva, potrà tranquillamente ivi promuovere l'esecuzione forzata.

Ove, per contro, la prestazione originaria rimasta inadempita rivesta carattere infungibile, quindi per definizione non surrogabile, dovrà essere data al creditore la possibilità di vincere la mancata cooperazione dell'obbligato per altre vie. A fronte del rifiuto al ricorso generalizzato alla tutela per equivalente¹⁰⁷, lo strumento che, in questi casi, gran parte degli ordinamenti europei offre è quello della coazione indiretta. Strumento che, per l'appunto, è volto a superare i limiti incontrati dalla tutela processuale in dipendenza della struttura stessa dell'obbligazione avente carattere infungibile.

È dunque dalla determinazione del concetto di "infungibilità" dell'obbligazione di fare che appare opportuno prendere le mosse. Ciò in quanto non solo l'infungibilità rappresenta per così dire il limite negativo per l'accesso alla tutela esecutiva in forma specifica ma anche, quanto meno con riguardo ad alcuni ordinamenti, come si vedrà, il presupposto positivo per l'applicazione delle misure coercitive indirette¹⁰⁸.

¹⁰⁶ In merito, la nostra Corte di legittimità ha operato la seguente selezione degli obblighi fungibili suscettibili di esecuzione forzata diretta in forma specifica: "Gli obblighi di fare, dei quali gli aventi diritto possono, a norma dell'art. 1931 c.c., e con le modalità prescritte dagli artt. 612 e ss. c.p.c., ottenere l'esecuzione forzata a spese dell'obbligato, sono soltanto quelli che hanno per oggetto un *facere* fungibile, cioè quelli in cui la prestazione può essere eseguita per opera di altri, senza la cooperazione del debitore e con effetto realizzativo del bene che ne forma l'oggetto". V., Cass. Civ. 28 marzo 1970, n. 864, in *FI*, 1971, I, p. 709.

¹⁰⁷ Ricorso generalizzato che, come si è visto, contrasta oggi anche con i dettami dell'art. 6 della Cedu e l'interpretazione che di essi ha offerto la Corte di Strasburgo.

¹⁰⁸ E' questo il caso delle misure coercitive presenti in Germania (§§ 888-890 *ZPO*); Austria (§§ 353-354 *EO*); Italia (art. 614-*bis* c.p.c.); Grecia (Arts 945-946 Codice di procedura civile); Portogallo (artt. 828-829-A CC).

Come noto, si tratta di una nozione dai contorni altamente sfumati e problematici¹⁰⁹. A riguardo, è innanzitutto necessario chiarire che il carattere di infungibilità che nella presente sede rileva è quello che inerisce all'oggetto della prestazione dovuta¹¹⁰. In linea generale, si può dunque constatare che per obbligazioni a carattere c.d. infungibile devono intendersi quelle connotate dall'apporto personale e insostituibile dell'obbligato, elevato ad elemento essenziale del rapporto obbligatorio¹¹¹. Trattasi, precisamente, di quelle prestazioni che, in virtù dell'alto tasso di soggettività da cui risultano contraddistinte, non sono suscettibili, come si è visto, di essere portate coattivamente ad esecuzione attraverso la tecnica surrogatoria dell'esecuzione forzata¹¹².

Peraltro, si deve evidenziare come sia questo un limite del tutto sconosciuto al sistema giuridico francese ove lo strumento coercitivo viene impiegato ampiamente per assicurare l'esecuzione anche di obblighi ad un fare assolutamente fungibile, quali quelli aventi ad oggetto il pagamento di una somma di denaro, o di consegna o di rilascio. V. E. SILVESTRI – M. TARUFFO, *Esecuzione forzata. III) Esecuzione forzata e misure coercitive* cit., p. 2 che incisivamente ne sottolineano l'utilità anche in riferimento a queste situazioni; S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti* cit., p. 15; E. SILVESTRI, *Problemi e prospettive di evoluzione nell'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare* cit., p. 68; A. CHIZZINI, *sub Art. 614-bis c.p.c. cit.*, p. 142; E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea* cit., p. 752.

¹⁰⁹ Nonostante la secolare elaborazione dogmatica, il concetto in esame è stato prevalentemente definito in dottrina come “sfuggente” o “fluttuante”. V. A. ZARRELLI, *Fungibilità ed infungibilità nell'obbligazione*, Napoli, 1969, p. 13; P. GHIRETTI, *Genericità e fungibilità nell'obbligazione*, in *RDComm.*, 1974, I, p. 257; S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare* cit., p. 9 secondo cui la nozione in esame costituirebbe un “prodotto tipico dell'astrazione concettuale”.

¹¹⁰ R. PARTISANI, *Fungibilità e infungibilità delle diverse specie di obbligazioni*, in M. FRANZONI (a cura di), *Le Obbligazioni*, Torino, 2004, p. 1501 secondo cui il concetto di fungibilità esprime in particolare “il portato di un giudizio di equivalenza funzionale da riferire all'oggetto dell'obbligazione, e dunque alla prestazione dovuta dal debitore al creditore”. Invero, nell'accezione tradizionale l'essenza della fungibilità della prestazione risiede nella possibilità di commutarne l'oggetto senza che sia minimamente alterata l'idoneità solutoria della prestazione, v. L. MONTESANO, v. *Condanna. I) Diritto processuale civile* cit., p. 4. Sovente, tuttavia, il concetto è stato rapportato in dottrina alle caratteristiche della cosa oggetto della prestazione di fare in riferimento alla quale pure si discorre di infungibilità. Così, A. ZARRELLI, *Fungibilità ed infungibilità nell'obbligazione* cit., p. 27.

¹¹¹ Cfr., M. BIANCA, *Diritto civile – L'obbligazione*, Milano, 1993, p. 113; A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2009, p. 359; R. PARTISANI, *Fungibilità e infungibilità delle diverse specie di obbligazioni*, in M. FRANZONI (a cura di) *Le Obbligazioni* cit., p. 1503; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1973, p. 396, nt. 2.

In dottrina il problema dell'esecuzione forzata in forma specifica delle pronunce aventi ad oggetto un fare o un non fare c.d. infungibile è stato fatto oggetto di un'ampia e attenta disamina. V., sin d'ora, senza pretesa di completezza: E. SILVESTRI – M. TARUFFO, *Esecuzione forzata. III) Esecuzione forzata e misure coercitive* cit., p. 2; A. CHIZZINI, *sub Art. 614-bis c.p.c. cit.*, p. 165; S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti* cit., p. 54 ss.; S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare* cit.; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna* cit., p. 1107; Id., *L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna* cit., p. 620; I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente* cit.; S. MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale* cit., p. 947.

¹¹² In questa ottica, ipotesi tipica di non surrogabilità viene considerata l'obbligazione di reintegrazione nel posto di lavoro a seguito di intervenuta declaratoria di illegittimità del licenziamento. Obbligazione, quest'ultima, ritenuta assolutamente infungibile per la concreta

Peraltro, è quello dell'infungibilità della prestazione un requisito tutt'altro che rigido ed immutabile e che, molto spesso, va calibrato, quanto meno nel caso di obblighi di derivazione pattizia, alle intenzioni dei paciscenti al momento della conclusione del negozio ed, in special modo, all'interesse creditorio sotteso alla prestazione ricercata¹¹³.

A riguardo, risulta altresì opportuno precisare che il carattere dell'infungibilità inerisce strutturalmente alle prestazioni che si concretano in un obbligo di astensione o in un fare a carattere negativo, nel caso in cui la loro violazione non consenta il ripristino in forma specifica della situazione antecedente¹¹⁴. E', invero, quest'ultimo

impossibilità di imporre al datore di lavoro l'attività complementare di riorganizzazione dell'impresa, collegata alla concreta ripresa della prestazione di lavoro (V. Cass. Civ., 11 gennaio 1988, n. 112, in *RDL*, 1988, 4, II, p. 1071; conf. Cass. Civ., 4 settembre 1990, n. 9125, in *MGL*, 1990, 6, p. 599 secondo cui l'ordine di reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato non è suscettibile di esecuzione specifica in quanto oltre alla riammissione del lavoratore nell'azienda comporta anche una "indispensabile e insostituibile comportamento attivo del datore di lavoro di carattere organizzativo-funzionale, consistente, fra l'altro, nell'impartire al dipendente le opportune direttive, nell'ambito di una relazione di reciproca ed infungibile collaborazione"). Sul concetto di infungibilità, v. A. ZARRELLI, *Fungibilità ed infungibilità nell'obbligazione* cit., p. 91 il quale peraltro limita la qualificazione di infungibilità alle cose che costituiscono riferimento oggettivo della prestazione di fare; R. PARTISANI, *Fungibilità e infungibilità delle diverse specie di obbligazioni*, in M. FRANZONI (a cura di) *Le Obbligazioni* cit., p. 1501; L. MONTESANO, v. *Condanna I Diritto processuale civile* cit., 4; P. GHIRETTI, *Genericità e fungibilità nell'obbligazione* cit., p. 257; S. MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale* cit., p. 959.

¹¹³ In tal senso l'infungibilità del *facere* viene correntemente intesa in una duplice accezione. Ad un prima nozione di infungibilità c.d. oggettiva, modellata sulla c.d. teoria dei beni, se ne aggiunge una di carattere soggettivo che inerisce all'*intuitus personae* e alle caratteristiche personali del debitore. A riguardo, cfr. S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare* cit., 12. Sull'opportunità di mantenere tale distinzione v. R. PARTISANI, *Fungibilità e infungibilità delle diverse specie di obbligazioni*, in M. FRANZONI (a cura di) *Le Obbligazioni* cit., p. 1504 e, in part., p. 1536. Possono così ben darsi ipotesi di obbligazioni oggettivamente fungibili ma infungibili soggettivamente in quanto contratte *intuitus personae*. Si pensi, ad esempio, al contratto di mandato, laddove l'incarico gestorio sia stato affidato *ad personam*. A riguardo, v. inoltre, A. CHIZZINI, *Commento sub Art. 614-bis c.p.c.* cit., p. 140 il quale rileva, per l'appunto, come l'impossibilità dell'esecuzione diretta, in determinate ipotesi, "deriva dalla stessa struttura della obbligazione e dal contenuto che le parti stesse le hanno dato".

¹¹⁴ Quale obbligo di non fare tipicamente fungibile viene considerato quello originariamente consistente nel divieto di compiere un'opera materiale la cui violazione dà luogo all'insorgere di un obbligo, perfettamente fungibile, vale a dire un obbligo di distruzione. Per contro, ove l'obbligo di non fare consista in un dovere di astenersi dal compiere atti con conseguenze non rimuovibili o abbia una natura di atto permanente o ad esecuzione periodica si ricade nel campo della infungibilità. V., E. MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella l. 69/2009* cit., p. 1553. Tipico è il caso dell'obbligo di astenersi dal compiere atti di concorrenza sleale; o dal compimento di atti negoziali quali l'inserimento di clausole vessatorie o comunque illegittime nei c.d. contratti *standard*. V. A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna* cit., p. 1109 secondo cui l'obbligazione di non fare è sempre, in sé stessa, infungibile.

l'ulteriore campo di applicazione privilegiato dalle misure coercitive rappresentato, come noto, dalle pronunce di condanna aventi funzione inibitoria¹¹⁵.

Sebbene sul piano della tecnica processuale le soluzioni offerte al problema risultino, come si vedrà, tra loro fortemente diversificate, l'esigenza di base che ne sta al fondo e che ha animato l'interesse degli studiosi a confrontarsi con questo argomento può dirsi in buona misura comune ed è assai agevole da individuare. Precisamente, essa può essere ravvisata nell'imprescindibile prerogativa - propria di ciascun ordinamento - di garantire attraverso lo strumento processuale un buon grado di effettività della tutela condannatoria e, quindi, indirettamente, di risolvere i problemi di adeguatezza della tutela esecutiva¹¹⁶. Peraltro, l'importanza che il ricorso a forme di coercizione indiretta ricopre dal punto di vista qui considerato della garanzia di effettività della tutela giurisdizionale, ben si coglie alla luce del tradizionale principio della necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata¹¹⁷. Invero, laddove il ricorso alla coercizione indiretta risulti precluso, la tutela assicurata dall'ordinamento si riduce di fatto ad una tutela per mero equivalente monetario e ciò in spregio al principio della "priorità logico-giuridica dell'esatto adempimento" in

¹¹⁵ M. TARUFFO, *Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione* cit., p. 664. Sulla natura giuridica della tutela inibitoria, v. V. CARNEVALE, *Appunti sulla natura giuridica della tutela inibitoria*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 63; M. LIBERTINI, *La tutela civile inibitoria*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., p. 315 ss.

¹¹⁶ Per la valorizzazione del problema nell'ottica dell'effettività della tutela di condanna, cfr. M. TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici* cit., p. 142; Id., *Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione* cit., p. 649 ss.; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna* cit., p. 1104; A. FRIGNANI, *Il mondo dell'astreinte: sviluppi recenti e prospettive* cit., p. 931; E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea* cit., p. 727; E. SILVESTRI - M. TARUFFO, *Esecuzione forzata. III) Esecuzione forzata e misure coercitive* cit., pp. 2-3; G. TARZIA, *Presente e futuro delle misure coercitive civili* cit., p. 801; M. C. RISOLO, *L'effettività della tutela esecutiva e il problema delle misure coercitive*, in CAPPONI (a cura di), *L'esecuzione processuale indiretta* cit., p. 17.

¹¹⁷ E' ben noto come il problema delle misure coercitive venga tradizionalmente eliminato da parte di quegli studiosi che, concependo la tutela di condanna in modo tale da ritenere che la stessa si dia solo nelle ipotesi in cui si pervenga ad un provvedimento eseguibile in forma specifica, secondo le modalità positivamente stabilite dal codice di rito, riconducono le situazioni in cui ciò non sia possibile alla tutela di accertamento mero. V. C. MANDRIOLI, *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata* cit., p. 1342; S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti* cit., p. 221. Per una posizione dottrinale notoriamente tesa al superamento della correlazione necessaria tra condanna ed esecuzione forzata v. A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna* cit., p. 1123; Id., *L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna* cit., p. 632 il quale, prendendo le mosse dal rilievo dell'esistenza di un'ampia serie di situazioni cui non è possibile ricollegare l'esecuzione forzata in forma specifica, giunge ad estendere la nozione di condanna ad ogni provvedimento che, pur essendo insuscettibile di esecuzione forzata in forma specifica, abbia attitudine ad essere portato ad effettiva attuazione mediante meccanismi diversi, tra cui, per l'appunto, le misure coercitive. In argomento v., anche, V. DENTI, *«Flashes» su accertamento e condanna* cit., p. 263.

natura delle pretese creditorie¹¹⁸. Prerogativa, quest'ultima, che, a livello italiano, viene compendiata nel noto principio Chiovendiano secondo il quale “il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che egli ha diritto di conseguire”¹¹⁹.

11. Il diritto alla condanna tra esecuzione forzata diretta e indiretta. Attualità del principio della correlazione necessaria tra condanna ed esecuzione forzata. Critica.

Le considerazioni poc'anzi svolte sono suscettibili di assurgere ad una valenza amplificata laddove si constati che nell'attuale contesto economico e sociale l'importanza delle misure coercitive difficilmente può correre il rischio di essere sovrastimata in ragione del moltiplicarsi delle situazioni sostanziali connotate dal carattere dell'infungibilità.

Un altro problema, diverso da quello appena trattato, ma collegato ad esso ed altrettanto noto, è se sia configurabile, in seno al nostro ordinamento, un principio che imponga la necessaria correlazione tra provvedimento di condanna e sua eseguibilità forzata diretta. Detto in altri termini, una volta preso atto che esistono obbligazioni che, per loro natura, non si prestano ad essere attuate coattivamente nelle forme tipiche previste dalla legge, si tratta di stabilire se in questi casi la tutela di condanna sia per ciò stesso ammissibile¹²⁰. Invero, posto che la stessa non è in grado di condurre, a causa dell'esistenza dei limiti di ordine materiale o

¹¹⁸ V. S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti* cit., p. 23 ss. il quale, per l'appunto, nota come non si possa dubitare della “priorità logico-giuridica dell'esatto adempimento, rispetto al risarcimento del danno, qualunque sia la prestazione dedotta nel rapporto obbligatorio”; I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente* cit., p. 17-20; E. SILVESTRI – M. TARUFFO, *Esecuzione forzata. III) Esecuzione forzata e misure coercitive* cit., p. 3; M. TARUFFO, *Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione* cit., p. 661.

¹¹⁹ V. G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., p. 40.

¹²⁰ E' questo, peraltro, un problema che si è posto in seno al nostro ordinamento con connotati di particolare originalità. La questione è, invero, del tutto sconosciuta all'ordinamento tedesco il quale, ravvisando il *proprium* della sentenza di condanna nell'aver ad oggetto l'accertamento della pretesa ad una prestazione, ha condotto per lungo tempo la dottrina a discorrere indifferentemente di *Verurteilungsurteil* o di *Leistungsurteil*. Un tanto nonostante la teorica germanica in discorso avesse non poco influito sulla cultura giuridica processuale italiana precedente e coeva al codice del 1942. V., S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti* cit., p. 135 ss. ed ivi ampi riferimenti nella dottrina tedesca.

giuridico già visti, all'esperimento dell'azione esecutiva in forma specifica, sorge il problema di capire se sia dogmaticamente corretto, in questi casi, discorrere di sentenza di condanna, laddove quest'ultima risulti nella sostanza svuotata del suo effetto principe: vale a dire, quello di far sorgere l'azione esecutiva in capo al creditore vincitore del processo¹²¹. Invero, solo su di un piano formale la sentenza di condanna varrà, in questi casi, come titolo esecutivo, dal momento che praticamente impossibile sarà la sua messa in esecuzione.

Su tale questione la dottrina è tutt'ora divisa. Benchè il dibattito sia andato progressivamente attenuandosi nel corso del tempo e benchè lo stesso possa, a mio avviso, ritenersi sostanzialmente superato con l'approvazione dell'art. 614-*bis* c.p.c.¹²² sembra ciò nondimeno doveroso ripercorrerne lo svolgimento.

Nell'ottica della circolazione intra-comunitaria delle misure coercitive, nella presente sede prescelta a direttrice dell'indagine, ciò servirà a dimostrare essenzialmente due cose: in primo luogo, di come sia corretto, anche sul piano comunitario, discorrere di circolazione delle "decisioni di condanna" ad una prestazione di fare a carattere infungibile o di non fare; in secondo luogo, di come le misure coercitive, pur essendo provvedimenti a carattere funzionalmente esecutivo¹²³ siano tuttavia estranee alla sfera dell'esecuzione forzata *stricto sensu*

¹²¹ Cfr., E. BETTI, *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione* cit., p. 54 ss.

¹²² Cfr., in particolare per tale opinione A. SALETTI, *Commento sub art. 614-bis*, in A. SALETTI – B. SASSANI (a cura di) *Commentario alla riforma del codice di procedura civile* cit., p. 194 secondo cui l'introduzione, nel nostro codice di rito, dell'art. 614-*bis* c.p.c. avrebbe determinato, sul piano positivo, il venire meno della c.d. correlazione necessaria tra condanna ed esecuzione forzata posto che alla luce della nuova norma è sicuramente concepibile chiedere ed ottenere la condanna ad un *facere* infungibile, ancorchè difetti la sua possibilità di realizzazione coattiva. Da tale ragionamento, l'Autore fa derivare che la tutela di condanna non incontra più nel nostro ordinamento i limiti del passato. Analogamente, S. MAZZAMUTO, *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito* cit., p. 640 ss.; D. AMADEI, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili* cit.; A. CARRATTA, *Le novità in materia di misure coercitive per le obbligazioni di fare infungibile o di non fare* cit., p. 724. Vigorosamente contrario a tale impostazione è CHIZZINI, *sub Art. 614-bis c.p.c.*, cit., p. 141.

¹²³ Tale espressione è ripresa da S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti* cit., p. 16 il quale bene evidenzia come la stessa stia a denotare la comunanza di scopo, vale a dire far ottenere al creditore la prestazione dovuta, che accomuna le c.d. misure esecutive indirette da quelle per surrogazione, senza tuttavia fondare una identificazione sotto il profilo funzionale tra esecuzione indiretta ed esecuzione per surrogazione.

intesa e dunque rientrano a pieno titolo nell'ambito di applicazione del Reg. (CE) n. 44/2001¹²⁴.

Come noto, l'opinione della dottrina tradizionale e allo stato prevalente, muove dalla convinzione dell'esistenza di un legame stretto tra condanna ed esecuzione forzata tale per cui può aversi sentenza di condanna solo con riguardo a quelle situazioni giuridiche soggettive che possono trovare successivamente attuazione nell'azione esecutiva¹²⁵. Tale interpretazione fonda la propria convinzione sulle caratteristiche specifiche della sentenza di condanna e sull'effetto caratteristico della stessa vale a dire, in particolare, la sua idoneità a costituire titolo esecutivo ai sensi dell'art. 474, n. 1 c.p.c. .

In particolare, secondo l'impostazione qui enunciata, la condanna può avere ad oggetto solo quelle situazioni giuridiche soggettive che sono eseguibili in via coattiva. Un tanto, o perché si tratti dell'obbligazione civile direttamente richiesta al debitore; o perché si tratti di quella subentrata a quest'ultima per equivalente monetario o in via risarcitoria¹²⁶. In tale ottica, dunque, l'interesse per le misure coercitive è rimasto, in seno al nostro ordinamento, per lungo tempo sopito¹²⁷. Invero, la dottrina italiana del tutto prevalente tra gli anni cinquanta e

¹²⁴ Non si deve, invero, sottovalutare che la stessa *sedes materiae* delle norme dedicate all'istituto in esame risulta, in seno ad alcuni Stati membri, quella dedicata alle norme del processo di esecuzione.

¹²⁵ I sostenitori di tale teoria escludono la natura di condanna di quei provvedimenti non suscettibili di esecuzione forzata partendo dal *proprium* della sentenza di condanna vale a dire dal fatto che essa, oltre ad accertare il diritto, "ne accerta l'ulteriore esigenza di tutela mediante esecuzione forzata, accertando altresì i presupposti della concreta eseguibilità". Così, testualmente C. MANDRIOLI, *L'esecuzione specifica dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 18; Id. *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata* cit., p. 1344; E. T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile* cit., p. 144; P. CALAMANDREI, *La condanna*, in Id. *Opere giuridiche* cit., p. 483; S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti* cit., p. 149; L. MONTESANO, *Condanna. I) Diritto processuale civile* cit.; A. ATTARDI, *L'interesse ad agire* cit., p. 103; A. CHIZZINI, *Commento sub Art. 614-bis c.p.c. cit.*, p. 155; V. DENTI, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano, 1953; p. 40; G. MONTELEONE, *Recenti sviluppi nella dottrina dell'esecuzione forzata*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 292.

¹²⁶ La chiave di volta della presa di posizione di coloro che negano o svalutano il problema delle misure coercitive sta proprio nell'affermare che il problema dell'effettività della condanna in realtà non esiste in quanto, laddove si tratti di obbligazioni non suscettibili di esecuzione forzata, queste si convertono automaticamente nell'obbligo a prestare l'equivalente monetario della prestazione compiuta o a risarcire il danno. V., G. MONTELEONE, *Recenti sviluppi nella dottrina dell'esecuzione forzata* cit., p. 281 ss.; Id., *Spunti per una revisione del concetto di sentenza di condanna come titolo esecutivo*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., p. 173 e spec. p. 180 ss.

¹²⁷ Peraltro, se questa rappresenta, da sempre, la tesi tradizionale non sono mancate posizioni autorevoli, ad essa coeve, che non hanno mai trascurato di manifestare forti perplessità in tal senso. Già Chiovenda nei suoi scritti ammetteva la possibilità che si potesse essere

sessanta ha continuato a ritenere che può aversi sentenza di condanna solo laddove quest'ultima abbia per oggetto l'adempimento di un obbligo suscettibile di essere eseguito coattivamente, nelle forme previste dal codice di rito.

La soluzione del problema, così posto, della *necessarietà* della correlazione tra condanna ed esecuzione forzata è dunque inevitabilmente quella di concepire, quali provvedimenti di accertamento *mero* dell'esistenza dell'obbligo, quelle decisioni che non contengano altresì l'accertamento dei presupposti per poter procedere ad esecuzione forzata.

A partire quantomeno dall'inizio degli anni '70 a tale teoria iniziarono ad affiancarsi ulteriori posizioni dottrinali tese a mettere in discussione il principio della c.d. "necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata". Tale orientamento è partito dalla constatazione dell'esistenza di un numero sempre maggiore di situazioni giuridicamente tutelate, che, tuttavia, non trovano tutela negli strumenti dell'esecuzione forzata diretta¹²⁸. Invero, laddove vengano in

condannati anche ad una prestazione infungibile in quanto, nell'ottica dell'autorevole studioso, l'attuazione della sentenza di condanna può avvenire sia attraverso la tecnica dell'esecuzione forzata sia attraverso la tecnica delle misure coercitive che, con riferimento quanto meno ad alcune situazioni sostanziali, sono le uniche a poter garantire all'avente diritto il conseguimento della prestazione oggetto dell'obbligazione. La dottrina successiva ha interpretato il pensiero di Chiovenda in direzioni opposte. A riguardo si segnala, infatti, che secondo una prima interpretazione, l'Illustre Processualista aveva già preconizzato la necessità che l'esecuzione forzata non potesse esaurirsi in quella diretta, ma doveva necessariamente aprirsi anche a forme di esecuzione indiretta (v., in tal senso, A. PROTO PISANI, *La tutela di condanna*, in Id., *Le tutele giurisdizionali dei diritti* cit., p. 85). Secondo altri, invece, l'Illustre Maestro ricomprendeva le misure coercitive nell'esecuzione forzata della legge, non nell'esecuzione processuale propriamente intesa, la quale impiega solo mezzi di surroga e non mezzi di coartazione della volontà del debitore (in tal senso, v. G. MONTELEONE, *Recenti sviluppi nella dottrina dell'esecuzione forzata* cit., p. 286). Anche Carnelutti concepiva la possibilità che esistesse una condanna insuscettibile di esecuzione forzata ma al fine di dedurre come una tale situazione porti ad una vera e propria "crisi dell'obbligazione". Nella teorica di Carnelutti le misure coercitive vengono concepite quale *tertium genus* "intermedio tra l'esecuzione forzata e la pena". In particolare, esse avrebbero in comune con quest'ultima la struttura, in quanto colpiscono un bene dell'obbligato diverso da quello che costituisce l'obiettivo dell'obbligo violato; mentre, con l'esecuzione forzata condividerebbero la funzione, in quanto agiscono al fine di ottenere l'effettivo soddisfacimento dell'interesse di chi ha il diritto e l'effettiva subordinazione dell'interesse di chi ha l'obbligo. L'illustre studioso negava la necessità della correlazione tra condanna ed esecuzione forzata ritenendo che la caratteristica della condanna non risiede nel comando che consente di instaurare l'esecuzione forzata, bensì nell'oggetto del suo accertamento, da lui stesso definito come "accertamento di responsabilità". Da tale impostazione egli argomentava come questa condanna fosse tuttavia ugualmente utile: da un lato, perché non poteva esserne disconosciuta la forza etica; dall'altro perché, anche in assenza di esecuzione specifica, residuava comunque per la parte la possibilità di accedere al rimedio risarcitorio che, in tali casi, assume l'effetto di una "coercizione indiretta". V., F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Chiovenda*, Padova, 1927, p. 248; Id., *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, I, 1936, p. 138.

¹²⁸ E. SILVESTRI – M. TARUFFO, *Esecuzione forzata. III) Esecuzione forzata e misure coercitive* cit., p. 1. Come noto, lo stimolo specifico al rinnovato interesse per lo studio delle misure coercitive è

gioco situazioni sostanziali che, per l'appunto, si caratterizzano per la loro infungibilità, la tutela esecutiva, per come congegnata dal nostro codice di rito, si rivela uno strumento del tutto inidoneo a garantire l'attuazione di siffatte prestazioni. In particolare, la critica alla posizione tradizione ha preso le mosse dalla constatazione per cui la conversione nell'equivalente monetario della prestazione originaria mal si presta a tutelare tutta una serie di situazioni giuridiche a carattere non patrimoniale ed, in special modo, di quelle che trovano fondamento nella nostra carta costituzionale¹²⁹.

Si è così iniziato a sostenere che la nozione di condanna deve essere estesa ad ogni provvedimento o sentenza, anche relativi ad obblighi infungibili, che possono essere portati ad effettiva attuazione con mezzi e sistemi diversi dall'esecuzione forzata diretta, tra cui, per l'appunto, l'esecuzione processuale indiretta a mezzo di misure coercitive¹³⁰. Questa impostazione è in tal modo pervenuta a recidere esplicitamente il nesso tra condanna ed esecuzione forzata e dunque la necessità della correlazione della seconda alla prima¹³¹.

L'opinione è stata accolta, in diverse occasioni, anche dalla nostra giurisprudenza di legittimità, la quale ha più volte affermato che nelle ipotesi di infungibilità e

derivato dall'introduzione, nel corso degli anni '70, degli artt. 18 e 28 St. Lav. quanto all'esecuzione del provvedimento che disponga la condanna alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro. In particolare, il problema fondamentale che si era posto all'attenzione degli studiosi era quello di capire se ed in quale misura, a fronte di provvedimenti espressamente dichiarati esecutivi dalla legge, esistessero strumenti di esecuzione forzata; ovvero se la tutela in realtà accordata al lavoratore fosse di natura meramente risarcitoria. V., G. F. RICCI, *Recensione a Chiarloni - Misure coercitive e tutela dei diritti* cit., p. 724.

¹²⁹ A. PROTO PISANI, *L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna* cit., p. 625.

¹³⁰ L'originalità dell'intuizione si deve a A. PROTO PISANI, *L'attuazione dei provvedimenti di condanna*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* cit., p. 46; Id., *L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna* cit., p. 632; Id., *Condanna (e misure coercitive)*, in *FI*, 2007, p. 1 ss. Adesioni a tale proposta si rinvengono in, M. TARUFFO, *Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione* cit.; F. TOMMASEO, *Provvedimenti di urgenza a tutela dei diritti implicanti un facere infungibile*, in *Studium Juris*, 1997, p. 1280; L. MENGONI, *Intervento*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* cit., p. 153; F. CARPI, *Note in tema di tecniche di attuazione dei diritti* cit., p. 111; E. VULLO, *Obbligazioni infungibili, misure coercitive e superamento del principio di necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata*, in *Studium Juris*, 2003, I, p. 311 ss. E', per contro, quasi superfluo ricordare le critiche con cui tale proposta si è scontrata. V., S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti* cit., p. 175 ss.; V. COLESANTI, *Misure coercitive e tutela dei diritti* cit., p. 601 e soprattutto di G. MONTELEONE, *Recenti sviluppi nella dottrina dell'esecuzione forzata* cit., p. 300.

¹³¹ Del resto, l'opinione tesa a disancorare la condanna dall'esecuzione forzata ha visto in passato autorevoli sostenitori, v. E. BETTI, *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione* cit., p. 60 ss.

quindi incoercibilità della prestazione richiesta all'obbligato può comunque aversi pronuncia di condanna in quanto “la relativa decisione non solo è potenzialmente idonea a produrre i suoi effetti tipici in conseguenza della (eventuale) esecuzione volontaria da parte del debitore ma è altresì funzionale alla produzione di ulteriori conseguenze giuridiche che il titolare del rapporto e' autorizzato ad invocare in suo favore, prima fra tutte la possibilità di agire in via risarcitoria - domanda rispetto alla quale la condanna ad un *facere* infungibile assume valenza sostanziale di sentenza di accertamento”¹³².

Tale affermazione non è, a ben vedere, di poco momento, in quanto una cosa è sostenere che laddove non si possa procedere ad esecuzione forzata allora la sentenza non ha natura di condanna; cosa diversa, è invece dire che in tale ipotesi la sentenza, pur mantenendo natura di condanna, potrà essere fatta valere, per tutta una serie di effetti giuridici, quale semplice accertamento dell'esistenza dell'obbligo violato¹³³.

12. *Il problema delle misure coercitive e l'approccio della dottrina*

Ciò posto sono, a questo punto, doverose alcune precisazioni in ordine allo stesso concetto di “misura coercitiva”.

In linea generale, a tale figura giuridica possono ricondursi quegli istituti che hanno la funzione di costringere un soggetto, a ciò obbligato giuridicamente in virtù di un provvedimento giurisdizionale, ad adempiere personalmente alla propria obbligazione¹³⁴. “Misura coercitiva” è pertanto quel provvedimento giurisdizionale di condanna, avente natura accessoria rispetto ad una pronuncia a valenza principale, che si concreta nella minaccia di sanzioni, di natura civile o penale, e che ha la

¹³² Così, Cass. Civ. Sez. III, 13 ottobre 1997, n. 9957, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, p. 1921.

¹³³ Con la precisazione, peraltro, che il contenuto di tale accertamento, insito nella sentenza di condanna, diverge da quello cui fa capo una sentenza di accertamento mero. Mentre la prima ha ad oggetto l'accertamento di un diritto soggettivo rimasto insoddisfatto; la seconda ha ad oggetto una posizione giuridica soggettiva incerta. V. E. GARBAGNATI, *Azione e interesse*, in *Jus*, 1955, p. 94 ss.; V. TAVORMINA, *In tema di condanna, di accertamento ed efficacia esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, p. 21 ss.

¹³⁴ Così, quasi testualmente, E. SILVESTRI – M. TARUFFO, *Esecuzione forzata. III) Esecuzione forzata e misure coercitive cit.*, p. 4.

funzione di premere sulla volontà del debitore al fine di indurlo ad eseguire spontaneamente quanto statuito, nei suoi confronti, dal comando giudiziale¹³⁵.

Funzione tipica delle misure coercitive è dunque la coazione all'adempimento dell'obbligato che si esercita mediante la previsione di conseguenze negative ulteriori rispetto a quelle che quest'ultimo verrebbe a subire adempiendo spontaneamente al comando giudiziale e che incidono direttamente sul patrimonio o sulla persona del medesimo¹³⁶. A fronte delle menzionate caratteristiche, tali misure svolgono una funzione di indole sia preventiva, quanto repressiva, nel senso che operano per lo più come meccanismi volti, in primo luogo, a disincentivare, attraverso la minaccia di una sanzione, la violazione di quanto statuito dalla decisione giurisdizionale. Allo stesso tempo, fungono, nell'ipotesi in cui l'adempimento sia mancato, da vere e proprie misure sanzionatorie. Si tratta pertanto di una sanzione pecuniaria civile volta essenzialmente a vincere la resistenza del debitore inducendolo, mediante una pressione di natura psicologica, ad adempiere alla propria obbligazione e non, dunque, a riparare il pregiudizio subito dal creditore in virtù dell'inadempimento di quest'ultimo.

Benchè sia proprio in correlazione alle situazioni sostanziali a carattere infungibile che lo strumento in esame pone meglio in luce i tratti caratteristici della sua funzione, si deve parimenti rilevare, che nelle stesse esso non è destinato ad

¹³⁵ V. S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti* cit., p. 10; E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea* cit., p. 728 i quali sottolineano con incisività l'elemento della coartazione che le misure coercitive tendono ad operare sulla volontà dell'obbligato affinché adempia egli stesso l'obbligazione consacrata nella sentenza civile di condanna. In tal modo restano esclusi dalla definizione accolta una serie eterogenea di fenomeni che pure hanno in comune con quello in esame la finalità di esercitare una coercizione psicologica sull'obbligato al fine di indurlo ad adempiere. Si pensi, ad esempio, all'istituto della risoluzione del contratto e all'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c.

¹³⁶ A riguardo giova ricordare come sia rimasta sostanzialmente priva di seguiti da noi l'opinione di A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna* cit., p. 1104 ss.; Id., *L'attuazione dei provvedimenti di condanna*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* cit., p. 39 ss. il quale, coerentemente alla sua impostazione notoriamente favorevole all'introduzione, nel nostro ordinamento, di un sistema generale di misure coercitive dirette a garantire l'attuazione dei provvedimenti di condanna relativi ad obblighi di non fare e di fare infungibili, aveva proposto di individuare il fondamento positivo di tale sistema in due disposizioni penali. Precisamente, negli artt. 388, comma 1, e 650 c.p., in parte riprendendo una tesi già formulata qualche lustro prima da G. VASSALLI, *La mancata esecuzione del provvedimento del giudice*, Torino, 1938. Come noto, tale proposta interpretativa non è stata accolta dalla dottrina maggioritaria, la quale, a riguardo, si è pronunciata in senso fortemente critico. In merito, v. S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti* cit., p. 192; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile – Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, I, Torino, 2010, p. 152; L. FERRONI, *Considerazioni sulla tutela delle situazioni non patrimoniali*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* cit., p. 240.

esaurirsi¹³⁷. Invero le misure coercitive possono sussistere ed essere comminate anche quando siano ben praticabili forme di esecuzione forzata diretta¹³⁸. In casi siffatti, la mancanza di un rapporto di alternatività tra esecuzione forzata diretta ed esecuzione forzata indiretta si pone all'origine dell'eventualità dell'esistenza di un duplice processo esecutivo¹³⁹. Eventualità che, come si avrà modo di vedere, rappresenta uno degli aspetti nevralgici del fenomeno, nella sua dimensione transfrontaliera¹⁴⁰.

13. Il ruolo delle misure coercitive nel diritto processuale civile comunitario: un indiretto rafforzamento del principio della libertà di circolazione delle decisioni di condanna ad un fare infungibile o ad un non fare

A fronte di pronunce di condanna del tipo testè indicato, in sé intrinsecamente sfornite, per le ragioni già viste, di attitudine all'esecuzione coattiva, la predisposizione di strumenti processuali volti a garantire – o almeno, di tentare di garantire – che quanto statuito dal comando giudiziale trovi fedele attuazione anche al di fuori dello Stato del foro si rivela pertanto di cruciale importanza per la stessa validità del principio della libertà di circolazione delle decisioni giudiziarie che, in caso contrario, rischierebbe, in questi casi, di trasformarsi in una mera illusione.

E' proprio questa, d'altro canto, la *ratio* cui deve essere riportata la disposizione contenuta nell'art. 49 del Reg. (CE) n. 44/2001: vale a dire, garantire la libera ed effettiva circolazione delle pronunce di condanna ad un fare infungibile o ad un

¹³⁷ Così anche, E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea* cit., p. 728.

¹³⁸ Per l'utilità di tali misure anche con riferimento alle situazioni da ultimo menzionate v. E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea* cit., p. 728; E. SILVESTRI – M. TARUFFO, *Esecuzione forzata. III) Esecuzione forzata e misure coercitive* cit., p. 2 che, a tal riguardo, evidenziano la complementarietà delle misure coercitive all'esecuzione forzata diretta; M. TARUFFO, *Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione* cit., p. 665; V. DENTI, «*Flashes*» *su accertamento e condanna* cit., p. 264; sulla non necessaria alternatività tra le misure di coazione all'adempimento e l'esecuzione forzata ma, piuttosto, nel senso della loro cumulatività, v. anche G. TARZIA, *Presente e futuro delle misure coercitive civili* cit., p. 802.

¹³⁹ E. SILVESTRI – M. TARUFFO, *Esecuzione forzata. III) Esecuzione forzata e misure coercitive* cit., p. 11.

¹⁴⁰ La questione sarà esaminata nel Cap. III, Sez. II, § 19 alla cui lettura sia consentito rinviare.

non fare¹⁴¹. Un tanto in forza della considerazione, in sé indiscutibile, secondo cui la libertà di circolazione delle decisioni giudiziarie è illusoria ove il titolo non abbia attitudine a concretizzarsi, con equivalente efficienza in termini di mezzi e di risultato, in tutti gli Stati membri¹⁴².

Se riguardata da questa prospettiva, ritengo, che l'ammissibilità della circolazione delle misure coercitive valga, inoltre, ad ampliare l'ambito della tutela di condanna circolante in Europa in quanto essa sfocia nel consentire la pronuncia di provvedimenti di condanna che, in sua assenza, rischierebbero di risultare nella sostanza negati in ragione della loro intrinseca inidoneità all'esecuzione forzata.

La generale ammissibilità della possibilità di ottenere l'*exequatur* per le pene pecuniarie irrogate a titolo di coercizione indiretta avvalorata, infine, quanto meno in linea di principio, in capo al creditore vittorioso la sussistenza di un potere di scelta: usufruire del riconoscimento della sola decisione principale; oppure avvalersi del ricorso alle misure coercitive¹⁴³.

14. Considerazioni conclusive e piano dell'indagine

Lo scenario rappresentato nella prima parte del presente capitolo mostra come, a livello comunitario, l'attenzione per le misure coercitive sia, indubbiamente, viva, oggi più di un tempo. Difficile, risulta tuttavia individuare una precisa direttrice che evidenzia una meditata cooperazione giudiziaria fra gli Stati membri in questo settore del diritto processuale civile comunitario. A tale carenza si cercherà di offrire risposta nel proseguo del lavoro applicando all'istituto in esame i medesimi canoni che, in linea generale, sovrintendono il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni pronunciate con riguardo alla materia civile e commerciale.

¹⁴¹ Così si esprimono anche B. HESS – T. PFEIFFER – P. SCHLOSSER, *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States* cit., p. 612; F. GERHARD, *L'exécution forcée transfrontière des injonctions extraterritoriales non pécuniaires en droit privé* cit., p. 511.

¹⁴² V. G. TARZIA, *L'ordine europeo del processo civile*, cit., p. 908 ss.

¹⁴³ In tal senso v. M. DE CRISTOFARO, *Esecuzione in personam, principio di territorialità e misure coercitive indirette nello spazio giudiziario europeo* cit., p. 26; A. STADLER, *Inländisches Zwangsgeld bei grenzüberschreitender Handlungsvollstreckung* cit., p. 431; R. GEIMER – R. A. SCHÜTZE, *Europäisches Zivilverfahrensrecht, Kommentar zum EuGVÜ und zum Lugano-Übereinkommen* cit., sub Art. 31, nn. 27 ss., e sub Art. 43, n. 3.

Una prima difficoltà emerge, come si vedrà, già nella ricerca di una nozione univoca di “decisioni che applicano una penalità”. L’esame comparato delle legislazioni nazionali sul punto mostrerà, invero, non solo l’esistenza di diverse concezioni di ciò che deve intendersi per strumento coercitivo, ma anche che i regimi giuridici vigenti in questa materia a livello dei singoli Stati membri, pur accomunati dallo scopo di base, risultano tra loro difficilmente accostabili specie dal punto di vista strutturale. Ragione per cui, tra l’altro, non è sempre agevole individuare quale sia il titolo esecutivo ammesso, in questi casi, a circolare nello spazio giudiziario europeo.

Proprio la consapevolezza che a livello europeo convivono in questa materia istituti giuridici alquanto diversificati rende necessario, a questo punto, prima di affrontare lo studio della disciplina della circolazione delle misure coercitive che assistono decisioni pronunciate nella materia civile e commerciale, premettere l’esame dei singoli strumenti predisposti a livello nazionale degli Stati membri. Un tanto si rende ancor più doveroso, laddove si rammenti che la normativa comunitaria disciplina questa materia facendo largo uso del rinvio al diritto nazionale. Le caratteristiche proprie delle diverse misure coercitive, la loro natura, il loro concreto modo di operare a livello interno degli Stati membri sono, invero, tali da provocare precise ripercussioni sul complessivo funzionamento della regolamentazione comunitaria in materia.

CAPITOLO SECONDO
L'EFFICACIA TRANSFRONTALIERA DELLE MISURE DI
COERCIZIONE INDIRETTA PRECONIZZATA
DALL'ART. 49 DEL REG. (CE) N. 44/2001

SEZIONE I

L'ART. 49 DEL REG. (CE) N. 44/2001:

*IL RAPPORTO TRA LE MISURE COERCITIVE E LA DISCIPLINA
REGOLAMENTARE*

1. L'art. 49 del Reg. (CE) n. 44/2001 quale base giuridica della dimensione comunitaria dell'esecuzione processuale indiretta

Dopo aver esaminato il quadro generale di riferimento in cui il problema del riconoscimento e dell'esecuzione delle misure coercitive si situa, è necessario ora dedicare l'attenzione, nello specifico, alla disciplina posta dall'art. 49 del Reg. (CE) n. 44/2001.

Tale disposizione, invero, benché sin'ora poco conosciuta e indagata, costituisce indubbiamente la base giuridica dell'esecuzione processuale indiretta del diritto processuale civile europeo¹. Tuttavia, prima di addentrarsi, nello specifico, nello studio degli snodi procedurali che caratterizzano il giudizio di *exequatur* volto a dotare di esecutività tali provvedimenti e dei presupposti a tal fine richiesti dalla disciplina regolamentare², appare necessario comprendere gli esatti termini in cui un problema di circolazione di siffatte misure può, in concreto, venire in rilievo.

¹ Cfr., in tal senso, espressamente F. GERHARD, *The Extraterritorial Judicial Penalty – New Instruments for the Transnational Enforcement of Extraterritorial Injunctions?*, cit., p. 247 il quale non omette, tuttavia, di mettere bene in luce le apparenti contraddizioni che, quanto alla previsione che la penalità di mora sia ammessa a circolare nell'ambito dello spazio giudiziario europeo, connotano la disciplina regolamentare.

² Alla cui disamina sia consentito rinviare al Capitolo Terzo, Sez. I-II, del presente lavoro.

A riguardo, risulta conveniente prendere le mosse dall'individuazione dei criteri di giurisdizione che, laddove invocati dalla parte attrice al fine di radicare la controversia in un determinato foro, possono condurre ad innescare un fenomeno circolatorio della penalità di mora emessa a sostegno della pretesa riconosciuta nella decisione di condanna (principale)³.

In linea generale, giova osservare che la possibilità contemplata dall'art. 49 del Reg. (CE) n. 44/2001 di chiedere e ottenere l'*exequatur* per le condanne pecuniarie conseguenti all'applicazione delle misure coercitive indirette e la facoltà, ad essa correlata, di invocarne i corrispondenti effetti al di fuori dello Stato membro di origine deve essere fatta valere, quanto meno in linea di principio, come riprova circa l'ammissibilità dell'irrogazione di siffatti provvedimenti anche laddove emessi a rinforzo di una decisione che imponga al debitore di tenere un determinato comportamento (specialmente, anche se non solo, di fare infungibile, di non fare o di astensione) che quest'ultimo debba porre in essere al di fuori dei confini territoriali dello Stato membro adito⁴.

Del resto, l'eventualità che, unitamente alla sentenza di condanna principale avente ad oggetto un obbligo di fare infungibile o di non fare, implicante un comportamento da tenersi al di fuori dei confini nazionali dello Stato membro dotato di giurisdizione, venga altresì pronunciata una penalità di mora è da ritenersi, in questi casi, tutt'altro che rara. Questo accadrà specialmente quando il preteso debitore, convenuto in giudizio, sia domiciliato, risieda o abbia sede nello Stato del foro, senza, peraltro, che tale presenza assurga a presupposto, per così dire, legittimante la pronuncia di siffatte misure. In tali ipotesi, è d'altra parte ragionevole ritenere che l'adozione del criterio

³ Come ormai più volte si è messo in luce, la misura coercitiva rappresenta un provvedimento di condanna che, ancorchè in taluni ordinamenti venga pronunciato separatamente alla decisione principale, costituisce pur sempre, da un punto di vista quanto meno funzionale, un elemento accessorio a quest'ultima. Ne consegue che il riferimento all'individuazione dei criteri di giurisdizione che possono portare ad innescare un fenomeno circolatorio di tali misure deve essere inteso, almeno per il momento, quale riferimento ai criteri che sovrintendono la distribuzione della competenza giurisdizionale intra-comunitaria a decidere la controversia principale. Se ed in quali termini possa, inoltre, porsi, in via autonoma, un problema di competenza giurisdizionale per la pronuncia della sola misura coercitiva e, dunque, se la stessa possa essere rimessa anche ad un giudice diverso da quello che ha deciso la controversia principale sarà oggetto di compiuta e separata analisi nella Sezione III del presente Capitolo e, più diffusamente, nel Capitolo Terzo, Sezione III alla cui lettura sia consentito rinviare.

⁴ Cfr., M. DE CRISTOFARO, *Esecuzione in personam, principio di territorialità e misure coercitive indirette nello spazio giudiziario europeo* cit., p. 25.

di competenza c.d. generale posto dall'art. 2, par. 1 del Regolamento⁵ solo in rari casi condurrà ad attivare un problema di riconoscimento ed esecuzione del provvedimento coercitivo dal momento che, di norma, il luogo di domicilio di una persona, fisica o giuridica, coincide con quello in cui risultano collocati almeno una parte dei suoi cespiti patrimoniali, aggredibili in via esecutiva. Ne consegue che, in questi casi, la misura coercitiva esplicherà la propria funzione di induzione all'adempimento in un'ottica puramente interna pur a fronte di comportamenti cui il debitore sia tenuto a dare attuazione in un diverso Stato membro.

Peraltro, la misura coercitiva può ben essere pronunciata dal giudice dello Stato membro adito anche, ed è forse questo l'aspetto maggiormente interessante del fenomeno, laddove non solo il preteso debitore convenuto in giudizio non sia

⁵ E' noto come l'impianto del Regolamento (CE) n. 44/2001 e, prima di esso, quello della Convenzione di Bruxelles, si regga, in punto di distribuzione della competenza giurisdizionale, sul criterio generale del foro del domicilio del convenuto. Alla base di tale scelta, espressione del principio *actor sequitur forum rei*, risiede la convinzione che, di norma, è davanti a tale giudice che il convenuto è in grado di potersi difendere più agevolmente. Per l'affermazione di tale principio v. Corte Giust., 17 giugno 1992, C-26/91, *Handte*, in *FI*, 1993, IV, p. 301, punto 14; Corte Giust., 13 luglio 2000, C-412/98, *Group Josi*, in *Giur. it.*, 2001, p. 1354, punto 35.

A norma dell'art. 2, par. 1, del Regolamento, dunque, "le persone domiciliate nel territorio di uno Stato membro sono convenute, a prescindere dalla loro nazionalità, davanti ai giudici di tale Stato membro", fatte salve, s'intendono, le ipotesi in cui il Regolamento stesso preveda la competenza di un altro giudice. Tali ultime ipotesi, coincidono con quelle in cui il Regolamento contempla, accanto al foro generale del domicilio del convenuto, fori diversi applicabili, rispetto a quest'ultimo, in via alternativa (c.d. criteri di competenza speciali) la cui scelta è rimessa alla determinazione unilaterale dell'attore; o in via esclusiva (c.d. criteri di competenza esclusiva) tale per cui, in ragione della connessione, particolarmente significativa, esistente tra il giudice così individuato e la controversia, all'attore non sia concessa alcuna scelta in ordine all'individuazione del giudice da adire.

Fatte salve queste ipotesi, il foro generale, tanto per le persone fisiche quanto per le persone giuridiche, resta, di norma, quello del domicilio la cui localizzazione territoriale deve essere compiuta in base ai criteri dettati dagli artt. 59 e 60 del Regolamento. A riguardo, giova evidenziare che, mentre per le persone fisiche non è stata introdotta alcuna nozione autonoma di domicilio, rinviando l'art. 59 del Regolamento alla *lex fori* dello Stato in cui il convenuto si assume domiciliato; per le persone giuridiche l'art. 60 del Regolamento contempla, invece, un concetto autonomo, pur in sé stesso piuttosto ampio. In particolare, tale disposizione prescrive che, ai fini dell'applicazione del regolamento, una società o altra persona giuridica è domiciliata nel luogo in cui si trova, alternativamente, la sua sede statutaria, l'amministrazione centrale oppure il centro d'attività principale.

Sull'impianto regolamentare in punto di distribuzione della competenza territoriale v. P. BERTOLI, *La disciplina della giurisdizione civile nel Regolamento comunitario n. 44/2001*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, p. 633; F. P. MANSI, *Il giudice italiano e le controversie europee* cit. p. 83; F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle sentenze straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001* cit., p. 72 ss.; V. SIANI, *Il Regolamento Ce n. 44/2001 sulla competenza giurisdizionale e sull'esecuzione delle sentenze*, in *Dir. comunitario e degli scambi internazionali*, 2003, pp. 451 ss.; P. VITTORIA, *La competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia* cit., p. 53 ss.; F. MOSCONI – C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2007, p. 48 ss.; P. DE CESARI, *Diritto internazionale privato e processuale comunitario. Atti in vigore e in formazione nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Torino, 2005, p. 63 ss.

domiciliato o non risieda nello Stato del foro ma anche nel caso in cui quest'ultimo ivi non posseda alcun cespite patrimoniale aggredibile in via esecutiva⁶. In questi casi, è evidente allora che la misura coercitiva, per poter svolgere la sua funzione, inizialmente di coazione all'adempimento e successivamente di vera e propria sanzione, dovrà essere ammessa ad essere riconosciuta ed eseguita e, così, a circolare nell'ambito dello spazio giudiziario europeo.

Nell'accingersi ad indagare il fenomeno circolatorio, è, dunque, a mio avviso conveniente prendere le mosse dall'individuazione del giudice che in base al Reg. (CE) n. 44/2001 può essere dotato di giurisdizione per decidere la controversia principale a presidio della cui effettività può essere pronunciata una penalità di mora. Un tanto in considerazione della circostanza che le norme in base alla quale la giurisdizione viene individuata riverberano i loro effetti anche sull'efficacia delle decisioni che il giudice, in tal modo individuato, può emettere. L'ammissibilità della pronuncia di siffatte penalità di mora deve essere, invero, fatta dipendere anche dall'ampiezza della cognizione consentita al giudice sulla base del criterio di collegamento territoriale, volta a volta, utilizzato.

⁶ Tale asserzione, sino ad ora non dimostrata, parte ovviamente dalla premessa che la fase di irrogazione della misura coercitiva non rientri già, di per sé stessa considerata, nell'ambito della "materia di esecuzione delle decisioni" in relazione alla quale, come noto, il Regolamento contempla all'art. 22, n. 5 un apposito criterio di competenza esclusiva che radica la controversia nel territorio in cui ha luogo l'esecuzione stessa (*id est* nel luogo in cui si trovano i cespiti patrimoniali del debitore, suscettibili di essere pignorati dal creditore munito di titolo esecutivo). E' questa, peraltro, una questione che può apparire scontata laddove si prendano in considerazione gli ordinamenti giuridici che si ispirano al modello dell'*astreinte* (segnatamente, dunque, l'ordinamento giuridico francese, quello dei Paesi del Benelux e quello italiano) in cui, già la dottrina classica, ha avuto modo di chiarire che nella coercizione indiretta a mezzo di misure coercitive non può vedersi alcuna forma di esecuzione forzata della decisione (in tal senso, v. per tutti J. P. CHABAS, V. *Astreintes* cit., p. 6. Da noi, A. CHIZZINI, *sub* Art. 614-*bis* c.p.c. cit., p. 148). Tale questione assume, per contro, peculiari profili di problematicità e la sua soluzione appare del tutto fuorchè auto-evidente laddove si passi a considerare l'esperienza propria degli ordinamenti di Germania e Austria i quali, a riguardo, adottano un approccio che rinviene nelle misure coercitive di cui ai §§ 888 e 890 ZPO e nei corrispondenti §§ 354 e 355 EO una vera e propria forma di esecuzione forzata, deputata all'attuazione degli obblighi di fare a carattere infungibile e di non fare. In seno a tali esperienze, invero, non solo la misura coercitiva non viene pronunciata contestualmente alla decisione di condanna principale in quanto forma oggetto di un provvedimento separato e posteriore a quest'ultima di competenza esclusiva del giudice dell'esecuzione ma costituisce il preludio, nelle forme e nei termini che si vedranno, all'esecuzione forzata per surrogazione volta al recupero della somma di denaro dovuta a titolo di *Zwangsgeld* o di *Ordnungsgeld* la cui instaurazione può avvenire anche in via officiosa per iniziativa dell'Ufficio esecutivo adito. Sulla soluzione che a tale questione, qui solo brevemente accennata, deve darsi sia consentito rinviare alla lettura della sezione III del presente Capitolo.

Le norme del Regolamento cui fare riferimento per fondare una consimile efficacia sono, in particolare, quelle che individuano i fori di competenza c.d. speciali⁷. A riguardo, almeno tre sono le situazioni che si possono distinguere e nelle quali maggiormente chiaro si fa, a mio avviso, il problema dell'efficacia transfrontaliera delle misure di coercizione indiretta.

In particolare, a venire in rilievo sono le regole di competenza poste, innanzitutto, dall'Art. 5, par. 1, lett. a) del Regolamento secondo cui, in materia contrattuale⁸, il

⁷ Sono questi i criteri di competenza giurisdizionale dettati dagli artt. 5, 6 e 7 del Regolamento i quali, per l'appunto, vengono qualificati come speciali e alternativi rispetto a quello generale stabilito dall'art. 2 del Regolamento, determinato dal luogo di domicilio del convenuto. Qualora la lite possa essere incasellata in una delle categorie individuate dalle menzionate disposizioni in quanto trattasi, ad esempio, di una controversia vertente in materia contrattuale, in materia alimentare o in materia di illeciti civili, l'attore ha la possibilità, dunque, di adire, in aggiunta al foro generale del convenuto, siffatti fori speciali. La facoltà prevista dal Regolamento di radicare, in ipotesi tassativamente determinate, la competenza in un foro speciale è facoltà che si riconnette, in estrema sintesi, al peculiare collegamento esistente tra il giudice, da essi fori individuato, e la controversia. Il sistema regolamentare pare, invero, essere stato concepito in vista del risultato di individuare il giudice più qualificato dal punto di vista territoriale a conoscere della controversia, sulla base degli interessi in gioco e sulla base del bilanciamento di varie esigenze. Tra le quali, a venire in rilievo è, in particolare, l'interesse alla più efficiente amministrazione della giustizia in ambito comunitario. Tuttavia, è bene precisare che costituendo tali criteri di collegamento una deroga al principio generale secondo cui il convenuto deve essere citato nel proprio Stato di domicilio, la Corte di Giustizia ha in più occasioni affermato che le competenze speciali devono essere interpretate in maniera restrittiva (così, tra le tante, Corte Giust., 6 ottobre 1976, causa C-14/76, *de Bloos c. Bouyer*, in *Raccolta*, 1976, p. 1499; Corte Giust., 27 settembre 1988, causa C-189/97, *Kafelis*, in *Raccolta*, 1988, p. 5583; Corte Giust., 17 giugno 1992, causa C-26/91, *Handte*, in *Raccolta*, 1992, p. 3994). In dottrina, si rimanda ai lavori approfonditi e ben documentati di, M. A. LUPOI, *Il rinvio alle norme europee sulla giurisdizione: aspetti generali*, in M. A. LUPOI – E. VULLO – M. G. CIVININI – P. PASQUALIS, *Giurisdizione italiana, efficacia di sentenze e atti stranieri* cit., p. 43; P. VITTORIA, *La competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia* cit., p. 57; P. DE CESARI, *Diritto internazionale privato e processuale comunitario. Atti in vigore e in formazione nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia* cit., p. 65; F. P. MANSI, *Il giudice italiano e le controversie europee* cit. p. 114.

⁸ Le complicazioni pratiche cui l'individuazione di tale foro di competenza speciale ha dato luogo sono conosciute e ben evidenziate dalla dottrina. In primo luogo è noto come, non priva di aspetti problematici è stata la stessa individuazione, in ambito comunitario, di una nozione univoca e condivisa di "materia contrattuale". Secondo l'insegnamento della Corte di Giustizia, tale nozione deve essere interpretata in maniera autonoma e svincolata dagli ordinamenti dei singoli Stati membri. In particolare, secondo la Corte deve ritenersi afferente all'ambito contrattuale "ogni controversia discendente da un'obbligazione liberamente assunta dalle parti", pur in mancanza dell'effettiva conclusione di un contratto. Per l'affermazione del principio, v. Corte Giust., 17 giugno 1992, c. 26/91, *Handte c. TMCS*, in *Raccolta*, 1992, p. 3967, punto 15; Corte Giust., 27 ottobre 1998, C-51/97, *Réunion Européenne*, in *Giur. it.*, 1999, p. 1973, punto 17; Corte Giust., 17 settembre 2002, C-334/00, *Tacconi*, in *Giur. it.*, 2003, p. 1321, punto 23; Corte Giust., 1 ottobre 2002, C-167/00, *Henkel*, in *FI*, 2002, IV, p. 501, punti 37-40; Corte Giust., 5 febbraio 2004, C-265/02, *Frahuil S.A.*, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 1131. In dottrina, cfr., P. BERTOLI, *La disciplina della giurisdizione civile nel Regolamento comunitario n. 44/2001* cit., p. 635 ss.; M. A. LUPOI, *I criteri del Regolamento CE n. 44/2001 richiamati dall'art. 3, comma 2, L. n. 218: I) I fori speciali dell'art. 5*, in M. A. LUPOI – E. VULLO – M. G. CIVININI – P. PASQUALIS, *Giurisdizione italiana, efficacia di sentenze e atti stranieri* cit., p. 63 ss. e spec. p. 69 il quale, per quanto in questa sede specificamente interessa, precisa che nella nozione autonoma di materia contrattuale, ai fini dell'applicazione del criterio di giurisdizione in esame,

soggetto domiciliato nel territorio di uno Stato membro può essere convenuto anche “davanti al giudice del luogo in cui l’obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita”⁹; in secondo luogo, dall’Art. 5, par. 3 che, in materia di illeciti civili

devono essere fatte rientrare le controversie relative all’(inesatto adempimento), all’adempimento, al mancato adempimento e a tutte le pretese risarcitorie dipendenti da tali situazioni.

⁹ L’art. 5, n. 1 collega il foro contrattuale al luogo di esecuzione dell’obbligazione dedotta in giudizio, di modo che, come correttamente è stato rilevato in dottrina, appare chiaro che tale criterio di collegamento risulti forgiato sulle azioni contrattuali fondate sull’esecuzione o sulla mancata esecuzione di una o più obbligazioni. Così, tra le fattispecie tipiche di applicazione della norma in esame rientrano, certamente, come si è visto alla nota che precede, quelle fondate sul mancato adempimento di un’obbligazione. In tali casi, è interessante altresì notare che l’obbligazione che viene in rilievo ai fini giurisdizionali è la medesima il cui mancato adempimento costituisce il fondamento sostanziale della domanda. Pertanto, il foro di cui all’art. 5, n. 1 è sicuramente invocabile nella azioni contrattuali volte ad ottenere l’esatta attuazione dell’obbligazione della controparte. Così., M. A. LUPOI, *I criteri del Regolamento CE n. 44/2001 richiamati dall’art. 3, comma 2, L. n. 218: 1) I fori speciali dell’art. 5*, in M. A. LUPOI – E. VULLO – M. G. CIVININI – P. PASQUALIS, *Giurisdizione italiana, efficacia di sentenze e atti stranieri* cit., p. 63 ss. e spec. p. 81. Peraltro, in tale ambito, tutt’altro che immune da problemi interpretativi è stata la determinazione del luogo in cui si deve ritenere che l’obbligazione dedotta in giudizio “è stata o deve essere eseguita”. A riguardo, è noto come la Corte di Giustizia ha in più occasioni affermato che tale luogo deve essere determinato in base alle indicazioni della legge sostanziale applicabile al rapporto contrattuale individuata alla stregua delle norme di conflitto del foro del giudice adito (così, per la prima volta, Corte Giust., 6 ottobre 1976, C-12/76, *Tessili*, in *FI*, 1977, IV), salvo che le parti, nel regolare il rapporto contrattuale non abbiano esse stesse stabilito dove l’obbligazione avrebbe dovuto essere eseguita (così, Corte Giust., 17 gennaio 1980, C-56/79, *Zegler*, in *FI*, 1980, IV, p. 150). Il richiamo internazionalprivatistico, peraltro, comprende, in questi casi, non soltanto le norme di diritto internazionale privato ma anche eventuali convenzioni internazionali di diritto materiale uniforme applicabili al caso di specie (così, Corte Giust., 29 giugno 1994, C-288/92, *Custom Made Commercial Ltd.*, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 324). È doveroso, altresì, notare come il criterio in esame, del c.d. *locus destinatae solutionis*, si sia rivelato particolarmente problematico proprio con riguardo ad uno degli ambiti maggiormente rilevanti per il presente studio. Ci si riferisce, precisamente, alla difficoltà, in prima battuta per l’attore, di individuare tale luogo e con esso il giudice dotato di giurisdizione, nelle obbligazioni di contenuto negativo, consistenti, ad esempio, in un non fare o in un tollerare. Invero, un luogo di esecuzione dell’obbligazione può, di norma, essere individuato, con una certa facilità, solo nel caso in cui il comportamento negativo richiesto al debitore debba essere tenuto in specifici e circoscritti ambiti territoriali. Per contro, ove tali limitazioni manchino, può risultare in concreto impossibile individuare un luogo specifico di esecuzione. La Corte di Giustizia, nell’affrontare la questione, è giunta, pertanto, a negare l’applicabilità dell’art. 5, n. 1 alle obbligazioni di carattere negativo illimitate, di per sé suscettibili di essere eseguite in qualsiasi luogo del mondo (cfr., a riguardo, la nota sentenza della Corte di Giustizia del 19 febbraio 2001, C-256/00, *Besix c. Webag* circa una controversia relativa al preteso inadempimento di una clausola di esclusiva in riferimento ad un contratto di appalto pubblico). L’impiego del foro contrattuale resta, tuttavia, salvo laddove l’obbligazione di non fare sia geograficamente limitata o localizzata in un luogo preciso e, dunque, l’applicazione dell’art. 5, n. 1 non possa essere ritenuta in contrasto con il “principio della certezza del diritto” dal momento che sia assicurata al debitore la possibilità di prevedere in quale foro egli potrà essere convenuto. V., P. FRANZINA, *Obbligazioni di non fare e obbligazioni eseguibili in più luoghi nella Convenzione di Bruxelles del 1968 e nel regolamento (Ce) n. 44/2001*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, p. 395 secondo cui, al fine di non negare effetto utile alla norma contenuta nell’art. 5, n. 1 del Regolamento, la soluzione interpretativa adottata dalla Corte di Giustizia nel caso *Besix* andrebbe considerata una soluzione-limite da circoscrivere alle ipotesi in cui nessuna significativa proiezione geografica dell’obbligazione litigiosa sia ricavabile dal contratto; dalle circostanze del caso concreto; dalla natura della prestazione o dai criteri per individuare il *locus solutionis* in base alla *lex causae*. Sul punto v. anche M. DE CRISTOFARO, *Obbligazioni di non fare a proiezione geografica illimitata e forum destinatae solutionis*, in *Int’l lis*, 2002, p. 114 ss.; P. VITTORIA, *La competenza giurisdizionale e*

dolosi o colposi¹⁰, stabilisce che la giurisdizione possa essere radicata dall'attore, in alternativa al criterio generale, anche davanti al "giudice del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire"¹¹.

l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia cit., p. 91; F. P. MANSI, *Il giudice italiano e le controversie europee* cit., p. 134 ss. il quale appoggia l'interpretazione a riguardo data dalla Corte di Giustizia; in senso favorevole, anche, F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle sentenze straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001* cit., p. 80 e spec. p. 86 ss.

¹⁰ Come noto, l'ambito di applicazione del criterio speciale di giurisdizione in esame è definito, nella giurisprudenza dei giudici comunitari, *a contrario*. La Corte di giustizia ha, invero, affermato che in tale foro devono ricondursi tutte le controversie volte a far valere la responsabilità di un convenuto e non riconducibili alla materia contrattuale di cui all'art. 5, n. 1. V., ad esempio, Corte Giust., 27 ottobre 1998, causa C-51/97, *Réunion européenne SA*, in *Raccolta*, 1998, p. 6534.

¹¹ E' questo il criterio di collegamento che, già nel vigore della Convenzione di Bruxelles, le corti nazionali e la dottrina hanno ritenuto applicabile, per quanto in questa sede maggiormente interessa, in materia di concorrenza sleale; di violazione dei diritti sulla proprietà intellettuale e di azioni inibitorie promosse da associazioni dei consumatori in ordine all'uso di clausole abusive nei contratti *standard* (v., in particolare, a tale ultimo riguardo, Corte di Giustizia, 1 ottobre 2002, C-167/00, *Henkel*, in *FI*, 2002, IV, p. 501 in cui la Corte ha precisato che la nozione di "evento dannoso" è riferibile non solo alle situazioni in cui un soggetto privato abbia subito un danno a titolo individuale ma, altresì, al settore dei contratti stipulati con i consumatori e ai pregiudizi che derivano dall'uso di clausole abusive. Nella sentenza richiamata la Corte ha chiarito che un'azione di questo tipo non può rientrare nella materia contrattuale in quanto l'associazione rappresentativa "agisce sulla base di un diritto conferitole dalla legge al fine di inibire l'uso di clausole ritenute dal legislatore illecite" e pertanto, sulla controparte incombe una responsabilità di natura extracontrattuale, consistente nell'obbligo "di astenersi, nei suoi rapporti con i consumatori, da taluni comportamenti censurati dal legislatore"). Cfr., per gli opportuni riferimenti alla giurisprudenza, M. A. LUPOI, *I criteri del Regolamento CE n. 44/2001 richiamati dall'art. 3, comma 2, L. n. 218: 1) I fori speciali dell'art. 5*, in M. A. LUPOI – E. VULLO – M. G. CIVININI – P. PASQUALIS, *Giurisdizione italiana, efficacia di sentenze e atti stranieri* cit., p. 107 ss.; F. P. MANSI, *Il giudice italiano e le controversie europee* cit., p. 139 ss.; con particolare riguardo alla possibilità di invocare il foro di cui all'art. 5, n. 3 del Reg. (CE) n. 44/2001 in chiave preventiva, v. A. GARDELLA, *Giurisdizione su illeciti senza danno: l'applicazione dell'art. 5, n. 3, Conv. Bruxelles alle azioni preventive*, in C. CONSOLO – M. DE CRISTOFARO (a cura di), *Il diritto processuale civile internazionale visto da Int'l Lis dal 2002 ad oggi*, Milano, 2006, p. 797 ss.

Peraltro, il concetto di "luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto" è stato interpretato dai giudici comunitari come riferimento sia al luogo in cui è stata posta in essere la condotta lesiva generatrice del danno (c.d. teoria dell'evento) sia a quello in cui l'evento dannoso si è manifestato (c.d. teoria del danno). La scelta tra il foro del fatto generativo del danno e quello dell'evento è dunque lasciata alla discrezionalità dell'attore (v. Corte Giust., 7 marzo 1995, C-68/93, *Shevill*, in *FI*, 1995, IV, p. 331, punto 20; Corte Giust., 19 settembre 1995, C-364/93, *Marinari*, in *FI*, 1996, IV, p. 341, punto 14; Corte Giust., 5 febbraio 2004, C-18/02, *DFDS Torline*, punto 40; Corte Giust., 10 giugno 2004, C-168/02, *Kronhofer*, punto 16). Affermazione, quest'ultima, che contribuisce a sostenere la validità della c.d. "teoria dell'ubiquità" del fatto illecito ai fini giurisdizionali. Cfr., ancora una volta, M. A. LUPOI, *I criteri del Regolamento CE n. 44/2001 richiamati dall'art. 3, comma 2, L. n. 218: 1) I fori speciali dell'art. 5* cit., p. 113; P. DE CESARI, *Diritto internazionale privato e processuale comunitario. Atti in vigore e in formazione nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia* cit., p. 76 la quale precisa, altresì, che la locuzione "può avvenire" contenuta nell'articolo in esame introduce una precisa competenza del giudice del luogo in cui l'evento può verificarsi ad adottare provvedimenti inibitori finalizzati, ad esempio, ad ottenere la condanna alla cessazione di una condotta idonea a cagionare un danno non ancora verificatosi. Peraltro, anche in tale ipotesi, dovrebbero trovare applicazione i principi sanciti dalla giurisprudenza comunitaria in ordine alla determinazione del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto. Essendo, pertanto, anche in simili eventualità rimessa all'attore la facoltà di scegliere se adire il giudice del luogo in cui egli reputa si possa verificare il fatto causativo del danno o quello in cui egli ritiene che tale fatto possa provocare

Una medesima situazione, discenderà, infine, dall'applicazione dell'art. 6 par. 1 del Regolamento che, come noto, nel caso di pluralità di convenuti, legittima l'attore a radicare la giurisdizione davanti al giudice del luogo in cui uno solo, di essi convenuti, sia domiciliato (c.d. competenza per connessione)¹².

In tutti i casi poc'anzi menzionati è chiaro che, laddove la prestazione ordinata dalla decisione di condanna principale sia in sé non eseguibile forzatamente per surrogazione ed il debitore non posseda, nello Stato della pronuncia, alcun cespite patrimoniale, il problema della effettiva circolazione di quest'ultima vada traslato sul piano del riconoscimento e dell'esecuzione delle misure coercitive. Sono queste, a mio avviso, le situazioni che il legislatore comunitario ha tenuto in considerazione nel redigere la disposizione in esame e sono queste, principalmente, le situazioni cui ci si deve riferire per tracciare il perimetro in cui un problema di circolazione di siffatte misure può in concreto venire in rilievo.

In tal modo circoscritti i termini del problema è evidente che ad essere positivamente prevista è la stessa efficacia transfrontaliera, a mezzo di *exequatur*, delle decisioni che applicano misure di coercizione indiretta. Ciò premesso, almeno duplice è l'ordine delle questioni ancora da chiarire prima di addentrarsi nella disamina di come, in concreto, tali decisioni siano ammesse a circolare nello spazio giudiziario europeo. Ci si riferisce alla necessità di chiarire quale sia il rapporto tra le "decisioni che applicano una penalità" e la disciplina regolamentare nel suo complesso considerata: innanzitutto, dal punto di vista della legge applicabile (su cui v., *infra*, Cap. II., Sez. I, § 2); in secondo luogo, di quello della competenza giurisdizionale

delle conseguenze dannose. In tal senso v., peraltro, già la Relazione Schlosser in F. POCAR, *La convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze* cit., p. 447. Sul punto, v. inoltre, A. GARDELLA, *Giurisdizione su illeciti senza danno: l'applicazione dell'art. 5, n. 3, Conv. Bruxelles alle azioni preventive* cit., p. 797 ss.

¹² È bene precisare come, a norma del Regolamento, il litisconsorzio passivo può legittimamente essere instaurato solo ove "tra le domande esista un nesso così stretto da rendere opportuna una trattazione unica ed una decisione unica onde evitare il rischio, sussistente in caso di trattazione separata, di giungere a decisioni incompatibili" (art. 6, par. 1, Reg.). In particolare, la dottrina considera invocabile dall'attore tale norma qualora le cause contemporaneamente pendenti presentino una comunanza di questioni di fatto o di diritto che renda necessaria una trattazione unica delle cause connesse per evitare soluzioni inconciliabili, ove fossero decise da giudici di Stati membri diversi. Cfr., M. A. LUPOI, *I criteri del Regolamento CE n. 44/2001 richiamati dall'art. 3, comma 2, L. n. 218: III) La giurisdizione per motivi di connessione*, in M. A. LUPOI – E. VULLO – M. G. CIVININI – P. PASQUALIS, *Giurisdizione italiana, efficacia di sentenze e atti stranieri* cit., p. 174 ss.; P. DE CESARI, *Diritto internazionale privato e processuale comunitario. Atti in vigore e in formazione nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia* cit., p. 89.

intra-comunitaria ad emettere siffatte decisioni (su cui v., *infra*, Cap. II, Sez. III, §§ 17-18-19).

2. Il rapporto tra la disciplina regolamentare e le misure coercitive: il problema della legge applicabile

Ciò posto, si impone, in via preliminare, all'interprete la necessità di tentare di tratteggiare i rapporti generali tra le misure coercitive e la disciplina regolamentare con riguardo, in primo luogo, alla legge applicabile. E' questo, invero, un aspetto su cui il Regolamento (CE) n. 44/2001 si mostra apparentemente silente.

A riguardo, tuttavia, non si può fare a meno di notare come l'art. 49 del Regolamento configuri, innanzitutto, una norma generale di rinvio alle regole previste, in punto di esecuzione processuale indiretta, dalla legge processuale nazionale dello Stato di origine della pronuncia principale. Tale dato non rappresenta in sé e per sé considerato un elemento di peculiarità della disciplina in esame. È vero, infatti, che a partire dall'approvazione della Convenzione di Bruxelles, la cooperazione giudiziaria in materia civile è stata attuata lasciando impregiudicato il diritto processuale civile dei singoli Stati membri¹³. Pertanto, la circostanza che il giudice di uno Stato membro applichi le misure coercitive contemplate dall'ordinamento processuale del foro cui appartiene è quanto normalmente viene fatto discendere dall'applicazione del principio di territorialità della legge processuale¹⁴. Invero, la giustapposizione di norme giuridiche nazionali, configurate in sistemi autonomi di procedura civile, non rappresenta un aspetto di peculiarità della materia in esame.

¹³ F. CARPI, *Riflessioni sull'armonizzazione del diritto processuale civile in Europa in relazione alla convenzione di Bruxelles del 1968* cit., p. 1042 il quale, con riguardo, alla Convenzione di Bruxelles individua il maggior limite negativo della dimensione armonizzatrice del diritto processuale civile europeo "nell'inevitabile riferimento al diritto nazionale".

¹⁴ N. TROCKER, *Note sul Regolamento n. 1206/2001 relativo all'assunzione delle prove in materia civile e commerciale* cit., p. 670 ss. il quale, con riguardo ad un ambito diverso concernente l'applicazione di misure coercitive a presidio di ordini in materia istruttoria, osserva che la regola riportata nel testo non comporta difficoltà sul piano operativo "finché la cooperazione giudiziaria si sviluppa tra sistemi processuali omogenei". L'osservazione, peraltro, è idonea ad essere generalizzata anche al contesto in esame in cui, come si avrà modo di mettere in luce, rilevanti sono le complicazioni discendenti dalla presenza sul suolo europeo di sistemi di misure coercitive tra loro fortemente diversificati.

D'altra parte, come già si è visto, il diritto dell'Unione non ha prescelto, sino ad ora, uno schema di mezzo di coercizione indiretta tra i diversi in astratto disponibili a livello delle tradizioni giuridiche nazionali degli Stati membri. Da questo angolo di visuale, giova pertanto evidenziare come il testo dell'art. 49, nelle sue diverse versioni linguistiche, si limiti, nella sostanza, ad un riferimento, peraltro, generico ed impreciso, alle figure note a livello nazionale, cosicchè si può ben ritenere che la cooperazione giudiziaria in materia civile faccia propria la misura compulsoria solo in termini ideali, senza pretenderne una fisionomia specifica e determinata¹⁵.

In tale ottica, dunque, il diritto applicabile alle misure coercitive deve essere individuato in quello dello Stato membro cui appartiene il giudice che ha emesso la pronuncia principale, il quale adotterà la misura scegliendola tra quelle previste dalla legislazione del proprio Stato membro di appartenenza, e la liquiderà secondo i criteri di determinazione offerti da quest'ultima¹⁶. Impregiudicata, dunque, la

¹⁵ V., O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld* cit., p. 315.

¹⁶ La questione riguardante la legge applicabile alle misure coercitive emesse a rinforzo di una decisione principale rientrante nell'ambito di applicazione del Regolamento (CE) n. 44/2001 è, peraltro, stata oggetto, di recente, di un intervento interpretativo della Corte di Giustizia nella decisione del 12 aprile 2001, C-235/09, *DHL Express France c. Chronopost SA*, in *FI*, 2011, IV, p. 298. Sebbene la decisione sia stata pronunciata in una materia un poco particolare e, precisamente, con riguardo ad una controversia in tema di contraffazione di un marchio comunitario e attenesse, nello specifico, all'interpretazione dell'art. 98, n. 1 del Reg. (CE) del Consiglio del 20 dicembre 1993, n. 40/94, ritengo che i principi espressi dalla Corte possano assurgere a parametri generali della materia in esame. In tale occasione la Corte, richiamandosi ad un proprio precedente, ha ribadito che "per quanto riguarda il diritto applicabile alle misure coercitive (...) il Tribunale dei marchi comunitari adito ha l'obbligo di adottare le misure idonee a garantire l'osservanza del divieto da esso emesso scegliendole tra quelle previste dalla legislazione del proprio Stato membro di appartenenza" (v. punto 53 della decisione). In tal senso, v. anche la precedente sentenza della Corte di Giustizia del 14 dicembre 2006, C-316/05, *Nokia*, in *Raccolta*, p. 12083 in cui la Corte, benché in un *obiter dictum* ha dichiarato che "la natura delle misure previste dall'art. 98, n. 1 seconda frase, del regolamento è determinata dalla legge nazionale dello Stato membro del tribunale dei marchi comunitari a cui è stato presentato il ricorso, come emerge dal rinvio espresso a tale legge operato dalla detta disposizione". Sulla questione della legge applicabile, v. anche le conclusioni dell'Avvocato generale Pedro Cruz Villalón presentate il 7 ottobre 2010 in relazione alla causa C-235/09 il quale, pur deponendo in favore del rinvio alla *lex fori* quale legge applicabile alle misure coercitive, limita tale rinvio alla mera individuazione della natura e alla fase dell'irrogazione del provvedimento. Le conclusioni rassegnate appaiono, invero, non condivisibili nella parte in cui l'Avvocato generale ritiene che il fatto che il tribunale dei marchi comunitari stabilisca una penale, scegliendola, come si è visto, tra quelle previste dalla legge del foro, "non implica necessariamente che l'eventuale liquidazione o esecuzione di tale sanzione debba essere decisa dallo stesso tribunale". Arrivando a sostenere che, nel caso in cui il provvedimento di condanna principale venga violato in uno Stato membro diverso da quello del foro, tali ultime fasi (di liquidazione e di esecuzione) debbano svolgersi ed essere regolate dalla legge dello Stato in cui si è prodotta la violazione: "Così, mentre il tribunale dei marchi comunitari che ha statuito nel merito della causa deve, in caso di condanna, stabilire una penale, spetta alla giurisdizione dello Stato in cui si è prodotta la violazione procedere alla liquidazione e alla successiva esecuzione di quest'ultima, nel rispetto delle norme sul riconoscimento delle decisioni previste nel regolamento n. 44/2001" (v. punto 65 delle conclusioni). Tale interpretazione, oltre ad implicare, in punto di legge

convinzione che la norma di cui all'art. 49 del Reg. (CE) n. 44/2001, nel fissare una regola in punto di esecuzione delle decisioni, aggiunga, pur implicitamente, anche una regola sulla legge applicabile, da intendersi, come si è visto, quale norma di rinvio alla *lex fori* è, peraltro, doveroso mettere in luce come tale regola risulti in sé ambigua e necessiti, pertanto, di essere un poco precisata. Ciò dipende essenzialmente dalla circostanza che quello dell'applicazione delle misure coercitive costituisce un terreno in cui il diritto processuale viene a legarsi strettamente al diritto sostanziale creando connessioni che, già sul piano interno, molte volte, risultano difficili da sciogliere e che nel caso di controversie transfrontaliere si arricchiscono inevitabilmente di ulteriori elementi di complessità.

Tale complessità è resa evidente dai problemi che si possono presentare, con riguardo alla legge applicabile, in alcune fasi procedurali prodromiche alla vera e propria messa in esecuzione del provvedimento coercitivo. E' questa una situazione che dipende, essenzialmente, dalla circostanza che, laddove la misura coercitiva non esaurisca la sua funzione di disincentivo all'inadempimento del comando del giudice nel momento in cui viene irrogata, essa richiede un successivo intervento giudiziale teso a liquidarne l'importo e, unitamente a quest'ultimo, ad accertare, sia pur magari solo *incidenter tantum*, l'attualità dell'inadempimento stesso. Ad essere recepita dal Regolamento (CE) n. 44/2001 è, invero, quella struttura bifasica, propria delle sole *astreintes* francesi, che rinviene nella segmentazione del procedimento in fasi separate, destinate a svolgersi innanzi al medesimo giudice o anche a giudici diversi, uno dei tratti caratterizzanti la propria disciplina. Laddove, la prima fase è volta alla pronuncia della misura compulsoria; mentre, la seconda a quello della sua esatta quantificazione.

applicabile, una inopportuna segmentazione tra la fase dell'irrogazione della misura coercitiva e quella della sua liquidazione si pone, altresì, in aperto contrasto con il dettato letterale dell'art. 49 del Reg. (CE) n. 44/2001. Quest'ultimo, invero, prevede che le decisioni che applicano una misura coercitiva possono essere munite di *exquatur* "solo se la misura di quest'ultima è stata definitivamente fissata dai giudici dello Stato membro d'origine". Non solo, pertanto, si prevede che l'entità del credito dovuto a titolo di misura coercitiva debba essere esattamente determinato nel provvedimento che si tratti di riconoscere ed eseguire ma non si ammette, sul punto, alcun tipo di ingerenza, sia in punto di *an* che di *quantum*, da parte del giudice richiesto dello Stato *ad quem*. Su tale ultimo aspetto, v. le brevi ma efficaci considerazioni di F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001* cit., pp. 257-258 che da tale aspetto della disciplina posta dall'art. 49 fa discendere la regola generale, in punto di attribuzione di efficacia esecutiva alle decisioni, del "rispetto rigoroso del *decisum* straniero".

Ed, invero, è solo nel momento in cui la misura coercitiva sia resa liquida da parte del giudice dello Stato membro di origine che la stessa esaurisce la propria funzione di induzione all'adempimento per assumere i connotati di una vera e propria sanzione. Peraltro, è bene sottolineare sin d'ora, che quello della liquidazione giudiziale della misura coercitiva costituisce un momento sempre richiesto ai fini dell'ottenimento dell'*exequatur* del relativo provvedimento irrogativo e dunque un passaggio procedurale sempre necessario per la circolazione dello stesso nello spazio giudiziario europeo. Un tanto a differenza, invece, di quanto si riscontra in seno alla legislazione interna della maggior parte degli Stati membri, tra cui il nostro¹⁷.

Tra il momento in cui la misura coercitiva viene irrogata nello Stato di origine e quello in cui la stessa può essere portata ad esecuzione forzata all'estero si colloca pertanto un arco temporale, più o meno ampio, in cui varie e articolate possono essere le circostanze sopravvenute destinate ad incidere sulla stessa esigibilità dell'obbligazione dovuta in base al provvedimento di condanna principale e, di conseguenza, su quella dell'obbligazione di pagamento avente ad oggetto la somma di denaro dovuta a titolo di misura coercitiva. Non ci si riferisce, qui, alla eventualità che il provvedimento di condanna principale sia riformato o annullato a seguito, ad esempio, di impugnazione nello Stato *ad quem* anche se è, indiscutibile, in tali ipotesi, che il venir meno del capo principale di condanna travolgerà anche il capo accessorio contenente la misura coercitiva¹⁸.

¹⁷ Sulle difficoltà pratico-applicative che il recepimento, da parte del Reg. (CE) n. 44/2001, del modello dell'*astreinte* francese determina in ordine al riconoscimento e all'esecuzione di quelle misure coercitive che nascono in sé stesse come già definitive ed esecutive e che, pertanto, non conoscono un procedimento interno prodromico alla relativa liquidazione ci si intratterrà diffusamente nel Capitolo III, Sez. I, § 11, alle cui considerazioni sia consentito rinviare.

¹⁸ E' noto, a riguardo, che il Regolamento non richiede, in vista tanto del riconoscimento, quanto dell'ottenimento dell'*exequatur*, che la decisione straniera abbia già acquisito natura di cosa giudicata nell'ordinamento d'origine. L'art. 38 del Regolamento prevede, invero, che l'autorizzazione all'esecuzione venga richiesta e accolta anche con riguardo ad una decisione immediatamente, anche se pur provvisoriamente, esecutiva. Ne consegue, pertanto, che possono essere ammessa a circolare anche quelle misure coercitive, proprie del nostro ordinamento, la cui esecutività, essendo subordinata esclusivamente alla violazione o all'inosservanza, anche semplicemente ritardata, del capo principale, non dipende dall'avvenuto passaggio in giudicato di quest'ultimo (v., a riguardo il comma 1, dell'art. 614-bis c.p.c.). Con la conseguenza che tale esecutività potrà essere meramente sospesa o definitivamente travolta (ex art. 336 c.p.c.), in virtù dell'interposto gravame e del suo successivo accoglimento avente ad oggetto il capo condannatorio principale della decisione e farà sorgere il diritto alla ripetizione delle somme *medio tempore* pagate. E' peraltro evidente che, a fronte di provvedimenti così congegnati, la sede più opportuna per fare valere tali sopravvenienze sarà, di norma, quella dell'opposizione all'esecuzione pendente nello Stato *ad quem*. Sul punto, cfr., G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma del processo civile (un primo commento alla legge 18 giugno 2009 n. 69)* cit.; S. MAZZAMUTO, *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c. nella*

Ci si riferisce, piuttosto, all'intervento di fatti successivi incidenti sull'obbligo sostanziale già accertato, cui l'operatività della misura coercitiva si correla, tanto da poterne condizionare la concreta applicazione. Si pensi, per esempio, al caso in cui la prestazione ordinata sia stata *medio-tempore* adempiuta dal debitore, ancorchè in maniera inesatta o parziale; oppure ad ipotesi di impossibilità sopravvenuta totale o parziale della stessa; od, infine, all'eventualità che sia lo stesso inadempimento ad essere contestato dal debitore¹⁹. Di qui il rilievo della problematica internazionalprivatistica concernente l'individuazione del diritto applicabile al fine di accertare, sia pur magari solo *incidenter tantum*, l'attualità dell'inadempimento al comando giudiziale o la sua eventuale dipendenza da cause esterne ed indipendenti dalla volontà del debitore.

Mentre appare indiscusso che il giudizio sulla irrogazione della misura sia retto dalle norme di diritto processuale che non possono essere altre da quelle dell'ordinamento cui appartiene il giudice adito; non altrettanto può dirsi nella fase successiva prodromica alla liquidazione della stessa laddove il giudice sia richiesto di accertare l'esistenza di eventuali fatti modificativi, impeditivi o estintivi fatti valere dal debitore nel rispetto, si intende, dei vincoli cronologici cui va soggetto l'accertamento giurisdizionale insito nel provvedimento di condanna principale.

Le molteplici soluzioni in astratto prospettabili possono essere di fatto ricondotte ad una duplice alternativa e si sostanziano, rispettivamente, nell'identificazione della legge materiale applicabile con quella già applicata al rapporto sostanziale (non più) controverso in base alle norme di conflitto dello Stato del foro (c.d. *lex causae*);

giurisprudenza di merito cit., p. 648. *Contra* C. CONSOLO – F. GODIO, *sub Art. 614-bis c.p.c.*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile commentato – La riforma del 2009* cit., p. 309 i quali, in dipendenza del carattere sanzionatorio della misura, ritengono che la riforma integrale della sentenza di primo grado farebbe venire meno l'*astreinte* solo per il futuro. Con la conseguenza che le somme dovute per le violazioni compiute dovrebbero essere comunque versate ovvero trattenute.

Ciò posto, è bene precisare che, nella maggior parte degli Stati membri (tra cui, ad esempio, negli ordinamenti giuridici di Germania e Austria) il conseguimento dell'esecutività da parte della misura coercitiva e prima, ancora, la sua stessa irrogazione è circostanza che dipende, all'opposto, anche dall'intervenuto passaggio in giudicato del capo condannatorio principale. In seno a tali esperienze, non è quindi da escludere l'eventualità che consimili evenienze vengano sollevate già innanzi allo Stato *ad quem* di fronte al giudice richiesto di emettere il provvedimento coercitivo. Ragione per cui, ad esse, si è scelto di dedicare sin d'ora una breve trattazione nel testo.

¹⁹ Salvo alcune eccezioni sono, invero, queste le principali circostanze incidenti sul piano sostanziale che possono condurre al venir meno della misura coercitiva la cui riscossione presuppone, in seno alla legislazione dei principali ordinamenti giuridici degli Stati membri, che l'adempimento della prestazione principale non si sia verificato e, al contempo, che lo stesso sia ancora possibile.

ovvero, con quella del luogo in cui il debitore ha concretamente posto in essere la violazione al comando giudiziale (c.d. *lex loci delicti commissi*).

A riguardo si potrebbe pensare all'ipotesi in cui la misura coercitiva sia stata irrogata nello Stato A al fine di prevenire la reiterazione di determinati comportamenti già posti in essere da parte del convenuto nello Stato B. Ove il giudice dello Stato A venga successivamente richiesto dal creditore di liquidare la misura coercitiva, sorge il problema di capire quale sia la legge sostanziale applicabile nel caso in cui il convenuto contesti l'inadempimento ritenendo, per esempio, di essersi già conformato alla decisione principale.

In casi siffatti, l'applicazione della *lex loci delicti commissi* avrebbe senz'altro il merito della semplicità e della efficienza in quanto avrebbe il pregio di agevolare la circolazione della misura nello Stato membro la cui legislazione è stata applicata potendo anche prevenire l'instaurazione di eventuali iniziative oppostive se ivi la misura debba essere portata ad esecuzione. Tuttavia, è questo un criterio che non appare praticabile per diversi ordini di ragioni. Innanzitutto, in quanto tale criterio condurrebbe a dover necessariamente tenere in considerazione più d'una legislazione laddove la violazione al comando giudiziale sia stata contemporaneamente posta in essere in più Stati membri. In secondo luogo, in quanto tale soluzione darebbe luogo al fondamento di un sistema di c.d. *dépeçage* normativo, inteso a determinare separatamente la legge applicabile ad una misura coercitiva, che può indurre ad incorrere in problemi applicativi non trascurabili²⁰.

Per queste ragioni, in tali ipotesi, mi sembra senz'altro che la scelta più opportuna sia quella di individuare la legge applicabile con quella in base a cui è stata decisa la controversia principale e dunque con quella in forza della quale ne è stato definito il merito litigioso. E', pertanto, in base alla *lex causae* che il giudice della liquidazione dovrà verificare l'eventuale insussistenza di fatti impeditivi, modificativi o estintivi sopravvenuti e, dunque, l'attualità e la consistenza dell'inadempimento al comando

²⁰ Il fenomeno del c.d. *dépeçage* normativo non risulta, d'altra parte, sconosciuto al diritto internazionale privato. Con tale espressione ci si riferisce usualmente a quelle situazioni in cui la regolamentazione di un medesimo rapporto viene affidata contemporaneamente a differenti sistemi normativi. Si tratta però come ben avverte C. CONSOLO, *Limiti all'esecuzione di decisioni straniere* cit., p. 407 "della possibilità di sottoporre ad un diverso regime singoli effetti giuridici autonomi, che pur si radicano in un medesimo rapporto contrattuale fondamentale, non già, invece, del frazionamento della valutazione di singoli aspetti di un unico effetto giuridico in base a differenti normative sostanziali".

giudiziale, ovvero la sua indipendenza da cause esterne alla volontà del debitore cui seguirà la monetizzazione della misura coercitiva secondo i criteri di computo e di quantificazione che non potranno essere altri da quelli dettati dalla *lex fori*.

3. *Le difficoltà derivanti dalla coesistenza, a livello comunitario, di sistemi di misure coercitive fortemente eterogenei. Tra pubblico e privato: visione tradizionale e visione critica del problema*

Ciò posto, è bene rilevare che la regola di rinvio alla *lex fori* in ordine, rispettivamente, all'individuazione delle misure coercitive utilizzabili dal giudice dello Stato membro adito per presidiare l'effettività della decisione e ai criteri di commisurazione da essa contemplati è tale da dare luogo ad una serie di difficoltà applicative tutt'altro che trascurabili. Stante le profonde differenze di disciplina che connotano la materia delle misure coercitive civili in seno agli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione, tali complessità sono state, sin dagli esordi della disposizione in esame, ampiamente denunciate dagli interpreti²¹.

Uno dei problemi più insidiosi e irrisolti della materia risiede infatti nell'esigenza di dare compiuta risposta alle modalità con cui sul piano più squisitamente pratico-applicativo lo Stato membro richiesto possa offrire riconoscimento ed esecuzione a tali provvedimenti ove il proprio diritto interno non contempli alcuna misura coercitiva analoga a quella disposta dal giudice dello Stato membro d'origine. Emblematico, da tale punto di vista, è il problema che si pone quanto all'individuazione del beneficiario del pagamento nell'ipotesi di circolazione di una misura coercitiva tra ordinamenti giuridici che accolgano, a riguardo, soluzioni difformi. È questo, ad esempio, il caso in cui si tratti di eseguire, in seno all'ordinamento giuridico francese, che individua il beneficiario del pagamento nel privato-creditore, una misura coercitiva emessa in seno all'ordinamento giuridico

²¹ L'affermazione è diffusa e condivisa, cfr. P. KAYE, *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments* cit., p. 1524 il quale riporta anche l'opinione conforme di G. A. L. DROZ, *Pratique de la Convention de Bruxelles du 27 Septembre 1968*, Paris, 1973; W. KENNETT, *Enforcement of Judgment in Europe* cit., 299; O. REMIEN, *Astreinte, dwangsom und Zwangsgeld in Binnenmarkt* cit., p. 402.

tedesco ove, al contrario, la sanzione pecuniaria, una volta riscossa, deve essere assegnata alle casse dello Stato.

A tale riguardo, non poco suggestiva, sebbene tutt'altro che risolutiva sul piano pratico-applicativo delle questioni destinate a porsi in tale ambito, appare, la risposta recentemente offerta dalla Corte di Giustizia per fare fronte a siffatte disomogeneità di disciplina. Secondo la Corte, invero, il giudice dello Stato membro richiesto dovrebbe “realizzare l'obiettivo perseguito dalla (..) misura coercitiva facendo ricorso alle pertinenti disposizioni del proprio diritto nazionale idonee a garantire in modo equivalente il rispetto del divieto inizialmente emanato”²². In tale ottica, dunque,

²² V., Corte di Giustizia nella decisione del 12 aprile 2001, C-235/09, *DHL Express France c. Chronopost SA*, punto 59, in *FI*, 2011, IV, p. 298. In merito, v. anche le Conclusioni conformi dell'Avvocato generale Pedro Cruz Villalón al punto 67. La proposta interpretativa avallata dalla Corte di Giustizia potrebbe, a mio avviso, costituire un gracile appiglio per risolvere le difficoltà cui l'esecuzione della misura coercitiva, tra ordinamenti non affini, può andare incontro. In particolare, laddove le diversità in merito alla natura della misura coercitiva diano luogo a difficoltà per lo svolgimento dell'esecuzione forzata nello Stato *ad quem*, si potrebbe ritenere che, una volta che la misura coercitiva sia stata ivi riconosciuta e munita di *exequatur*, debba essere, per così dire, “nazionalizzata” da quest'ultimo. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui si tratti di eseguire, in Italia, una decisione applicativa di un *Ordnungsgeld* di cui al § 890 *ZPO*, irrogata in Germania. Le difficoltà cui l'esecuzione forzata in Italia di una misura coercitiva di tale natura può dare luogo sono, ben presto, spiegate. Si pensi, innanzitutto, che in Germania è questa una procedura forzata che, pur richiedendo l'impulso iniziale del creditore, procede “*von Amts wegen*” e si conclude con l'assegnazione della somma direttamente alle casse dello Stato. Cfr., a riguardo quanto osserva O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld* cit., p. 323 il quale, nel rilevare le difficoltà che sul piano pratico si correlano al riconoscimento e all'esecuzione delle misure coercitive di cui al § 890 *ZPO*, specialmente per quanto attiene alla loro riscossione officiosa, osserva: „*Diese ist im Ausland unmittelbar nicht möglich, und es wäre höchstens denkbar, daß Verwaltungsbehörden anderer Staaten aufgrund besonderer Vereinbarungen Vollstreckungshilfe leisten*“.

In casi siffatti, la “nazionalizzazione” della misura comporterebbe che il beneficiario della misura vada individuato, a norma della legislazione dello Stato *ad quem*, nel privato creditore, laddove si ricada nell'ambito applicativo dell'art. 614-*bis* c.p.c.; ovvero, in uno dei particolari fondi pubblici o sinanche nello Stato, laddove si verta entro i confini di una delle misure coercitive contemplate dalla legislazione speciale, e dunque sia a tali soggetti cui spetti l'assegnazione della somma in esito all'esecuzione forzata del relativo titolo esecutivo. Si è ben consapevoli, peraltro, di come sia questa una soluzione interpretativa che potrebbe andare incontro a nutrite obiezioni in ragione, innanzitutto, dell'operare del principio dell'estensione degli effetti, tale per cui, secondo la concezione dominante, il provvedimento deve essere ammesso a produrre nello Stato *ad quem* i medesimi effetti ad esso accordati nello Stato d'origine. Tuttavia, a mio avviso, essa potrebbe trovare almeno qualche ragione per giustificare l'accoglimento. Ci si riferisce, innanzitutto, al fatto che essa appare coerente ai principi - già da tempo affermati dai Giudici del *Kirchberg* - secondo cui la disciplina comunitaria “non si occupa dell'esecuzione propriamente detta la quale rimane soggetta al diritto nazionale del giudice adito” (Corte Giust., 29 aprile 1999, C-267/97, *Eric Coursier*, in *Raccolta*, 1999, p. I-2571, punto 28) e secondo cui “le difficoltà che sorgono nel corso di tali procedure sono di competenza esclusiva del giudice del luogo dell'esecuzione” (Cfr. Corte Giust., 26 marzo 1992, C-261/90, *Reichert II*, in *FI*, 1994, IV, p. 235 e 239, punto 27).

L'assoggettamento della fase attuativa, strettamente intesa, della misura coercitiva alle regole poste dal *forum executionis* - pur estese, in via interpretativa, sino ad ammetterne l'operatività in ordine all'individuazione del beneficiario del pagamento - avrebbe, pertanto, quantomeno, il merito di dare una soluzione certa ad una questione, altrimenti difficilmente, superabile. Dal momento che non pare possa essere ragionevolmente sostenuta, almeno per il momento, quell'opinione, pur diffusa e

alcun limite può essere fatto legittimamente discendere, quanto alla possibilità di offrire riconoscimento ed esecuzione a consimili misure, dall'esistenza di istituti giuridici fortemente eterogenei. Un tanto in coerenza, del resto, con lo spirito di fondo del Reg. (CE) n. 44/2001 con cui, nella sostanza, si è pervenuti alla "esplicita equiparazione tra istituti diversi di diritto interno, in considerazione del loro contenuto e della loro funzione"²³.

Laddove si concordi, dunque, nel ritenere che l'art. 49 del Reg. (CE) n. 44/2001 costituisce il fondamento positivo dell'esecuzione processuale comunitaria indiretta e che lo stesso opera, innanzitutto, quale norma di rinvio alla *lex fori* diviene, giocoforza, necessario procedere alla disamina della disciplina che le misure coercitive ricevono nei principali ordinamenti giuridici degli Stati membri. Ciò servirà a comprendere se, ed eventualmente in quale modo, le relative specialità di disciplina incidano sul fenomeno circolatorio delle decisioni che le applicano.

A titolo di notazione introduttiva, è bene evidenziare che il quadro complessivo di riferimento mostra all'interprete un panorama particolarmente vario e multiforme. In questa materia, del resto, le divergenze che connotano le legislazioni processuali dei singoli Stati membri sono state a più riprese messe bene in luce dalla nostra dottrina. Cospicui sono, invero, gli studi che, specie in passato, hanno indagato in chiave comparatistica le caratteristiche e le modalità di funzionamento dell'istituto in esame in seno agli ordinamenti giuridici più vicini, per tradizione e cultura giuridica, al nostro. Primi tra tutti gli ordinamenti processuali francese e germanico. Un tanto anche al fine di trarne elementi di ispirazione da riversare nelle diverse proposte

autorevolmente accolta, secondo cui a tale questione gli Stati membri sarebbero chiamati a dare risposta costituendo appositi meccanismi di cooperazione tra autorità giudiziarie esecutive. Tale soluzione, pur in sé affascinante, non appare tuttavia allo stato realisticamente sostenibile, in assenza di apposite convenzioni-bilaterali tra Stati, e, quantomeno, sino a che non intervenga un apposito Regolamento comunitario in materia di esecuzione forzata. Cfr. a riguardo, B. HESS - T. PFEIFFER - P. SCHLOSSER, *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States* cit., par. 619 i quali nel presentare la loro proposta per la revisione del testo dell'articolo 49 del Reg. (CE) n. 44/2001 propongono di emendarlo con l'aggiunta di "A clarification that payment to the fiscal authorities of the Member States of origin (as contempt fines) shall be collected by the judicial authorities of the Member State of enforcement. The transfer of the money shall be effected between the judicial authorities of the Member States concerned".

²³ È questo, del resto, uno sforzo interpretativo teso ad esaltare l'autonomia del sistema regolamentare dai singoli diritti nazionale che la Corte di Giustizia ha inaugurato ormai da tempo, v. F. CARPI, *Riflessioni sull'armonizzazione del diritto processuale civile in Europa in relazione alla convenzione di Bruxelles del 1968* cit., p. 1043; G. TARZIA, *Nozioni comuni per un processo civile europeo* cit., p. 327.

legislative che via via si sono succedute nel tempo, con l'intento di introdurre una figura generale di misura coercitiva anche in seno al nostro ordinamento²⁴.

Nell'accingersi ad affrontare, in chiave comparata, l'analisi di come le misure coercitive operano e sono strutturate al di fuori del nostro ordinamento è senz'altro dai risultati cui tali lavori scientifici sono pervenuti che appare necessario prendere le mosse. A riguardo, mi sembra doveroso evidenziare come, tra coloro che si sono dedicati al problema, si riscontri, con una buona costanza, la tendenza ad indagare il tema delle misure coercitive adottando un atteggiamento che definirei di contrapposizione, determinato, forse, dalla cospicua influenza che alcuni autorevoli studi hanno esercitato sull'elaborazione dogmatica ad essi successiva²⁵.

²⁴ Gli studi che hanno affrontato il tema in prospettiva comparata sono assai numerosi. Tra i molti, si veda, da noi, L. FERRARA, *L'esecuzione processuale indiretta* cit.; P. PUCCIARIELLO – G. FANELLI, *L'esperienza straniera dell'esecuzione forzata indiretta*, in B. CAPPONI (a cura di), *L'esecuzione processuale indiretta* cit., p. 43 ss.; E. SILVESTRI – M. TARUFFO, *Esecuzione forzata. III) Esecuzione forzata e misure coercitive* cit., p. 2 ss.; S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti* cit., p. 68 ss.; F. CARPI, *Note in tema di tecniche di attuazione dei diritti* cit., p. 110 ss.; M. TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici* cit., p. 142 ss.; B. CAPPONI, *Astreintes nel processo civile italiano?* cit., p. 157 ss.; E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea* cit., p. 737 ss.; Id., *Obbligazioni infungibili, misure coercitive e superamento del principio di necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata* cit., p. 308 ss.; A. FRIGNANI, *Il mondo dell'astreinte: sviluppi recenti e prospettive* cit., p. 931 ss.; Id., *Il "Contempt of Court" quale sanzione per l'inesecuzione dell' "injunction"* cit., 112 ss.; Id., *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano* cit.; Id., *Le penalità di mora nel diritto comunitario, francese e italiano* cit., 219 ss.; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna* cit., 1165; Id., *Condanna (e misure coercitive)* cit., p. 4; P. CENDON, *Le misure compulsorie a carattere pecuniario*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* cit., p. 293 ss. Tra gli studi apparsi all'estero, si ricordano, i lavori di: J. P. DAWSON, *Specific Performance in France and Germany*, in *57 MichLR*, 1959, p. 506 ss.; R. GOLDSCHMIDT, *Las astreintes, las sanciones por contempt of court y otros medios para conseguir el cumplimiento de las obligaciones de hacer y de no hacer*, in *Scritti giuridici in onore della Cedam*, I, Padova, 1953, p. 63 ss.; U. JACOBSON – J. JACOB (edited by), *Trends in the enforcement of non-money judgments and orders: the first International colloquium on the law of civil procedure* cit.; W. KENNETT, *Enforcement of Judgment in Europe* cit., pp. 287 ss. In seno alla dottrina tedesca, v., per tutti, O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld* cit., p. 5 ss.

²⁵ Ci si riferisce, in particolare, alla nota monografia di S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti* cit., p. 97 e all'idea che da esso è trapelata secondo cui, innanzitutto, anche le misure coercitive patrimoniali proprie del diritto tedesco costituirebbero un mero relitto storico e avrebbero conosciuto un processo di svuotamento, in termini contenutistici e funzionali, ad opera della giurisprudenza e della dottrina, le quali ne avrebbero relegato l'applicazione a casi marginali. In secondo luogo, all'idea per cui nella disciplina codicistica posta dalla ZPO in questa materia si sarebbe perpetuata quella concezione per cui l'inottemperanza alla sentenza del giudice civile integra una "*Verletzung des Königs*" meritevole in quanto tale di essere punita. In realtà, come si avrà ben modo di vedere le misure coercitive compendiate dai §§ 888 e 890 ZPO rivestono, in seno all'ordinamento germanico, un ruolo centrale e insopprimibile per l'esecuzione forzata degli obblighi di fare (infungibile) e di non fare. Un tanto, non solo nell'ottica, in sé insita in ogni provvedimento a carattere compulsorio di garantire il rispetto dei provvedimenti emanati dall'autorità giudiziaria ma, altresì, in quella di offrire al privato-creditore uno strumento di tutela effettiva per garantire l'adempimento del suo diritto. Così, mentre da noi si continua, tutt'ora, ad evidenziarne, peraltro, indistintamente, la natura "assolutamente sanzionatoria" correlata alla violazione di un ordine del giudice (v., da ultimo, testualmente P. PUCCIARIELLO – G. FANELLI, *L'esperienza straniera dell'esecuzione forzata indiretta*,

Ci si riferisce, precisamente, alla constatazione per cui, specie nella dottrina italiana, si è soliti affrontare lo studio delle misure coercitive contrapponendo ad un modello tradizionalmente dipinto quale maggiormente liberale e teso alla realizzazione di una funzione principalmente di stampo privatistico, individuato nel sistema processuale francese e a quelli che ad esso si ispirano; un modello di stampo autoritativo e pubblicistico teso a privilegiare l'esigenza di rafforzamento del prestigio e dell'autorità delle decisioni giudiziarie, individuato nel sistema austro-tedesco²⁶.

Tale lettura del fenomeno in esame, pur essendo in parte senz'altro vera e ampiamente argomentata dai suoi sostenitori, risente tuttavia, a mio avviso, di una lettura un poco preconcepita degli istituti richiamati e specialmente di quelli propri dell'esperienza austro-tedesca. Invero, laddove si vada a ripercorrerne compiutamente la disciplina processuale vigente, nei singoli snodi procedurali, si scorge la sensazione che almeno taluni dei postulati con cui la dottrina si è accostata allo studio di tali misure siano destinati a venire meno. Né si condivide l'idea che per avallare la fondatezza della contrapposizione tra concezione privatistica e concezione pubblicistica sia di per sé sufficiente fare leva sul soggetto destinatario della somma di denaro dovuta a titolo di misura coercitiva²⁷.

L'esame comparatistico delle singole esperienze nazionali, oltre ad avere il pregio di evidenziare una sicura comunanza di funzioni tra gli istituti caratteristici di ciascun ordinamento, consentirà di mettere in luce come sia questo, a ben vedere, un ambito in cui l'elemento privatistico e quello pubblicistico, lungi dall'avallare la fondatezza

in B. CAPPONI (a cura di), *L'esecuzione processuale indiretta* cit., p. 51), si deve rilevare come, al contrario, la dottrina germanica, ormai da molto tempo, si sia, per converso, impegnata nell'affermarne la natura di strumenti di coercizione all'adempimento e, dunque, nella loro strumentalità alla tutela effettiva del diritto del creditore ad ottenere l'adempimento. Cfr., W. L. PASTOR, *Die Unterlassungsvollstreckung nach § 890 ZPO*, III ed., Köln, 1982, p. 16 ss. e p. 40 ss. Per una critica alle impressioni suggerite, quanto al sistema tedesco delle *Zwangsstrafen* da Chirloni, v., altresì, E. SILVESTRI – M. TARUFFO, *Esecuzione forzata. III) Esecuzione forzata e misure coercitive* cit., pp. 5-6.

²⁶ Dell'accoglimento di tale impostazione, offrono efficace esempio i lavori di S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti* cit., p. 97; P. PUCCIARIELLO – G. FANELLI, *L'esperienza straniera dell'esecuzione forzata indiretta*, in B. CAPPONI (a cura di), *L'esecuzione processuale indiretta* cit., p. 55 ss. Maggiormente inclini a ravvisare elementi di comunanza tra le esperienze poc'anzi citate si mostrano, G. BORRÉ, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare* cit., 24; S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare* cit., p. 57.

²⁷ Fanno derivare la natura sanzionatoria in senso proprio dalla circostanza che il ricavato non è devoluto al creditore della prestazione, bensì allo Stato e dall'eventualità che la pena pecuniaria si converta in pena detentiva, laddove non onorata E. SILVESTRI – M. TARUFFO, *Esecuzione forzata. III) Esecuzione forzata e misure coercitive* cit., p. 5; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna* cit., p. 1169.

di rigide contrapposizioni avvalorati, piuttosto, l'esistenza di una morbida penetrazione che dà luogo, accanto ad evidenti elementi di diversità, anche alla presenza di significativi profili di convergenza.

4. I principali modelli di esecuzione processuale indiretta presenti al livello nazionale degli Stati membri: un rapido sguardo d'insieme

A differenza di quanto si è verificato nel nostro ordinamento, in cui l'introduzione di una figura generale e atipica di misura coercitiva indiretta ha stentato a trovare riconoscimento nel diritto positivo, il panorama europeo esibisce, da tempo, tre diversi modelli, peraltro ben consolidati, di esecuzione processuale indiretta delle decisioni giudiziali²⁸.

Precisamente, i modelli di esecuzione processuale indiretta cui rivolgere l'attenzione sono: quello francese delle *astreintes*; quello austro-tedesco dello *Zwangsgeld* e dell'*Ordnungsgeld* e quello anglosassone del *Contempt of Court*.

Di tali esperienze si intende, ora, dare conto al fine di comprendere compiutamente se, ed eventualmente in quale modo, l'atteggiarsi delle singole legislazioni processuali nazionali influisca sul funzionamento della disciplina comunitaria in materia. Conformemente alla linea di ricerca accolta nel presente studio, peraltro, è bene evidenziare che scopo delle pagine che seguono non è quello di offrire una visione esaustiva delle singole figure di misure coercitive note a livello nazionale; bensì, più modestamente, quello di mettere in luce i singoli profili processuali che risulteranno cruciali per risolvere i nodi interpretativi relativi alla circolazione, sul piano comunitario, di siffatti provvedimenti e alla cui compiuta disamina sarà dedicato il Capitolo conclusivo del presente lavoro.

²⁸ Per un'utile visione d'insieme dei principali modelli di esecuzione processuale indiretta, v. A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna* cit., p. 1165; Id., *Condanna (e misure coercitive)* cit., p. 4; A. FRIGNANI, *Il mondo dell'astreinte: sviluppi recenti e prospettive* cit., p. 931; E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea* cit., p. 737 ss.; E. SILVESTRI – M. TARUFFO, *V. Esecuzione forzata. III) Esecuzione forzata e misure coercitive* cit., p. 5; A. CHIZZINI, *Commento sub Art. 614-bis c.p.c.* cit., p. 141 ss.; R. GOLDSCHMIDT, *Las astreintes, las sanciones por contempt of court y otros medios para conseguir el cumplimiento de las obligaciones de hacer y de no hacer* cit., p. 63 ss.; P. SCHLOSSER, *A new dimension of human rights' consideration in civil procedure* cit., p. 36; S. MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale* cit., p. 1004; P. PUCCIARIELLO – G. FANELLI, *L'esperienza straniera dell'esecuzione forzata indiretta*, in B. CAPPONI (a cura di), *L'esecuzione processuale indiretta* cit., p. 43.

Se, come si avrà ben modo di mettere in luce, le diverse esperienze processuali in materia di misure coercitive evidenziano, come già accennato, una sostanziale comunanza di funzioni, le tecniche processuali con cui queste ultime vengono perseguite risultano, a seconda dell'ordinamento preso in considerazione, tra loro assai divergenti e difficilmente accostabili.

In tale ottica, dopo aver esaminato la disciplina cui le misure coercitive sono soggette in seno ai singoli ordinamenti nazionali si passerà allo svolgimento di una analisi del fenomeno in chiave più strettamente comparatistica, per singole questioni procedurali, confrontando le soluzioni che, a riguardo, ciascun ordinamento appresta per articolare le modalità di funzionamento e l'esplicazione, dal punto di vista strutturale, dell'efficacia dello strumento compulsorio.

5. *Il modello fatto proprio dall'art. 49 del Reg. (CE) n. 44/2001: cenni introduttivi al sistema francese dell'astreinte.*

A riguardo, appare doveroso prendere le mosse dall'istituto francese dell'*astreinte* che, quantomeno in un'ottica di tipo funzionale, ha costituito il paradigma di riferimento per il legislatore italiano del 2009²⁹ e che, su scala europea ed anche extraeuropea, rappresenta certamente il modello in espansione³⁰. Le origini, almeno

²⁹

Tra coloro che avevano espressamente individuato nelle *astreintes* francesi il modello di misura coercitiva da prediligere, rispetto a quello di derivazione germanica e anglosassone, nell'ottica dell'introduzione delle stesse nel nostro ordinamento v. B. CAPPONI, *Astreintes nel processo civile italiano?* cit., p. 172; E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea* cit., p. 760 ss.; P. RESCIGNO, *Presentazione a Mazzamuto, L'attuazione degli obblighi di fare* cit., p. XIX. In argomento, anche, M. TARUFFO, *Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione* cit., p. 663; V. DENTI, *«Flashes» su accertamento e condanna* cit., p. 264.

³⁰ Il modello francese dell'*astreinte* dopo essere stato recepito, sia pure con significative peculiarità di disciplina, dall'ordinamento dei Paesi del Benelux è stato adottato anche dall'ordinamento portoghese che contempla la figura all'art. 829-A del *Código Civil* ed, infine, dal legislatore italiano del 2009 che ha collocato l'istituto nell'art. 614-bis c.p.c.. A livello extra-europeo giova evidenziare come una misura coercitiva forgiata sul modello in parola si rinvenga, altresì, all'art. 644 del codice di procedura civile brasiliano del 1973. Per una panoramica illustrativa della diffusione dell'*astreinte* al di fuori dell'ordinamento giuridico francese v. A. FRIGNANI, *Il mondo dell'astreinte: sviluppi recenti e prospettive* cit., p. 931; E. SILVESTRI, *Rilievi comparatistici in tema di esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, p. 534 ss. La produzione dottrinale sulle *astreintes* francesi è vastissima. Si veda, sin d'ora, senza pretesa di completezza, M. A. ESMEIN, *L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes*, in *Rev. trim. dr. Civ.*, 1903, p. 34 ss.; E. DU RUSQUEC, voce *Astreintes (Introduction)* in *Juris-Classeurs. Procédure civile*, fasc. 2120, Paris, 1993; Id., voce *Astreintes (Astreinte provisoire)*, in *Juris-Classeurs. Procédure*

in parte, francesi del meccanismo compulsorio accolto anche dall'art. 614-*bis* c.p.c. consigliano pertanto la trattazione in posizione privilegiata dei contorni processuali caratterizzanti l'istituto transalpino dell'*astreinte*.

In via introduttiva, l'*astreinte* può essere definita quale condanna accessoria del debitore, inizialmente nella forma solo minacciata, al pagamento di una somma di denaro per ogni giorno (o per qualunque altra unità temporale predeterminata) di ritardo nell'adempimento di un'obbligazione consacrata in un provvedimento giudiziale³¹; oppure al pagamento di una somma di denaro fissa per ciascuna violazione dell'obbligazione successivamente commessa³².

5.1. (segue) Brevi note sulla genesi dell'istituto: la necessità di chiarire che al momento dell'approvazione della Convenzione di Bruxelles il percorso di distinzione dell'astreinte dal rimedio risarcitorio si era ormai compiuto in seno alla giurisprudenza francese

La previsione di un meccanismo comminatorio e coercitivo che si caratterizza per l'irrogazione di una sanzione pecuniaria accessoria ad una pronuncia a valenza

civile, fasc. 2130, Paris, 1994; Id., voce *Astreintes (Astreintes définitive et légales. Astreintes en droit international privé, droit communautaire et droit comapré)*, in *Juris-Classeurs. Procédure civile*, fasc. 2140, Paris, 1993; J. P. CHABAS, V. *Astreintes*, in *Répertoire Dalloz de procédure civile*, Paris, 1994; R. PERROT – P. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, Paris, 2000, p. 80 ss.; J. VINCENT – J. PRÉVAULT, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Paris, 1999, p. 25; M. DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Paris, 1987; H. MAZEUD – L. MAZEUD – J. MAZEUD – F. CHABAS, *Leçons de droit civil* cit., p. 1027; J. BORÉ, *La collaboration du juge et du législateur dans l'astreinte judiciaire*, in *Aspects nouveaux de la pensée juridique – Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, I, Paris, 1975, p. 271 ss. Tra gli autori italiani che si sono dedicati nello specifico allo studio di questo istituto v. L. FERRARA, *L'esecuzione processuale indiretta* cit., p. 87 ss.; A. FRIGNANI, *Il mondo dell'astreinte: sviluppi recenti e prospettive* cit., p. 931; Id., *Le penalità di mora nel diritto comunitario, francese e italiano* cit., p. 251; B. CAPPONI, *Astreintes nel processo civile italiano?* cit., p. 157 ss.; A. DONDI, *L'astreinte endoprocessuale* cit., p. 524; S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti* cit., p. 82 ss.; P. PUCCIARIELLO – G. FANELLI, *L'esperienza straniera dell'esecuzione forzata indiretta*, in B. CAPPONI (a cura di), *L'esecuzione processuale indiretta* cit., p. 43 ss.; E. SILVESTRI – M. TARUFFO, *Esecuzione forzata. III) Esecuzione forzata e misure coercitive* cit., p. 6; R. PERROT, *La coercizione per dissuasione nel diritto francese*, *Riv. dir. proc. civ.*, 1996, p. 658 ss.; E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea* cit., p. 740 ss. ed ivi numerosi riferimenti alla dottrina francese. V, inoltre, U. JACOBSON – J. JACOB (edited by), *Trends in the enforcement of non-money judgments and orders* cit., p. 37.

³¹ Cfr., H. MAZEUD – L. MAZEUD – J. MAZEUD – F. CHABAS, *Leçons de droit civil* cit., p. 1027, i quali definiscono l'*astreinte* “une condamnation pécuniaire prononcée par le juge, ayant pour but de vaincre la résistance d'un débiteur récalcitrant, et de la mener à exécuter une décision de justice”.

³² Per l'uso di tale definizione, v. E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea* cit., p. 742.

principale, destinata ad aumentare nel tempo quanto più si protragga il ritardo del debitore nell'esecuzione o nella conformazione a diritto del suo comportamento, affonda le proprie origini nell'ordinamento francese dei primi anni del secolo XIX³³. Le origini pretorie ed altamente creative dell'istituto sono ben note. E' stata, invero, la giurisprudenza ad avvertire, per prima, la necessità di introdurre un rimedio per assistere l'effettività dell'esecuzione delle sentenze di condanna³⁴. Di esso e' tuttavia assai difficile e forse anche di dubbia utilità, per i fini del presente studio, individuarne le precise radici storiche³⁵.

E' tuttavia senz'altro interessante notare come sia stata questa una pratica sorta, non senza contrasti, per mano della giurisprudenza, ammantata delle vesti del risarcimento del danno per equivalente, ed in totale assenza di una disciplina positiva di riferimento³⁶. Disciplina positiva che, invero, è apparsa solo in tempi a noi recenti.

³³ Sulle origini storiche dell'*astreinte* v., S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti* cit., p. 72 ss.; P. PUCCIARIELLO – G. FANELLI, *L'esperienza straniera dell'esecuzione forzata indiretta*, in B. CAPPONI (a cura di), *L'esecuzione processuale indiretta* cit., p. 43.

³⁴ E' noto come le origini dell'istituto vengano fatte convenzionalmente risalire, secondo una diffusa opinione, ad una pronuncia del Tribunale di Croy del 1811 con cui il giudice condannò il convenuto a "compiere una pubblica ritrattazione sotto pena di dover pagare tre franchi per ogni giorno di ritardo nell'adempimento" (Trib. civ. Croy, 25 marzo 1811, *Jur. gén.*, voce *Chose jugée*, n. 386). La citazione è ripresa da E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea* cit., p. 742. Sul punto, v. DU RUSQUEC, voce *Astreintes (Introduction)* cit., p. 3. Si deve, tuttavia, mettere in luce come l'esatta collocazione temporale della nascita dell'*astreinte* risulti tutt'altro che pacifica. Alcuni autori, infatti avrebbero dimostrato che le origini dell'*astreinte* sarebbero assai più remote in quanto già a partire dal XIII secolo i giudici avevano il potere di pronunciare comminatorie pecuniarie a garanzia dell'esecuzione dei propri provvedimenti. V., M. A. ESMEIN, *L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes* cit., p. 37 al quale deve essere riportato il primo tentativo apparso in seno alla dottrina francese di offrire una sistemazione teorica all'istituto. Successivamente alla decisione poc'anzi richiamata, la giurisprudenza della Corte di Cassazione francese avallò l'ammissibilità dell'utilizzo dell'istituto (per gli opportuni riferimenti alla giurisprudenza francese dell'epoca, v. E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea* cit., p. 742). Non mancavano, tuttavia, critiche, rimaste pur minoritarie, e seri dubbi sull'effettività di tale strumento processuale da parte di chi dissentiva dall'uso diffuso dell'*astreinte*. V., J. P. DAWSON, *Specific Performance in France and Germany*, cit., p. 512; R. PERROT, *La coercizione per dissuasione nel diritto francese* cit., p. 668; Id., *L'effettività dei provvedimenti giudiziari nel diritto civile commerciale e del lavoro in Francia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 859.

³⁵ Per una dettagliata analisi anche quanto alle origini storiche dell'*astreinte*, sia consentito rinviare a O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld* cit., pp. 268-271. Anche da noi non sono mancati gli autori che hanno messo bene in luce la difficoltà di individuare l'esatto processo cronologico che ha portato, infine, alla individuazione di tale rimedio per assistere l'effettività della pronuncia di condanna. V., A. DONDI, *L'astreinte endoprocessuale* cit., p. 528 ss.; S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare* cit., 35 ss.; B. CAPPONI, *Astreintes nel processo civile italiano?* cit., p. 157; G. BORRÉ, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare* cit.; E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea* cit. p. 742.

³⁶ Tanto che un autorevole studioso ha giudicato l'*astreinte* come il risultato della più importante opera di integrazione del *jus conditum* che non trova precedenti se non nella giurisprudenza creativa del pretore romano. Cfr. G. BORRÉ, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e*

E' solo con gli articoli 5-8 della legge n. 72-626 del 5 luglio 1972, in seguito modificata e completata dagli artt. 33-36 della legge n. 91-650 del 9 luglio 1991, contenente la riforma del processo di esecuzione forzata, che il legislatore francese ha recepito, in sede normativa, lo strumento in esame.

Nel tentare di fornire una visione pur sintetica ma completa dell'istituto in esame mi sembra doveroso mettere in luce come la pratica dell'*astreinte*, per come è venuta evolvendosi nel corso del tempo prima di approdare alla sua disciplina attualmente vigente, si connoti, nella sua essenza, per due dati di fondo tra loro intimamente connessi. Essa, invero, si caratterizza per essere storia, da un lato, di differenziazione dal rimedio risarcitorio³⁷; dall'altro, di affermazione, accanto ad un'*astreinte* di carattere provvisorio, di un'*astreinte* a carattere definitivo.

Trattasi di due aspetti fondamentali che, a mio avviso, è bene mettere in luce e tenere in considerazione proprio nel momento in cui si passerà a vagliare il fenomeno circolatorio di queste misure coercitive al di fuori dei confini dell'ordinamento francese.

Un primo dato certo, dunque, se si guarda alla sua genesi è che l'*astreinte* veniva inquadrata nella disciplina del risarcimento dei danni³⁸ essendo concepita, sul piano tecnico, quale sorta di condanna in futuro *a tant par jour de retard*. Aspetto, quest'ultimo, che evidenzia, tra l'altro, lo sforzo di dare un inquadramento dogmatico solido all'istituto. E' indubbio, invero, che le prime apparizioni dell'istituto

non fare cit., p. 21. Si deve peraltro rilevare come, specie nei primi anni di applicazione dell'istituto, la dottrina del tutto maggioritaria si mostrò fortemente critica nei riguardi dell'uso dell'*astreinte*, la quale veniva considerata una pratica illegittima ed arbitraria. A riguardo sia consentito rinviare, ancora una volta, alle limpide osservazioni di E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea* cit., p. 743, spec. nt. 38 anche per gli opportuni riferimenti alla dottrina francese.

³⁷ Vero è che per tutto l'arco del XIX secolo la dottrina d'Oltralpe ha mostrato diffidenza ed ostilità nei riguardi dell'istituto, costringendo la giurisprudenza a cimentarsi nello sforzo dogmatico di individuare un ancoraggio di diritto positivo dell'*astreinte*. Il risultato che ne è conseguito è stato l'accostamento ai c.d. *dommages – intérêts* al fine, per l'appunto, di rinvenire tale fondamento positivo nell'art. 1142 del *Code Civil* del 1804 il quale, testualmente, prevedeva: "*Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur*". Cfr., E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea* cit., p. 745.

³⁸ E' noto, invero, come l'innovazione giurisprudenziale che ha portato all'inaugurazione della pratica dell'*astreinte* seguiva, di pochi anni, l'entrata in vigore del *Code Napoleon* il quale codificava all'art. 1142 il principio della piena alternatività tra adempimento in natura e risarcimento del danno. Tale concomitanza cronologica non può essere considerata il frutto di una mera coincidenza temporale ma ha indotto, piuttosto, la dottrina a ravvisare nell'*astreinte* la reazione giurisprudenziale ai compilatori napoleonici che, in nome dell'impostazione liberale incentrata sul netto rifiuto ad ogni mezzo esecutivo contro la persona del debitore, avevano di fatto finito con il sacrificare pesantemente le aspettative di tutela del creditore. Per un accostamento dell'esordio dell'*astreinte* francese al rimedio risarcitorio, v. A. CHIZZINI, *Commento sub Art. 614-bis c.p.c. cit.*, p. 141.

presentano un elemento comune dato dal prevalente rinvio al concetto di *dommages-intérêts*, quale categoria di riferimento per definire la sanzione pecuniaria comminata nei confronti del debitore in caso di inottemperanza all'obbligo consacrato nel provvedimento giudiziale³⁹.

All'origine dell'*astreinte* si poneva, invero, la necessità di garantire l'esecuzione di alcune specie di obbligazioni accertate per via giudiziale, soprattutto, anche se non esclusivamente, quelle di fare e di non fare. E, con essa, l'esigenza di supplire alle insufficienze del sistema francese quanto ai mezzi di tutela posti a disposizione del creditore per indurre il debitore a dare esecuzione in forma specifica ad un'obbligazione, altrimenti non eseguibile forzatamente⁴⁰.

La regola generale codificata dall'art. 1142 del *Code Napoléon* sanciva infatti il principio della piena alternatività tra adempimento in natura e risarcimento del danno, ivi stabilendosi che l'unica conseguenza della mancata esecuzione di un'obbligazione di fare o di non fare poteva consistere unicamente nella prestazione dell'equivalente monetario in denaro. Portato, quest'ultimo, che veniva ricondotto al principio *nemo praecise ad factum cogi potest*.

La lettura di tale disposizione, almeno formalmente volta a precludere l'ammissibilità di qualunque forma di esecuzione forzata indiretta, dal momento che tranciante sarebbe in essa concepito il momento tra esecuzione specifica ed esecuzione per equivalente⁴¹, è stata tuttavia domata, a proprio uso, dalla giurisprudenza. Quest'ultima, invero, mediante il richiamo al concetto di *dommages e intérêts*, ha fatto assurgere la norma a fondamento legislativo, legittimante anche sul piano positivo, la pratica giudiziaria dell'*astreinte*⁴².

³⁹ V. a riguardo L. FERRARA, *L'esecuzione processuale indiretta* cit., p. 126 ed ivi il rilievo che nelle sue prime apparizioni l'*astreinte* veniva considerata quale semplice *exagération du taux des dommages-intérêts*; J. BORÉ, *La collaboration du juge et du législateur dans l'astreinte judiciaire*, in *Aspects nouveaux de la pensée juridique – Recueil d'études en hommage à Marc Ancel* cit., p. 277.

⁴⁰ L. BOYER, *Le Astreintes nel diritto francese*, in *Jus*, 1954, p. 412.

⁴¹ Sicchè tale norma esclude quella che qualcuno ha ben definito la "tensione all'esecuzione coattiva degli obblighi in questione, poiché prevede espressamente la loro automatica conversione nell'obbligo di risarcire il danno derivante dall'inadempimento". Così, M. TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici* cit., p. 163.

⁴² Coloro che hanno avversato la pratica dell'*astreinte* evidenziano il contrasto di quest'ultima con l'adesione operata dal legislatore francese al principio di cui nel testo alla cui base si pone un assoluto rispetto della sfera di libertà del singolo, nel senso di escludere la realizzazione coattiva di uno specifico comportamento dovuto. In tale visione rientra anche il frequente riferimento al principio *nulla poena sine lege* la cui utilizzazione è servita alla dottrina per restringere, al solo ambito delle previsioni di legge, il potere del giudice di condannare a sanzioni pecuniarie periodiche al fine di

Nell'evoluzione della figura, peraltro, è bene rimarcare come il tentativo di legare l'*astreinte* alle categorie dogmatiche della responsabilità e del danno, assume un rilievo di carattere centrale in quanto ha contribuito a frenare l'affermazione del carattere comminatorio, in senso proprio, dell'istituto⁴³.

Si deve, peraltro, dare conto del fatto che tale impostazione concettuale, volta a recidere qualunque legame tra l'istituto in esame e forme di esecuzione indiretta, è stata, tuttavia, ben presto abbandonata dalla giurisprudenza. La condanna al pagamento della penalità di mora ha conosciuto, invero, il graduale sganciamento da qualunque richiamo al danno subito dal creditore a seguito dell'inadempimento⁴⁴.

In questo percorso, almeno tre sono i fattori che hanno concorso a fondare il carattere comminatorio dell'*astreinte*. Ci si riferisce, precisamente: alla previsione della periodizzazione della somma; alla assenza di qualunque principio di proporzionalità tra il danno economico effettivamente subito dal creditore in dipendenza dell'inadempimento al comando giudiziale e la quantificazione della misura; ed, in particolare, alla commisurazione della penalità in dipendenza della consistenza e della capacità patrimoniale del debitore e dell'atteggiamento che quest'ultimo abbia mostrato nei riguardi del *dictum* giudiziale⁴⁵.

indurre la parte ad un *facere* specifico. In linea generale, vale sin d'ora la pena di sottolineare che il rifiuto operato da una parte della dottrina alla pratica dell'*astreinte* si spiega agevolmente nell'ambito di una concezione astrattamente garantistica dei rapporti obbligatori e della funzione del processo e dunque del contenimento dei poteri del giudice all'interno di essi. V., A. DONDI, *L'astreinte endoprocessuale* cit., p. 533.

⁴³ Così, A. DONDI, *L'astreinte endoprocessuale* cit., p. 529.

⁴⁴ Nel corso dell'evoluzione storica dell'istituto la distinzione tra *astreinte* e risarcimento del danno non è stata sempre chiara. Sia perchè la giurisprudenza ha continuato, per lungo tempo, a fondare l'*astreinte* sull'art. 1142 *Code Civil*; sia perché, a più riprese, è emersa la tendenza a liquidare l'*astreinte* sulla base del danno subito dal creditore a causa del ritardo nell'esecuzione della sentenza. L'evoluzione che ha reso progressivamente l'applicazione dell'istituto indipendente dal concetto di danno, riconoscendo all'istituto la natura di *mesure de contrainte*, si è svolta nell'arco temporale compreso tra la prima metà dell'ottocento e gli inizi del novecento. A riguardo, cfr., J. BORÉ, *La collaboration du juge et du législateur dans l'astreinte judiciaire*, in *Aspects nouveaux de la pensée juridique – Recueil d'études en hommage à Marc Ancel* cit., p. 276; E. SILVESTRI – M. TARUFFO, *Esecuzione forzata. III) Esecuzione forzata e misure coercitive* cit., p. 6. Sull'evoluzione dell'*astreinte*, qui solo brevemente accennata, v. L. FERRARA, *L'esecuzione processuale indiretta* cit., p. 81 ss.; J. P. DAWSON, *Specific Performance in France and Germany* cit., p. 506 ss.; R. GOLDSCHMIDT, *Las astreintes, las sanciones, por contempo of court y otros medios para conseguir el cumplimiento de las obligaciones de hacer y de no hacer* cit., p. 65 ss.; S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti* cit., p. 70; E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea* cit., p. 752; A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile* cit., p. 77 ss.; P. PUCCIARIELLO – G. FANELLI, *L'esperienza straniera dell'esecuzione forzata indiretta*, in B. CAPPONI (a cura di), *L'esecuzione processuale indiretta* cit., p. 44.

⁴⁵ L. FERRARA, *L'esecuzione processuale indiretta* cit. il quale osserva come tale caratteristica assoluta, evidentemente, ad una "funzione di tipo efficientistico" della misura dal momento che la

In questa fase, quando la dottrina tenta di dare una definizione all'istituto, quest'ultima viene fatta coincidere con l'individuazione dello scopo principale dell'*astreinte*. Vele a dire, il fatto di essere, essa *astreinte*, una condanna volta a sollecitare la volontà dell'obbligato all'adempimento, anche in funzione del suo carattere esclusivamente e principalmente provvisorio. La provvisorietà della condanna rappresenta infatti un dato quasi costante, indicato come carattere indispensabile di tali provvedimenti. Del resto, la separazione dell'*astreinte* dalle categorie dogmatiche della responsabilità e del danno ripercorre, in un certo qual modo, la parallela evoluzione che ha portato all'affermazione, accanto ad una *astreinte* a carattere provvisorio, anche di una *astreinte* a carattere definitivo⁴⁶.

L'introduzione di un provvedimento definitivo non più modificabile dal giudice che l'ha emesso ha fatto, invero, emergere il carattere eminentemente sanzionatorio della misura e ne ha determinato, sotto il profilo dogmatico ricostruttivo, il definitivo sganciamento da qualsiasi scopo risarcitorio⁴⁷.

In quest'ottica, il passaggio all'adozione di una tipologia di *astreinte* definitiva ha rappresentato il momento decisivo per il superamento di ogni incertezza circa il carattere non risarcitorio dell'istituto chiarendo la funzione comminatoria dell'*astreinte* e, quindi, la sua natura di vera e propria misura coercitiva, diretta a influire sulla volontà del debitore per indurlo all'attuazione in forma specifica del comando giudiziale⁴⁸. Tale superamento ha conosciuto, pur in epoca successiva, una

coercizione esercitata da quest'ultima sarà in grado di condurre al risultato sperato e, quindi di indurre all'adempimento, solo laddove il costo dell'inadempimento divenga insostenibile per l'obbligato. In merito, v. anche, A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna* cit., p. 1165 il quale rileva come la somma di denaro è commisurata dal giudice francese all'entità ritenuta idonea a privare l'obbligato di interesse all'inadempimento e a spingerlo all'adempimento spontaneo; P. PUCCIARIELLO – G. FANELLI, *L'esperienza straniera dell'esecuzione forzata indiretta*, in B. CAPPONI (a cura di), *L'esecuzione processuale indiretta* cit., p. 45; L. BOYER, *Astreintes (astreinte provisoire)*, in *Juris-Classeur de Procédure Civile*, fasc. 518-2, 1979, p. 22; J. P. CHABAS, *La réforme de l'astreinte*, in *Dalloz Chr.*, 1972, p. 274; A. FRIGNANI, *Le penalità di mora e le astreintes nei diritti che si ispirano al modello francese* cit., p. 515, nt. 42.

⁴⁶ A rigore la distinzione lessicale tra *astreinte provisoire* e *astreinte definitive* compare solo con la legge 5 luglio 1972. Prima di quel momento la distinzione utilizzata era quella tra *astreinte comminatoire* e *astreinte non comminatoire*. Cfr., P. PUCCIARIELLO – G. FANELLI, *L'esperienza straniera dell'esecuzione forzata indiretta*, in B. CAPPONI (a cura di), *L'esecuzione processuale indiretta* cit., p. 45.

⁴⁷ In tal senso, P. PUCCIARIELLO – G. FANELLI, *L'esperienza straniera dell'esecuzione forzata indiretta*, in B. CAPPONI (a cura di), *L'esecuzione processuale indiretta* cit., pp. 45-46.

⁴⁸ Sulla qualificazione dell'*astreinte* come misura coercitiva, concorda ormai la maggioranza degli studiosi francesi. Cfr., J. VINCENT – J. PRÉVAULT, *Voies d'exécution et procédures de distribution* cit., p. 25; M. DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution* cit., p. 111 ss.; H.

sua precisa consacrazione anche sul piano normativo con l'approvazione della legge del 5 luglio 1972, n. 626, la quale ha, per la prima volta, dotato di un fondamento positivo la disciplina dell'*astreinte*⁴⁹.

5.2. (segue) *Il regime processuale dell'astreinte francese nella disciplina attualmente vigente: la caratteristica struttura bi-fasica del procedimento recepita anche dall'art. 49 del Reg. (CE) n. 44/2001*

La disciplina vigente dell'*astreinte* si caratterizza per godere di un dato normativo solido e abbastanza chiaro. La normativa di riferimento è contenuta nella legge n. 91-650 del 9 luglio 1991, successivamente modificata dalla legge n. 92-644 del 13 luglio 1992, ove risulta collocata negli artt. da 33 a 36⁵⁰.

MAZEUD – L. MAZEUD – J. MAZEUD – F. CHABAS, *Leçons de droit civil* cit., p. 630 ss. Non manca, tuttavia, chi le accorda, tutt'ora, natura di pena privata. Così, spec. J. P. CHABAS, V. *Astreintes* cit..

⁴⁹ V., a riguardo, J. P. CHABAS, *La réforme de l'astreinte* cit., p. 271; A. FRIGNANI, *Le penalità di mora e le astreintes nei diritti che si ispirano al modello francese* cit., p. 513 ss. il quale mette bene in luce come a tale legge vada il merito di aver fornito un fondamento generale e preciso alle *astreintes* giudiziali. In particolare, la disciplina di riferimento era contenuta nel titolo secondo di tale legge intitolato, per l'appunto, "*De l'astreinte en matière civile*", la quale, da un lato, ha avuto il merito di affermare, sul piano positivo, la distinzione tra l'*astreinte* e i *dommages-intérêts* (art. 6); dall'altro, di sancire la distinzione tra *astreinte provisoire* e *astreinte définitive*. A tale ultimo riguardo, la previsione in esame chiariva, tuttavia, che la funzione dell'*astreinte*, di qualunque tipo, è quella di garantire l'effettiva esecuzione dei provvedimenti dell'autorità giudiziaria (art. 6). Nella legge in esame, dunque, la distinzione fra i due tipi di *astreinte* continuava a rilevare ma solo ai fini della pronuncia del provvedimento e delle modalità della relativa liquidazione.

⁵⁰ Le norme di riferimento sono contenute negli artt. da 33 a 36 delle leggi menzionate nel testo di cui si riporta il testo integrale, tradotto in lingua italiana. La traduzione è ripresa dal contributo di P. PUCCIARIELLO – G. FANELLI, *L'esperienza straniera dell'esecuzione forzata indiretta*, in B. CAPPONI (a cura di), *L'esecuzione processuale indiretta* cit., p. 48.

Art. 33: "Un giudice può, anche d'ufficio, applicare un'*astreinte* per assicurare l'esecuzione della sua decisione. Il giudice dell'esecuzione può imporre un'*astreinte* per garantire l'esecuzione di una decisione proveniente da un altro giudice se le circostanze ne impongono la necessità."

Art. 34: "L'*astreinte* è indipendente dal risarcimento del danno. L'*astreinte* è provvisoria o definitiva. L'*astreinte* deve essere considerata provvisoria, a meno che il giudice non abbia stabilito la sua definitività. Una *astreinte* definitiva può essere comminata soltanto dopo l'imposizione di una *astreinte* provvisoria, per un periodo determinato dal giudice. Se una qualsiasi di queste condizioni non è soddisfatta, la sanzione deve essere assegnata a titolo di penale come *astreinte* provvisoria".

Art. 35: "L'*astreinte*, anche definitiva, è liquidata dal giudice dell'esecuzione, a meno che il giudice che l'ha disposta continui ad essere investito della questione oppure se ne sia espressamente riservato il potere".

Art. 36: "L'importo dell'*astreinte* provvisoria è determinato, tenendo conto del comportamento della persona alla quale è diretta, nonché delle difficoltà che ha affrontato per l'esecuzione.

Il tasso dell'*astreinte* definitiva non può mai essere cambiato nel corso del procedimento di liquidazione.

A riguardo, è bene precisare che nell'ordinamento vigente l'*astreinte* non si caratterizza più quale tecnica di esecuzione indiretta connessa a particolari tipi di obbligazioni, ovvero alle situazioni sostanziali in cui non siano praticabili forme di esecuzione forzata diretta, bensì come istituto a carattere generale⁵¹. Il primo tratto caratteristico dell'*astreinte* francese risiede, invero, nella possibilità della sua applicazione generalizzata. Nel corso del tempo si è, d'altra parte, assistito al progressivo superamento dell'originario collegamento tra *astreinte* e sentenze di condanna ad obblighi di fare infungibili o di non fare e l'applicazione dell'istituto a qualunque tipo di obbligazione, ivi comprese le sentenze di condanna aventi ad oggetto un *facere* fungibile o obbligazioni di dare, ivi compreso il pagamento di somme di denaro. Restano, tuttavia, estranei all'ambito di applicazione dell'istituto quegli obblighi che coinvolgono la libertà individuale o specifiche abilità professionali del debitore⁵².

In ragione di quanto premesso, nella disciplina vigente l'*astreinte* si caratterizza, innanzitutto, per essere un rimedio a carattere generale volto a garantire l'esecuzione di qualunque provvedimento codannatorio di natura giudiziale.

L'*astreinte* viene annullata in tutto o in parte, se 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”.

⁵¹ L'*astreinte* può, dunque, essere applicata anche qualora si tratti di garantire l'attuazione di prestazioni personali (ad es. prestazioni lavorative) e anche a fronte di prestazioni che essendo fungibili sarebbero suscettibili di esecuzione specifica ad opera di un terzo. In tale ottica se ne riscontra l'impiego anche nel caso di condanne alla consegna o al rilascio e più in generale anche alle obbligazioni di dare, ivi compresa l'ipotesi della condanna al pagamento di somme di denaro. Cfr., M. TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici* cit., p. 165. E' questo un profilo dell'*astreinte* francese che merita particolare interesse e che evidenzia come in Francia l'*astreinte* non sia affatto concepita come mezzo alternativo all'esecuzione forzata, bensì come strumento a quest'ultima del tutto complementare. Cfr., L. BOYER, *Le Astreintes nel diritto francese* cit., p. 412.

Si deve, peraltro, segnalare come il primo momento significativo nell'ampliamento del campo di applicazione dell'*astreinte* si sia avuto con la riforma del Codice di procedura civile operata nei primi anni settanta del secolo passato con cui l'*astreinte* è divenuta un mezzo di coazione all'adempimento anche degli obblighi di natura processuale, a tutela delle stesse prerogative del giudice. L'art. 11 del vigente *Code de procédure civile* nell'imporre alle parti l'obbligo di collaborare ai fini della formazione del convincimento del giudice, in particolare per quanto attiene l'attività istruttoria prevede che “*Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de la produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime*”. Attualmente, invero, l'*astreinte* endoprocessuale costituisce “lo strumento esclusivo di coercizione nei confronti della parte e del terzo che non ottemperino ai provvedimenti del giudice in materia di prove”. V., testualmente, A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile* cit., p. 73 ss.

⁵² Cfr., E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea* cit., p. 753.

A norma dell'art. 33 della l. 9 luglio 1991, n. 650, l'*astreinte*, disposta con il provvedimento che chiude il giudizio, può essere pronunciata, non solo su iniziativa del creditore interessato, ma anche in via officiosa⁵³, senza la necessità di dover attivare il previo contraddittorio tra le parti e senza che il giudice abbia, in merito, alcun onere motivatorio. Connotati, questi ultimi, che offrono efficace dimostrazione del fatto che la funzione e l'obiettivo dell'*astreinte* resta comunque anche quello di assicurare l'esigenza pubblicistica del rispetto e dell'osservanza del provvedimento del giudice.

Il sistema francese poggia tutto, come già si è accennato, sulla distinzione tra *astreinte* provvisoria e *astreinte* definitiva, espressamente codificata all'art. 34 della l. 9 luglio 1991, n. 650 e sulla prevalenza che esso accorda alla prima sulla seconda⁵⁴. Tale disposizione prevede, infatti, che “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”.

Su tale distinzione riposa la concezione che accorda, tanto alla misura provvisoria, quanto a quella definitiva, una comunanza di funzione, di tipo pur sempre comminatorio, ma che rinviene nella esclusiva modificabilità della prima il suo tratto caratterizzante. L'*astreinte* provvisoria, è invero, sempre rivedibile dal giudice che l'ha comminata al fine di renderla aderente alle esigenze del caso concreto. Vale a dire, al fine di assicurare che la stessa mantenga la propria funzione di induzione all'adempimento.

Mentre l'*astreinte* provvisoria è sempre modificabile dal giudice che l'ha pronunciata; l'*astreinte* definitiva consiste, per contro, in una condanna la cui entità è

⁵³ Cfr., J. BORÉ, *La collaboration du juge et du législateur dans l'astreinte judiciaire*, in *Aspects nouveaux de la pensée juridique – Recueil d'études en hommage à Marc Ancel* cit., p. 283. Sulle contraddizioni da cui, da tale angolo di visuale, il sistema è affetto v. J. P. CHABAS, *La réforme de l'astreinte* cit., p. 271 il quale mette in luce come, da un lato, il sistema ammetta l'iniziativa officiosa nella pronuncia della misura senza, tuttavia, mettere in discussione che, anche in tal caso, il destinatario del pagamento, debba essere individuato nel privato creditore. Ne danno conto anche A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna* cit., p. 1166; P. PUCCIARIELLO – G. FANELLI, *L'esperienza straniera dell'esecuzione forzata indiretta*, in B. CAPPONI (a cura di), *L'esecuzione processuale indiretta* cit., p. 47 con specifico riguardo alla difficoltà di giustificare il trasferimento in capo al creditore insoddisfatto delle somme dovute a titolo di *astreinte*; E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea* cit., p. 742 ss. e spec. nt. 102, 103, 104.

⁵⁴ Sulla distinzione tra *astreinte* provvisoria e definitiva v., per tutti, J. P. CHABAS, *V. Astreintes* cit., p. 273 spec. nt. 9.

già definitivamente fissata al momento della pronuncia, così che la fase successiva di liquidazione si risolve in una mera operazione aritmetica basata sul periodo di mancata esecuzione dell'obbligazione principale⁵⁵.

L'irrogazione dell'*astreinte*, specie di quella provvisoria ma altresì di quella definitiva, si articola, invero, necessariamente in due fasi: la prima, volta alla sua pronuncia; la seconda, volta alla sua liquidazione. Invero, solo all'esito di quest'ultima fase, rientrando, di norma, nella competenza del giudice dell'esecuzione, chiamato a verificare, su istanza di parte, la persistenza della violazione, si perviene alla formazione del titolo avente ad oggetto una somma di denaro, suscettibile di essere portato ad esecuzione. Di rilevanza fondamentale è, a tal riguardo, quanto dispone l'art. 53 Decreto n. 92-755 del 31 luglio 1992 il quale limpidamente prescrive che "Prima della sua liquidazione, nessuna *astreinte* consente l'adozione di un provvedimento di esecuzione".

Del tutto caratteristici, risultano, pertanto, i presupposti per l'esecuzione coattiva della misura⁵⁶.

In proposito, deve osservarsi come l'*astreinte* non nasca mai in sé stessa come esecutiva ma necessiti, per essere portata ad esecuzione, di un apposito procedimento rivolto alla liquidazione in sede giudiziale delle somme dovute dall'obbligato che abbia persistito nell'inadempimento del comando giudiziale⁵⁷. Peraltro, è bene precisare che il pagamento della sanzione oggetto della condanna accessoria all'*astreinte* non vale in nessun caso ad estinguere l'obbligazione principale. Per l'effetto sussiste, dunque, in Francia la pratica possibilità del concorso di due distinte procedure esecutive: una per l'*astreinte* e una per la prestazione originaria⁵⁸.

Da un punto di vista strutturale, infine, giova mettere in luce come l'*astreinte* si concreti in un capo di condanna, accessorio rispetto ad un capo a valenza principale, con cui il giudice inizialmente minaccia alla parte soccombente il pagamento di una somma di denaro per ogni giorno o altra unità di tempo per il ritardo nell'esecuzione della prestazione dovuta, ovvero per ogni infrazione successivamente commessa,

⁵⁵ V., E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea* cit., p. 749 anche per nutriti riferimenti alla dottrina francese.

⁵⁶ Cfr., J. BORÉ, *La collaboration du juge et du législateur dans l'astreinte judiciaire*, in *Aspects nouveaux de la pensée juridique – Recueil d'études en hommage à Marc Ancel* cit., p. 285.

⁵⁷ Sul punto cfr., F. CHABAS, *La pena privata in Francia*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, p. 358; A. CHIZZINI, *sub Art. 614-bis c.p.c.* cit., p. 177.

⁵⁸ C. TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette* cit., p. 29.

laddove si tratti di obblighi destinati a protrarsi nel tempo⁵⁹. Tale condanna accessoria assurge a vera e propria sanzione laddove, una volta liquidata, venga portata ad esecuzione forzata nelle forme ordinarie previste dalla legge per i provvedimenti che dispongono il pagamento di una somma di denaro.

A compimento dell'analisi svolta giova concludere con alcune brevi notazioni procedurali di chiusura.

Innanzitutto, merita segnalare che la misura può essere irrogata, nel segmento procedurale deputato alla sua pronuncia da parte del giudice investito della cognizione della causa principale, senza obbligo di motivazione e senza l'instaurazione del preventivo contraddittorio con il debitore. All'opposto, la fase di liquidazione dell'*astreinte*, oltre a richiedere sempre l'istanza del creditore, impone al giudice di sentire le parti in contraddittorio tra di loro e di motivare l'adozione del provvedimento in ordine al *quantum*. Tale secondo segmento procedurale, si conclude con una pronuncia idonea al giudicato e soggetta ad appello. Il provvedimento è, tuttavia, sempre rivedibile a cura del giudice che l'ha emesso il quale ha l'obbligo di annullare l'*astreinte*, in tutto o in parte, ove accerti che la mancata o ritardata esecuzione della prestazione ordinata dal giudice sia dovuta, in tutto o in parte, a cause esterne ed indipendenti dalla volontà del debitore ingiunto.

Il *dies a quo* per la decorrenza del calcolo della misura è, nel sistema francese, stabilito dal giudice il quale deve prendere di riferimento la data di notificazione della decisione principale ed un numero di giorni ritenuto sufficiente per il debitore - secondo la diligenza del *bonus pater familias* - ad adempiere. In ogni caso il *dies a quo* non può mai essere retroattivo rispetto alla data in cui l'obbligazione contenuta nella sentenza principale sia divenuta esecutiva.

Per concludere sul punto, va ricordato che il beneficiario della somma liquidata dal giudice dell'esecuzione è il creditore stesso cui è rimessa, pertanto, l'attivazione della relativa procedura esecutiva.

⁵⁹ In ordine al carattere di accessorietà della misura v. J. P. CHABAS, V. *Astreintes*, in *Répertoire Dalloz de procédure civile*, 12 ed., I, Paris, 1993, p. 4; Id., *La pena privata in Francia* cit., p. 355; E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea* cit., p. 746.

6. *L'esperienza dell'astreinte nei Paesi del Benelux: la mancata previsione, a livello interno, di un procedimento liquidatorio e la caratteristica definitività della misura*

Il modello dell'*astreinte* francese si è diffuso innanzitutto nei Paesi del Benelux (Olanda, Belgio e Lussemburgo) ove, tuttavia, l'istituto ha assunto caratteri decisamente innovativi⁶⁰. A tale esperienza giova dedicare, sia pur per brevi punti di sintesi, un'analisi separata, non solo perché i tentativi di armonizzazione del diritto processuale civile degli Stati membri in quest'ambito hanno mostrato di prediligere proprio tale modello di esecuzione processuale⁶¹ indiretta ma anche perché il legislatore italiano del giugno del 2009 ne ha tratto diversi elementi di ispirazione⁶². Se i connotati di base di questa esperienza di *astreinte* permangono immutati rispetto al modello francofono, è opportuno evidenziare quelli che invece rappresentano i tratti caratteristici dell'istituto.

Da questo angolo di visuale, l'*astreinte* tipica dei Paesi del Benelux si connota, innanzitutto, per poter essere pronunciata solo su domanda di parte ed, in secondo luogo, ecco il vero tratto di peculiarità dell'istituto, per essere ad essa del tutto

⁶⁰ Come noto, nei Paesi del Benelux (Belgio, Granducato di Lussemburgo e Olanda) è in vigore una legge uniforme relativa all'*astreinte*, firmata il 26 novembre 1973 la quale rinvia il proprio precedente storico nel modello di esecuzione processuale indiretta già accolto dal codice di rito olandese (collocato, precisamente, agli artt. 611a-611b del Codice di rito olandese, introdotti con una legge del 29 dicembre 1932). La Convenzione è stata ratificata in tempi diversi dal Lussemburgo con la legge 21 luglio 1976 (artt. 2059-2066 del *Code Civil*); dall'Olanda con la legge 23 marzo 1977 (artt. 611a-611i del codice di procedura civile olandese) e dal Belgio con la legge 31 gennaio 1980 (che ha inserito nel *Code judiciaire* nella parte IV del libro IV un capitolo intitolato "*De l'astreinte*" comprendente gli artt. da 1385-bis a 1385-nonies). A partire dal 1 marzo 1980 è, inoltre, in funzione un'autorità giurisdizionale (la Corte di Giustizia del Benelux) istituita al fine di garantire la corretta e uniforme interpretazione delle norme sull'*astreinte*, le cui decisioni sono vincolanti per i giudici nazionali, la quale rappresenta un interessante esempio di Corte sovranazionale volta ad assicurare l'uniforme interpretazione del diritto delle *astreintes*. V., X. MALENGREAU, *L'introduction de l'astreinte en Droit belge*, in *Revue Générale des Assurances et des Responsabilités*, 1981, p. 10348; A. M. DHOORE, *Un an d'application de l'astreinte – Un examen de la jurisprudence*, in *Journal des Tribunaux*, 1981, p. 529 ss.; M. B. DE BOER, *Osservazioni sull'astreinte nel diritto processuale civile olandese* cit., p. 790; M. VITALI, *L'introduzione delle astreintes in Belgio* cit., p. 272; M. STORME, *L'«astreinte» nel diritto belga: sei anni di applicazione* cit., p. 602; A. FRIGNANI, *Il mondo dell'astreinte: sviluppi recenti e prospettive* cit., p. 932; Id., *Le penalità di mora e le astreintes nei diritti che si ispirano al modello francese* cit., p. 516 ss.

⁶¹ Il riferimento va, come noto, al tentativo, successivamente naufragato, di introdurre nel Progetto Storme una norma dedicata all'*astreinte* comunitaria. Sul punto si rinvia alle considerazioni svolte nel § 5, Sez. I, del Capitolo I del presente lavoro e alle citazioni dottrinali ivi contenute alle ntt. 66-67.

⁶² Come osserva, N. VENTURA, *L'esecuzione in forma specifica*, in G. MICCOLIS – C. PERAGO (a cura di), *L'esecuzione forzata riformata*, Torino, 2009, p. 473.

sconosciuta la distinzione tra *astreinte* provvisoria e *astreinte* definitiva⁶³. In seno a tale esperienza, invero, la misura coercitiva, per poter essere portata ad esecuzione non necessita di essere liquidata in quanto nasce, già al momento della sua pronuncia, in sé stessa come definitiva⁶⁴. In tale ottica, gli ordinamenti del Benelux ammettono la pronuncia di una *astreinte* immediatamente esecutiva, irrogata contestualmente alla sentenza di condanna e svincolata da qualunque momento accertativo, nel contraddittorio con il debitore, della persistenza dell'inadempimento. L'istituto si caratterizza, inoltre, per avere un campo di applicazione più limitato rispetto all'istituto di matrice francese essendo concepito come misura di coazione all'adempimento con riguardo esclusivo agli obblighi di fare, ancorchè fungibili, o di non fare; non potendo, per contro, essere comminata in caso di condanna al pagamento di somme di denaro o per l'esecuzione degli obblighi derivanti da un contratto di lavoro⁶⁵. Peraltro, deve osservarsi come il modello in esame rifiuti comunque il modello della tipicità dell'esecuzione forzata indiretta⁶⁶, quale è accolto invece in seno ad altri ordinamenti, tra cui il nostro. Ciò è reso bene evidente dalla circostanza che non solo non esiste una predeterminata griglia legislativa di obbligazioni che ammettono di essere accompagnate alla penalità di mora ma altresì dalla circostanza che non sono previsti limiti minimi e massimi entro cui la relativa sanzione deve essere quantificata.

⁶³ Sconosciuta, in seno a tale esperienza è, invero, la pratica dell'*astreinte* provvisoria. Cfr., A. FRIGNANI, *Le penalità di mora e le astreintes nei diritti che si ispirano al modello francese*, in *Riv. dir. proc.*, 1981, I, p. 516.

⁶⁴ M. VITALI, *L'introduzione delle astreintes in Belgio* cit., p. 274 la quale riporta che, a norma dell'art. 1385-*quater* del *Code judiciaire belge*, "*l'astreinte, une fois encourue, reste intégralement acquise à la partie qui a obtenu la condamnation*". Ne deriva che, in seno a tale esperienza, la sentenza di condanna al pagamento dell'*astreinte*, una volta munita della formula esecutiva è titolo per procedere all'esecuzione forzata nel caso in cui la minaccia non abbia indotto il debitore all'adempimento spontaneo.

⁶⁵ V., M. VITALI, *L'introduzione delle astreintes in Belgio*, cit., p. 273; A. FRIGNANI, *Il mondo dell'astreinte: sviluppi recenti e prospettive* cit., p. 933.

⁶⁶ A riguardo, cfr., ancora, M. VITALI, *L'introduzione delle astreintes in Belgio* cit., p. 277 la quale osserva come "il legislatore belga (...) ha recepito in linea generale il principio della cumulabilità e della coesistenza della esecuzione forzata e dell'esecuzione indiretta, dal momento che non opera nessuna distinzione tra le obbligazioni suscettibili di esecuzione diretta e le obbligazioni insuscettibili di surrogazione forzata. Non ha, però, portato fino alle estreme conseguenze questa scelta laddove ha espressamente escluso dal campo di azione delle *astreintes* il caso della "*condamnation au apiemment d'une somme d'argent*", proprio in considerazione del fatto che l'esecuzione forzata di queste sentenze di condanna è sempre possibile attraverso la procedura espropriativa".

7. Il *Grundsatz der möglichst direkten Vollstreckung* dell'ordinamento austro-tedesco e la necessità di analizzare separatamente *Zwangsgeld* e *Ordnungsgeld*. Critica all'impostazione tradizionale

Le misure coercitive contemplate dalla *ZPO* germanica si collocano in una prospettiva per molti aspetti difforme da quella che caratterizza il sistema francese dell'*astreinte*. Pur non mancando interpretazioni inclini a ravvisare elementi di convergenza, è indubbio che le misure coercitive del diritto tedesco si pongono, rispetto a queste ultime, sotto un angolo di visuale ben diverso⁶⁷. Sebbene tratto comune alle due figure sia, certamente, quello di costituire dei mezzi di coercizione indiretta dell'attuazione delle decisioni giudiziali, tali esperienze presentano, dal punto di vista strutturale e procedurale, una serie di significative differenze che meritano di essere poste in rilievo.

A riguardo conviene, innanzitutto, precisare che l'uso dei termini "*Zwangsgeld*" e "*Ordnungsgeld*" è, in seno al diritto processuale civile tedesco, di conio abbastanza recente⁶⁸.

Il fondamento legislativo di tali istituti è costituito dalle norme di cui, rispettivamente, ai §§ 888 e 890 *ZPO*⁶⁹, entrambe collocate nel libro ottavo della

⁶⁷ Cfr., M. TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici* cit., p. 159 secondo il quale non esiste alcuna analogia tra le *Zwangsstrafen* germaniche e l'*astreinte* francese; S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti* cit. p. 88 ss. Maggiormente inclini a ravvisare profili di convergenza tra i due istituti sono S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare* cit., p. 57; G. BORRÈ, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare* cit., p. 21.

⁶⁸ A riguardo appare interessante notare che il legislatore tedesco ha provveduto con la legge istitutiva del codice penale tedesco del 2 marzo 1974 ad eliminare dal testo dei §§ 888 e 890 della *ZPO* espressioni evocanti il concetto di *Strafe* (pena). In tale ottica di sistemazione terminologica, dal § 888 della *ZPO*, dedicato all'esecuzione degli obblighi di fare infungibili, sono stati espunti i riferimenti ai termini "*Geldstrafe*" (pena pecuniaria) e "*Strafhaft*" (carcere) e sostituiti con quelli di "*Zwangsgeld*" (ammenda) e "*Zwangshaft*" (arresto). Analogamente dal § 890 *ZPO* dedicato all'esecuzione degli obblighi di non fare e tollerare i termini "*Geldstrafe*" e "*Strafe der Haft*" sono stati sostituiti con quelli di "*Ordnungsgeld*" e "*Ordnungshaft*". V., O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld* cit., p. 5.

⁶⁹ Si riporta la traduzione delle menzionate disposizioni di A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna* cit., p. 1167, fatta propria anche da S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti* cit., p. 88.

§ 888 *ZPO*: "Se un atto non può essere eseguito a mezzo di un terzo e dipende esclusivamente dalla volontà dell'obbligato, il tribunale di prima istanza deve, su domanda, dichiarare che il debitore è tenuto al compimento dell'atto sotto la minaccia del pagamento di una somma di denaro (*Zwangsgeld*) e, per il caso che questa non possa essere riscossa, di arresto (*Zwangshaft*). La singola sanzione pecuniaria non può superare l'ammontare di cinquantamila marchi [venticinquemila Euro a seguito dell'introduzione della moneta unica]. Per l'arresto si applicano le disposizioni contenute nel quarto titolo sulla detenzione (*Zwangshaft*).

ZPO dedicato, come noto, alla disciplina dell'esecuzione forzata (*Zwangsvollstreckung*).

Il punto di partenza per tentare di comprendere l'ambito di applicazione delle singole norme contenute nel libro ottavo della ZPO e, tra di esse, anche di quelle contenute nei §§ 888 e 890, è dato dal contenuto sostanziale del provvedimento che si tratti di eseguire⁷⁰. A differenza di quanto si è visto nell'ambito del sistema francese dell'*astreinte*, invero, l'uso delle misure di esecuzione indiretta proprie dell'ordinamento giuridico tedesco, al pari di quello austriaco, si colloca lungo il perimetro tracciato dall'individuazione delle situazioni sostanziali bisognose di tutela⁷¹. Tale uso, è, invero, funzionale alla necessità di garantire l'esecuzione in forma specifica di determinate specie di obbligazioni, secondo categorie nettamente individuate dalla ZPO. Come è stato autorevolmente rilevato già in passato, in seno a

Questa disposizione non si applica nel caso di condanna a contrarre matrimonio, a porre in essere la vita coniugale, o a prestare opera in base ad un contratto di servizio”.

§ 890 ZPO: “Se l'obbligato contravviene all'obbligo di astenersi da un atto o di tollerare che un atto sia compiuto esso, su istanza del creditore, viene, per ogni singola contravvenzione, condannato dal tribunale di prima istanza ad una sanzione pecuniaria (*Ordnungsgeld*) e, per il caso che questa non possa essere riscossa, ad una sanzione detentiva (*Ordnungshaft*) fino a sei mesi. La singola sanzione pecuniaria può ammontare fino a cinquecentomila marchi [duecentocinquantamila Euro a seguito dell'introduzione della moneta unica], e la sanzione detentiva complessiva non può superare i due anni.

La condanna deve essere preceduta da una corrispondente minaccia (*Androhung*), la quale, ove non sia contenuta nella sentenza dichiarante l'obbligo, viene, su domanda, emanata dal tribunale di prima istanza.

L'obbligato può anche, su istanza del creditore, essere condannato a prestare, per un tempo determinato, cauzione per il danno che possa derivare da ulteriori contravvenzioni”.

Nel sistema processuale austriaco la figura trova la propria base normativa di riferimento nei corrispondenti §§ 354 e 355 dell'*EO*.

⁷⁰ L'approccio dell'ordinamento germanico al problema in esame è espresso in termini molto chiari nella ZPO mentre il BGB non apporta grandi modifiche all'impianto che il problema riceve nel codice di rito. Quest'ultimo, in particolare, risulta fondato, da un lato, sull'assunto che il valore prioritario da realizzare è l'adempimento coattivo in forma specifica di ciascuna specie di obbligazione e, dall'altro, su una classificazione, alquanto rigida, dei vari tipi di obbligazione cui viene fatta corrispondere una particolare forma esecutiva. La soluzione tedesca al problema delle misure coercitive muove pertanto da una rigida categorizzazione delle obbligazioni, cui corrisponde una determinata tipologia di strumenti esecutivi posti a disposizione del debitore. In particolare, si distingue tra le seguenti categorie di obbligazioni: 1. obblighi a contenuto pecuniario cui corrispondono le consuete forme di esecuzione per trasformazione (§§ 803-882 ZPO); 2. obblighi di consegna o rilascio, cui corrispondono forme di esecuzione in forma specifica (§§ 883-886 ZPO); 3. obblighi di fare fungibili cui corrisponde una forma di esecuzione diretta per surroga di un terzo a spese dell'obbligato (§ 887 ZPO); 4. obblighi di fare infungibili e obblighi di non fare o cessare cui si riferisce l'esecuzione indiretta a mezzo di *Zwangsgeld* e *Ordnungsgeld* (§§ 888-890 ZPO). Cfr., O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld* cit., p. 9.

⁷¹ Le divergenze tra il sistema tedesco e il sistema francese sono state, a tale riguardo, messe bene in evidenza da J. P. DAWSON, *Specific Performance in France and Germany* cit., p. 465; R. GOLDSCHMIDT, *Las astreintes, las sanciones por contempt of court y otros medios para conseguir el cumplimiento de las obligaciones de hacer y de no hacer* cit., p. 77; M. TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici* cit., p. 155.

tale esperienza, tutta la disciplina dell'esecuzione forzata è strutturata, con rigore analitico, per tipologia di obbligazioni⁷².

Prima di addentrarsi nella disamina specifica delle singole misure coercitive contemplate dalla legge processuale tedesca, è bene precisare che la *ZPO* risulta ispirata dal principio della priorità dell'esecuzione forzata diretta: lo *Zwangsgeld* e, in generale i mezzi di coercizione indiretta, sono invero ammissibili solo quando quest'ultima risulti preclusa⁷³. Di conseguenza, il campo di applicazione dello *Zwangsgeld* e dell'*Ordnungsgeld* è circoscritto e limitato⁷⁴. Essi, in particolare, non possono trovare alcuno spazio applicativo nei casi in cui la prestazione principale abbia ad oggetto la condanna al pagamento di una somma di denaro; il rilascio di beni immobili o la condanna ad una prestazione di fare o di non fare avente carattere fungibile.

In generale, inoltre, giova osservare che l'esecuzione a mezzo delle misure coercitive di cui al § 888 e al § 890 della *ZPO* è preclusa laddove l'obbligo di fare infungibile o di non fare non dipenda esclusivamente dalla sola volontà del debitore ma, piuttosto, da fattori esterni ed indipendenti da quest'ultima⁷⁵. Al di fuori del ricorrere di siffatte eventualità, ove la prestazione di fare formante oggetto del comando principale non possa essere surrogata da un terzo (c.d. *unvertrebare Handlung*), restando, dunque, l'esecuzione forzata diretta preclusa, il § 888 *ZPO* ammette che il debitore sia assoggettato alla misura coercitiva patrimoniale (*Zwangsgeld*), suscettibile di tramutarsi anche in una misura coercitiva di natura personale (*Zwangshaft*)⁷⁶.

⁷² M. TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici* cit., p. 155.

⁷³ In ordine al „*Grundsatz der möglichst direkten Vollstreckung*“, cfr., per tutti, O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld* cit., p. 10

⁷⁴ In senso contrario v. S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti* cit., p. 89.

⁷⁵ Cfr., ancora, S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti* cit., p. 89 secondo cui, invece, stando alla lettera della legge non risulterebbe che le misure di esecuzione indiretta ivi previste siano introdotte a tutela di categorie di obbligazioni per cui si dia una specifica tensione all'adempimento in natura. “Tutto al contrario, l'inottemperanza a qualunque tipo di obbligo di fare o di non fare consacrato nella sentenza di condanna sembra dover dar luogo all'applicazione delle misure suddette, con la sola eccezione dei casi indicati nel capoverso del § 888 *ZPO*”.

⁷⁶ Per il caso di inottemperanza del debitore al provvedimento di condanna principale e nell'eventualità di impossibilità di riscuotere la somma irrogata a titolo di misura coercitiva patrimoniale il § 888 *ZPO* prevede la pena dell'arresto fino ad un massimo di sei mesi. Analoga previsione si rinviene nella disposizione che segue di cui al § 890 *ZPO*.

In conformità alla linea di ricerca accolta nel presente studio, le considerazioni che seguono saranno rivolte esclusivamente alle misure coercitive di natura patrimoniale.

La disposizione non si applica nel caso di condanna a contrarre matrimonio, a porre in essere la vita coniugale, o a prestare opera in base ad un contratto di servizio⁷⁷.

Peraltro, si deve osservare sin d'ora che, sebbene il presupposto applicativo richiesto dal § 888 *ZPO*, rappresentato dal carattere di infungibilità della prestazione, venga, tipizzato dalla norma nelle ipotesi in cui la prestazione “non possa essere compiuta da un terzo” e non “dipenda esclusivamente dalla volontà del debitore”, esso risulta, tuttavia, difficilmente traducibile sul piano applicativo. Assai ardua risulta, invero, nella prassi, l'adozione di criteri certi per operare la distinzione tra obblighi fungibili (per cui è ammessa l'esecuzione diretta per surroga) e obblighi infungibili (per cui deve operare l'esecuzione indiretta tramite l'irrogazione di *Zwangsgeld*).

Per gli obblighi di non fare e tollerare viene in considerazione la misura di esecuzione forzata indiretta, per molti aspetti, come si vedrà, divergente da quella poc'anzi citata, compendiata dal § 890 *ZPO*. Anche tale ultima disposizione, posta quanto all'*Erzwingung von Unterlassungen und Duldungen* (induzione coattiva a comportamenti di omissione e di tolleranza), ricorre all'esecuzione indiretta consistente nell'imposizione di sanzioni pecuniarie (*Ordnungsgeld*) o restrittive della libertà personale (*Ordnungshaft*).

Assai diffusa, nella dottrina processualcivilistica, è la tendenza a trattare tali misure coercitive congiuntamente e a riconnettervi, senza distinzioni, una natura sanzionatoria e una intensa colorazione pubblicistica. Le ragioni che si suole addurre per fondare una siffatta opinione risiedono, in particolare, nella valorizzazione di due elementi caratteristici della disciplina di siffatte misure. Vale a dire, principalmente: in primo luogo, alla circostanza che il ricavato di tali misure pecuniarie è destinato ad essere devoluto allo Stato; in secondo luogo, in ragione del fatto che le misure coercitive di carattere patrimoniale possono sfociare, laddove non conducano all'effettivo conseguimento della prestazione principale, anche in misure coercitive di carattere personale, incidenti sulla libertà del debitore⁷⁸.

⁷⁷ Resta, invero, salva la non coercibilità degli obblighi espressamente individuati dal secondo alinea del § 888 *ZPO*: stipulare matrimonio, ricostruire la comunione coniugale e dare attuazione ad un contratto di servizio. Sull'ambito di applicazione della disposizione, cfr. R. ZÖLLER- R. GEIMER, *Zivilprozessordnung*, Köln, 2010.

⁷⁸ Secondo alcuni Autori, la disciplina processuale germanica perpetuerebbe in tal modo, mediante la previsione di misure coercitive destinate a incidere anche sulla libertà del debitore, la concezione per cui l'inottemperanza alla sentenza del giudice civile integra una “*Verletzung des Königs*” in quanto tale meritevole di essere punita, almeno se la decisione di adempiere sia rimessa

Se tali dati sono sicuramente fondati, è d'altra parte doveroso evidenziare come la dottrina e la giurisprudenza tedesca abbiano, per contro, avuto cura di evidenziare come le misure in esame siano tra loro profondamente diverse non solo in punto di struttura, ma anche di quello riguardante la natura che a tali misure deve essere assegnata. Pertanto, sulla base di tali insegnamenti, dopo aver evidenziato i tratti comuni allo *Zwangsgeld* e all'*Ordnungsgeld* si passerà ad esaminare tali istituti separatamente.

In proposito, è bene evidenziare che, il modello austro-tedesco si distingue da quello francese, innanzitutto, dal punto di vista dell'ambito applicativo assegnato alle misure coercitive patrimoniali, il quale risulta maggiormente ristretto.

In secondo luogo, è necessario tenere presente che sia lo *Zwangsgeld*, quanto l'*Ordnungsgeld* costituiscono oggetto di uno specifico provvedimento che non viene mai pronunciato immediatamente e congiuntamente al provvedimento di condanna principale, ma rientra nella competenza esclusiva del giudice dell'esecuzione⁷⁹. Spetta, invero, al creditore attivarsi in un momento successivo all'ottenimento del provvedimento di merito, e dopo che quest'ultimo sia passato in giudicato, per chiedere e ottenere la pronuncia di una misura coercitiva, di cui la *ZPO*, è bene precisarlo, non ammette, in nessun caso, l'irrogazione in via officiosa⁸⁰. In seno a tale esperienza, l'irrogazione della misura, invero risulta sempre posteriore alla emissione della pronuncia principale e presuppone, altresì, che il debitore abbia già omesso di conformarsi a quest'ultima: o in quanto, l'obbligo di fare infungibile comandato sia rimasto inadempito (*Zwangsgeld*); ovvero in quanto, l'inerzia si sia tradotta nella persistenza di comportamenti attivi che violano il dovere di fare negativo (*Ordnungsgeld*).

all'esclusiva scelta del soccombente. Cfr., in tal senso S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti* cit., pp. 90-93. La connotazione delle misure coercitive previste dai §§ 888 e 890 della *ZPO* quale presidio dell'autorità della sentenza civile si rinviene anche in W.L. PASTOR, *Die Unterlassungsvollstreckung nach § 890 ZPO* cit., p. 4.

⁷⁹ H. BROX – W. D. WALKER, *Zwangsvollstreckungsrecht*, München, 2011, p. 1095.

⁸⁰ O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld* cit., p. 13; F. STEIN – M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung* cit., § 890 Rz. 35; R. ZÖLLER - R. GEIMER, *Zivilprozessordnung*, Köln, 2010, § 890, Rz. 17; H. BROX – W. D. WALKER, *Zwangsvollstreckungsrecht* cit., p. 1096.

7.1. (segue) *La procedura di cui al § 888 ZPO. Lo Zwangsgeld quale mezzo di pressione della volontà del debitore*

La procedura esecutiva contemplata dal § 888 della *ZPO*, per dare esecuzione ad un obbligo di fare avente carattere infungibile, è abbastanza agevole da ripercorrere. La procedura è governata dal principio dispositivo e viene radicata ad istanza di parte⁸¹. Il presupposto per l'attivazione, da parte del creditore, di una siffatta procedura è l'ottenimento, da parte di quest'ultimo, di una sentenza di condanna (*Leistungsurteil*) avente ad oggetto una prestazione di fare a carattere infungibile (*unvertretbaren Handlung*)⁸². All'interno di tale provvedimento non si rinviene mai alcuna sorta di avvertimento, rivolto al debitore, teso a preannunciare a quest'ultimo che l'eventuale inottemperanza dell'obbligo potrà condurre all'applicazione di uno *Zwangsmittel* di cui al § 888 *ZPO*. Un tanto in ragione della circostanza che, solo ove il debitore-soccombente non ottemperi concretamente all'obbligo posto a suo carico dalla pronuncia giurisdizionale, il creditore può - in caso di mancata volontà del debitore di adempiere (vale a dire, nel caso in cui l'inadempimento sia del tutto deliberato) - richiedere al Tribunale di primo grado, in veste di giudice dell'esecuzione, la pronuncia di una siffatta misura coercitiva.

A riguardo è bene tenere presente che la procedura in esame, a differenza di quanto dispone il successivo § 890 *ZPO* in merito all'esecuzione forzata degli obblighi di non fare, non richiede che l'irrogazione della *Zwangsgeld* sia preceduta da un provvedimento del giudice che diffidi il debitore all'adempimento e, dunque, che la misura coercitiva sia, innanzitutto, solo minacciata (*Androhung*). Usualmente, invero, la minaccia rivolta al debitore non è considerata opportuna dalla dottrina tedesca che la considera un inutile appesantimento e rallentamento della procedura esecutiva⁸³. In tal senso, la procedura esecutiva di cui al § 888 *ZPO* si struttura

⁸¹ H. BROX – W. D. WALKER, *Zwangsvollstreckungsrecht* cit., p. 1084.

⁸² O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld* cit., p. 15.

⁸³ Invero, lo stesso § 888, secondo alinea, *ZPO* esclude espressamente la necessità di una previa diffida ad adempiere (*Androhung*) con contestuale minaccia avente ad oggetto l'irrogazione della misura esecutiva ivi prevista ("*Eine Androhung der Zwangsmittel findet nicht statt*"). Nel senso riportato nel testo, cfr. O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld* cit., pp. 15; R. ZÖLLER - K. STÖBER, *Zivilprozessordnung*, Köln, 2009, § 888, p. 2443. Si deve tuttavia dare atto che in alcuni arresti giurisprudenziali si rinviene il principio per cui la misura coercitiva può essere egualmente innanzitutto minacciata prima di procedere alla sua effettiva applicazione, fissando dunque un termine al debitore per poter adempiere all'obbligo principale (cfr. in tal senso, OLG *Düsseldorf*, 19 giugno

essenzialmente in due fasi: la prima, aperta dalla presentazione dell'istanza del creditore e destinata a culminare con il decreto giudiziale che applica la misura coercitiva (*Festsetzung*); la seconda, coincidente con l'instaurazione dell'esecuzione forzata per il credito dovuto a tale titolo.

I presupposti processuali per attivare la procedura esecutiva per coercizione sono ricondotti dalla dottrina tedesca ad una triplice ordine di requisiti. Si richiede, invero: *i)* l'esistenza di un sentenza di condanna avente ad oggetto un fare infungibile; *ii)* l'intervenuto passaggio in giudicato di tale sentenza e l'apposizione su di essa della formula esecutiva; *iii)* la prova dell'avvenuta notifica del provvedimento al debitore⁸⁴.

Spetta, inoltre, al Tribunale adito verificare, accanto all'esistenza dei menzionati presupposti, prodromici per la messa in esecuzione della decisione di condanna (principale) a mezzo di *Zwangsgeld*, che la natura dell'obbligo comandato dalla sentenza sia ricompreso effettivamente nella categoria dei c.d. *unvertrebaren Handlung*. Per contro, non incombe al Tribunale, in questa fase della procedura verificare altresì l'inadempimento al provvedimento di condanna ed il fatto che questo dipenda effettivamente dalla volontà del debitore, la cui attualità potrà essere così semplicemente allegata dal creditore istante. L'eventuale intervenuto adempimento da parte del debitore, ovvero l'impossibilità sopravvenuta della prestazione ordinata dovrà essere eventualmente eccepita e dimostrata dal debitore in fase di reclamo avverso il provvedimento conclusivo contenente la misura coercitiva. A fronte della richiesta del creditore, pertanto, il Tribunale laddove verifichi il ricorrere dei presupposti per instaurare l'esecuzione forzata, pronuncia immediatamente uno *Zwangsgeld* fissandone l'importo tra un determinato ammontare compreso tra i 5 e i 25.000 Euro, a seconda del valore della controversia principale e, dunque, a seconda del valore della prestazione rimasta inadempita⁸⁵.

1987, in *OLGZ* 1988, p. 83; *OLG Hamm*, 14 novembre 1985, in *NJW-RR* 1987, p. 765). In tal senso, la minaccia viene ritenuta un adempimento meramente facoltativo della procedura di cui al § 888 *ZPO*. Cfr. H. BROX – W. D. WALKER, *Zwangsvollstreckungsrecht* cit., p. 1086.

⁸⁴ I tre requisiti necessari per attivare la procedura esecutiva di cui al § 888 *ZPO* vengono compendati nella formula: *Titel; Klausel; Zustellung*. Cfr., O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld* cit., pp. 15; R. ZÖLLER – K. STÖBER, *Zivilprozessordnung*, § 888 cit., p. 2443; H. BROX – W. D. WALKER, *Zwangsvollstreckungsrecht* cit., p. 1085.

⁸⁵ Non fa, peraltro, capo al creditore, in questa fase, l'onere di indicare nell'istanza per la richiesta di applicazione dello *Zwangsgeld* l'entità della misura pecuniaria da irrogare la cui determinazione è rimessa alla discrezionalità del giudice all'interno della cornice edittale stabilita dal

La decisione del Tribunale prende le forme di un decreto (*Beschluss*) con cui viene ingiunto al debitore il pagamento di una somma di denaro al fine di indurre quest'ultimo a dare esecuzione specifica al provvedimento di condanna principale. Avverso il provvedimento che irroga la misura coercitiva, il quale deve essere notificato al debitore, quest'ultimo ha facoltà di interporre reclamo.

Ove, nonostante l'irrogazione della misura coercitiva, il debitore non adempia l'obbligo di fare ordinato dal provvedimento di condanna, verrà, dunque, instaurata l'esecuzione forzata sulla base del titolo esecutivo, incorporante la misura coercitiva, avente ad oggetto il pagamento di una somma di denaro. E' bene precisare, a tal riguardo, che - a differenza di quanto previsto dal § 890 *ZPO* - la misura non può essere portata ad esecuzione forzata d'ufficio, essendo necessaria l'istanza del creditore⁸⁶. Alla riscossione forzata delle *Zwangsgeld* si applicano le norme sull'esecuzione forzata per il recupero di somme di denaro, con la peculiarità che la somma dovuta deve essere assegnata allo Stato ed, in particolare, alla *Gerichtskasse*. Ciò chiarito in ordine ai profili procedurali che conducono all'applicazione di uno *Zwangsgeld*, è bene ora soffermarsi sulla natura di tale istituto.

In merito, giova precisare che in punto di natura giuridica lo *Zwangsgeld* deve essere considerato una vera e propria misura coercitiva e non già un istituto di matrice sanzionatoria⁸⁷. Un tanto trova conferma nella previsione secondo cui l'ammenda di cui al § 888 *ZPO* non può essere applicata e portata ad esecuzione laddove il debitore abbia nel frattempo adempiuto la prestazione ordinata dalla decisione di condanna

§ 888 *ZPO*. Cfr. OLG Köln, 5 marzo 1982 ed ivi l'affermazione del principio per cui “§ 888 *ZPO* macht die Verhängung eines Zwangsmittels zwar von einem Antrag des Gläubigers abhängig, aber in diesem Antrag brauchen weder Beugemaß noch Beugemittel bezeichnet zu werden, weil beides im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts steht,,.

A riguardo, è bene evidenziare come lo *Zwangsgeld*, a differenza dell'*astreinte* francese, nasca in sè stesso come liquido, ovvero precisamente determinato nel suo ammontare. Cfr., H. BROX – W. D. WALKER, *Zwangsvollstreckungsrecht* cit., p. 1086.

⁸⁶ H. BROX – W. D. WALKER, *Zwangsvollstreckungsrecht* cit., p. 1090.

⁸⁷ Appare doveroso precisare come, in seno alla dottrina tedesca, la questione circa la natura delle misure coercitive previste dai §§ 888 e 890 *ZPO* sia stata ampiamente discussa. Mentre taluno ne afferma la natura puramente repressiva, da altri se ne è sostenuta la doppia natura di misure tanto repressive quanto coercitive.

L'opinione che è andata affermandosi, quanto alle misure di cui al § 888 *ZPO*, e da alcuni autori sostenuta anche con riguardo alle misure di cui al § 890 *ZPO*, è comunque nel senso di escludere che si tratti di misure a carattere eminentemente repressivo in favore di una concezione che ne privilegia la connotazione di misure coercitive civili dirette a premere sulla volontà dell'obbligato per indurlo all'adempimento. In tal senso, v. specialmente W. L. PASTOR, *Die Unterlassungsvollstreckung nach § 890 ZPO* cit., p. 5 ss.; O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld* cit., pp. 18-21.

principale⁸⁸. Lo scopo precipuo dello *Zwangsgeld* è dunque quello di indurre il debitore all'adempimento dell'obbligo e di costituire uno strumento di pressione sulla volontà di quest'ultimo (*reine Beugemittel*)⁸⁹.

A fondamento di tale assunto, risiede la circostanza che lo *Zwangsgeld* si caratterizza per essere uno strumento funzionalmente proiettato verso il futuro, essendo destinato ad essere eseguito coattivamente solo nell'ipotesi in cui la mancata ottemperanza alla statuizione del giudice, già passata in giudicato, persista in epoca successiva alla sua irrogazione venendo, per contro, meno l'interesse alla sua riscossione laddove, per l'appunto, il debitore si sia nel frattempo conformato.

A venire in primo piano e ad essere tutelato è dunque l'interesse del creditore al conseguimento effettivo del suo diritto di credito, non già, come si suole affermare, il mero interesse al rispetto dei provvedimenti dati dall'autorità giudiziaria.

7.2. (segue) La procedura di cui al § 890 ZPO: l'Ordnungsgeld quale strumento processuale a carattere eminentemente sanzionatorio

La procedura per l'esecuzione forzata degli obblighi di non fare e tollerare (c.d. *Duldungen und Unterlassungen*) ai sensi del § 890 ZPO diverge, sotto molteplici aspetti, da quella poc'anzi analizzata. Tale procedura può essere scandita in tre diverse fasi.

Il secondo alinea del § 890 ZPO prescrive, innanzitutto, la necessità di un provvedimento con cui il giudice è tenuto a diffidare il debitore al rispetto dell'obbligo comandato, sotto minaccia dell'applicazione di un *Ordnungsgeld*⁹⁰.

A riguardo, è bene precisare, che la minaccia (*Androhung*) costituisce uno snodo processuale indispensabile per la legittimità della pronuncia di un *Ordnungsgeld*. Le violazioni al comando giudiziale che potranno, per il tramite di quest'ultimo, essere punite sono, invero, esclusivamente quelle compiute successivamente alla pronuncia della corrispondente minaccia. Quest'ultima può risultare ed essere contenuta già nel provvedimento di condanna conclusivo del giudizio di merito ovvero, in suo difetto,

⁸⁸ H. BROX – W. D. WALKER, *Zwangsvollstreckungsrecht* cit., p. 1090.

⁸⁹ O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld* cit., p. 18 ss.

⁹⁰ O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld* cit., p. 16.

in una separata ordinanza pronunciata dal giudice dell'esecuzione. La competenza esclusiva spetta, anche in questo caso, al giudice di primo grado, in veste di giudice dell'esecuzione, al quale il creditore ha l'onere di presentare apposita istanza. Invero, l'attivazione della procedura esecutiva di cui al § 890 *ZPO*, almeno nella sua fase introduttiva, è retta dal principio dispositivo ed è pertanto subordinata all'istanza di parte.

I presupposti necessari al fine di ottenere, da parte del giudice, la pronuncia della minaccia coincidono con quelli già visti per l'irrogazione dello *Zwangsgeld*⁹¹. In particolare, si richiede: *i*) l'esistenza di una sentenza di condanna avente ad oggetto un obbligo di non fare o tollerare; *ii*) l'intervenuto passaggio in giudicato di tale sentenza e l'apposizione su di essa della formula esecutiva; *iii*) la prova dell'avvenuta notifica del provvedimento al debitore.

Spetta al Tribunale, successivamente all'istanza creditoria, verificare la ricorrenza di tali presupposti per la pronuncia dello *Ordnungsgeld* nella sua forma inizialmente solo minacciata. La determinazione dell'ammontare della misura, che in ogni caso non può eccedere la somma di Euro 250.000, e la fissazione del termine concesso al debitore per dare esecuzione al giudicato condannatorio prima che scatti l'applicazione della penalità sono rimesse alla discrezionalità del giudice adito. Appare, inoltre, doveroso precisare che il § 891 *ZPO* prescrive che il debitore debba essere sempre ascoltato dal giudice prima del rilascio del provvedimento contenente la minaccia⁹².

Ove, successivamente all'irrogazione della minaccia e decorso il termine da questa concesso al debitore per adempiere, quest'ultimo contravvenga nuovamente all'obbligo comandato nei suoi confronti e sia questo un inadempimento dipendente dalla sua volontà, il Tribunale - sempre su istanza del creditore - provvede ad irrogare la penalità (*Festsetzung*) la cui quantificazione non potrà in ogni caso eccedere l'ammontare previamente precisato nel provvedimento contenente la minaccia.

Alla fase dell'irrogazione segue quella della messa in esecuzione della misura. Il provvedimento che irroga l'*Ordnungsgeld* costituisce, a sua volta, titolo esecutivo e,

⁹¹ Vale a dire, la sussistenza della triade: *Titel-Klausel-Zustellung*. Cfr. H. BROX – W. D. WALKER, *Zwangsvollstreckungsrecht* cit., p.1097.

⁹² O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld* cit., p. 17

pertanto, deve essere previamente notificato al debitore. L'esecuzione forzata della misura (“*Vollstreckung des Ordnungsgeld*”) si caratterizza per essere sottratta al principio dispositivo e per essere rimessa all'iniziativa officiosa dell'ufficio giudiziario il quale provvede alla riscossione della misura pecuniaria e a devolverne il ricavato alle casse dello Stato⁹³.

Ciò premesso, in ordine ai connotati che caratterizzano la procedura esecutiva di cui al § 890 *ZPO*, resta da interrogarsi circa la natura che allo strumento da essa compendiato deve essere assegnata. A riguardo, è bene precisare che la qualificazione della natura dell'*Ordnungsgeld* è andata incontro ad una serie di notevoli difficoltà interpretative, tanto che tutt'ora la dottrina e la giurisprudenza tedesche appaiono divise⁹⁴. Sebbene non manchino interpretazioni inclini a ravvisare anche in questo strumento un istituto avente natura eminentemente coercitiva, si deve dare conto che l'opinione maggioritaria ritiene, al contrario, che ad esso debba essere attribuito carattere sanzionatorio⁹⁵. Invero, al di là delle apparenti analogie con lo *Zwangsgeld*, l'*Ordnungsgeld* è uno strumento funzionalmente rivolto al passato e diretto a sanzionare un'attività posta in essere dal debitore in spregio ad un preciso ordine di astensione, contenuto nell'*Anhörung*, stabilito dall'autorità giudiziaria⁹⁶.

8. Le misure coercitive dell'ordinamento inglese: in particolare, il Civil Contempt of Court

La tradizione anglosassone del *Contempt of Court* si pone, per molti aspetti, in un'ottica diversa dalle esperienze sino ad ora analizzate. Pur non mancando alcuni tratti di convergenza tra di essa e l'esperienza tedesca è, tuttavia, abbastanza evidente come sia questo un istituto peculiare del diritto inglese, rispetto al quale ardui

⁹³ O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld* cit., p. 17; H. BROX – W. D. WALKER, *Zwangsvollstreckungsrecht* cit., p. 1108.

⁹⁴ Cfr., GRUBER, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 2007, § 890 *ZPO*, p. 2. il quale mette bene in luce come la qualificazione della natura (solo) sanzionatorio o (anche) coercitiva dell'*Ordnungsgeld* sia tutt'ora controversa in seno alla dottrina tedesca.

⁹⁵ In tal senso O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld* cit., pp. 18-21; GRUBER, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung* cit., p. 2; R. ZÖLLER – K. STÖBER, *Zivilprozessordnung*, § 890 *ZPO* cit., p. 5.

⁹⁶ Per tale ragione l'*Ordnungsgeld* è usualmente considerato come una sanzione – una ammenda – per questa *Zuwiderhandlung*. Cfr., O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld* cit., p. 18; R. ZÖLLER – K. STÖBER, *Zivilprozessordnung*, § 890, p. 9.

risultano i tentativi di operare una valida comparazione con la tradizione continentale dell'*astreinte*⁹⁷.

A titolo di premessa giova brevemente ricordare che il *Contempt of Court* è un istituto di origini assai remote che affonda le proprie radici nella giurisprudenza delle Corti di *equity*. Il rimedio era, invero, sconosciuto alla *common law* che contemplava il solo rimedio risarcitorio e non anche quello riparatorio in forma specifica⁹⁸.

Ciò posto, è bene precisare che è questo un istituto che discende, in linea generale, dal *Contempt power* che fa capo al giudice inglese in base al quale quest'ultimo ha il potere di pronunciare, nel corso del procedimento, o al termine dello stesso, degli ordini di fare o di non fare la cui inottemperanza dà luogo, per l'appunto, ad un fattispecie di *Contempt of Court*. A fronte dell'accertamento dell'inottemperanza al comando giudiziale, invero, è rimessa al giudice inglese la facoltà di irrogare una sanzione a carattere patrimoniale ovvero detentivo. A riguardo, giova osservare come il primo dato caratterizzante l'istituto è quello dell'ampia discrezionalità di cui risulta dotato il giudice nell'irrogazione della misura e dell'ambito di applicazione vasto e generalizzato di quest'ultima.

Tra le diverse *contempt procedures* vanno segnalate, per quanto in questa sede maggiormente interessa, quantomeno le due varianti del *civil contempt of court* (altrimenti detto, *contempt in procedure*) e il *criminal contempt*⁹⁹. Tale ultima figura si caratterizza per avere una forte valenza pubblicistica e si sostanzia, essenzialmente, in una sanzione comminata nei confronti di qualsivoglia comportamento che sia tale da interferire con la corretta amministrazione della giustizia, oppure che risulti oltraggioso nei confronti dell'autorità giudiziaria¹⁰⁰.

⁹⁷ Per una dettagliata analisi comparatistica tra il *Contempt of Court* e i sistemi di misure coercitive presenti a livello continentale sia consentito rinviare a O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld* cit., in part. p. 102 e ss., e p. 129 e ss.

⁹⁸ Sulle origini dell'istituto, v. A. ARLIDGE – D. EADY, *The Law of Contempt*, London-Edinburgh, 1982, pp. 1 e ss. Da noi, v. M. TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici* cit., p. 145 ss.

⁹⁹ Come evidenzia P. PUCCIARIELLO – G. FANELLI, *L'esperienza straniera dell'esecuzione forzata indiretta*, in B. CAPPONI (a cura di), *L'esecuzione processuale indiretta* cit., p. 59 se tale distinzione tra *civil contempt* e *criminal contempt* risulta chiara in teoria, nella prassi risulta sovente assai difficile capire quando ci si trovi innanzi all'una piuttosto che all'altra delle due figure. A riguardo, giova evidenziare che, secondo la dottrina anglosassone, i criteri che consentono di operare una distinzione tra le due figure sono, essenzialmente: la struttura del procedimento e la funzione dell'istituto. Cfr., a riguardo, C. J. MILLER, *Contempt of Court*, Oxford, 2000, p. 43 ss.

¹⁰⁰ Viene punito a titolo di *criminal contempt* colui che commetta un vero e proprio reato di oltraggio alla Corte (*common law offence*). In particolare, l'illecito può essere compiuto con diverse

In questa sede, peraltro, è necessario soffermare l'attenzione esclusivamente sulla prima delle menzionate figure dal momento che solo essa può essere interessata dal fenomeno circolatorio sul piano comunitario. Solo il *civil contempt*, invero, costituisce una misura coercitiva volta, secondo un autorevole definizione, a "tutelare l'interesse di un privato all'esecuzione di un provvedimento del giudice a proprio favore (e solo mediatamente l'interesse pubblico all'effettività dell'amministrazione della giustizia)"¹⁰¹. La circostanza di essere volto alla tutela dell'interesse del creditore avente diritto, piuttosto che, eminentemente, alla tutela dell'apparato della giustizia, conferisce al *civil contempt* il carattere di "quasi reato"¹⁰². In proposito, la dottrina inglese sottolinea che la natura dell'istituto si caratterizza per la compartecipazione di due elementi. Vale a dire, l'uno di natura coercitiva al fine di ottenere l'adempimento spontaneo del provvedimento da parte del debitore; l'altro, di natura penale dal momento che la riscossione della somma di denaro irrogata a titolo di *contempt* non risulta preclusa dall'intervenuto adempimento del debitore successivo alla sua pronuncia¹⁰³.

Nella disciplina vigente, l'istituto trova la propria base normativa nel *Contempt of Court Act* promulgato dal legislatore nel 1981. A riguardo giova evidenziare come a disporre del *Contempt Power* sia un vasto numero di Corti le quali procedono solo dietro una corrispondente istanza presentata dall'avente diritto. In particolare, il creditore vittorioso, dopo essersi rivolto al giudice per ottenere l'adempimento specifico di una determinata prestazione tramite la *specific performance* o

modalità. Vale a dire, sia di fronte alla Corte nel corso di un'udienza (nel qual caso si discorre di *contempt in court*) oppure sia fuori dall'udienza (nel qual caso si discorre di *contempt out of court*). Cfr., sul punto P. PUCCIARIELLO – G. FANELLI, *L'esperienza straniera dell'esecuzione forzata indiretta*, in B. CAPPONI (a cura di), *L'esecuzione processuale indiretta* cit., p. 59. Nella dottrina inglese, v. W. KENNETT, *Enforcement of Judgment in Europe* cit., p. 295; A. ARLIDGE – D. EADY, *The Law of Contempt* cit., p. 47.

¹⁰¹ Così, V. VARANO, *Contempt of Court*, in *Dig. It., disc. Pubbl., (sez. pen.)*, III, Torino, 1989, p. 117; Id., *Contempt of Court*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* cit., p. 413. La definizione è ripresa anche da P. PUCCIARIELLO – G. FANELLI, *L'esperienza straniera dell'esecuzione forzata indiretta*, in B. CAPPONI (a cura di), *L'esecuzione processuale indiretta* cit., p. 59. Cfr., anche A. ARLIDGE – D. EADY, *The Law of Contempt* cit., p. 49 secondo cui almeno sino alla fine del diciannovesimo secolo "civil contempts were intended to coerce the contemnor into adopting a particular course of action for the benefit of a party to a civil suit".

In questa sede interessa, in particolare, riferirsi soltanto alla prima delle menzionate figure, la quale si concreta in una misura coercitiva volta a disincentivare l'inadempimento degli obblighi di fare o di non fare e si correla al tradizionale potere di *injunction* che fa capo al giudice inglese.

¹⁰² L'opinione è sostanzialmente pacifica nella dottrina anglosassone. Cfr., da noi, P. PUCCIARIELLO – G. FANELLI, *L'esperienza straniera dell'esecuzione forzata indiretta*, in B. CAPPONI (a cura di), *L'esecuzione processuale indiretta* cit., p. 59.

¹⁰³ Cfr., W. KENNETT, *Enforcement of Judgment in Europe* cit., p. 295.

l'*injunction*¹⁰⁴, ha l'onere, nel caso di inottemperanza al provvedimento irrogato, di attivare un secondo giudizio, innanzi al medesimo giudice, affinché il debitore sia dichiarato colpevole di *Contempt of Court*.

Quale presupposto procedimentale per l'attivazione della procedura è richiesto che il provvedimento di condanna principale contenente l'ordine di fare o di non fare sia stato previamente notificato al debitore. L'ordine del giudice deve essere connotato dai caratteri della chiarezza e della specificità e deve essere data la prova della sua violazione da parte del debitore.

Solo ove il giudice accerti l'avvenuta inottemperanza all'ordine, può essere pronunciato il *Contempt of Court* il quale consiste in una sanzione pecuniaria da versarsi allo Stato (o, in alternativa, nel sequestro dei beni) ovvero in una sanzione di natura detentiva con la peculiarità che al giudice inglese, a differenza di quanto vale negli ordinamenti tedesco e austriaco, è rimessa, a riguardo, una piena discrezionalità in ordine alla scelta tra sanzione pecuniaria o limitativa della libertà personale del debitore¹⁰⁵.

In particolare per quanto concerne la sanzione a carattere patrimoniale, vi è da osservare come essa sia stabilita discrezionalmente dal giudice il quale la deve

¹⁰⁴ Si tratta di rimedi discrezionali che possono essere, o meno, concessi ove la corte ritenga il risarcimento pecuniario per equivalente insufficiente ad assicurare una tutela effettiva al creditore. Come noto, l'*injunction* consiste in un ordine di fare (*mandatory*) o di non fare o cessare un comportamento lesivo (*prohibitory*) che può avere anche natura cautelare e che gode della preminente caratteristica di adattarsi a qualunque situazione bisognosa di tutela.

A fronte dell'estrema variabilità di contenuti che l'*injunction* può avere e all'impossibilità di apprestare per esse un repertorio completo di forme di esecuzione diretta si assiste sul piano delle forme esecutive al ricorso all'idea tradizionale di *inherent jurisdiction* per derivarne lo strumento coercitivo più efficace e atipico del *Contempt of Court* che configura il modo ordinario di esecuzione indiretta per il caso in cui non vi sia il tempestivo adempimento spontaneo da parte dell'obbligato. L'effetto tipico dell'*injunction* è quello di imporre al destinatario l'obbligo della c.d. *specific performance* dell'obbligo di fare o di non fare per la cui esecuzione si ricorre a forme di esecuzione specifica per surroga, ovvero, laddove questa non sia possibile, viene lasciata alla buona volontà dell'obbligato che, in caso di inadempimento, è punibile a titolo di *contempt*. Fatte salve, pertanto, le ipotesi in cui l'*injunction* è suscettibile di essere portata ad esecuzione in forma specifica, il suo vero punto di forza sta nel fatto che l'obbligato inadempiente può essere condannato al pagamento di un'ammenda fissata discrezionalmente dal giudice, e senza limiti, ovvero al sequestro dei beni e può portare anche alla carcerazione al fine di indurre quest'ultimo ad eseguire la prestazione dovuta. V., sul punto, M. TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici* cit., p. 145 ss.

¹⁰⁵ Sugli accennati caratteri del *Contempt of Court* v. J. JACOB, *La giustizia civile in Inghilterra*, Bologna, 1987, p. 196; Id., *General Report including Regional Report from Great Britain*, in U. JACOBSON – J. JACOB (edited by), *Trends in the enforcement of non-money judgments and orders* cit., p. 29; N. ANDREWS, *Principles of civil procedure*, London, 1994, p. 528; C. J. MILLER, *Contempt of Court* cit., p. 633; A. FRIGNANI, *L' "injunction" nella "Common law" e l'inibitoria nel diritto italiano* cit.; Id., *Il "Contempt of Court" quale sanzione per l'inesecuzione dell' "injunction"* cit., p. 112 ss.; M. TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici* cit., p. 152.

commisurare alla gravità della violazione compiuta o al tasso di resistenza all'autorità della corte da parte del trasgressore.

9. Il quadro interno e la lunga assenza di un adeguato sistema di esecuzione processuale indiretta

A differenza dei principali sistemi processuali degli Stati membri dell'Unione, in cui le misure coercitive costituiscono, da tempo, una realtà ben nota e consolidata, l'istituto ha trovato cospicue difficoltà ad affermarsi, quale strumento di carattere generale, nel nostro ordinamento, del quale costituisce una novità piuttosto recente.

Come noto, tuttavia, la significativa innovazione operata in questa materia dal legislatore del giugno del 2009 rappresenta il punto di arrivo di una serie nutrita di precedenti tentativi elaborati da apposite commissioni di studio ma mai giunti a definitiva approvazione. La ragione della ritrosia del legislatore italiano ad introdurre un sistema generale e atipico di misure di coercizione indiretta all'adempimento ha, invero, nel nostro ordinamento, origini assai remote e viene rapportato allo "sforzo sostenuto dalla dottrina maggioritaria di mantenere il più possibile intatta l'ispirazione liberal-individualistica del processo civile"¹⁰⁶.

A partire quantomeno dalla seconda metà del secolo scorso, tuttavia, l'introduzione di una misura coercitiva a carattere generale ha trovato l'appoggio crescente e in buona parte incondizionato della dottrina¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Così, S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare* cit. p. 97; A. CHIZZINI, *sub Art. 614-bis c.p.c.*, cit., p. 140 il quale a tale riguardo osserva, in chiave un poco critica, che con l'introduzione dell'art. 614-bis c.p.c. "il giudice riacquista con forza un potere determinante d'incisione sul contenuto dell'obbligazione e, di conseguenza, sul contenuto del contratto; pertanto, egli torna ad avere quei poteri di conformazione ed adattamento (se si vuole anche) equitativo che già gli si riconoscevano precedentemente all'epoca della codificazione, sotto il vigore del diritto naturale e che le codificazioni moderne gli avevano coscientemente sottratto".

¹⁰⁷ Per un quadro completo della questione, in riferimento al diffuso favore che l'introduzione di una misura coercitiva a carattere generale ha guadagnato nel corso del tempo, sia consentito, innanzitutto, rinviare a L. FERRARA, *L'esecuzione processuale indiretta* cit. e nella dottrina successiva, in particolare a, B. CAPPONI, *Astreintes nel processo civile italiano?* cit., p. 172; F. CARPI, *Note in tema di tecniche di attuazione dei diritti* cit., p. 112; V. DENTI, *A proposito di esecuzione forzata e di politica del diritto* cit., p. 130 ss.; S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare* cit. p. 352; P. RESCIGNO, *Presentazione a Mazzamuto, L'attuazione degli obblighi di fare* cit., p. XIX; G. F. RICCI, *Recensione a Chiarloni, Misure coercitive e tutela dei diritti, Milano, 1980* cit., p. 754; Id., *Ancora novità (non tutte importanti, non tutte pregevoli) sul processo civile* cit., p. 1359; E. SILVESTRI, *Problemi e prospettive di evoluzione nell'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare* cit., p. 63; E.

In tale scenario vanno quantomeno ricordate le iniziative che hanno preceduto, in ordine temporale, l'introduzione della misura coercitiva a carattere pecuniario quale compendiata dall'attuale art. 614-*bis* del codice di rito¹⁰⁸.

Il dibattito in ordine all'opportunità di introdurre nel nostro ordinamento positivo una figura generale di misura coercitiva ispirata al modello dell'*astreinte* francese¹⁰⁹ risale, addirittura, alla vigenza del codice di procedura civile del 1865. Il primo progetto di legge ad aver affrontato il tema è stato il noto "Progetto Carnelutti" del 1926, il quale prevedeva l'inserimento, nel codice di rito allora vigente, degli artt. 667 e 668 che introducevano la possibilità per l'avente diritto, in caso di mancata esecuzione di un obbligo di fare o di non fare, di chiedere la condanna dell'obbligato al pagamento di una somma di denaro per ogni giorno di ritardo a partire dal giorno stabilito dal giudice¹¹⁰. La proposta si inseriva nel quadro del disegno di riforma del

SILVESTRI – M. TARUFFO, *V. Esecuzione forzata. III) Esecuzione forzata e misure coercitive* cit., p. 1; G. TARZIA, *Presente e futuro delle misure coercitive civili*, cit., p. 800; Id., *Per la revisione del codice di procedura civile*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1996, p. 945; Id., *Prospettive di armonizzazione delle norme sull'esecuzione forzata nella comunità economica europea* cit., p. 217; E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea* cit., p. 772; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Tomo III, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Padova, 2009, p. 168 ss.; A. FRIGNANI, *Le penalità di mora e le astreintes nei diritti che si ispirano al modello francese* cit., p. 506; M. TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici* cit., p. 142; I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente* cit., p. 39.

¹⁰⁸ A riguardo, v. A. CHIZZINI, *Commento sub Art. 614-bis c.p.c.* cit., p. 140; C. I. RISOLO, *L'effettività della tutela esecutiva e il problema delle misure coercitive*, in B. CAPPONI (a cura di), *L'esecuzione processuale indiretta* cit., p.32 ss.; C. TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette* cit., p. 23; C. CONSOLO – F. GODIO, *sub Art. 614-bis c.p.c.*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile commentato – La riforma del 2009* cit., p. 280; E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea* cit., p. 734 ss.

¹⁰⁹ In linea generale, giova osservare come i vari progetti di legge volti ad introdurre nel nostro ordinamento una figura generale di misura coercitiva siano stati accomunati dall'accogliere la tecnica francese dell'*astreinte* in cui la pena pecuniaria deve essere pagata al privato beneficiario. Sulle ragioni della prevalenza, nei vari progetti, del modello da ultimo richiamato a discapito del modello offerto dalle misure coercitive di origine germanica e di *common law*, v. E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea* cit., 760 ed anche M. TARUFFO, *Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione* cit., p. 663.

¹¹⁰ Tale disegno di legge conteneva, in particolare, due disposizioni dedicate all'esecuzione processuale indiretta. Con riferimento agli obblighi di fare e di non fare, queste ultime prevedevano che il creditore potesse domandare la condanna dell'obbligato al pagamento di una somma di denaro per ogni giorno di ritardo a partire dal giorno fissato dal giudice. Il testo del progetto di legge può essere letto in F. CARNELUTTI, *Progetto del Codice di procedura civile presentato alla Sottocommissione Reale per la riforma del Codice di procedura civile*, Padova, 1926. Per una valutazione di insieme, v. F. CARNELUTTI, *Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1292, I, p. 3 ss. Per comodità di lettura si riporta il testo integrale delle menzionate disposizioni.

Art. 667 (Della pena pecuniaria per l'inadempimento di un obbligo di fare o di non fare): "Se l'obbligo consiste nel fare o nel non fare, il creditore può chiedere che il debitore sia condannato a pagargli una pena pecuniaria per ogni giorno di ritardo nell'adempimento a partire dal giorno stabilito

codice di procedura allora vigente che, tuttavia, non venne poi recepito dai *conditores* del 1940¹¹¹.

A seguire, in ordine temporale, si deve ricordare, nel vigore del codice di rito vigente, la proposta dell'introduzione di una misura coercitiva di carattere generale avente natura patrimoniale contenuta nel progetto del ministro Reale del 1975, recante provvedimenti urgenti relativi al processo civile. L'art. 23 del disegno di legge prevedeva l'inserimento nel codice di rito di un articolo 279-*bis* in base al quale con la sentenza che avesse accertato la violazione di un obbligo di fare o di non fare, il giudice, oltre a provvedere sul risarcimento del danno, avrebbe potuto ordinare la cessazione del comportamento illegittimo e dare gli opportuni provvedimenti affinché venissero eliminati gli effetti della violazione. A tale scopo, si prevedeva che il giudice avrebbe potuto fissare una somma dovuta per ogni violazione o inosservanza successivamente contestata e per ogni ritardo nell'esecuzione dei provvedimenti contenuti nella sentenza, specificando, se del caso, i soggetti, ovvero le istituzioni pubbliche o private, a cui favore tali somme avrebbero dovuto essere attribuite¹¹².

Nel 1981 è apparso il disegno di legge delega per la riforma generale del codice di rito predisposto dalla Commissione Ministeriale presieduta dal Prof. E. T. Liebman. Il Punto 24 del progetto, in particolare, delegava il Governo a prevedere "il potere del giudice, che accerti l'inadempimento di obbligazioni di fare o di non fare infungibili ma non richiedenti particolari abilità professionali e non attinenti a diritti

dal giudice. Tale condanna può essere pronunciata con la sentenza, che accerta l'obbligo, o con altra successiva".

Art. 668 (Liquidazione della pena pecuniaria): "Il creditore, che ha ottenuto la condanna prevista dall'articolo precedente, può chiedere che l'ufficio esecutivo liquidi la pena pecuniaria per il ritardo già verificatosi, salvo il suo diritto per il ritardo ulteriore. Ove gli sia proposta tale domanda, l'ufficio convoca il creditore e il debitore, giusta l'art. 498. Se il debitore non compare, o, comparando, ammette il ritardo, il capo dell'ufficio esecutivo gli ordina di pagare la somma dovuta per il ritardo già verificatosi. L'ordinanza ha valore di titolo esecutivo e non è soggetta a reclamo. Se il debitore contesta il suo obbligo, il capo dell'ufficio esecutivo rimette le parti davanti al giudice competente per la decisione della lite."

¹¹¹ Su tale proposta legislativa v. V. DENTI, *L'esecuzione forzata in forma specifica* cit., p. 58; A. PROTO PISANI, *La tutela di condanna*, in *Le tutele giurisdizionali dei diritti* cit., p. 93; Id., *Appunti sulla tutela di condanna* cit., p. 1166; A. CHIZZINI, *Patrimonialità dell'obbligazione tra condanna ed esecuzione forzata*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 664; B. CAPPONI, *Astreintes nel processo civile italiano?* cit., p. 158.

¹¹² Su questa norma, riportata nel suo integrale tenore letterale da B. CAPPONI, *Astreintes nel processo civile italiano?* cit., p. 158, si veda l'ampio commento di G. VERDE, *Il disegno di legge n. 2246 presentato al Senato dal ministro Reale sui provvedimenti urgenti relativi al processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, p. 633 ss.

della personalità, obbligazioni da determinarsi comunque per legge, di condannare l'obbligato, su istanza di parte, al pagamento di pene pecuniarie a favore dell'avente diritto, per ogni giorno di ritardo nell'adempimento, entro limiti minimi e massimi prefissati dalla legge”¹¹³.

In linea di sostanziale continuità con i tentativi sin qui ripercorsi si è posto anche lo schema di disegno di legge delega predisposto nel 1996 dalla Commissione Ministeriale presieduta dal Prof. Giuseppe Tarzia che, all'art. 2, punto 25, lett. A), contemplava 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 un obbligo di consegna e rilascio non derivante da contratto di locazione 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 ed anche con provvedimento successivo”¹¹⁴. Quest'ultima proposta merita particolare attenzione in quanto, per la prima volta, nella sua relazione accompagnatoria, si poneva in particolare risalto la prospettiva europea¹¹⁵.

A seguire in ordine temporale, si deve menzionare il d.d.l. del 24 ottobre 2003 di recepimento del progetto elaborato dalla Commissione Vaccarella, il cui art. 42 rubricato “Esecuzione indiretta” delegava il governo a: “Prevedere forme di

¹¹³ Tale proposta, rimasta allo stadio di mero progetto, si differenziava rispetto alle precedenti in quanto anziché tendere all'introduzione di una vera e propria forma generale di esecuzione processuale indiretta, prevedeva l'ampliamento delle fattispecie tipiche e tassative in cui si poteva applicare la misura compulsoria a carattere pecuniario. V., a riguardo, E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea* cit., p. 735. Il testo del *Disegno di legge delega per il nuovo codice di procedura civile* è edito in *Riv. dir. proc.*, 1981, p. 504; il testo, nella sua formulazione conseguente all'approvazione da parte del Consiglio dei Ministri nella riunione dell'8 maggio 1981 e successivamente trasmessa al Senato della Repubblica, può essere letto in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, p. 645 ss. A riguardo v., G. VERDE, *La disciplina dell'esecuzione forzata secondo il disegno di legge delega per un nuovo codice di procedura civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 71; G. TARZIA, *Presente e futuro delle misure coercitive civili* cit., p. 808.

¹¹⁴ Il testo dello schema di disegno di legge delega approvato il 22 giugno 1996 dalla Commissione presieduta dal Prof. Giuseppe Tarzia, è pubblicato in *Riv. dir. proc.* 1996, p. 948. V. a riguardo, CAPPONI, *Astreintes nel processo civile italiano?* cit., p. 159 il quale precisa che non essendo mai stato tale progetto trasfuso in un disegno di legge di iniziativa ministeriale con riguardo allo stesso non può discorrersi di vera e propria proposta governativa.

¹¹⁵ Nella Relazione al progetto Tarzia, pubblicata in *Riv. dir. proc.* 1996, p. 948, in part. p. 993 si rilevava, infatti, come tale misura coercitiva patrimoniale fosse modellata sull'*astreinte* franco-belga precisandosi, altresì, che l'introduzione di questa forma di esecuzione indiretta avrebbe consentito di dare risposta ad un'esigenza sempre più avvertita a livello internazionale. A questo proposito, un cenno veniva fatto al progetto di armonizzazione del diritto processuale civile dell'Unione Europea redatto dalla Commissione presieduta dal prof. Marcel Storme.

esecuzione indiretta per la tutela di 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 ad 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 dell'obbligo e che il residuo vada allo Stato”.

Il progetto, dunque, prefigurava l'introduzione di una misura coercitiva di natura patrimoniale, limitata alle sole obbligazioni infungibili e della quale il creditore sarebbe stato beneficiario ma solo nella misura del danno stabilito in ragione del mancato adempimento, mentre per il residuo se ne prevedeva la devoluzione alle Casse dello Stato. Il disegno di legge stabiliva, inoltre, una collocazione sistematica della norma differente da quella poi in seguito accolta, ovvero la sua introduzione in sede di modifica dell'art. 282 c.p.c.

L'ultimo tentativo, in ordine cronologico, è stato, come noto, quello contenuto nel disegno di legge Mastella del 2007 che all'art. 44 stabiliva l'introduzione, nel codice di rito, di un'art. 614-*bis*, così formulato: “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 successivamente 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 l'opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 615 c.p.c.”.

9.1. (segue) I precedenti storici in materia di tecniche compulsorie all'attuazione spontanea della pronuncia di condanna. Le misure coercitive a carattere settoriale potenzialmente interessate dal fenomeno circolatorio sul piano comunitario

Ciò premesso con riguardo ai tentativi volti ad introdurre un sistema generale e atipico di misure coercitive, vi è da aggiungere, ora, che, in epoca anteriore all'introduzione dell'art. 614-bis c.p.c., la possibilità che il provvedimento di condanna fosse assistito, in alcune ipotesi, da misure di coercizione indiretta a carattere patrimoniale non è rimasto del tutto ignoto al nostro ordinamento¹¹⁶. Si trattava, tuttavia, di una possibilità compendiata solo in relazione ad ipotesi specifiche e tassative contemplate, per lo più, da norme di legge speciale e dunque insuscettibili di applicazione analogica¹¹⁷. Le forme di esecuzione processuale indiretta, pertanto, pur non completamente sconosciute al nostro ordinamento, erano previste in maniera piuttosto episodica, in relazione a provvedimenti di condanna pronunciati per la tutela di particolari situazioni giuridiche attinenti a determinati campi del diritto.

Siffatte previsioni si caratterizzavano per la totale assenza di coordinamento le une con le altre, il che evidenziava bene le carenze proprie del difetto di una disciplina unitaria e generale sul tema¹¹⁸. E' bene peraltro precisare che il diritto vigente

¹¹⁶ Il riferimento va, essenzialmente: 1. alle misure coercitive in materia di proprietà industriale di cui agli artt. 124, 126, 131 del Codice della proprietà industriale e agli artt. 156 e 166 della Legge sul diritto d'autore; 2. alle misure coercitive in materia di tutela del consumatore di cui all'art. 140, comma 7 del Codice del Consumo; 3. alle misure coercitive in materia gius-lavoristica di cui agli artt. 18 e 28 dello Statuto dei Lavoratori; 4. alle misure coercitive in materia di transazioni commerciali di cui all'art. 8, comma 3 della legge sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali; 5. alle misure coercitive in materia di famiglia; 6. alle misure coercitive di matrice penale da riportarsi alle previsioni di cui agli artt. 388 c.p. e 650 c.p.

¹¹⁷ Cfr., C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile, Tomo I, Le tutele* cit., p. 157 il quale, già in epoca antecedente all'introduzione dell'art. 614-bis c.p.c. osservava come le misure coercitive speciali previste dal nostro ordinamento non fossero utilizzabili per analogia "al di fuori dei casi previsti, trattandosi di sanzioni afflittive, soggette al principio di tassatività proprio di tutte le pene anche se private". Cfr., anche, L. MONTESANO, v. *Condanna. I) Diritto processuale civile* cit., p. 8; E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea* cit., p. 731.

¹¹⁸ Le linee di sviluppo di siffatte previsioni speciali hanno, invero, evidenziato la totale carenza di una matrice unitaria. In taluni casi l'intento avuto di mira dal legislatore è stato quello di assicurare una precipua finalità di salvaguardia dell'oggettività giuridica di una determinata categoria di soggetti che potrebbe essere lesa dal contegno inadempiente del debitore (è il caso della tutela dei brevetti e dei marchi; del diritto d'autore; nonché degli atti di concorrenza sleale); altre volte, invece, l'attenzione del legislatore si è appuntata su un'esigenza di protezione di particolari categorie di soggetti considerati deboli (lavoratori, consumatori, familiari). V. C. TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette* cit., p. 6.

contempla tutt'ora queste figure particolari ed eterogenee di penalità pecuniarie poste a presidio di determinati provvedimenti di condanna.

Così, oltre alle misure coercitive di natura patrimoniale introdotte nel nostro ordinamento in attuazione di direttive comunitarie, già citate nel Capitolo Primo del presente lavoro¹¹⁹, ve ne sono altre che meritano quanto meno di essere ricordate in quanto potenzialmente interessate dal fenomeno circolatorio sul piano comunitario.

Ci si riferisce, innanzitutto, alla misura coercitiva contemplata dall'art. 18, ultimo comma della legge 20 maggio 1970 n. 300 posta a tutela della ritardata reintegrazione nel posto di lavoro del rappresentante sindacale illegittimamente licenziato, laddove si prevede che il datore di lavoro che non ottemperi all'ordine di reintegra sia tenuto, non solo a corrispondere a quest'ultimo la retribuzione, ma anche a pagare, per ogni giorno di ritardo, a favore del Fondo adeguamento pensioni "una somma pari all'importo della retribuzione dovuta al lavoratore"¹²⁰.

In secondo luogo, il riferimento va alle penalità di mora che possono essere inflitte dal giudice a norma delle leggi che tutelano la proprietà industriale e intellettuale e, segnatamente, ai sensi degli artt. 124, comma 2, e 131, comma 2, del c.d. codice della proprietà industriale (d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30) e dell'art. 163, comma 2, della legge sulla protezione del diritto d'autore (l. 22 aprile 1941, n. 633 come modificata dal d.lgs. 9 aprile 2003, n. 689). In questi casi, il giudice, dopo aver accertato la violazione del diritto di brevetto di invenzioni industriali o la contraffazione del marchio, ovvero ancora la violazione del diritto d'autore, può ordinare al contraffattore di astenersi per il futuro dalla fabbricazione, dal commercio

¹¹⁹ Il riferimento va, innanzitutto, all'art. 140, comma 7, del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del Consumo a norma dell'art. 7 della l. 29 luglio 2003, n. 229) in materia di tutela collettiva dei consumatori e degli utenti, in base al quale, a richiesta dell'associazione rappresentativa, si determina il pagamento di una somma di denaro dovuta per ogni giorno di ritardo quantificata all'interno di una cornice edittale predeterminata e da pagarsi allo Stato. A riguardo, v. F. TOMMASEO, *Commento all'art. 1469 sexies c.p.c.*, in ALPA – PATTI (a cura di), *Clausole vessatorie nei contratti con i consumatori* cit., p. 1194 ss.; C. CONSOLO – M. DE CRISTOFARO, *Clausole abusive e processo* cit., p. 468 ss.; all'art. 8, comma 3, del d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 (attuativo della Direttiva n. 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali) ove si prevede una misura coercitiva modellata su quella poc'anzi ricordata prevedente una somma di denaro, a tutela dell'azione collettiva, da destinare allo Stato. Cfr., L. MENGONI, *La direttiva 2000/35/CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie* cit., p. 73; S. MAZZAMUTO – A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo* cit., p. 132; P. PUCCIARIELLO – G. FANELLI, *L'esperienza straniera dell'esecuzione forzata indiretta*, in B. CAPPONI (a cura di), *L'esecuzione processuale indiretta* cit., p. 63.

¹²⁰ Per un esame sia consentito rinviare a S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti* cit., p. 117; S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare* cit., p. 166.

e dall'uso di quanto costituisce violazione del diritto ed ha il potere di fissare, a garanzia dell'esecuzione delle pronuncia, "una somma dovuta per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata e per ogni ritardo nell'esecuzione dei provvedimenti contenuti nella sentenza" da assegnarsi al creditore. Tali misure operano come strumenti additivi all'inibitoria al fine di prevenire l'inosservanza o il ritardo nell'esecuzione del provvedimento giudiziale ed è sostanzialmente pacifica l'opinione per cui essi costituiscono mezzi di esecuzione indiretta, idonei a svolgere una funzione essenzialmente preventiva e dissuasiva rispetto alla reiterazione della condotta violata¹²¹.

9.2. (segue) *La legge n.69/2009 e l'introduzione nel codice di rito di una misura coercitiva a carattere generale*

Anche l'Italia, dunque, pur con un significativo ritardo rispetto alle altre realtà presenti a livello europeo, si è recentemente dotata di una figura di misura coercitiva a carattere generale, benché non di applicazione illimitata, prevista dal codice di rito al nuovo art. 614-bis, rubricato "Attuazione degli obblighi di fare infungibile e di non fare"¹²².

¹²¹ Cfr. E. SILVESTRI, v. *Esecuzione forzata, III) Esecuzione forzata e misure coercitive, Postilla di aggiornamento cit.*, p 1.

¹²² L'articolato di recente conio è stato inserito dal legislatore nel corpo del codice di rito, nel titolo IV del libro III, e così recita: "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'art. 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 e prevedibile e di ogni altra circostanza utile".

In seno al nostro ordinamento giuridico, la recente introduzione della misura coercitiva a carattere generale è stata preceduta, come già si è avuto modo di mettere in luce, da un intenso dibattito dottrinale. Nella vastità dei contributi apparsi sul tema v., B. CAPPONI, *Astreintes nel processo civile italiano?* cit., p. 157; V. DENTI, «*Flashes*» su accertamento e condanna cit., p. 130 ss.; Id., *A proposito di esecuzione forzata e di politica del diritto* cit., p. 255 ss.; E. SILVESTRI – M. TARUFFO, V. *Esecuzione forzata. III) Esecuzione forzata e misure coercitive* cit., p. 1 ss.; E. SILVESTRI, V. *Esecuzione forzata e misure coercitive – Postilla di aggiornamento cit.*; Id., *Problemi e prospettive di evoluzione nell'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare* cit., p. 63; A. FRIGNANI, *Le penalità di mora nel diritto comunitario, francese e italiano* cit., p. 259; S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare* cit., in part. p. 35 ss.; G. TARZIA, *Presente e futuro delle misure coercitive civili* cit., p. 800; Id., *Prospettive di armonizzazione delle norme sull'esecuzione forzata*

L'introduzione nel codice di rito civile di siffatta previsione si è infine risolta in una figura generale di penalità di mora che si affianca a quelle già esistenti in numerose previsioni di legge speciale con il conseguente problema, per l'interprete, di definirne i reciproci rapporti in punto di esclusione e concorso alternativo o cumulativo.

All'indomani del suo esordio, la misura compendiata dall'art. 614-bis c.p.c. è stata accostata, pressochè univocamente, al modello dell'*astreinte* francese¹²³. Sebbene

nella comunità economica europea cit., p. 217; M. TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici* cit., p. 142; Id., *Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione* cit., p. 635; L. MARAZIA, *Astreintes e altre misure coercitive per l'effettività della tutela civile di condanna* cit., p. 336. Per una posizione tradizionalmente cauta, v. S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti* cit. p. 215, in part. nt. 173 il quale ha proposto l'introduzione di forme di esecuzione indiretta soltanto in relazione a "fattispecie singolarmente individuate". Nella prospettiva tesa a rinvenire nelle disposizioni di cui agli artt. 388, comma 1 c.p. e 650 c.p. il fondamento di un sistema generale di misure coercitive volto a garantire l'attuazione dei provvedimenti di condanna, specialmente laddove vengano in rilievo obblighi di non fare o fare infungibili, v. la assai nota posizione di A. PROTO PISANI, *La tutela di condanna*, in *Appunti sulla giustizia civile* cit.; Id., *L'attuazione dei provvedimenti di condanna*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* cit., p. 39 ss.; Id., *Appunti sulla tutela di condanna* cit., p. 1104; Id., *L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna* cit., p. 620. Da ultimo, per una posizione notoriamente contraria all'introduzione di siffatte misure nel nostro ordinamento, v. G. MONTELEONE, *Recenti sviluppi nella dottrina dell'esecuzione forzata* cit., p. 306; Id., *Spunti per una revisione del concetto di sentenza di condanna come titolo esecutivo*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, I, cit., p. 180 ss.

All'indomani dell'entrata in vigore della richiamata disposizione, numerosi sono stati gli interventi dottrinali apparsi sul tema. Tra i molti: v. A. CHIZZINI, *sub Art. 614-bis c.p.c.* cit., p. 138 ss.; 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* cit., p. 740 ss.; Id., *Spiegazioni di diritto processuale civile - Le Tutele: di merito, sommarie ed esecutive* cit., p. 153; G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma del processo civile (un primo commento alla legge 18 giugno 2009 n. 69)* cit., p. 796 ss.; C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Come cambia il processo civile* cit., p. 91 ss.; M. BOVE – A. SANTI, *Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e riforme in atto*, 2009, p. 72 ss.; E. MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella l. 69/2009* cit., p. 1547; S. MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale* cit., p. 947; Id., *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito* cit., p. 638 ss.; G. PETTI, *Riforma del processo civile e misure coercitive indirette* cit., p. 123 ss.; B. GAMBINERI, *Attuazione degli obblighi di fare infungibile e di non fare* cit., p. 320; C. CONSOLO – F. GODIO, *sub Art. 614-bis c.p.c.*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile commentato – La riforma del 2009* cit., pp. 277 ss.; C. ASPRELLA, *L'attuazione degli obblighi di fare infungibile e di non fare*, in *Giur. merito*, 2011, p. 117 ss.; A. SALETTI, *Commento sub art. 614-bis*, in *Commentario alla riforma del codice di procedura civile* cit., p. 192 ss.; A. VIANELLO, *L'ultima riforma del processo civile* cit., p. 919; A. PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)* cit., p. 223; A. CARRATTA, *Le novità in materia di misure coercitive per le obbligazioni di fare infungibile o di non fare* cit., p. 721; A. LOMBARDI, *Il nuovo art. 614-bis c.p.c.: l'astreinte quale misura accessoria ai provvedimenti cautelari ex art. 700 c.p.c.*, in *Giur. Merito*, 2010, p. 394 ss.; L. BARRECA, *L'attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare (art. 614-bis c.p.c.)*, in *Riv. es. forz.*, 2009, p. 4.

¹²³ Non rappresenta di per sé elemento di sorpresa la circostanza che il legislatore abbia infine inteso recepire il modello francese. Invero, sin da tempi non più così recenti, quando la dottrina si era mostrata favorevole ad introdurre nel nostro ordinamento un sistema generale di misure coercitive l'aveva fatto richiamandosi proprio al modello transalpino. V., in tal senso, a titolo esemplificativo: P. RESCIGNO, *Presentazione a Mazzamuto, L'attuazione degli obblighi di fare* cit., p. XIX; B. CAPPONI, *Astreintes nel processo civile italiano?* cit., p. 172; E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia,*

l'influenza che il sistema francofono ha esercitato sul legislatore italiano della riforma sia difficilmente dubitabile, a mio avviso, tuttavia, la formulazione della norma risente in misura preponderante dell'esperienza dell'*astreinte* tipica dei Paesi del Benelux, dalla quale, a ben vedere, ha mutuato gran parte dei propri connotati strutturali¹²⁴. Invero, la misura coercitiva dell'art. 614-*bis* c.p.c. ha derivato, in modo inequivoco, da quest'ultima, il fatto di nascere in sé stessa come definitiva e immediatamente esecutiva, non necessitando – al fine di essere portata ad esecuzione - di un apposito procedimento giudiziale di liquidazione che, come si è visto, rappresenta, invece, il tratto tipico dell'*astreinte* propria dell'ordinamento giuridico francese¹²⁵. A riguardo, giova mettere in luce come la mutuazione del modello dell'*astreinte* - pur con le precisazioni poc'anzi operate - si pone non poco in controtendenza rispetto alle scelte che il legislatore italiano ha compiuto nel momento del recepimento del diritto di fonte comunitaria, ove, per contro, il modello che ha prevalso, come si è già visto, è stato quello tedesco dello *Zwangsgeld*.

Venendo ora a tracciare i caratteri fondamentali dell'istituto, sembra doveroso prendere le mosse dall'esame dei requisiti cui la pronuncia dell'*astreinte* italiana è subordinata. L'art. 614-*bis* c.p.c. pone, in particolare, i seguenti presupposti applicativi¹²⁶: l'esistenza di un provvedimento di condanna ad un *facere* infungibile o ad un non fare; l'istanza di parte, essendo la procedura irrogativa dell'*astreinte* opportunamente governata dal principio dispositivo; la non manifesta iniquità dell'istanza medesima¹²⁷.

Francia e Unione Europea cit., p. 741. Che l'art. 614-*bis* c.p.c. abbia accolto il modello francese dell'*astreinte* è opinione accolta anche, pur con alcune doverose precisazioni, da A. CHIZZINI, Commento *sub* Art. 614-*bis* c.p.c. cit., p. 141; D. AMADEI, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili* cit.; E. MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive penali per l'attuazione degli obblighi infungibili nella l. 69/2009* cit., p. 1547.

¹²⁴ Cfr. N. VENTURA, *L'esecuzione in forma specifica* cit., p. 473. Anche l'*astreinte* italiana, invero, al pari di quella propria dei Paesi del Benelux non può essere disposta d'ufficio e dal suo ambito di applicazione restano esclusi i rapporti di lavoro. Sul modello da ultimo richiamato, inoltre, alla stessa resta estranea la distinzione tra misura provvisoria e misura definitiva. Sul punto v., *infra*, nel testo.

¹²⁵ Tale connotato è reso evidente dalla circostanza che l'articolato normativo prevede che “con il provvedimento di condanna il giudice (..) fissa (..)”. Il recepimento della sola figura di misura coercitiva c.d. definitiva, a ripudio del tipo di misura coercitiva c.d. provvisoria, è salutato con favore da A. CHIZZINI, Commento *sub* Art. 614-*bis* c.p.c. cit., p. 147.

¹²⁶ Sul punto, v. Cfr., C. CONSOLO – F. GODIO, *sub* Art. 614-*bis* c.p.c., in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile commentato – La riforma del 2009* cit., p. 283.

¹²⁷ A proposito della “non manifesta iniquità dell'istanza” v. G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma del processo civile (un primo commento alla legge 18 giugno 2009 n. 69)* cit., il quale nell'intravedere in tale presupposto un limite interno dell'applicabilità dell'istituto ritiene che

Un primo aspetto di problematicità nello studio del nuovo art. 614-*bis* c.p.c. riveste l'individuazione dell'ambito di applicazione della norma. Come noto, all'indomani della sua entrata in vigore, il dibattito su tale aspetto si è bi-polarizzato in due orientamenti contrapposti: accanto all'opinione di coloro che, partendo dalla valorizzazione del tenore letterale della rubrica ("Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare")¹²⁸ ritengono che essa si applichi alle sole obbligazioni di fare o di non fare a carattere infungibile si è situata l'opinione di coloro che, al contrario, valorizzando il testo della disposizione e la sua formulazione in termini generali, facenti riferimento, senza ulteriori specificazioni, al "provvedimento di condanna", la ritengono applicabile ad ogni sentenza di condanna avente ad oggetto un qualunque obbligo di non fare anche a carattere fungibile¹²⁹. L'opinione

quest'ultima debba essere esclusa "allorchè l'adempimento dell'obbligo implicherebbe una penalizzazione eccessiva del debitore, magari sacrificando (anche) un suo interesse non patrimoniale" e prosegue il ragionamento ritenendo che l'indiretta coercizione del debitore debba essere considerata inopportuna ove "la tutela risarcitoria fosse pienamente idonea a realizzare, seppure *ex post*, l'interesse del creditore". Sul punto, v. anche A. CARRATTA, *Le novità in materia di misure coercitive per le obbligazioni di fare infungibile o di non fare* cit., p. 728.

¹²⁸ Benchè il riferimento all'infungibilità della prestazione sia contenuto nella sola rubrica dell'articolato in esame e non anche nel testo della disposizione, la pressochè unanimità degli studiosi concorda nel ritenere che il campo di applicazione della stessa sia da intendersi circoscritto alle sole ipotesi in cui il provvedimento non sia suscettibile di esecuzione forzata in forma specifica. Cfr. E. MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella l. 69/2009* cit., p. 1548. Cfr., inoltre, B. CAPPONI (a cura di), *L'esecuzione processuale indiretta* cit., p. 4 il quale riporta il mancato richiamo a tale presupposto nel corpus dell'articolato normativo ad un mero *lapsus* legislativo, o meglio, ad una certa sciattezza del legislatore nel scrivere la disposizione in esame. A riguardo è doveroso precisare che, a rigore, anche la rubrica della disposizione sembra riferire il presupposto dell'infungibilità ai soli obblighi di fare, e non anche a quelli di non fare. A fronte di ciò non sorprende, dunque, che tra i primi studiosi della materia vi sia stato chi abbia sostenuto che tutti gli obblighi di non fare e disfare siano interessati dalla nuova norma (A. SALETTI, *Commento sub art. 614-bis*, in *Commentario alla riforma del codice di procedura civile* cit., p. 192) in contrapposizione a coloro che, invece, individuano nell'infungibilità della prestazione sostanziale sottostante il vero presupposto di applicazione della misura. In giurisprudenza v. a proposito dell'ambito di applicazione della norma, Cons. Stato Sez. IV, 31 maggio 2012, n. 327 in *Foro amm. CDS*, 2012, 5, p. 1202 che ha ritenuto che "l'art. 114, comma 4, lett. e), c.p.a. non ha riprodotto il limite, stabilito dall'art. 614-*bis* c.p.c., della riferibilità della penalità al solo caso di inadempimento degli obblighi aventi per oggetto un non fare o un fare infungibile, con la conseguenza che si applica anche nel caso di mancata esecuzione, da parte della Pubblica amministrazione, di sentenze di condanna al pagamento di somme di danaro"

¹²⁹ V. nel primo senso richiamato, e, quindi, per l'applicazione della norma in dipendenza della natura infungibile della prestazione: G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma del processo civile (un primo commento alla legge 18 giugno 2009 n. 69)* cit.; D. AMADEI, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili* cit.; M. BOVE, *Brevi riflessioni sui lavori in corso nel riaperto cantiere della giustizia civile* cit.; C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Come cambia il processo civile* cit., p. 94; A. LOMBARDI, *Il nuovo art. 614-bis c.p.c.: l'astreinte quale misura accessoria ai provvedimenti cautelari ex art. 700 c.p.c.* cit., p. 396; E. MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella l. 69/2009* cit., p. 1548. Cfr., nel senso da ultimo richiamato, e quindi per l'applicazione generalizzata della misura coercitiva in esame A. SALETTI, *Commento sub art. 614-bis*, in A. SALETTI – B. SASSANI (a cura di) *Commentario alla*

assolutamente maggioritaria, tuttavia, in assenza di dati normativi che in maniera dirimente facciano propendere per l'una, piuttosto che per l'altra soluzione, si è assestata sulla posizione più restrittiva. Nondimeno, si deve evidenziare come, sin dall'indomani delle sue prime applicazioni, la giurisprudenza, specialmente di merito, si sia mostrata aperta e favorevole ad un impiego generalizzato dello strumento coercitivo in esame¹³⁰.

La norma, dunque, secondo la concezione prevalente può trovare applicazione con riguardo esclusivo alle ipotesi di obblighi aventi ad oggetto un fare o un non fare a carattere infungibile¹³¹ e pertanto incontra alcuni limiti di applicazione con riguardo agli obblighi di dare (ivi dovendosi includere il pagare), consegnare o rilasciare beni ed in generale con riguardo a tutti gli obblighi di fare o non fare fungibili per le quali sia ammesso l'accesso alla soddisfacibilità in via coattiva del diritto¹³². L'ambito di applicazione della norma conosce, inoltre, un'ipotesi di esclusione tipizzata

riforma del codice di procedura civile cit., p. 192. Cfr., inoltre, C. DELLE DONNE, *L'introduzione dell'esecuzione indiretta nell'ordinamento giuridico italiano: gli artt. 614 bis c.p.c. e 114, comma 4, lett. e) Codice del processo amministrativo*, in B. CAPPONI (a cura di), *L'esecuzione processuale indiretta cit.*, p. 126, la quale ritiene che la collocazione della norma, posta, come si è visto, quale disposizione di chiusura della disciplina dell'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare, lungi da deporre per l'alternatività della stessa all'esecuzione forzata diretta potrebbe, al contrario, motivarsi anche con ragioni di potenziamento di una tutela, quella in forma specifica, che spesso risulta essere di difficile e deludente realizzazione; S. MAZZAMUTO, *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito cit.*, p. 644 ss.

¹³⁰ Cfr., Trib. Terni, 6 agosto 2009, [ord.] in *Giut. it.*, 2010, p. 637 ss. con nota di S. MAZZAMUTO, *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito cit.*, p. 638 ss. cui si deve attribuire l'originalità della figura di recente conio di "infungibilità processuale".

¹³¹ Non meno incerta è apparsa agli studiosi l'applicazione della norma con riguardo agli obblighi di non fare rispetto ai quali l'irrogazione della misura parrebbe poter risultare automatica, vale a dire non subordinata al requisito dell'infungibilità della prestazione. Tuttavia, anche in seno agli obblighi di fare negativo, sono ravvisabili significative differenze, proprio sotto il profilo sensibile del carattere fungibile o infungibile della prestazione. Bisogna, invero, distinguere tra obblighi di non fare che *pro futuro* sono rimessi alla esclusiva sfera dell'obbligato ma se violati danno vita a conseguenze di carattere non materiale e pertanto non passibili di rimozione forzata (quali, ad esempio, gli obblighi di astenersi da atti di concorrenza sleale) dai casi in cui la violazione dell'obbligo di non fare si traduce in opere materiali che, in quanto tali, possono essere compiutamente rimosse e appaiono pertanto suscettibili di esecuzione forzata diretta ai sensi degli artt. 2933 c.c. e 612 c.p.c. In tale ottica, pertanto, se si ritiene che l'art. 614-bis contenga il limite invalicabile dell'infungibilità dovrebbe farsene derivare per coerenza la non operatività della norma in queste ultime situazioni. Cfr., E. MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella l. 69/2009 cit.*, p. 1552. In senso opposto, v. l'opinione di L. BARRECA, *L'attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare (art. 614-bis c.p.c.) cit.* secondo cui, invece, per quanto attiene gli obblighi di non fare l'applicabilità della norma non incontra il limite dell'infungibilità.

¹³² Così, C. CONSOLO – F. GODIO, *sub Art. 614-bis c.p.c.*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile commentato – La riforma del 2009 cit.*, p. 277.

concernente le controversie di lavoro subordinato pubblico o privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409 c.p.c.¹³³.

La *ratio* cui la disposizione in esame deve essere riportata è quella di assicurare – o quantomeno di tentare di assicurare - una tutela giurisdizionale piena anche a quelle posizioni soggettive creditorie aventi ad oggetto obblighi incoercibili e quindi insuscettibili di esecuzione attraverso modalità surrogatorie della prestazione del debitore¹³⁴. Nell'applicazione della norma, si appalesa, pertanto, di centrale importanza la valutazione, rimessa alla discrezionalità del giudice, in ordine alla distinzione tra prestazioni di fare a carattere fungibile e prestazioni di fare a carattere infungibile laddove, per consueto, si suole ritenere che sia quella dell'“infungibilità” una nozione dai contorni sfumati e difficilmente precisabili. Ne consegue, inevitabilmente, che l'ambito applicativo della disposizione sia un poco elastico essendo, in definitiva, l'irrogazione della misura rimessa alla sensibilità e al prudente apprezzamento del giudice adito.

Come si è già indicato, l'applicazione della misura è subordinata alla necessità dell'istanza di parte rivolta al giudice della tutela dichiarativa. Tale istanza, nella dinamica del processo di cognizione, è svincolata dal regime delle preclusioni assertive in quanto essa non veicola un vero e proprio diritto sostanziale¹³⁵. È

¹³³ In merito, v. L. DE ANGELIS, *La nuova generale misura coercitiva (art. 614 bis c.p.c.) e le controversie di lavoro* cit., p. 18 ss.; S. MAZZAMUTO, *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito* cit., p. 652.

¹³⁴ Cfr., C. CONSOLO – F. GODIO, *sub Art. 614-bis c.p.c.*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile commentato – La riforma del 2009* cit., p. 279; G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma del processo civile (un primo commento alla legge 18 giugno 2009 n. 69)* cit.; S. MAZZAMUTO, *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito* cit., p. 646; D. AMADEI, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili* cit.; A. CARRATTA, *Le novità in materia di misure coercitive per le obbligazioni di fare infungibile o di non fare* cit., p. 722.

¹³⁵ In tal senso, v. C. CONSOLO – F. GODIO, *sub Art. 614-bis c.p.c.*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile commentato – La riforma del 2009* cit., p. 294 i quali fanno coincidere il termine ultimo per la proposizione dell'istanza con la rimessione in decisione della controversia, ritenendo valida la formulazione effettuata per la prima volta in sede di precisazione delle conclusioni. L'opinione che si condivide è, invero, quella che la “richiesta di parte” necessaria ai fini dell'applicazione della misura “non sia una vera domanda giudiziale”. Così, E. MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella l. 69/2009* cit., p. 1549 la quale tuttavia ritiene che in ogni caso la richiesta debba essere soggetta al regime delle preclusioni assertive in quanto portatrice di autonome esigenze di trattazione e di istruttoria. In tale ottica, l'A. propende per la proposizione dell'istanza entro i limiti temporali fissati dall'art. 183, comma 5 – 6, n. 1. In senso contrario, v. però D. AMADEI, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili* cit. il quale ritiene che “poiché trattasi di una vera e propria domanda di condanna, che sottende un diritto di credito al pagamento (della somma che risulterà dovuta a titolo di misura coercitiva), deve ritenersi che essa debba essere formulata *in limine*

indubbio, infatti, che la misura, pur se calata nel contesto della tutela dichiarativa e ammantata delle relative forme, mantiene una funzione sostanzialmente esecutiva mirando ad assicurare effettività e concreta realizzabilità alla tutela sostanziale cui accede¹³⁶. La relativa istanza volta alla sua applicazione pertanto non veicola un diritto nuovo od ulteriore rispetto a quello affermato in sentenza ma piuttosto, più semplicemente, il diritto processuale alla sua tutela esecutiva¹³⁷.

La misura deve essere emessa “con il provvedimento” conclusivo del giudizio, ossia nel contesto della medesima sentenza di condanna principale di cui costituisce un capo accessorio. Ad essere esclusa dalla norma è, in altri termini, la possibilità che il creditore vittorioso agisca in un separato e autonomo giudizio per la concessione della misura coercitiva, essendo quest’ultima inscindibilmente legata alla pronuncia del capo principale¹³⁸.

La somma dovuta dall’obbligato per ogni ritardo o violazione successiva nell’esecuzione del provvedimento deve essere pagata al creditore ed è commisurata sulla base di una serie di criteri individuati, a maglie piuttosto larghe, dal legislatore¹³⁹. In particolare, ai fini della quantificazione della misura, il giudice deve

litis, nei termini di preclusione all’uopo previsti” vale a dire, per l’attore, con l’atto introduttivo del giudizio. Così anche A. CARRATTA, *Le novità in materia di misure coercitive per le obbligazioni di fare infungibile o di non fare* cit., p. 726.

¹³⁶ Peraltro, proprio la collocazione topografica della norma che risulta inserita nel Libro III del codice di rito al titolo IV tra le disposizioni dedicate all’esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare è stata ampiamente criticata in dottrina, sull’assunto che si tratterebbe comunque di una disposizione che, secondo la assoluta maggioranza degli studiosi, riguarda pur sempre la decisione della causa in sede di cognizione. Cfr., B. CAPPONI (a cura di), *L’esecuzione processuale indiretta* cit., p. 123.

¹³⁷ Si accede dunque, all’opinione autorevolmente espressa “secondo cui la pronuncia sulla misura coercitiva (pur concretizzantesi nella statuizione di un obbligo al pagamento di somme) non ha natura di pronuncia di merito, bensì di rito: essa non definisce, infatti, un preesistente rapporto sostanziale fra le parti (e soprattutto non definisce un oggetto del giudizio contenzioso), bensì fa nascere un nuovo rapporto obbligatorio con il *fine* prettamente *processuale* di dare esecuzione forzata indiretta alla pronuncia giudiziale”. Così, E. MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l’attuazione degli obblighi infungibili nella l. 69/2009* cit., p. 1550; cfr., anche, C. DELLE DONNE, *L’introduzione dell’esecuzione indiretta nell’ordinamento giuridico italiano: gli artt. 614 bis c.p.c. e 114, comma 4, lett. e) Codice del processo amministrativo*, in B. CAPPONI (a cura di), *L’esecuzione processuale indiretta* cit., p. 132.

¹³⁸ Così A. CHIZZINI, *Commento sub Art. 614-bis c.p.c. cit.*, p. 147; G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma del processo civile (un primo commento alla legge 18 giugno 2009 n. 69)* cit.; D. AMADEI, *Una misura coercitiva generale per l’esecuzione degli obblighi infungibili* cit.; C. CONSOLO – F. GODIO, *sub Art. 614-bis c.p.c.*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile commentato – La riforma del 2009* cit., p. 298; A. CARRATTA, *Le novità in materia di misure coercitive per le obbligazioni di fare infungibile o di non fare* cit., p. 726 il quale non omette di osservare come si tratti di una soluzione poco convincente e opportuna.

¹³⁹ D. AMADEI, *Una misura coercitiva generale per l’esecuzione degli obblighi infungibili* cit.

tenere in considerazione: il valore della controversia; la natura della prestazione; il danno quantificato o prevedibile ed ogni altra circostanza utile¹⁴⁰.

Pare opportuno sottolineare, infine, che ad essere disciplinato in modo poco chiaro è il regime esecutivo della misura coercitiva. L'art. 614-*bis* c.p.c. prevede, infatti, che “Il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza”. Si è così in presenza di una condanna in futuro, la cui operatività resta condizionata all'inadempimento o alla violazione e inosservanza del provvedimento cui accede¹⁴¹.

I profili più critici non chiariti dalla disposizione in esame riguardano le modalità a mezzo delle quali il provvedimento irrogativo della misura coercitiva acquista qualità di titolo esecutivo, dal momento che, nel suo sorgere, il provvedimento non pare esprimere il triplice requisito del diritto da far valere *in executivis* ex art. 474 c.p.c.¹⁴². In assenza della previsione di un procedimento giudiziale volto a liquidare la misura, previo accertamento dell'esistenza, nel caso concreto, dei presupposti di operatività dell'*astreinte*, l'opinione che è andata affermandosi è nel senso che tali valutazioni siano demandate all'apprezzamento unilaterale del creditore vittorioso nel momento in cui quest'ultimo procede a precettare la parte debitrice¹⁴³.

¹⁴⁰ Trattasi di criteri che inevitabilmente conferiscono al giudice un ampio margine di discrezionalità al fine di predisporre una misura realmente adeguata al caso concreto. Cfr., C. CONSOLO – F. GODIO, *sub Art. 614-bis c.p.c.*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile commentato – La riforma del 2009* cit., p. 296.

¹⁴¹ Sull'accostamento alla condanna in futuro condizionata al verificarsi dei suoi presupposti di operatività, vale a dire all'inadempimento o alla violazione/inosservanza del provvedimento cui accede, cfr., C. CONSOLO – F. GODIO, *sub Art. 614-bis c.p.c.*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile commentato – La riforma del 2009* cit., p. 303; di “condanna in futuro dall'oggetto indeterminato” discorre G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma del processo civile (un primo commento alla legge 18 giugno 2009 n. 69)* cit.; D. AMADEI, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili* cit.; A. CARRATTA, *Le novità in materia di misure coercitive per le obbligazioni di fare infungibile o di non fare* cit., p. 732; G. F. RICCI, *Ancora novità (non tutte importanti, non tutte pregevoli) sul processo civile* cit., p. 1363; E. MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella l. 69/2009* cit., p. 1549.

¹⁴² B. CAPPONI (a cura di), *L'esecuzione processuale indiretta* cit., p. 13 ss.

¹⁴³ Così, D. AMADEI, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili* cit.; E. MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella l. 69/2009* cit., p. 1550 la quale si sofferma sugli oneri di specificità che il creditore deve rispettare soprattutto laddove si tratti di obblighi di non fare per il quale il creditore dovrà allegare specifici episodi di violazione. Critici sull'assenza della previa individuazione, nella norma in esame, di un organo giudicante competente a valutare la ricorrenza dei presupposti di effettiva operatività dell'*astreinte* e, in caso di vaglio positivo, a procedere alla liquidazione della relativa somma, v. C. CONSOLO – F. GODIO, *sub Art. 614-bis c.p.c.*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile commentato – La riforma del 2009* cit., p. 303; G. F. RICCI, *Ancora novità (non tutte importanti, non tutte pregevoli) sul processo civile* cit., p. 1363; C. CONSOLO, *Spiegazioni*

L'azionabilità in sede esecutiva del provvedimento è dunque demandata alla determinazione del creditore che adduca semplicemente l'intervenuta violazione dell'obbligo assistito dalla misura coercitiva¹⁴⁴.

di diritto processuale civile, Tomo III, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze* cit., p. 104. Sui profili di problematicità che tale aspetto della disciplina pone nell'ottica della circolazione della misura, sia consentito rinviare alle considerazioni che verranno svolte nel terzo Capitolo.

¹⁴⁴ Lo strumento posto a tutela del debitore sarà dunque quello dell'opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c. mediante il quale egli potrà, tra l'altro, contestare la sussistenza dell'asserita violazione ovvero il ritardo o l'inosservanza dell'obbligo risultante dal provvedimento di condanna. Cfr. G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma del processo civile (un primo commento alla legge 18 giugno 2009 n. 69)* cit.; M. BOVE, *Brevi riflessioni sui lavori in corso nel riaperto cantiere della giustizia civile* cit.; A. CARRATTA, *Le novità in materia di misure coercitive per le obbligazioni di fare infungibile o di non fare* cit., p. 732; E. MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella l. 69/2009* cit., p. 1551; C. CONSOLO – F. GODIO, *sub Art. 614-bis c.p.c.*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile commentato – La riforma del 2009* cit., p. 304.

SEZIONE II

*IL RINVIO ALLA LEX FORI E LA CONSEGUENTE NECESSITÀ DI
PROCEDERE AD UN' ANALISI
DI NATURA COMPARATISTICA (PER "SINGOLE QUESTIONI")
NELL'OTTICA DELL'ATTRIBUZIONE DI EFFICACIA TRANSFRONTALIERA
ALLE DECISIONI CHE APPLICANO UNA PENALITÀ.*

10. Le "questioni" di base poste dall'analisi della disciplina nazionale delle misure coercitive: un'indagine di natura comparatistica. La "doppia anima" (tanto pubblicistica, quanto privatistica) sottesa ad ogni provvedimento che irroga una misura coercitiva

La comparazione appena effettuata mostra come le misure coercitive indirette a carattere pecuniario possano qualificarsi come provvedimenti volti a scoraggiare l'inobbedienza al comando giudiziale attraverso la prospettazione, rivolta all'obbligato, di una diminuzione, in alcuni casi crescente nel tempo, del suo patrimonio. Si tratta cioè di sanzioni pecuniarie che il debitore sarà tenuto a pagare nel caso in cui, a fronte di un provvedimento di condanna, egli permanga in una condizione di protratto inadempimento.

Pur essendo il punto di equilibrio variamente fissato, doppia risulta l'anima di ciascuna esperienza nazionale delle misure coercitive: accanto all'interesse del privato creditore al conseguimento dell'adempimento si situa, invero, il valore pubblicistico rappresentato dal rispetto dei provvedimenti dell'autorità giudiziaria¹⁴⁵. Ciò posto, profondamente diversi appaiono, nello spazio giudiziario europeo, a seconda dell'ordinamento giuridico preso in considerazione, i connotati che contraddistinguono tali misure, specialmente in ordine alle modalità con cui il provvedimento che le irroga acquisisce natura di titolo esecutivo. Aspetto, quest'ultimo, che, come si vedrà, riveste un'importanza centrale nella prospettiva della circolazione intra-comunitaria di siffatti provvedimenti.

¹⁴⁵ C. CONSOLO – F. GODIO, *sub Art. 614-bis c.p.c.*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile commentato – La riforma del 2009* cit., p. 308-309.

Appare pertanto doveroso, a questo punto dell'indagine, mettere in luce, per "singole questioni", le principali differenze da cui la disciplina delle misure coercitive risulta connotata in seno ai diversi Stati membri considerando, in particolare, quelle che sono destinate ad incidere maggiormente sul fenomeno della circolazione delle decisioni che le applicano e che sono state poste al centro del dibattito dottrinale a tale riguardo sorto.

In particolare, tra gli altri, gli aspetti cui sembra doveroso rivolgere l'attenzione in questa sede concernono: l'ambito di applicazione delle misure coercitive; le modalità di impulso al potere del giudice di applicarle (vale a dire se questo appartenga all'iniziativa officiosa dell'organo giudicante, ovvero, se possa conseguire solo alla richiesta della parte interessata); il destinatario del pagamento; le modalità con cui la misura acquisisce efficacia di titolo esecutivo (vale a dire la necessità, o meno, che essa sia previamente resa liquida al fine di essere eseguita coattivamente).

11. Il variegato campo di applicazione delle misure coercitive: tra alternativa e complemento all'esecuzione forzata diretta

Come si è visto, le misure coercitive note ai diversi ordinamenti degli Stati membri presentano il tratto comune di essere volte ad assicurare l'attuazione di un diritto riconosciuto e affermato in via giudiziale e di costituire un provvedimento di carattere accessorio al provvedimento recante la condanna principale.

Il connotato dell'accessorietà risulta particolarmente evidente negli ordinamenti giuridici di Francia, Paesi del Benelux e Italia in cui la misura nasce congiuntamente al provvedimento di condanna principale e viene pronunciato contestualmente a quest'ultimo¹⁴⁶. Tuttavia, è questo un aspetto condiviso anche dalle misure coercitive proprie dell'ordinamento austro-tedesco, la cui pronuncia, benché successiva e separata, nonchè rientrante nella competenza di un diverso giudice, presuppone, pur sempre, la previa esistenza di un provvedimento di condanna non eseguibile per surrogazione¹⁴⁷.

¹⁴⁶ V., per tutti, C. CONSOLO – F. GODIO, *sub Art. 614-bis c.p.c.*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile commentato – La riforma del 2009* cit., p. 277.

¹⁴⁷ O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld* cit., p. 324-325.

Un primo aspetto da cui si evince la forte eterogeneità dell'istituto, a seconda dell'ordinamento preso in considerazione, è offerto dall'osservazione del campo di applicazione delle misure in esame. In proposito, si possono distinguere, sul piano europeo, due distinte soluzioni.

In base alla prima, la misura coercitiva costituisce un istituto di carattere generale, impiegabile, in linea di principio, per assicurare l'attuazione di ogni specie di obbligazione. In tale ottica, l'ambito di applicazione delle misure coercitive patrimoniali risulta particolarmente ampio per le *astreintes* francesi e per il *civil Contempt of Court* inglese i quali, in linea di principio, possono assistere qualunque provvedimento di condanna indipendentemente dal contenuto di quest'ultima. Anche nei Paesi del Benelux vale, in linea di principio, il medesimo approccio anche se, come si è visto, in seno a tale esperienza, l'ambito di applicazione dell'*astreinte* è comunque più limitato in quanto ne restano escluse, per esempio, le sentenze di condanna al pagamento di somme di denaro e quelle relative ai rapporti di lavoro.

In base alla seconda, accolta dagli ordinamenti giuridici di Italia, Germania e Austria, la determinazione dell'ampiezza dell'ambito applicativo dell'istituto ruota, invece, attorno alla nozione di infungibilità. Secondo questa diversa impostazione, le misure coercitive sono impiegabili solo a fronte di fattispecie predeterminate, pur a maglie piuttosto larghe, dal momento che, come si è visto, il perimetro applicativo dell'istituto dipende dalla nozione elastica e difficilmente determinabile data dall'infungibilità della prestazione. Ne consegue che, in questi ordinamenti, al giudice richiesto dell'applicazione della misura è demandata anche la preventiva valutazione circa la natura della prestazione dedotta in giudizio. La limitazione ben si comprende, inoltre, laddove si ricordi che in Germania e in Austria vige il principio della priorità dell'esecuzione diretta ("*Grundsatz der möglichst direkten Vollstreckung*")¹⁴⁸. Così che l'accesso alle misure coercitive diviene praticabile solo laddove l'esecuzione forzata per surrogazione non sia praticabile.

E' dunque senz'altro vero che nel panorama europeo si confrontano ordinamenti notoriamente più aperti all'utilizzo della tecnica in esame, i quali, ammettono la possibilità di irrogare la misura coercitiva a prescindere dalla natura dell'obbligo inadempito, concependo l'esecuzione indiretta in chiave del tutto complementare

¹⁴⁸ Cfr., ancora, O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld* cit., p. 10.

all'esecuzione forzata diretta (Francia; Paesi del Benelux; Regno Unito); e ordinamenti il cui atteggiamento, pur di apertura all'utilizzo della tecnica in esame, si mostra, per converso, maggiormente cauto e oculato, essendo la pronuncia di siffatte misure ammessa solo a fronte di pretese che, in virtù della loro natura sostanziale, non potrebbero essere portate ad esecuzione coattiva diretta (Germania; Austria; Italia).

12. *L'irrogazione della misura: tra principio della domanda di parte e potere officioso del giudice*

Un'altra differenza di disciplina che è importante, a mio avviso, mettere in luce consiste nella già avvenuta constatazione per cui, mentre in seno ad alcuni ordinamenti, la ricorrenza di un provvedimento di condanna all'adempimento di un obbligo di fare infungibile o di non fare non importa automaticamente la pronuncia della relativa misura coercitiva di supporto, richiedendo in ogni caso l'attivazione della richiesta di parte ad opera del creditore; in altri, da essa viene fatta conseguire la possibilità dell'esercizio di tale potere in via officiosa da parte dell'organo giudicante adito¹⁴⁹.

Seguono la prima soluzione gli ordinamenti di Italia, Germania, Austria; Regno Unito in cui la procedura che conduce all'applicazione della penalità è governata dal principio dispositivo ed è subordinata alla formulazione di una espressa istanza di parte¹⁵⁰.

¹⁴⁹ E' questo un aspetto che merita di essere ben posto in luce in quanto le diverse soluzioni accolte in seno agli Stati membri evidenziano, dandone una felice impressione, come il punto di equilibrio tra i valori (privatistico all'adempimento del diritto del creditore/pubblicistico al rispetto dei provvedimenti dell'autorità giudiziaria) sia variamente fissato. A tal riguardo, non si può non omettere di notare come l'esperienza per consueto qualificata come maggiormente liberale e attenta, in questa materia, alla tutela dell'interesse privatistico, vale a dire l'esperienza francese, concepisca, in ordine alle modalità di irrogazione, la possibilità che alla pronuncia dell'*astreinte* si pervenga anche per iniziativa unilaterale del giudice adito. Cfr., sul punto, E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea* cit., p. 750 e in part. nt. 61 anche per gli opportuni riferimenti alla dottrina francese.

¹⁵⁰ Così che, nel nostro ordinamento, l'eventuale pronuncia di un provvedimento ex art. 614-bis c.p.c. in assenza della apposita istanza di parte sarebbe senz'altro tale da dare luogo ad un vizio di extra/ultra petizione della pronuncia ex art. 112 c.p.c..

Appartiene, per contro, alla seconda soluzione l'ordinamento francese in cui è possibile che si pervenga alla pronuncia dell'*astreinte* anche in via officiosa.

A riguardo, giova precisare che sia laddove alla pronuncia della misura si pervenga a seguito della spendita di un potere processuale esercitato da parte del privato creditore; sia che essa corrisponda alla spendita di un potere officioso del giudice adito, ciascuna esperienza straniera delle misure coercitive presa in considerazione appare incensurabile sotto il profilo del rispetto del principio del contraddittorio, sia pur in quella sua forma meramente affievolita e attenuata, ritenuta dalla Corte di Giustizia sufficiente per la circolazione delle decisioni nell'ambito dello spazio giudiziario europeo¹⁵¹. Quello del rispetto del principio del contraddittorio è un aspetto che, a ben vedere, nella materia in esame deve essere valutato con riguardo ad un duplice momento: vale a dire, innanzitutto, nel momento dell'irrogazione della misura; in secondo luogo, laddove contemplato dalla disciplina interna, nel momento della sua liquidazione, la quale costituisce la fase processuale prodromica all'acquisto, da parte del provvedimento, della sua natura di titolo esecutivo.

In merito, basti notare che benché alla irrogazione e, laddove contemplata, alla liquidazione della misura coercitiva possa pervenirsi anche in esito ad una procedura destinata a svolgersi *inaudita altera parte*, ciascuna esperienza straniera richiede che, prima di procedere alla instaurazione, in base al relativo provvedimento,

¹⁵¹ Come noto, ai sensi dell'art. 34 del Reg. (CE) n. 44/2001 le decisioni non sono riconosciute se la domanda giudiziale o un atto equivalente non è stato notificato o comunicato al convenuto contumace in tempo utile e in modo tale da poter presentare le proprie difese eccetto qualora, pur avendone avuto la possibilità, egli non abbia impugnato la decisione. In rapporto al richiamo che di tale norma compiono gli artt. 41 e 38, par. 1, del Regolamento, secondo cui l'esecuzione può essere richiesta solo per le decisioni già rese esecutive a norma del diritto nazionale dello Stato d'origine, dalla previsione deriva che il procedimento debba essere strutturato in modo che la decisione non possa essere dichiarata esecutiva, se prima non sia stata notificata la relativa domanda. Il problema si è posto per le decisioni giurisdizionali contenenti autorizzazioni di provvedimenti provvisori o cautelari rese senza che la parte contro cui si rivolgono sia stata citata a comparire e destinate ad essere eseguite senza essere state prima notificate a quest'ultima. Cfr., Corte Giust., 21 maggio 1980, C-125/79, *Danilauer*, in *FI*, 1980, IV, p. 365 in cui la Corte ha affermato che "la Convenzione si riferisce essenzialmente alle decisioni giurisdizionali che, prima del momento in cui il loro riconoscimento e la loro esecuzione vengono richiesti in uno Stato diverso da quello d'origine, sono state precedute, o avrebbero potuto essere precedute, in detto Stato d'origine, secondo modalità diverse, da un'istruzione contraddittoria" (nella specie si trattava di un sequestro conservativo accordato, in base al diritto francese, con decreto; v. punto 13 della decisione). In applicazione di tale principio, come noto, Corte Giust. 13 luglio 1995, C-474/93, *Hengst Import*, in *FI*, 1996, IV, p. 395 ha ammesso la circolazione del nostro decreto ingiuntivo, quando la dichiarazione di esecutività sia conseguita al mancato esperimento da parte del debitore di opposizione, in epoca successiva alla notifica a quest'ultimo del ricorso e dell'unito decreto. Sul punto v., P. VITTORIA, *La competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia* cit., p. 427 e p. 437.

dell'esecuzione forzata, quest'ultimo sia previamente notificato al debitore al fine di consentire l'esperimento di eventuali iniziative impugnatorie, ovvero oppositive in base al diritto nazionale. Solo una volta spirato il termine per intraprendere queste ultime, invero, il creditore vittorioso potrà attivarsi in sede esecutiva.

Non poco difettosa, a questo riguardo, pare, al contrario, essere la nostra disciplina posto che, come si è visto, la misura coercitiva di cui all'art. 614-*bis* c.p.c., una volta pronunciata congiuntamente al provvedimento di condanna principale, acquista automaticamente natura di titolo esecutivo nel momento in cui il creditore vittorioso adduca l'inadempimento o la violazione e l'inosservanza del provvedimenti di condanna da parte del debitore e proceda, quindi, alla quantificazione dell'*astreinte* in via di auto-liquidazione. Gli strumenti di tutela, a riguardo, riconosciuti sul piano interno al debitore, vale a dire, segnatamente, la possibilità per lo stesso di esperire opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c., non appaiono in grado di soddisfare i canoni del diritto processuale civile europeo, quali compendiate dall'art. 34, n. 2 del Regolamento (CE) n. 44/2001. Ciò in quanto le iniziative oppositive in esame presuppongono un'esecuzione già sorta o, quantomeno, preannunciata dalla notifica del precetto. Laddove, per contro, come si è visto, il rispetto del contraddittorio, ancorchè differito ed eventuale, deve essere sempre valutato con riguardo ad un momento antecedente l'acquisto di efficacia esecutiva da parte del titolo suscettibile di circolare nello spazio giudiziario europeo¹⁵².

13. Il contenuto delle misure coercitive: tra coercizione-pena e coercizione-indennizzo

Dall'esame comparatistico poc'anzi svolto dovrebbe risultare ben chiaro anche il rapporto che lega le misure coercitive indirette allo strumento risarcitorio. La tutela risarcitoria e quella offerta dalle misure coercitive indirette sono, invero, destinate ad operare su piani diversi e, peraltro, tra loro, perfettamente compatibili e cumulabili. Scopo principale della misura coercitiva è, invero, quello di favorire l'adempimento del debitore. Solo ove tale scopo non venga raggiunto e si registri così

¹⁵² Cfr., ancora una volta, le sentenze della Corte di Giustizia citate alla nota che precede.

l'inadempimento, la pretesa sarà esercitabile in via sanzionatoria in totale indipendenza dal pregiudizio patito dal creditore. Quest'ultimo, invero, potrà sempre esigere altresì la riparazione del danno che quell'inadempimento ha cagionato senza che sulla relativa quantificazione possa esercitare, di norma, alcuna influenza la somma già riscossa a titolo di misura coercitiva.

Netta deve essere così intesa la distinzione tra la funzione del sistema risarcitorio e di quello sanzionatorio. Quest'ultimo è, invero, funzionale a vincere la resistenza del debitore inducendolo ad adempiere alla propria obbligazione e non a riparare il pregiudizio che il creditore abbia patito in conseguenza dell'inadempimento¹⁵³.

A riguardo giova evidenziare i caratteri che distinguono la funzione della misura coercitiva da quelli che connotano il rimedio risarcitorio. In proposito, si è già visto come la funzione pratica della misura coercitiva (tanto dell'*astreinte*, quanto dello *Zwangsgeld* e dell'*Ordnungsgeld* con riguardo alla sua forma minacciata e del *civil Contempt of Court*) sia da riportare ad una logica di tipo compulsorio. Nulla di simile è dato, per contro, rinvenire nella minaccia di una somma di denaro destinata comunque a non superare l'entità del risarcimento del danno subito. Un tanto non solo perché il debitore, sin dal sorgere del vincolo obbligatorio, sa di dovervi far fronte in caso di inadempimento ma, anche perché, mentre l'ammontare del risarcimento è strettamente collegato all'entità del danno subito dal creditore, la liquidazione della misura coercitiva, per definizione, ne prescinde¹⁵⁴. Invero, non

¹⁵³ Cfr., con riguardo all'ordinamento giuridico francese in cui peraltro la distinzione dell'*astreinte* dal rimedio risarcitorio è dotata di fondamento positivo H. MAZEUD – L. MAZEUD – J. MAZEUD – F. CHABAS, *Leçons de droit civil* cit., p. 1029; R. PERROT, *La coercizione per dissuasione nel diritto francese* cit., p. 667.

¹⁵⁴ Da questo angolo di visuale è bene mettere in luce che il problema della distinzione, sul piano dogmatico, della natura giuridica della misura coercitiva introdotta dall'art. 614-bis c.p.c. dal rimedio risarcitorio si è posto in termini piuttosto peculiari nel nostro ordinamento dal momento che, tra i criteri che il giudice deve prendere in considerazione ai fini della liquidazione della misura, rientra anche quello del "danno quantificato o prevedibile". Sebbene la dottrina maggioritaria propenda per la netta distinzione dell'*astreinte* compendiata dal nostro codice di rito dal rimedio risarcitorio, non sono, tuttavia, mancate opinioni in senso contrario volte ad assegnare allo strumento in esame una "secondaria e concorrente finalità di ristoro del danno patito" in dipendenza della previsione di siffatto criterio di commisurazione. Così, A. LOMBARDI, *Il nuovo art. 614-bis c.p.c.: l'astreinte quale misura accessoria ai provvedimenti cautelari ex art. 700 c.p.c.* cit., p. 398. Analogamente, v. N. VENTURA, *L'esecuzione in forma specifica* cit., p. 472 il quale, a riguardo, osserva che "legare la determinazione dell'ammontare della misura coercitiva alla considerazione del "danno quantificato o prevedibile", significa attribuire a tale misura una finalità risarcitoria che è invece estranea all'istituto della penalità di mora, ed al contempo significa frustrarne proprio il carattere compulsorio, atteso che nessuna efficacia deterrente può spiegare la minaccia del pagamento di una somma di denaro comunque non superiore al risarcimento che il debitore sapeva già di dover corrispondere in ragione dell'inadempimento". L'opinione nettamente maggioritaria muove

solo la stessa può essere disposta anche nell'ipotesi in cui il creditore non abbia sofferto, di fatto, alcun pregiudizio, ad esempio, per il venir meno dell'interesse alla prestazione, ma il suo ammontare è legato ad altri parametri. Tra cui, ad esempio, le condizioni economiche del debitore, il grado della sua resistenza all'inadempimento, lo stato soggettivo che ha condotto all'inadempimento¹⁵⁵.

La descritta natura delle misure coercitive esclude, pertanto, qualsiasi loro interferenza con il tradizionale rimedio risarcitorio¹⁵⁶. Invero, qualora all'esito della mancata esecuzione di un provvedimento di condanna, assistito da una misura di coercizione indiretta, il debitore non esegua l'obbligazione dovuta, la riscossione della somma di denaro che costituisce oggetto di dette misure non preclude in alcun modo al creditore – né sul piano dell'*an* né su quello del *quantum* - di richiedere l'integrale riparazione del pregiudizio che la persistenza dell'inadempimento ha provocato¹⁵⁷.

La conseguenza di siffatta impostazione muove nel senso di riconoscere che la misura coercitiva non assolve nemmeno latamente un funzione di tipo risarcitorio e che il titolare del preteso diritto di credito, avente ad oggetto la prestazione richiesta, potrà, di norma, cumulare in via non alternativa la domanda di condanna all'esatto adempimento assistita dalla misura di coercizione e l'ulteriore domanda di condanna

comunque nel senso di considerare la misura coercitiva di cui all'art. 614-*bis* c.p.c. in termini ben distinti dal risarcimento del danno.

¹⁵⁵ Sono questi principalmente i parametri che devono essere fatti rientrare nel criterio di chiusura previsto dall'art. 614-*bis* c.p.c. secondo cui, ai fini della quantificazione della misura, il giudice tiene conto "di ogni altra circostanza utile". Cfr., A. CARRATTA, *Le novità in materia di misure coercitive per le obbligazioni di fare infungibile o di non fare* cit., p. 737; C. TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette* cit., p. 29.

¹⁵⁶ Sulla netta distinzione tra la misura coercitiva di cui all'art. 614-*bis* c.p.c. e il rimedio risarcitorio v. S. MAZZAMUTO, *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614-*bis* c.p.c. nella giurisprudenza di merito* cit., p. 647; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Tomo III, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze* cit., p. 455; D. AMADEI, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili* cit.; A. CARRATTA, *Le novità in materia di misure coercitive per le obbligazioni di fare infungibile o di non fare* cit., p. 736.

¹⁵⁷ Così, con riferimento alla misura coercitiva di cui all'art. 614-*bis* c.p.c., v. E. MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella l. 69/2009* cit., p. 1554 la quale ritiene che la domanda di applicazione della misura coercitiva sia cumulabile da parte dell'attore con quella volta ad ottenere il risarcimento del danno per equivalente ma solo subordinando la seconda alla prima. V., però, C. CONSOLO – F. GODIO, *sub Art. 614-*bis* c.p.c.*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile commentato – La riforma del 2009* cit., p. 290 secondo i quali, invece, il preteso titolare di un diritto di credito avente ad oggetto una prestazione infungibile ben potrebbe cumulare (in via non alternativa) la domanda alla condanna assistita da *astreinte* e l'ulteriore domanda di condanna al risarcimento dei danni patiti e patendi.

al risarcimento dei danni patiti e patendi per l'eventuale ritardo nell'adempimento o per la violazione del dovere di astensione¹⁵⁸

Tale distinzione è chiara e ormai pacificamente acquisita dall'ordinamento francese, in seno al quale la separazione tra l'*astreinte* e il risarcimento dei danni gode di un proprio fondamento positivo¹⁵⁹. Da noi essa è fatta derivare in via interpretativa dalla dottrina nettamente preponderante¹⁶⁰. Anche nell'ambito della dottrina tedesca non constano, infine, opinioni che dubitino in ordine alla netta distinzione tra *Zwangsgeld* e *Ordnungsgeld* e tutela in via risarcitoria. Un tanto non solo in quanto gli importi liquidati dal giudice dell'esecuzione devono essere corrisposti alla *Gerichtskasse* e non al privato creditore; ma anche perché il pregiudizio eventualmente subito da quest'ultimo potrà essere riparato mediante il risarcimento dei danni secondo le regole che governano la responsabilità civile. I due strumenti risultano, pertanto, concepiti in rapporto di piena cumulabilità.

La natura delle misure coercitive patrimoniali presenti sul suolo europeo va dunque, in generale, tenuta ben distinta dall'assolvimento di qualunque tipo di funzione sia pur solo *lato sensu* risarcitoria. E' questo un aspetto da tenere bene in considerazione nel momento in cui si passi ad indagare il fenomeno circolatorio di siffatte misure. L'esclusione di qualsiasi tipo di connotato risarcitorio, impone invero di risolvere, in via preliminare, i problemi derivanti dalla possibilità di ammettere il riconoscimento e l'esecuzione di provvedimenti che perseguono una funzione di natura sanzionatoria

¹⁵⁸ Così, C. CONSOLO – F. GODIO, *sub Art. 614-bis c.p.c.*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile commentato – La riforma del 2009* cit., p. 290.

¹⁵⁹ Cfr., R. PERROT, *La coercizione per dissuasione nel diritto francese* cit., p. 667 il quale sottolinea come “l'*astreinte* non è destinata a riparare il pregiudizio subito dal creditore per il fatto dell'inadempimento o dell'adempimento tardivo: tale pregiudizio sarà riparato con il risarcimento dei danni, secondo le regole classiche della responsabilità civile. L'*astreinte* è un'altra cosa. Il suo scopo è quello di sanzionare una disobbedienza ad un ordine del giudice; in altre parole è una pena non un risarcimento”. A ben vedere, in Francia, la distinzione dell'*astreinte* dal rimedio risarcitorio prima ancora di essere stata positivamente sancita dal legislatore con la legge 5 luglio 1972, n. 626 e la successiva legge 9 luglio 1991, n. 650 ove all'art. 34, comma 1, si prevede espressamente che “l'*astreinte est indépendant des dommages-intérêts*” ha trovato riconoscimento, già a partire dagli anni cinquanta del secolo scorso, in seno alla giurisprudenza. Quest'ultima, ha, invero, statuito già in tempi remoti che l'*astreinte* è “*mesure de contrainte entièrement distincte des dommages-intérêts, et qui n'est en définitive qu'en moyen de vaincre la résistance opposée à l'exécution d'une condamnation, n'a pas pour objet de compenser le dommage né du retard*” (Cass. 20 gennaio 1959, in *Rec. Dalloz*, 1959, p. 536). Sull'autonomia dell'*astreinte* francese dal rimedio risarcitorio v. B. CAPPONI, *Astreintes nel processo civile italiano?* cit., p. 163; M. TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici* cit., p. 90; E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea* cit., p. 759.

¹⁶⁰ Cfr., le considerazioni svolte nelle note che precedono nn. 154 -155 - 156 e agli Autori ivi citati.

seppur assoluta, da parte di alcuni ordinamenti (Francia; Paesi del Benelux; Italia), secondo lo schema della sanzione civile; mentre da altri (Austria; Germania; Regno Unito), secondo lo schema dell'ammenda¹⁶¹.

14. La natura del procedimento e del provvedimento: tra attività di cognizione ed attività di esecuzione mera. (Rinvio)

Un aspetto da tenere bene in considerazione nell'accingersi ad affrontare il problema della circolazione delle misure coercitive risiede nella individuazione della natura che al relativo provvedimento irrogativo deve essere assegnata. Vale a dire se lo stesso goda di una natura almeno *lato-sensu* cognitiva; ovvero se, per converso, ad esso debba attribuirsi natura esecutiva. E' questo un profilo, la cui soluzione appare abbastanza agevole e tutto sommato scontata negli ordinamenti che si ispirano al modello dell'*astreinte* (segnatamente: Francia; Paesi del Benelux; Italia) in cui già la dottrina classica ha avuto modo di escludere la misura coercitiva dall'inclusione tra le "*voies d'exécution*"¹⁶². In seno a tali ordinamenti, l'istanza volta al conseguimento di un'*astreinte*, pur non essendo volta al conseguimento di un'ulteriore tutela di merito dal momento che non incide sull'oggetto del giudizio e non amplia, né tanto meno muta, i termini dello stesso, vale a dire la *causa petendi* e il *petitum* delle domande delle parti, risulta tuttavia ammantata delle relative forme. Con la sua formulazione, il richiedente mira, invero, ad ottenere uno strumento processuale, sotto forma di sentenza di condanna, che gli consenta di ottenere la soddisfazione, in forma specifica, della prestazione dedotta in giudizio e oggetto del provvedimento conclusivo del giudizio. Essa, tuttavia, non realizza, nemmeno latamente, una forma

¹⁶¹ Poco serio appare, da questo angolo di visuale, il tentativo di restringere l'ambito applicativo dell'art. 49 del Reg. (CE) n. 44/2001 alle sole misure coercitive francesi sulla base dell'assunto che in esse non si riscontrerebbe alcun elemento sanzionatorio coinvolgente la spendita di un potere dell'autorità dal momento che la somma deve pur sempre essere pagata al privato creditore. Come osserva esattamente F. GERHARD, *The Extraterritorial Judicial Penalty – New Instruments for the Transnational Enforcement of Extraterritorial Injunctions?* cit., p. 270, invero, al momento dell'approvazione della Convenzione di Bruxelles il processo evolutivo che ha portato, nel corso del tempo, alla distinzione tra *astreinte* e risarcimento del danno, sebbene non ancora consacrato sul piano legislativo, si era perfettamente compiuto sul piano dell'interpretazione giurisprudenziale.

¹⁶² Cfr. F. CHABAS, *V. Astreintes* cit., p. 6; H. GAUDEMET-TALLON, *Competence et execution des jugements en Europe* cit., p. 382; W. KENNETT, *Enforcement of Judgment in Europe* cit., p. 291. Da noi, v. A. CHIZZINI, *sub* Art. 614-bis c.p.c. cit., p. 148.

di esecuzione forzata della decisione di condanna principale. La circostanza che, in seno all'ordinamento giuridico francese, l'appendice procedurale che conduce alla liquidazione e all'applicazione dell'*astreinte* rientri, di norma, nella competenza del giudice dell'esecuzione non vale, peraltro, a mutare i termini della questione.

Profondamente diverso, da questo punto di vista, risulta l'approccio seguito dagli ordinamenti giuridici di Germania e Austria ove, per contro, come già si è visto, già l'irrogazione dello *Zwangsgeld* e dell'*Ordnungsgeld* rientra nella competenza esclusiva del giudice dell'esecuzione ed, in seno ai quali, la dottrina concorda nel ritenere che le stesse realizzino una vera e propria forma di esecuzione forzata delle decisioni. In particolare, la notifica del provvedimento irrogativo della misura (*Festsetzung*) è concepito in tali ordinamenti come il primo atto dell'esecuzione forzata¹⁶³.

Ciò chiarito, è questa una questione su cui ci si intratterà diffusamente nella Sezione terza del presente Capitolo dal momento che la qualificazione delle misure compulsorie austro-tedesche quali atti dell'esecuzione forzata, *stricto-sensu* intesa, potrebbe indurre, almeno di primo acchito, a far concludere per l'estromissione delle stesse dalla circolazione intra-comunitaria. Vero è infatti che il Regolamento (CE) n. 44/2001 esclude dal proprio ambito applicativo la fase di esecuzione forzata delle decisioni, la quale resta governata, in via esclusiva, dal diritto interno degli Stati membri. Sugli esatti termini in cui il problema si pone e sulle soluzioni che allo stesso possono proporsi, in via interpretativa, sia consentito pertanto rinviare alla parte del presente capitolo dedicata alla disamina della questione (Capitolo II, Sez. III, § 18).

¹⁶³ Segnatamente, v. E. MEZGER, *Über einige Lücken des EuGVÜ (Brüssel 1968) und des deutschen Ausführungsgesetzes*, in G. LÜKE – G. RESS – M. R. WILL, *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration. Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco* cit., p. 503; O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld* cit., p. 324-325.

15. *La previsione di una eventuale fase liquidatoria e i criteri di commisurazione della misura. Collocazione della pronuncia in sede dichiarativa o esecutiva e valenza di titolo esecutivo*

Un profilo che diversifica in maniera profonda i sistemi di misure coercitive presenti a livello degli Stati membri e che risulta di centrale importanza per la circolazione delle relative decisioni applicative nello spazio giudiziario europeo attiene alle modalità procedurali di liquidazione in vista dell'ottenimento, da parte delle stesse, della qualità di titolo esecutivo. Se si eccettua l'esperienza degli ordinamenti dei Paesi del Benelux e dell'Italia, in seno ai quali, la misura nasce in sé stessa come definitiva, le altre esperienze nazionali prevedono che la misura coercitiva non possa essere portata ad esecuzione coattiva se non all'esito di un procedimento ulteriore volto in *primis* alla constatazione dell'inadempimento e, in secondo luogo, alla liquidazione della misura. È questo tuttavia, un aspetto, rispetto al quale i singoli istituti nazionali risultano tra di loro così diversi, da risultare vano qualunque tentativo di operare tra gli stessi una seria comparazione.

Da questo angolo di visuale poco problematica in quanto sorretta da un dato normativo chiaro e preciso, oltre che da un'elaborazione dogmatica secolare, è l'esperienza dell'ordinamento francese su cui ci si è già a lungo intrattenuti. A riguardo, sia sufficiente osservare, da un lato, come sia indubbio che la stessa abbia costituito il modello di riferimento per il legislatore comunitario dal momento che l'art. 49 del Regolamento (CE) n. 44/2001 richiede *expressis verbis* che la misura sia stata definitivamente fissata dai giudici dello Stato membro di origine; dall'altro, che il titolo esecutivo avente attitudine a circolare in Europa sarà rappresentato proprio dal provvedimento emesso all'esito dello svolgimento del segmento procedurale deputato alla liquidazione dell'*astreinte*.

Quanto agli ordinamenti di Austria e Germania la risposta è, ancora una volta, maggiormente complessa. In tali ordinamenti non si rinviene una separazione tra il momento dell'irrogazione e quello della determinazione della somma dovuta a titolo di *Zwangsgeld* e *Ordnungsgeld* i quali vengono operati contestualmente da parte del giudice dell'esecuzione. Tuttavia, è bene ricordare come, in seno a tali esperienze, l'irrogazione della misura coercitiva, essendo sempre posteriore alla pronuncia del

provvedimento di condanna principale, presuppone, da un lato, l'accertamento da parte del giudice adito dei necessari presupposti applicativi e dall'altro, l'attualità dell'inadempimento, nonché la sua dipendenza da cause esterne alla volontà del debitore. Una soluzione, almeno in parte, analoga si rinviene inoltre anche con riguardo all'esperienza del *civil Contempt of Court*.

Giova, da ultimo, evidenziare come le diverse esperienze di misure coercitive si differenziano, non solo, in base alla previsione, o meno, di un procedimento liquidatorio, ma altresì per i criteri di quantificazione della misura medesima. Così, mentre in alcuni ordinamenti la quantificazione della misura è rimessa, in concreto, al potere discrezionale del giudice che, a tal fine, dovrà tenere conto di alcuni parametri legislativamente pre-individuati ma pur sempre a maglie piuttosto larghe (è questo il caso degli ordinamenti di Francia; Paesi del Benelux; Italia e, segnatamente, del Regno Unito); in altri, l'ammontare della misura, pur rimessa alla discrezionalità dell'organo giudiziario adito, deve essere comunque fissata entro i limiti stabiliti da una rigida cornice edittale (è questo il caso degli ordinamenti di Austria e Germania).

16. Il beneficiario della misura: tra destinatario pubblico e destinatario privato

A conclusione dell'analisi comparatistica svolta, è doveroso soffermare l'attenzione su quell'aspetto che, più di ogni altro, ha influito sul dibattito concernente l'individuazione delle misure coercitive suscettibili di circolare sul piano europeo. Vale a dire sul destinatario del pagamento della somma di denaro dovuta a titolo di misura coercitiva.

Come si è già visto, in tutti gli ordinamenti giuridici europei la misura coercitiva di natura pecuniaria si atteggia, almeno nella fase iniziale, quale minaccia, rivolta nei confronti del debitore, di diminuzione del proprio patrimonio. Diverse sono, tuttavia, a tal riguardo, le regole poste in ordine all'individuazione del beneficiario del pagamento. Mentre in alcuni Paesi la somma riscossa a titolo di misura coercitiva deve essere pagata allo Stato; in altri essa fluisce nelle mani del creditore.

Adottano il primo modello gli ordinamenti giuridici di Germania e Austria in cui la somma riconosciuta a titolo di misura coercitiva deve essere pagata, rispettivamente,

alla *Gerichtskasse* e alle *Träger der Sozialhilfe*. La medesima soluzione vale anche per l'ordinamento giuridico del Regno Unito ove la somma dovuta a titolo di *civil Contempt of Court* deve essere parimenti versata alle casse dello Stato.

Adottano, invece, il secondo modello gli ordinamenti giuridici che hanno adottato la soluzione dell'*astreinte*. Segnatamente, dunque: Francia; Paesi del Benelux e Italia¹⁶⁴.

Proprio in ordine al beneficiario della misura si è, del resto, formata - è bene accennarlo sin d'ora - una forte divisione di vedute in ordine alla possibilità di ammettere, tra le misure ammesse a circolare nell'ambito dello spazio giudiziario europeo, anche quelle che debbono essere pagate allo Stato.

Rinviando la compiuta disamina di tale questione al prossimo Capitolo è bene precisare, sin d'ora, che proprio in seno all'ordinamento francese il fatto che la somma vada pagata al creditore è andata tutto fuorchè esente da forti critiche. Tale aspetto della disciplina è stato, invero, avversato dalla dottrina maggiormente sensibile alle esigenze di contemperare, accanto alle aspettative di tutela del privato creditore, anche la soddisfazione, da parte dello strumento in esame, di superiori esigenze di tipo equitativo¹⁶⁵. A riguardo, giova pertanto evidenziare come non siano

¹⁶⁴ Non manca, tuttavia, in seno agli ordinamenti europei, un interessante modello di compromesso offerto dal diritto processuale portoghese. In seno a tale esperienza, che si riporta alla famiglia dell'*astreinte*, si prevede che la somma dovuta a titolo di misura coercitiva debba essere pagata, in uguale proporzione, per metà al privato creditore e per metà allo Stato. La regola, che si rinviene all'art. 829-A Abs. 3 del *Código Civil* prevede: "*O montante de sanção pecuniária compulsória destina-se, em partes iguais, ao creditor e ao Estado*". Cfr., W. KENNETT, *Enforcement of Judgment in Europe* cit., p. 295; O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld* cit., p. 194.

¹⁶⁵ In particolare, l'approvazione della riforma della disciplina attuata dal legislatore francese con la legge del 1972 è avvenuta pur in mancanza di unità di vedute circa tale aspetto della disciplina dell'istituto. Precisamente, la dottrina dell'epoca si era espressa assai criticamente con riguardo alla giustificazione da dare al trasferimento della somma di denaro in capo al creditore insoddisfatto. A riguardo, è dunque senz'altro interessante notare che il progetto originario della legge 72-696 prevedeva che la somma liquidata a titolo di *astreinte* fosse devoluta per metà allo Stato e per metà al creditore sull'esempio offerto dal codice portoghese. Tale soluzione incontrò tuttavia una forte resistenza in seno al Senato e venne pertanto abbandonata. La vicenda è riportata da E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea* cit., p. 759 il quale precisa, altresì, che un analogo episodio si sarebbe ripetuto anche in occasione dei lavori preparatori della legge n. 91-650 il cui progetto iniziale conteneva una norma che avrebbe dovuto conferire al giudice il potere di decidere di devolvere una parte della somma dovuta a titolo di *astreinte* a favore del Fondo nazionale d'aiuto sociale. Come ben messo in rilievo da P. PUCCIARIELLO - G. FANELLI, *L'esperienza straniera dell'esecuzione forzata indiretta*, in B. CAPPONI (a cura di), *L'esecuzione processuale indiretta* cit., p. 47 tale problema riguarda da vicino anche l'interprete italiano che, sul punto, ha seguito la medesima scia del modello francofono. A proposito, è noto come l'art. 614-*bis* c.p.c. contenga il limite dell'iniquità della misura in relazione al quale è tuttavia discutibile se il riferimento possa intendersi nel senso per cui debba valutarsi la non iniquità dell'ammontare della misura; ovvero, se ad essere

mancati, sino a tempi a noi piuttosto recenti, i tentativi di modifica della disciplina vigente proprio nel senso di destinare, almeno una parte, del pagamento alle casse dello Stato al fine di evitare che la riscossione della somma di denaro dovuta a titolo di misura coercitiva dia luogo a effetti di iniquo arricchimento per il creditore¹⁶⁶

valutato deve essere la non iniquità della comminazione stessa (a prescindere, cioè, dall'importo ingiunto).

¹⁶⁶ Ed è proprio questo l'aspetto di maggiore critica che traspare in seno alla dottrina francese la quale denuncia un approccio completamente appiattito sulla figura del creditore messo, così, nella condizione di poter lucrare dell'inadempimento. Cfr., E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea* cit., p. 759 anche per gli opportuni riferimenti alla dottrina francese.

SEZIONE III
POTESTÀ ESECUTIVA INDIRETTA, EFFICACIA TRANSFRONTALIERA
E PRINCIPIO DI TERRITORIALITÀ

17. La competenza giurisdizionale intra-comunitaria a pronunciare una “decisione che applica una penalità”. Rilievi introduttivi

Così ricostruito il quadro comparatistico con cui la regola posta dall’art. 49 del Regolamento (CE) n. 44/2001 è giocoforza destinata a confrontarsi sembra doveroso, a questo punto dell’indagine, soffermarsi sul secondo degli aspetti evidenziati in apertura del presente Capitolo. Vale a dire sul problema concernente i criteri di collegamento determinanti la giurisdizione intra-comunitaria competente a pronunciare una misura di coercizione indiretta a sostegno di una decisione che chiude un contenzioso a carattere transfrontaliero.

L’argomentazione volta a dare una risposta a tale questione richiede, a mio avviso, di essere articolata in due passaggi tra loro distinti ma, pur sempre, correlati. In particolare, è, necessario, prendere le mosse dall’individuazione della natura delle decisioni che applicano una misura coercitiva al fine di chiarire quale sia il rapporto tra l’art. 49 e la regola di competenza esclusiva di cui all’art. 22, n. 5 del Regolamento (CE) n. 44/2001. Una volta dimostrato che la decisione che irroga una misura coercitiva non ha natura esecutiva e, pertanto, non appartiene alla competenza esclusiva del giudice dello Stato membro in cui l’esecuzione stessa deve avere luogo, sarà necessario addentrarsi nella questione concernente l’individuazione del foro competente a pronunciare siffatte decisioni. Vale a dire, sarà necessario chiedersi se tale competenza debba essere fatta coincidere con quella del foro che ha deciso la controversia principale, quasi si trattasse di una sorta di competenza funzionale discendente dal carattere di accessorietà che connota tali decisioni. Ovvero se, all’opposto, la giurisdizione competente ad emettere la misura coercitiva possa essere anche sganciata da quella individuata dall’attore al momento dell’instaurazione della controversia e, così, radicata, per via di *exequatur*, nel foro del giudice in cui sia

chiesto il riconoscimento della decisione principale non eseguibile forzatamente in forma diretta¹⁶⁷.

18. *Art. 49 e Art. 22. n. 5 del Reg. (CE) n. 44/2001: le ragioni di un'apparente contraddizione*

La risposta al primo dei quesiti indicati riposa sulla soluzione di uno snodo cruciale della disciplina in esame, il quale - almeno a prima vista - potrebbe far ritenere che tutto l'impianto dell'esecuzione comunitaria indiretta giaccia su di una vera e propria contraddizione di fondo. Ci si riferisce, in particolare, alla necessità di chiarire i rapporti tra l'art. 22¹⁶⁸, n. 5 e l'art. 49 del Reg. (CE) n. 44/2001¹⁶⁹.

La soluzione a tale quesito dipende, ovviamente, dalla natura che si intenda dare alle misure coercitive e, precisamente, alla loro riconduzione al processo di cognizione

¹⁶⁷ Sulla questione sia consentito rinviare, *amplius*, Cap. III, Sez. III, §§ da 20 a 25.

¹⁶⁸ E' noto che l'art. 22 del Regolamento individua in maniera tassativa alcune categorie di controversie il cui oggetto presenta un legame particolarmente stretto con un determinato Stato membro, tale che l'attribuzione di competenza in tal modo effettuata è esclusiva, inderogabile e prescinde completamente dal criterio generale del domicilio del convenuto. Tali fori esclusivi, comprendono diverse materie e precisamente: i diritti reali immobiliari, compresi i contratti di affitto superiori a sei mesi; gli atti costitutivi delle società o delibere dei relativi organi societari; le iscrizioni nei pubblici registri; la registrazione delle opere tutelate dai diritti di proprietà intellettuale; ed, infine, per quanto più interessa, l'esecuzione forzata delle sentenze. In tali ipotesi, la previsione dei fori di competenza giurisdizionale esclusiva è dato dall'esigenza di garantire che competente a decidere la lite sia univocamente il giudice che, per la sua localizzazione territoriale, sia collegato più intensamente alla controversia e sia dunque in grado di garantire alla decisione il massimo grado di efficacia nell'interesse della efficiente amministrazione della giustizia a livello comunitario. Sul regime delle competenze esclusive, v. P. VITTORIA, *La competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia* cit., p. 245 ss.

¹⁶⁹ Il problema è affrontato e discusso, in particolare, dalla dottrina tedesca. Cfr., O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld* cit., pp. 324-325; B. TREIBMANN, *Die Vollstreckung von Handlungen und Unterlassungen im europäischen Zivilrechtsverkehr* cit., p. 114 ss.; H. KOCH, *Neuere Probleme der internationalen Zwangsvollstreckung einschließlich des einstweiligen Rechtsschutzes*, in P. SCHLOSSER (Hrsg.) *Materielles Recht und Prozessrecht und die Auswirkungen der Unterscheidung im Recht der internationalen Zwangsvollstreckung* cit., p. 198; E. MEZGER, *Über einige Lücken des EuGVÜ (Brüssel 1968) und des deutschen Ausführungsgesetzes*, in G. LÜKE – G. RESS – M. R. WILL, *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration. Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco* cit., p. 508; A. K. BITTER, *Vollstreckbarerklärung und Zwangsvollstreckung ausländischer Titel in der Europäischen Union* cit., pp. 123 ss., cfr. in part., pp. 126 e ss.; P. OBERHAMMER, in F. STEIN – M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung* cit., p. 725. Al di fuori della discussione maturata in ambito germanico si veda, a riguardo, il contributo di: F. GERHARD, *The Extraterritorial Judicial Penalty – New Instruments for the Transnational Enforcement of Extraterritorial Injunctions?*, in P. SARCEVIC – P. VOLKEN (edited by), *Yearbook of Private International Law* cit., p. 271.

ovvero a quello di esecuzione. Se la questione sembra superflua con riguardo agli ordinamenti ispirati alla scuola dell'*astreinte* francese ed anche a quelli che si riportano alla tradizione del *civil Contempt of court*, altrettanto non può dirsi con riguardo alle misure coercitive austro-tedesche. Come si è visto, *Zwangsgeld* e *Ordnungsgeld* rappresentano, infatti, nei rispettivi ordinamenti di appartenenza, uno strumento dell'esecuzione forzata.

A riguardo, è pertanto indubbio che l'art. 49 ponga, innanzitutto, in rilievo delicati problemi di coordinamento con la previsione di cui all'art. 22 n. 5 del Regolamento (CE) n. 44/2001 il quale, in materia di esecuzione delle decisioni, fissa, come noto, la competenza esclusiva in capo ai giudici dello Stato membro nel cui territorio l'esecuzione deve avere luogo¹⁷⁰. Benchè la previsione da ultimo richiamata venga tradizionalmente ricondotta all'esecuzione forzata in senso stretto¹⁷¹, è evidente, infatti, che la soluzione di gran parte delle questioni che in quest'ambito si pongono deve essere fatta dipendere strettamente dalle premesse che si intendano accogliere in ordine alla natura giuridica delle misure in esame. Laddove, invero, si riconducessero queste ultime entro l'ambito della "materia di esecuzione delle decisioni" sarebbe giocoforza scontato ritenere che la relativa competenza irrogativa vada assegnata, in via esclusiva, al giudice dello Stato del luogo in cui l'esecuzione forzata della misura coercitiva deve avere luogo, vale a dire a quello ove risultano collocati i cespiti patrimoniali del debitore. Con la conseguenza, che alcun fenomeno circolatorio di tali misure potrebbe venire in rilievo.

¹⁷⁰ L'art. 22, n. 5 del Regolamento dispone che hanno competenza esclusiva, in materia di esecuzione delle sentenze, i giudici dello Stato membro nel cui territorio l'esecuzione ha luogo. La norma viene riportata all'esigenza di garantire che i giudici dello Stato membro nel cui territorio l'esecuzione è richiesta siano i soli ad applicare le norme che disciplinano, nell'ambito territoriale di loro competenza, l'attività degli organi incaricati dell'esecuzione. Cfr., P. VITTORIA, *La competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia* cit., p. 253.

¹⁷¹ Si badi, tuttavia, che il problema in esame ha fondate ragioni per porsi dal momento che, secondo l'insegnamento della Corte di Giustizia, per controversie relative all'esecuzione delle sentenze si devono intendere quelle cui può dar luogo "il ricorso alla forza, alla *coercizione* o alla espropriazione di beni mobili o immobili per assicurare l'esecuzione materiale delle decisioni e degli atti" e che "le difficoltà che sorgono nel corso di tali procedure sono di competenza esclusiva del giudice del luogo dell'esecuzione" (Cfr. Corte Giust., 26 marzo 1992, C-261/90, *Reichert II*, in *FI*, 1994, IV, p. 235 e 239 che sul punto ha ripreso quanto chiarito dalla Relazione Jenard. Leggila in F. POCAR, *La convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze* cit., p. 409). In dottrina, v. P. VITTORIA, *La competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia* cit., p. 253 ss.; E. MERLIN, *Le misure provvisorie e cautelari nello spazio giudiziario europeo* cit., p. 763; H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe* cit., pp. 86-87.

L'accennata incoerenza merita, peraltro, di essere un poco meglio precisata. A riguardo, è necessario tenere presente come l'impianto regolamentare appaia, da un lato, saldamente basato sul principio di separazione tra il momento della cognizione e quello dell'esecuzione¹⁷²; mentre, dall'altro, sembra concepire la possibilità di una sorta di esecuzione transfrontaliera a mezzo di misure coercitive indirette nell'ambito della quale, tale netta distinzione, tra momento dell'accertamento e momento dell'esecuzione, entra, inevitabilmente, in crisi.

Con riguardo al primo aspetto, giova, in particolare, osservare che, in ossequio al principio di unità della procedura esecutiva individuale, l'art. 22, n. 5 e le norme contenute nel Titolo III del Regolamento (artt. 38 e 40) operano una ferma distinzione tra lo svolgimento del procedimento di merito, condotto nello Stato di origine, e il procedimento esecutivo, il quale deve essere interamente svolto nello Stato di arrivo senza ingerenze, da parte degli organi dell'esecuzione, circa il contenuto del titolo da eseguire¹⁷³. Tale rigida separazione, nel campo dell'esecuzione forzata indiretta, sembrerebbe destinata a venire meno¹⁷⁴. Invero, in tale ambito, mentre l'irrogazione della misura è demandata alla competenza del giudice dello Stato membro che ha emanato la decisione principale, la sua esecuzione sarebbe resa possibile in uno Stato membro diverso.

Pertanto, laddove si ritenesse che le "decisioni che applicano una penalità" rappresentano lo strumento con cui dare, sia pur in via mediata e indiretta, attuazione alle pronunce aventi ad oggetto un obbligo di fare infungibile o un non fare, l'esecuzione forzata parrebbe destinata a svolgersi in due Stati membri. Precisamente, in parte, nello Stato membro ove la misura coercitiva viene

¹⁷² E' quello che la dottrina austro-tedesca compendia sotto la formula di *Formalisierungsprinzip* su cui v. A. VON FALCK, *Implementierung offener ausländischer Vollstreckungstitel – Vollstreckbarerklärung ausländischer Titel und inländischer Bestimmtheitsgrundsatz* cit., p. 90. Per una limpida lettura del principio, v. S. DALLA BONTÀ, *Il principio di determinatezza del titolo esecutivo e la dichiarazione di esecutività di titoli stranieri*, in C. CONSOLO – M. DE CRISTOFARO (a cura di), *Il diritto processuale civile internazionale visto da Int'l Lis dal 2002 ad oggi*, Milano, 2006, p. 1334. Cfr., inoltre, F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle sentenze straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001* cit., p. 256.

¹⁷³ Cfr. H. SCHACK, *Internationales Zivilverfahrensrecht* cit., n. 957.

¹⁷⁴ Come si avrà modo di dimostrare nel corso del prossimo Capitolo (v., in particolare, Cap. III, Sez. I, § da 9 a 12), la previsione contenuta nell'art. 49 del Reg. (CE) n. 44/2001 secondo cui la misura coercitiva deve essere definitivamente fissata dai giudici dello Stato membro di origine per essere ammessa a circolare nell'ambito dello Spazio giudiziario europeo si pone e deve essere letta, a mio avviso, nell'ottica di salvaguardare la validità del principio espresso nel testo.

pronunciata; in parte, nel secondo Stato membro ove la misura coercitiva deve essere portata ad esecuzione forzata¹⁷⁵.

Poste queste premesse, si tratta, pertanto, di capire se l'irrogazione di siffatte misure sottintenda, o meno, l'esercizio, da parte dei giudici dello Stato di origine, di una potestà esecutiva tale da ledere le prerogative sovrane dello Stato in cui debba essere tenuto il comportamento dovuto in forza del *dictum* principale e nel quale venga, per ipotesi, promossa l'esecuzione forzata per le sanzioni pecuniarie conseguenti al comportamento di inottemperanza al medesimo¹⁷⁶. Oppure, per converso, se tale irrogazione, benchè diretta a coercire un comportamento da tenersi al di fuori dei limiti territoriali dello Stato del foro, resti un'attività che non comporta alcun esercizio di potestà esecutiva sul territorio estero e rientri, pertanto, nei pieni poteri del giudice di quest'ultimo Stato¹⁷⁷.

A riguardo occorre a mio avviso prendere le mosse, ancora una volta, dall'interpretazione dell'art. 22, n. 5 del Regolamento. Tale disposizione, più volte citata, prevede che: "in materia di esecuzione delle decisioni", hanno competenza esclusiva, indipendentemente dal domicilio, "i giudici dello Stato membro nel cui territorio ha luogo l'esecuzione".

¹⁷⁵ Così H. KOCH, *Neuere Probleme der internationalen Zwangsvollstreckung einschließlich des einstweiligen Rechtsschutzes*, in P. SCHLOSSER (Hrsg.) *Materielles Recht und Prozessrecht und die Auswirkungen der Unterscheidung im Recht der internationalen Zwangsvollstreckung* cit., p. 199.

¹⁷⁶ E', invero, su tali basi che da alcuni Autori viene negata la possibilità di dare riconoscimento ed esecuzione alle misure coercitive austro-tedesche. V., E. MEZGER, *Über einige Lücken des EuGVÜ (Brüssel 1968) und des deutschen Ausführungsgesetzes*, in G. LÜKE – G. RESS – M. R. WILL, *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration* cit., p. 506.

¹⁷⁷ Propende in senso categorico per la seconda delle menzionate alternative Oberlandesgericht Köln, 3 giugno 2002 (ord.) il cui testo integrale è pubblicato in *RIW*, 2003, p. 71 e in *IPRax*, 2003, p. 446 ed è annotata adesivamente da M. DE CRISTOFARO, *Esecuzione in personam, principio di territorialità e misure coercitive indirette nello spazio giudiziario europeo* cit. p. 24. Nella richiamata decisione, relativa ad un ordine di esibizione di determinate informazioni destinato ad avere luogo in Italia e pronunciato a pena di *Zwangsgeld*, la Corte d'appello renana non solo ha negato che possa verificarsi qualsivoglia lesione di sovranità dello Stato in cui debba essere tenuto il comportamento dovuto in forza del *dictum* principale ma, del pari, ha disconosciuto che una simile lesione si possa riconnettere all'eventualità che il creditore ivi promuova l'esecuzione forzata per le sanzioni pecuniarie conseguenti al comportamento di inottemperanza al medesimo. Invero, tale esecuzione prefigurerebbe, secondo la Corte adita, un atto meramente interpretato al quale resta estraneo l'esercizio di qualsiasi attività d'imperio da parte dello Stato il cui giudice ha ordinato la misura di coercizione indiretta. In particolare, sui limiti territoriali della potestà ad emanare ordini aventi pur sempre funzione esecutiva ma destinati ad operare *in personam*, v. H. MUIR WATT, *Extraterritorialité des mesures conservatoires in personam (à propos de l'arrêt de la Court of Appel, Crédit Suisse Fides Trust v. Cuoghi)*, in *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1998, p. 27 ss. Su tale questione, v., da ultimo, Corte di Giustizia, 12 aprile 2001, C-235/09, *DHL Express France c. Chronopost SA*, in *FI*, 2011, IV, p. 298.

Il principio di sovranità in materia di esecuzione delle decisioni, espresso dalla disposizione in esame, si esplica nel senso che il giudice dello Stato membro in cui l'esecuzione deve avere luogo ha giurisdizione esclusiva a prendere le misure esecutive necessarie sul territorio del suo Stato.

Per comprendere se la collisione tra la regola posta dall'art. 49 e quella di cui all'art. 22, n. 5 del Regolamento sia solo apparente ovvero concreta occorre, pertanto, muovere da una distinzione. In particolare, è necessario distinguere tra la fase di irrogazione e la fase di vera e propria esecuzione della misura coercitiva e chiedersi se già la prima costituisca un atto dell'esecuzione forzata o, più precisamente, per usare le parole del Regolamento, un atto riguardante la "materia di esecuzione delle decisioni".

Tale scissione tra momento dell'irrogazione e momento dell'esecuzione risulta oltremodo agevole per gli ordinamenti giuridici che fanno capo alla famiglia dell'*astreinte*, in seno ai quali già la dottrina classica ha avuto cura di precisare che la fase di irrogazione della misura ha carattere cognitivo¹⁷⁸. In tali ordinamenti la fase di irrogazione e di liquidazione della misura, benché rientrante sul piano interno nella competenza del giudice dell'esecuzione, resta pertanto certamente estranea alla portata dell'art. 22 n. 5 del Regolamento ed è soggetta a tutti i fori di competenza, tanto generali, quanto speciali da quest'ultimo previsti¹⁷⁹.

Ad una conclusione opposta è dato, invece, prevenire ove si considerino le misure coercitive proprie dell'ordinamento giuridico austro-tedesco. In seno a tale esperienza, invero, una simile scissione tra la fase di irrogazione della misura e quella della sua vera e propria esecuzione si rivela quanto mai problematica considerato che già la prima esula dai poteri del giudice che emette la decisione di merito, rientrando, invece, nella competenza specifica dell'organo giudiziario di

¹⁷⁸ V. F. CHABAS, *La pena privata in Francia* cit., p. 360; Id., *v. Astreintes*, cit., p.6; O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld* cit., p. 41 ss.; E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea* cit., p. 747.

¹⁷⁹ E' ben vero, peraltro, che anche in Francia la liquidazione della misura è demandata al giudice dell'esecuzione e che, come si vedrà, è pur sempre il provvedimento liquidatorio a costituire il titolo esecutivo suscettibile di circolare nello spazio giudiziario europeo ai sensi dell'art. 49. Tuttavia tale dato non inficia la validità del ragionamento che si sta svolgendo. Invero, si deve parimenti ricordare che le decisioni circolano indipendentemente dalla natura dell'organo giurisdizionale che le pronuncia. Così, ad esempio, si ritiene che il regolamento trovi applicazione anche all'azione civile esercitata nel processo penale ex art. 5, n. 4 del Reg.

prime cure in veste di giudice dell'esecuzione il quale, dopo essere stato adito dal creditore, può procedere alla sua riscossione anche *ex officio*.

A fronte di tali caratteristiche, è evidente che già l'irrogazione dello *Zwangsgeld* e, specialmente quella dell'*Ordnungsgeld*, sembrerebbe rientrare, a pieno titolo, nella portata applicativa dell'art. 22, n. 5 Reg.¹⁸⁰. Invero, la notifica del provvedimento che irroga una tale misura costituisce, sul piano interno, il primo atto dell'esecuzione forzata¹⁸¹.

A riguardo è bene evidenziare come l'opinione che ravvisa già nella semplice irrogazione della misura coercitiva uno snodo procedurale afferente alla "materia dell'esecuzione delle decisioni" ha riscosso in dottrina un certo successo¹⁸². Diversi sono stati, invero, gli Autori germanici che sono giunti a negare la possibilità di dare esecuzione all'estero alle misure coercitive, specialmente di quelle austro-tedesche, proprio sulla base della loro convinzione per cui le stesse configurerebbero uno strumento dell'esecuzione forzata. Tali opinioni risultano, peraltro, criticabili nella parte in cui raggiungono una siffatta conclusione prendendo le mosse da un'interpretazione dei concetti di "decisioni che applicano una penalità" e, soprattutto, di "materia di esecuzione delle decisioni" rigidamente basate sulla *lex fori*¹⁸³. Laddove, per contro, appare maggiormente appropriato, nonché aderente agli insegnamenti della Corte di Giustizia, valorizzare una nozione autonoma dei

¹⁸⁰ E' questa l'opinione accolta da E. MEZGER, *Über einige Lücken des EuGVÜ (Brüssel 1968) und des deutschen Ausführungsgesetzes*, in G. LÜKE – G. RESS – M. R. WILL, *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration* cit., pp. 506-507 il quale nega che possa essere chiesto e ottenuto in Francia l'*exequatur* per lo *Zwangsgeld* e l'*Ordnungsgeld* di cui ai §§ 888, 890 ZPO.

¹⁸¹ V. OLG Nürnberg, 5 aprile 1974 in *Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts im Jahre 1974*, in *IPRspr*, p. 188; B. TREIBMANN, *Die Vollstreckung von Handlungen und Unterlassungen im europäischen Zivilprozessrecht*, 1994, p. 99. V., però Kammergericht, 4 settembre 1998, in *IPRax*, 2001, pp. 236-238 con nota di P. MENNICKE, *Vollziehung einer Unterlassungsverfügung durch Zustellung in einem anderen Vertragsstaat des EuGVÜ*, ove invece si esclude che la notifica transfrontaliera di un provvedimento a contenuto inibitorio munito di misura coercitiva possa essere considerato quale primo atto dell'esecuzione forzata.

¹⁸² Così, E. MEZGER, *Über einige Lücken des EuGVÜ (Brüssel 1968) und des deutschen Ausführungsgesetzes*, in G. LÜKE – G. RESS – M. R. WILL, *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration* cit., p. 507; B. TREIBMANN, *Die Vollstreckung von Handlungen und Unterlassungen im europäischen Zivilprozessrecht* cit., p. 99. Cfr., inoltre, F. GERHARD, *The Extraterritorial Judicial Penalty – New Instruments for the Transnational Enforcement of Extraterritorial Injunctions?*, in P. SARCEVIC – P. VOLKEN (edited by), *Yearbook of Private International Law* cit., p. 272 il quale, a tal proposito, riporta l'opinione adesiva anche di Y. DONZALLAZ, *La Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, Bern, 1997, No. 6402.

¹⁸³ Così, O. REMIEN, *Rechtswirklichung durch Zwangsgeld* cit., pp. 324-326.

menzionati concetti, vale a dire sganciando gli stessi da un fermo richiamo alle concezioni nazionali e tenendo conto del contesto transfrontaliero in cui possono essere chiamati ad operare¹⁸⁴. Senza contare, inoltre, che, così ragionando, l'art. 49 del Regolamento, il quale, nella sua traduzione in lingua tedesca, si riferisce testualmente anche allo *Zwangsgeld* sarebbe destinato a rimanere lettera morta.

Per concludere sul punto, giove porre in rilievo come la contraddizione tra le norme qui esaminate possa dirsi, a ben vedere, solo apparente. L'irrogazione della misura coercitiva, invero, indipendentemente da quale sia la concezione nazionale ad essa sottesa, non comporta ancora esercizio di potestà esecutiva, *stricto sensu* intesa, sul territorio estero e, pertanto, può fare legittimamente capo al giudice di uno Stato membro diverso da quello in cui la sua esecuzione debba avere luogo.

19. Giurisdizione sul merito della controversia principale e accessorieta della giurisdizione sulla misura coercitiva. Le ragioni di un'opportuna coincidenza

Una volta precisato che l'irrogazione di una misura coercitiva non comporta esercizio di potestà esecutiva sul territorio estero appare doveroso chiedersi, sul piano astratto, quale sia il giudice cui può far capo la relativa giurisdizione. In particolare, occorre domandarsi quali siano le alternative che si presentano all'attore nel momento in cui decida di chiedere l'applicazione di una decisione che applica una penalità di mora a sostegno della decisione principale. Riprendendo il ragionamento svolto in apertura del presente Capitolo, mi sembra che le soluzioni che, in linea teorica, si possono distinguere siano essenzialmente tre: *a)* l'attore potrà, invero, rivolgersi, al medesimo giudice adito per decidere il merito della controversia principale sulla base dei criteri generali o speciali posti dal Regolamento. Oppure, l'attore potrebbe rivolgersi, per via di *exequatur* della decisione principale, rispettivamente: *b)* al giudice del luogo in cui il comportamento di fare o di non fare deve essere concretamente posto in essere; *c)* al giudice del luogo in cui la decisione

¹⁸⁴ F. GERHARD, *The Extraterritorial Judicial Penalty – New Instruments for the Transnational Enforcement of Extraterritorial Injunctions?*, in P. SARCEVIC – P. VOLKEN (edited by), *Yearbook of Private International Law* cit., p. 274; O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld* cit., pp. 324-326.

che applica una penalità debba poi anche essere eseguita, vale a dire in quello in cui risultano collocati i cespiti patrimoniali del debitore.

A riguardo, è bene rilevare come l'ammissione delle possibilità contrassegnate *sub* lett. *b)* e *c)*, pur essendo in sé attraenti e autorevolmente sostenute, è tale da dare luogo ad una serie di inconvenienti e di difficoltà applicative tutt'altro che trascurabili¹⁸⁵. Tali disfunzioni verranno convenientemente poste in luce nel Capitolo conclusivo del presente lavoro, dedicato, nello specifico, al giudizio di *exequatur* delle decisioni che applicano una penalità. Per ora, sia, pertanto, consentito rivolgere ad esse solo un breve accenno.

Si ponga, innanzitutto, mente al fatto che lo sganciamento della potestà giurisdizionale a pronunciare una misura coercitiva dalla potestà giurisdizionale a decidere il merito è tale da dare luogo ad una frammentazione della giurisdizione che, in ipotesi, potrebbe essere radicata contemporaneamente in uno qualsiasi degli Stati membri in cui, rispettivamente, il debitore possieda dei beni aggredibili in via esecutiva; ovvero, nel caso di obbligazioni di fare a carattere negativo ed illimitato, in uno qualsiasi degli Stati membri dell'Unione in cui il comportamento di astensione deve essere osservato.

Tali soluzioni, laddove accolte, appaiono, pertanto, idonee a dare luogo, in assenza di efficienti meccanismi di coordinamento, alla contemporanea applicazione di più misure coercitive e, di conseguenza, alla concorrente pendenza di più procedure esecutive tramite esse instaurate che, francamente, non appare accettabile sul piano interpretativo. Uno scenario, siffatto, invero, non solo appare gravemente pregiudizievole per il debitore, ma, in assenza di criteri uniformi di quantificazione,

¹⁸⁵ Ammettono la possibilità che la decisione straniera sia munita di una misura coercitiva, in via di *exequatur*, nello Stato membro *ad quem*, M. DE CRISTOFARO, *Esecuzione in personam, principio di territorialità e misure coercitive indirette nello spazio giudiziario europeo* cit., p. 27 il quale, peraltro, sembra opportunamente limitare tale possibilità all'eventualità in cui la decisione riconosca ne fosse sprovvista nello Stato di provenienza (con probabile, sia pur inespresso, riferimento da parte dell'Autore a quella che era la situazione del nostro ordinamento nel momento in cui il contributo è stato steso); P. SCHLOSSER, *A new dimension of human rights' consideration in civil procedure* cit., p. 37 in cui il problema viene affrontato nella prospettiva del divieto di antidiscriminazione; A. STADLER, *Inländisches Zwangsgeld bei grenzüberschreitender Handlungsvollstreckung* cit., p. 431; cauto, in tal senso, laddove nell'ordinamento dello Stato *ad quem* siano già state emesse misure coercitive si mostra J. KROPHOLLER, *Europaisches Zivilprozessrecht Kommentar*, Frankfurt am Main, 2011, *sub* Art. 49 nr. 2; W. KENNETT, *Enforcement of Judgment in Europe* cit. Se mal non si intende in senso favorevole a tale possibilità è anche l'opinione di H. GAUDEMET-TALLON, *Competence et execution des jugements en Europe* cit., p. 86. In senso adesivo, v., inoltre, la stessa Relazione Schlosser, in F. POCAR, *La convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze* cit., p. 2112.

impedirebbe qualunque sorta di coordinamento tra i diversi giudici contemporaneamente aditi nel determinare l'ammontare delle più misure coercitive volte a sollecitare l'adempimento dell'unico provvedimento di condanna principale¹⁸⁶. Senza sottacere, inoltre, che, tale ammissione, sarebbe idonea ad innescare fenomeni di vero e proprio *enforcement shopping* tesi alla ricerca, da parte del creditore vittorioso, del giudice che in astratto goda dei criteri di quantificazione della misura maggiormente generosi, specialmente laddove il relativo ricavato debba essere a lui stesso destinato¹⁸⁷.

Ciò posto, a me sembra che tali rischi siano gravi e potenzialmente idonei a dare luogo ad un anomalo funzionamento dello strumento in esame. Maggiormente seria e attenta al contemperamento dei valori che in questa materia vengono in gioco, segnatamente, da un lato, l'interesse del creditore all'ottenimento della prestazione e, dall'altro, quello teso ad assicurare il rispetto dei provvedimenti dell'autorità giudiziaria, mi sembra pertanto l'accoglimento di un'interpretazione forse un poco restrittiva ma idonea a superare i richiamati inconvenienti.

Ci si riferisce alla necessità di fare coincidere la competenza giurisdizionale a pronunciare una misura coercitiva con quella che ha deciso il merito della controversia principale in dipendenza, tra l'altro, del carattere accessorio della prima rispetto alla seconda¹⁸⁸. Ne consegue, dunque, che il giudice dotato di giurisdizione in ordine alla pronuncia avente ad oggetto un comportamento di fare infungibile o di non fare da tenersi all'estero sarà sempre competente ad assumere anche le opportune misure coercitive a presidio dell'ordine. L'espressa ammissione della possibilità di chiedere e ottenere l'*exequatur* per le condanne pecuniarie conseguenti alle misure coercitive indirette vale, invero, indubbiamente quale riprova circa l'ammissibilità dell'irrogazione di siffatte misure nei confronti di debitori non domiciliati o aventi sede nello Stato del foro ovvero i cui beni aggredibili siano, per l'appunto, situati all'estero. Un tanto, specialmente in presenza di quelle situazioni per cui sia incontestata l'appartenenza in capo al giudice del foro della giurisdizione a

¹⁸⁶ F. GERHARD, *The Extraterritorial Judicial Penalty – New Instruments for the Transnational Enforcement of Extraterritorial Injunctions?*, in P. SARCEVIC – P. VOLKEN (edited by), *Yearbook of Private International Law* cit., p. 273 e ss.

¹⁸⁷ Cfr., con riguardo al riconoscimento delle sentenze di condanna generica al risarcimento dei danni le osservazioni di G. FRANCHI, *La sentenza straniera dinanzi al giudice italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, p. 629.

¹⁸⁸ Così, O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld* cit., p. 325.

pronunciare decisioni di condanna aventi ad oggetto un obbligo di fare o di non fare da porre in essere concretamente al di fuori dei confini territoriali dello Stato membro del giudice adito¹⁸⁹.

Così ragionando, si potrebbe dunque ritenere che l'art. 49 contenga, innanzitutto, in punto di misure coercitive, una regola pur inespresa di competenza giurisdizionale, riportando, quest'ultima, in via esclusiva, ai giudici dello Stato membro della decisione principale¹⁹⁰.

20. Competenza giurisdizionale ad applicare una misura coercitiva e principio di territorialità

La preconizzata generale ammissibilità, presupposta dall'art. 49 del Reg. (CE) n. 44/2001, dell'irrogazione di misure coercitive volte a sollecitare, sotto la minaccia di condanne pecuniarie, un determinato comportamento onde garantire la coercibilità di decisioni di condanna, in particolare, di quelle aventi ad oggetto un fare infungibile o un non fare da tenersi al di fuori dello Stato del foro induce ora a confrontarsi con il problema dei limiti territoriali della potestà esecutiva indiretta¹⁹¹.

In questa materia la cooperazione giudiziaria è strumento necessario per assicurare la piena attuazione dell'ordine. Non esiste infatti altro mezzo che consenta di conciliare due esigenze tra loro contrastanti: vale a dire, da un lato, la necessità per l'autorità giudiziaria adita di rafforzare il comando giudiziale da tenersi all'estero sotto la

¹⁸⁹ M. DE CRISTOFARO, *Esecuzione in personam, principio di territorialità e misure coercitive indirette nello spazio giudiziario europeo* cit., p. 25.

¹⁹⁰ In tal senso v., F. GERHARD, *L'exécution forcée transfrontière des injonctions extraterritoriales non pécuniaires en droit privé* cit., p. 535 il quale, pur in chiave critica, cita un'opinione conforme a quella argomentata nel testo e autorevolmente sostenuta da G. DE LEVAL – J. VAN COMPERNOLLE, *Les problèmes posés par l'exécution de l'astreinte*, in *Dix ans d'application de l'astreinte, Colloque par le C.I.E.A.U.*, Bruxelles, 1991, p. 242. Sul piano interno al nostro ordinamento, tale proposta interpretativa potrebbe, d'altra parte, trovare un appiglio nella regola posta dall'art. 614-bis c.p.c. della necessaria contestualità tra pronuncia della decisione e irrogazione della misura coercitiva.

¹⁹¹ È noto infatti come, nella visione tradizionale, la potestà esecutiva sia strettamente limitata dal principio di territorialità. Sebbene il principio in esame abbia subito una evoluzione degna di nota anche la Convenzione di Bruxelles e il successivo Regolamento (CE) n. 44/2001 hanno mantenuto intatta la visione tradizionale tale per cui essi disciplinano solo il riconoscimento delle decisioni straniere. L'esecuzione forzata del titolo esecutivo riconosciuto resta una questione puramente interna allo stato richiesto. V. per l'affermazione chiara di tale principio sui cui la dottrina unanime concorda: Corte Giust., 2 luglio 1985, C-148/84, *Deutsche Genossenschaftsbank v Brasseur du Pécheur*, in *FI* 1986, IV, p. 241 e 246.

minaccia di misure compulsorie; senza tuttavia, allo stesso tempo, intaccare la sovranità dello Stato membro in cui il comportamento ordinato deve essere tenuto.

A me pare che la risposta ad un tale quesito sia necessariamente articolata. Precisamente, mi sembra necessario distinguere, ancora una volta, tra la fase di irrogazione della misura e quella della sua esecuzione.

Ciò posto, è bene osservare che, quantomeno nella fase di irrogazione, le misure coercitive siano provvedimenti destinati ad operare *in personam*, di indubitabile competenza dei giudici dello Stato della pronuncia principale¹⁹². Ne deriva cioè che la localizzazione territoriale del comportamento da tenere in base alla sentenza è un aspetto che non può esercitare alcuna incidenza sulla possibilità di presidiare la condanna rivolta al debitore con l'irrogazione di misure compulsive indirette. Un tanto, in ipotesi, beninteso, di competenza giurisdizionale a decidere il merito della controversia.

Per contro, per quanto attiene la fase *stricto sensu* attuativa delle stesse, nel contesto dello spazio giudiziario europeo, le misure coercitive non vedono limitata la loro operatività alle ipotesi in cui il patrimonio del debitore sia sottoposto alla giurisdizione del foro ma ricevono possibilità di applicazione amplificate stante la possibilità di promuovere, in base all'art. 49 del Reg. (CE) n. 44/2001, la loro esecuzione *in rem* in qualunque Stato membro in cui il debitore posseda dei cespiti patrimoniali¹⁹³.

Ne consegue, dunque, che l'irrogazione di una misura coercitiva anche laddove diretta a sollecitare un comportamento da tenersi al di fuori della giurisdizione dello Stato membro del foro è attività che non solo, come già dimostrato, non comporta alcun esercizio di potestà esecutiva sul territorio estero ma altresì che non intacca i limiti discendenti dall'essere la materia dell'esecuzione forzata rigidamente soggetta al rispetto del principio di territorialità¹⁹⁴.

¹⁹² M. DE CRISTOFARO, Esecuzione *in personam*, principio di territorialità e misure coercitive indirette nello spazio giudiziario europeo cit., p. 24; P. SCHLOSSER, *EU-Zivilprozessrecht. Kommentar* cit., sub Art. 22, Nr. 26, e sub Art. 49, nr. 7; A. STADLER, *Inländisches Zwangsgeld bei grenzüberschreitender Handlungsvollstreckung* cit., p. 432; W. KENNETT, *Enforcement of Judgment in Europe* cit., p. 299; O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld* cit., pp. 129 ss.

¹⁹³ Così, quasi testualmente, M. DE CRISTOFARO, Esecuzione *in personam*, principio di territorialità e misure coercitive indirette nello spazio giudiziario europeo cit., p. 25.

¹⁹⁴ Così, P. SCHLOSSER (erläutert von), *EuGVÜ*, sub Art. 49 cit., p. 210; A. STADLER, *Inländisches Zwangsgeld bei grenzüberschreitender Handlungsvollstreckung* cit., p. 432; O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld* cit., pp. 299 ss. e 314 ss.

21. Irrilevanza della localizzazione territoriale del comportamento dovuto e del patrimonio del debitore in ordine alla possibilità di rafforzare la sentenza di condanna con la pronuncia di misure di coercizione indiretta: un recente arresto della Corte di Giustizia (C-235/09 DHL Express (France) SAS c. Chronopost SA)

A chiusura del presente capitolo, giova evidenziare come recentissimi sono gli arresti giurisprudenziali destinati ad attirare l'attenzione sul fenomeno circolatorio delle misure in esame.

Preliminarmente è necessario osservare come non sia un caso che i primi pronunciamenti apparsi in quest'ambito riguardino una materia, quella del diritto industriale, in cui la adesione spontanea del debitore all'adempimento del comando giudiziale si rivela di vitale importanza per le stesse esigenze dell'economia o del mondo del lavoro e, quindi, per il corretto funzionamento del Mercato interno.

Senza alcuna pretesa di completezza è necessario, ancora in via preliminare, altresì osservare che quella del diritto industriale è una materia che evidenzia alcune particolarità di fondo delle quali occorre, senz'altro, tenere conto. Innanzitutto, è questo un settore in cui si registra una forte internazionalizzazione grazie alla quale la legislazione brevettuale si è sviluppata, in seno alla Comunità, in maniera armonica e che attualmente trova nel carattere unitario del marchio comunitario il suo tratto caratterizzante. Dalla peculiare struttura del diritto di proprietà industriale, quale disciplinato dal diritto comunitario, discende, inoltre, che la materia sia regolata da un ambiguo principio di territorialità il quale evidenzia la tendenza a predisporre una tutela che supera i limiti territoriali degli Stati medesimi¹⁹⁵.

¹⁹⁵ Sul punto esiste, infatti, un'ampia casistica giurisprudenziale che trae origine da una prassi inizialmente seguita dalle corti olandesi e successivamente avallata anche da altri ordinamenti. A quanto ci consta la decisione che, per la prima volta, ha dato origine al *trend* in esame è Hoge Road, 24 novembre 1989, *Lincoln v. Interlas*, in *Netherlandese jurisprudentie*, 1992, 404, p. 1597 ss; v. Hoge Road, 4 giugno 1993, *Vredo Dodewaard v. Veenhuis Machines*, in *Netherlandese Jurisprudentie*. Tale prassi giurisprudenziale è stata successivamente accolta anche dall'ordinamento giuridico francese: v. App. Paris, 28 gennaio 1994, *Eurosensory v. Tieman*. In merito, v. C. HONORATI, *La cross-border prohibitory injunction olandese in materia di contraffazione di brevetti: sulla legittimità dell'inibitoria transfrontaliera alla luce della Convenzione di Bruxelles del 1968*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1997, p. 301 ss. Si vedano, inoltre, le Conclusioni dell'Avvocato generale Pedro Cruz Villalón presentate il 7 ottobre 2010 nella Causa C-235/09 *DHL Express (France) SAS c. Chronopost SA*, p. 40.

Per quanto in questa sede maggiormente interessa, la Corte di Giustizia, partendo dalla particolare struttura del diritto di proprietà industriale, quale disciplinato dal diritto comunitario, ha recentemente avallato la portata extraterritoriale delle misure coercitive volte a presidiare l'effettività di un ordine inibitorio a carattere transfrontaliero. L'efficacia delle prime deve infatti, secondo la Corte, estendersi di necessità e coincidere con la portata territoriale del divieto contenuto nella pronuncia principale. Solo in tal caso, infatti, le stesse sono in grado di soddisfare l'obiettivo in vista del quale vengono irrogate. Vale a dire, l'obiettivo di garantire il rispetto dell'ordine inibitorio al fine di assicurare una protezione efficace ed effettiva del diritto conferito dal marchio comunitario sul suolo europeo.

Il *leading case* cui fare riferimento è il caso *DHL Express France SAS c. Chronopost SA*¹⁹⁶. In tale occasione, la Corte di Giustizia è stata chiamata a pronunciarsi, su impulso della Corte di Cassazione francese, circa l'efficacia extraterritoriale delle misure coercitive. In particolare, il giudice del rinvio si chiedeva se tali misure, pronunciate in applicazione del diritto nazionale, fossero applicabili anche nel territorio degli Stati membri in cui la decisione principale è idonea ad esplicare i propri effetti.

I Giudici del *Kirchberg*, nel rispondere al descritto quesito interpretativo, hanno affermato espressamente che le misure coercitive (nella specie si trattava di un'*astreinte* pronunciata dall'autorità giudiziaria francese, nella veste di Tribunale dei Marchi comunitari¹⁹⁷) disposte da un giudice nazionale in applicazione del proprio diritto interno producono effetti territoriali corrispondenti a quelli della pronuncia

¹⁹⁶ V., Corte di Giustizia nella decisione del 12 aprile 2001, C-235/09, *DHL Express France c. Chronopost SA*, punto 59, in *FI*, 2011, IV, p. 298 con nota redazionale di S. DI PAOLA – E. D'ALESSANDRO. La decisione è edita anche in *Common Market Law Review*, 2012, p. 753 con nota di A. KUR. V., inoltre, i commenti di M. WOLLER, *Räumliche Wirkung und Durchsetzung unionsweiter Unterlassungsgebote* cit., p. 248; Id., *Unterlassungsgebot nach GMV: zur territorialen Einschränkung und Durchsetzung in andren Ms* cit., p. 439; B. SUJECKI, *Zur Durchsetzung der Gemeinschaftsmarkenverordnung* cit., p. 45; F. FERRARI, *Una recente sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea in materia di pronunce inibitorie e misure coercitive dei tribunali dei marchi comunitari* cit., p. 228 ss.

¹⁹⁷ Per una felice definizione dei Tribunali dei marchi comunitari quali organi giurisdizionali specializzati dell'Unione integrati nel potere giudiziario degli Stati Membri, istituiti per tutelare i diritti derivanti da un titolo di proprietà industriale specifico dell'Unione, v. le Conclusioni dell'Avvocato generale Pedro Cruz Villalón presentate il 7 ottobre 2010 nella Causa C-235/09 *DHL Express (France) SAS c. Chronopost SA*, p. 20.

principale¹⁹⁸. Di esse gli Stati membri hanno pertanto l'obbligo di assicurare il riconoscimento e l'esecuzione alle condizioni previste dal capo III del Regolamento (Ce) n. 44/2001¹⁹⁹.

Le particolarità del caso in esame si connettono strettamente alla circostanza che le misure coercitive in questione dovevano assistere pronunce a carattere inibitorio in materia di contraffazione di marchi comunitari la cui portata extraterritoriale è frutto di un'evoluzione giurisprudenziale ormai più che decennale²⁰⁰.

Ciò precisato, le considerazioni sviluppate dalla Corte di Giustizia e le conclusioni dalla stessa maturate mi sembrano, tuttavia, possedere una portata di carattere generale. Tralasciando l'esame analitico della decisione in esame se ne ricava, indubbiamente, l'ammissibilità dell'irrogazione di misure coercitive a portata e valenza extraterritoriale, in correlazione all'ambito territoriale cui si estendono gli effetti della decisione principale e per le quali, il creditore vittorioso può chiedere e ottenere l'*exequatur*. Con la conseguenza, pertanto, che l'ammissione di una tale possibilità è tale da avvalorare, in capo a quest'ultimo, la sussistenza di un vero e proprio potere di scelta tra l'attivare il procedimento volto al riconoscimento della

¹⁹⁸ Al riguardo, è necessario precisare che il quadro normativo di riferimento della vicenda era rappresentato dal Reg. 40/94 sul marchio comunitario (Regolamento del Consiglio 20 dicembre 1993 in GU 1994, L 11, 1) recentemente sostituito dal Reg. (CE) n. 207/2009 (Regolamento del Consiglio 26 febbraio 2009 in GU 2009, L 78, 1). In particolare, l'oggetto del quesito rivolto alla Corte di Giustizia verteva sull'interpretazione pregiudiziale dell'art. 98, n. 1 del Reg. (CE) n. 40/94 il quale sotto la rubrica "Sanzioni" prevede che, quando il Tribunale dei marchi comunitari accerti che il convenuto ha contraffatto un marchio comunitario o commesso atti che costituiscono minaccia di contraffazione emetta nei confronti di quest'ultimo un'ordinanza "vietandogli [...] di continuare gli atti di contraffazione o che costituiscono minaccia di contraffazione". Analogamente tale disposizione obbliga il Tribunale dei marchi comunitari ad assumere, in conformità della legge nazionale, "le misure dirette ad assicurare l'osservanza del divieto". In particolare, sull'obbligo e non già sulla facoltà di adottare le misure da ultimo menzionate v. Corte Giust., 14 dicembre 2006, causa C-316/05, *Nokia* in *Racc.* I-12083. Per alcune interessanti riflessioni in punto di legge applicabile ed effetti alle misure dirette ad assicurare l'osservanza del divieto v., ancora una volta, le Conclusioni dell'Avvocato generale Pedro Cruz Villalón presentate il 7 ottobre 2010 nella Causa C-235/09 *DHL Express (France) SAS c. Chronopost SA*, p. 55-56-57.

¹⁹⁹ Benchè la sentenza in parola non abbia fatto specifico riferimento all'art. 49 del Reg. (CE) n. 44/2001 è indubbio che il richiamo debba essere operato a tale norma.

²⁰⁰ Cfr. C. HONORATI, *La cross-border prohibitory injunction olandese in materia di contraffazione di brevetti: sulla legittimità dell'inibitoria transfrontaliera alla luce della Convenzione di Bruxelles del 1968* cit., p. 325 ed ivi il rilievo che, con riguardo all'ambito di applicazione della Convenzione di Bruxelles, non vi sarebbero ragioni teoriche che si oppongono alla efficacia extraterritoriale di una pronuncia che contempla misure coercitive da eseguirsi in uno Stato diverso da quello che l'ha emanata; C. DRAGOTTI, *Cross-Border Injunctions: verso una tutela sovranazionale dei brevetti (europei)?*, in *Riv. dir. ind.*, 1995, p. 256 ss. Per un precedente giurisprudenziale italiano in cui per la prima volta è stato affermato il principio dell'efficacia transfrontaliera di specifici provvedimenti cautelari in materia di tutela di segni distintivi v. Trib. Bolzano, 22 aprile 1998, in *Giur. it.*, 1999, p. 112 con nota di BOCCA, *Lo speck Alto Adige, il principio di territorialità e la cross-border injunction del giudice di Bolzano*.

pronuncia principale; ovvero il sobbarcarsi gli oneri funzionali ad ottenere il riconoscimento e l'esecuzione del provvedimento che contiene la misura coercitiva²⁰¹.

²⁰¹ Per un rilievo del medesimo tenore v. F. GERHARD, *The Extraterritorial Judicial Penalty – New Instruments for the Transnational Enforcement of Extraterritorial Injunctions?*, in P. SARCEVIC – P. VOLKEN (edited by), *Yearbook of Private International Law* cit., p. 274; M. DE CRISTOFARO, *Esecuzione in personam, principio di territorialità e misure coercitive indirette nello spazio giudiziario europeo* cit., p. 26.

CAPITOLO TERZO
IL RICONOSCIMENTO E L'ESECUZIONE
DELLE “DECISIONI CHE APPLICANO UNA PENALITÀ”
NELLO SPAZIO GIUDIZIARIO EUROPEO

SEZIONE I

*I PRESUPPOSTI PER LA CIRCOLAZIONE DELLE
“DECISIONI CHE APPLICANO UNA PENALITÀ”*

1. L'art. 49 del Reg. (CE) n. 44/2001 e le principali questioni interpretative nell'ottica della libera circolazione delle misure coercitive: piano dell'indagine

Una volta dimostrato che l'irrogazione di una misura coercitiva, pur se diretta a sollecitare un comportamento da tenersi al di fuori della giurisdizione dello Stato membro che ha emesso la decisione principale, non comporta esercizio di potestà esecutiva sul territorio estero e, dunque, costituisce attività che, di norma, rientra nei poteri del giudice di quello Stato, appare ora doveroso soffermarsi sui presupposti e sui limiti di applicabilità dell'art. 49 Reg. (CE) n. 44/2001, il quale disciplina, nello specifico, il fenomeno circolatorio di tali misure.

E' questa una disposizione su cui la recente evoluzione giurisprudenziale, maturata in seno alla Corte di Giustizia¹, ha, da ultimo, apportato alcuni chiarimenti interpretativi da tempo auspicati dalla dottrina.

Numerose permangono, tuttavia, le questioni ancora irrisolte circa lo scioglimento di alcuni snodi cruciali che caratterizzano, sul piano processuale, il giudizio di riconoscimento ed esecuzione delle misure in esame. Orbene, una soluzione soddisfacente a tali questioni, unitamente ad esigenze di sistematicità e chiarezza nell'esposizione, consigliano, a mio avviso, di inquadrare il tema nella teorica generale del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni nello spazio giudiziario europeo.

¹ Il riferimento va, oltre alla già citata decisione del 12 aprile 2001, C-235/09, *DHL Express France c. Chronopost SA*, in *FI*, 2011, IV, p. 298, alla decisione del 18 ottobre 2011, C-406/09, *Realchemie Nederland BV c. Bayer CropScience AG* il cui testo può essere scaricato gratuitamente all'indirizzo internet www.curia.europa.eu.

In tale ottica, dopo aver chiarito come debba essere inteso, ai sensi della disciplina comunitaria, l'inciso "decisioni che applicano una penalità" contenuto nella traduzione in lingua italiana dell'art. 49 del Reg. (CE) n. 44/2001, l'indagine prenderà le mosse dall'analisi dei presupposti generali e speciali per il riconoscimento e l'esecuzione di tali decisioni. Sulla base dei dati acquisiti si passerà, dunque, ad esaminare il giudizio di *exequatur* avente ad oggetto consimili provvedimenti e le sue eventuali parentesi oppositive.

2. Il concetto di "decisioni che applicano una penalità" e la necessità di una sua interpretazione autonoma

Prima di addentrarsi nello studio dei meccanismi di riconoscimento ed esecuzione delle misure coercitive appare non solo necessario ma, altresì, conveniente prendere le mosse dall'individuazione del concetto di "decisioni che applicano una penalità" rilevante sul piano della circolazione intra-comunitaria².

Invero, rispetto alla nozione di "misura coercitiva" delineata nelle pagine che precedono, quale emergente dall'analisi comparatistica svolta, tale concetto si mostra, per un verso, più ristretto e, per un altro, più ampio.

Più ristretto, in quanto, in aderenza all'ambito di applicazione materiale del Reg. (CE) n. 44/2001, circoscritto, come noto, alla sola "materia civile e commerciale", è indiscusso che le misure di coazione all'adempimento rilevanti sul piano della circolazione intra-comunitaria siano esclusivamente le misure a carattere pecuniario aventi ad oggetto il patrimonio del debitore³. Da un punto di vista tecnico, tali

² Sulla necessità che il concetto di misura coercitiva, accolto dall'art. 49 del Reg. (CE) n. 44/2001, venga interpretato in maniera autonoma, v. espressamente A. K. BITTER, *Vollstreckbarerklärung und Zwangsvollstreckung ausländischer Titel in der Europäischen Union* cit., p. 149; J. GÄRTNER, *Probleme der Auslandsvollstreckung von Nichtgeldleistungsentscheidungen im Bereich der Europäischen Gemeinschaft* cit., p. 153 ss.

³ In proposito, si esprime assai chiaramente il punto 29 della, più volte citata, relazione Schlosser laddove si afferma, in commento alle norme relative al campo di applicazione della Convenzione di Bruxelles, che "Il gruppo degli esperti non ha ritenuto necessario, data l'evidenza della cosa, precisare nel testo della nuova convenzione che i procedimenti e le sentenze penali di ogni genere sono esclusi dal campo di applicazione della convenzione. Ciò vale non solo per i procedimenti penali in senso stretto; anche le altre sanzioni repressive comminate in caso di violazioni di ordini e divieti di interesse pubblico, non rientrano nel campo del diritto civile (...)". La limitazione della portata applicativa dell'art. 49 Reg. alle sole misure coercitive a carattere pecuniario, volte ad incidere sul patrimonio del debitore, è, d'altra parte, un aspetto del tutto pacifico in dottrina. V., per tutti, W.

misure, come si è visto, si sostanziano, pur con diversità di disciplina tra loro non trascurabili, nella condanna del debitore al pagamento di una somma di denaro. Ad esse si correla, pertanto, l'esistenza, nello Stato *a quo*, di un titolo esecutivo suscettibile, al ricorrere di determinati presupposti, di circolare nello spazio giudiziario europeo. Per converso, restano estranee alla nozione in esame tutte quelle misure coercitive, pur presenti a livello interno degli Stati membri, volte ad incidere direttamente sulla persona dell'obbligato⁴.

Sotto un diverso angolo di visuale il concetto è più ampio, in quanto il dettato regolamentare, nel disciplinare il fenomeno in esame, non contiene alcun riferimento né all'oggetto del giudizio⁵, né alla natura della decisione la cui circolazione si tratti di assistere mediante l'irrogazione di una misura coercitiva. Ne consegue, pertanto, che, quantomeno in linea di principio, gli Stati membri sono vincolati a riconoscere ed eseguire le misure coercitive indipendentemente sia dalla natura del provvedimento giurisdizionale di cui le stesse vengono in ausilio (vale a dire, indipendentemente dal fatto che la misura sia stata emessa a sostegno di un provvedimento pronunciato all'esito di un ordinario giudizio di cognizione, ancorchè sommaria; ovvero all'esito di un procedimento di indole cautelare); sia - e, oserei dire, soprattutto - indipendentemente dalla natura, infungibile o non, della prestazione sostanziale sottostante che forma oggetto del comando giudiziale. E, pertanto, quali che siano i limiti di disciplina posti, a tale riguardo, dai singoli diritti interni⁶.

KENNETT, *Enforcement of Judgment in Europe* cit., p. 299; P. KAYE, *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments* cit., p. 1358.

⁴ Come si è già rilevato nel corso del secondo Capitolo del presente lavoro è questo, in particolare, il caso degli ordinamenti giuridici di matrice germanica e dell'ordinamento giuridico inglese laddove, accanto a misure coercitive di carattere pecuniario, sono contemplate anche misure restrittive della libertà personale.

⁵ Ferma restando, si intende, la necessità che l'oggetto del giudizio non esorbits i limiti di applicazione materiale del Regolamento, quali delineati all'art. 1, par. 1. A riguardo, v. *infra amplius* § 3.

⁶ Al punto che, OLG Frankfurt, 14 dicembre 2000, in *RIW* 2001, p. 379 ha ritenuto persino ammissibile, in Germania, l'immediata richiesta di *Zwangsgeld* anche per l'esecuzione di obblighi aventi ad oggetto un *facere* fungibile, ove questi ultimi debbano essere eseguiti all'estero, posto che il ricorso al procedimento di *exequatur* e alla conseguente necessità di attivare il processo esecutivo nello Stato *ad quem* sarebbe in ogni caso tale da ritardare la soddisfazione della pretesa creditoria.

Su un piano un poco diverso, giova sin d'ora evidenziare che se è senz'altro vero che, in linea di principio, l'*exequatur* della misura coercitiva non potrà essere negato facendo valere le difformità di disciplina a riguardo esistenti tra le legislazioni processuali degli Stati membri, resta tuttavia salva la possibilità che queste ultime diano luogo, seppur in alcuni casi marginali, ad un'ipotesi di contrasto con l'ordine pubblico interno dello Stato richiesto di eseguire la misura. Un'ipotesi di tal genere

Da tale punto di vista, a fronte delle profonde divergenze esistenti tra le singole discipline processuali nazionali, la norma in esame tende a svolgere un indubbio effetto armonizzatore⁷.

Ciò precisato, ritengo, a questo punto, necessario fissare quelli che, quantomeno secondo la concezione prevalente, rappresentano i pochi punti fermi della materia in esame.

Innanzitutto, appare indubbio che il legislatore comunitario nel redigere la disposizione in esame abbia mutuato, in buona parte, il modello processuale francese⁸. Ragon per cui, tra l'altro, nell'ottica del Regolamento, le misure coercitive rappresentano, come si è poc'anzi visto, uno strumento di tutela a valenza generale, volto – nel preminente interesse del creditore - ad agevolare la circolazione di qualunque pronuncia emessa in relazione alla materia civile e commerciale. Vale a dire, indipendentemente dalla astratta possibilità di dare, o meno, alla stessa eseguibilità forzata in forma diretta.

In secondo luogo, sostanziale concordia sussiste in ordine all'idea per cui le misure coercitive vengono prese in considerazione e trattate dalla disciplina regolamentare alla stregua di ordinari provvedimenti giurisdizionali di condanna, accessori ad una pronuncia di carattere principale⁹. A riguardo non si può fare a meno di rilevare

potrebbe, per esempio, configurarsi, a mio avviso, nel caso di richiesta di riconoscimento in Italia di una misura coercitiva pronunciata in Francia a fronte di una prestazione principale avente ad oggetto il pagamento di somme di denaro. Ovvero, ancora, nel caso di misure coercitive manifestamente sproporzionate ed eccessive. Sul punto v., *infra* § 17.

⁷ Cfr. O. REMIEN, *Astreinte, dwangsom und Zwangsgeld in Binnenmarkt* cit., p. 403 il quale, a riguardo, mette bene in luce che l'effetto armonizzatore si correla anche alla necessità che la misura coercitiva, per poter circolare, deve essere stata preventivamente fissata in modo definitivo nel suo ammontare dal giudice dello Stato di origine (sul punto v. *infra* §§ 9-10).

⁸ L'assunto è sostanzialmente condiviso in dottrina. V. W. KENNETT, *Enforcement of Judgment in Europe* cit., p. 300; R. GEIMER – R. A. SCHÜTZE, *Internationale Urteilsanerkennung* cit., pp. 128 e 1169, nt. 3; Id., *Europäisches Zivilverfahrensrecht, Kommentar zum EuGVÜ und zum Lugano-Übereinkommen* cit., sub Art. 31, nr. 89 e sub Art. 43, nr. 2; M. B. DE BOER, *Osservazioni sull'astreinte nel diritto processuale civile olandese* cit., p. 805; S. O'MALLEY – A. LAYTON, *European Civil Practice* cit., p. 789; A. STADLER, *Inländisches Zwangsgeld bei grenzüberschreitender Handlungsvollstreckung* cit., p. 431; P. SCHLOSSER, *EuGVÜ*, sub Art. 49 cit., p. 211; M. DE CRISTOFARO, *Esecuzione in personam, principio di territorialità e misure coercitive indirette nello spazio giudiziario europeo* cit., p. 26; E. MEZGER, *Über einige Lücken des EuGVÜ (Brüssel 1968) und des deutschen Ausführungsgesetzes*, in G. LÜKE – G. RESS – M. R. WILL, *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration. Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco* cit., p. 506.

⁹ Come si è già avuto modo di sottolineare, il carattere di accessorietà si rivela di centrale importanza per la soluzione da dare a diverse questioni. Prime tra tutte quelle dell'inerenza, o meno, della misura coercitiva all'ambito applicativo del Regolamento e quella del mantenimento, o della perdita, da parte del capo accessorio di condanna alla misura, del proprio effetto esecutivo il quale,

come la dottrina maggioritaria muova dall'avviso secondo cui, a circolare nello spazio giudiziario europeo, non sarebbe la "penalità" in sé e per sé considerata, bensì il mero provvedimento che condanna la parte debitrice al pagamento di una somma di denaro, pur se dovuto in base a tale titolo¹⁰. Si registra, in altri termini, all'evidente fine di aggirare, senza peraltro risolverli, gli ostacoli che il riconoscimento della natura in parte (anche) pubblicistica delle misure in esame potrebbe comportare sul piano della circolazione intra-comunitaria, il tentativo di astrarre il provvedimento coercitivo dalla sua indole sanzionatoria, a privilegio di un'ottica squisitamente funzionale del fenomeno¹¹. La tendenza è, invero, quella di ammettere la circolazione delle misure coercitive in ragione essenzialmente del fine e dello scopo che, sul piano dei rapporti interni tra le parti in causa, le stesse assolvono: vale a dire, quello

come noto, rappresenta un requisito necessario per l'ottenimento dell'*exequatur* negli altri Stati membri.

¹⁰ Nel senso richiamato v., testualmente, Paris 7 juillet 1992, *Rev. Europe* 1992, p.405 secondo cui "La partie désireuse d'exécuter une décision ne peut se prévaloir de la législation de l'état d'origine en matière d'astreinte, même si – comme en droit belge et en droit néerlandais – cette législation n'impose pas au bénéficiaire d'obtenir un nouveau titre en justice avant de poursuivre le recouvrement de l'astreinte. En application des art. 49 R., le bénéficiaire de l'astreinte doit donc, préalablement à l'exécution dans l'état requis, obtenir dans le pays d'origine une décision de justice statuant sous une forme définitive sur le paiement de l'astreinte et s'apparentant à une condamnation pure et simple du paiement d'une somme d'argent". In dottrina, v. W. KENNETT, *Enforcement of Judgment in Europe* cit., p. 300; B. HESS – T. PFEIFFER – P. SCHLOSSER, *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States* cit., par. 615. In seno alla dottrina italiana, v., a riguardo, A. CHIZZINI, *Commento sub Art. 614-bis c.p.c. cit.*, p. 182-183.

¹¹ In tal senso si pone soprattutto la dottrina di matrice tedesca, v. J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht Kommentar* cit., p. 474; A. STADLER, *Inländisches Zwangsgeld bei grenzüberschreitender Handlungsvollstreckung* cit., p. 431; H. KOCH, *Neuere Probleme der internationalen Zwangsvollstreckung einschließlich des einstweiligen Rechtsschutzes*, in P. SCHLOSSER (Hrsg.) *Materielles Recht und Prozessrecht und die Auswirkungen der Unterscheidung im Recht der internationalen Zwangsvollstreckung* cit., p. 200; P. OBERHAMMER, in F. STEIN – M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung* cit., p. 722; B. HESS – T. PFEIFFER – P. SCHLOSSER *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States* cit., par. 615; A. K. BITTER, *Vollstreckbarerklärung und Zwangsvollstreckung ausländischer Titel in der Europäischen Union* cit., p. 151. Da noi, v. E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea* cit., p. 770.

E' questa, d'altra parte, l'ottica in cui si è posta, da ultimo, anche la Corte di Giustizia nella decisione del 18 ottobre 2011 relativa alla causa *Realchemie Nederland BV c. Bayer CropScience C-406/09*. In tale occasione, la Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi su uno dei problemi più insidiosi della materia, ovvero, sull'inerenza, o meno, all'ambito applicativo del Regolamento, delle misure coercitive proprie dell'ordinamento giuridico tedesco. Nella specie si trattava, di un *Ordnungsgeld* di cui al § 890 ZPO di cui veniva richiesta l'esecuzione in Olanda. Orbene, i giudici del *Kirchberg*, pur riconoscendo espressamente il carattere sanzionatorio dell'*Ordnungsgeld* (natura che, peraltro, emergeva testualmente nella motivazione dell'ordinanza con cui il *Landgericht Düsseldorf* aveva irrogato la misura *ex* § 890 ZPO) hanno ritenuto che, ciò nonostante, tale misura rientra nell'ambito della materia civile e commerciale, in quanto funzionale ad assicurare il diritto all'esecuzione del provvedimento principale vertente in tale ambito. V., in particolare, i punti 42 e 44 della decisione.

di assicurare il diritto del creditore vittorioso ad ottenere l'esecuzione della prestazione dovuta in base alla decisione principale.

La convinzione, in sé largamente condivisa, che, nell'ambito dello spazio giudiziario europeo, le decisioni che applicano misure di coercizione indiretta vadano trattate, da un punto di vista tecnico, alla stregua di ordinarie decisioni di condanna mi induce, pertanto, ad impostare il problema trattandolo alla stregua della circolazione di una normale pronuncia di tale natura resa in esito ad un contenzioso avente carattere transfrontaliero¹². Se, tuttavia, sia sempre possibile mantenere, con la prevalente concezione austro-tedesca, tale dissociazione tra natura e funzione dello strumento coercitivo è un aspetto che, oltre ad essere criticabile già dal punto di vista del metodo dell'indagine¹³, è, a mio avviso, tutto da verificare. Come si cercherà di dimostrare, infatti, la soluzione di gran parte degli snodi interpretativi del fenomeno della circolazione non potrà seriamente prescindere proprio della tenuta in debita considerazione della natura (anche) sanzionatoria delle misure in esame¹⁴.

¹² V., però, in senso contrario all'impostazione qui prescelta P. OBERHAMMER, in F. STEIN – M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung* cit., p. 722 secondo cui „Die in Art. 49 vorgesehene Vollstreckung ausländischer Entscheidungen, die auf Zahlung eines Zwangsgeldes lauten, betrifft funktional gesehen (auch wenn das Zwangsgeld dem Schuldner und nicht – wie in Deutschland – dem Staat zukommt) nicht einen Fall der Vollstreckung einer Entscheidung i.S.v. Art. 32, sondern vielmehr den seltenen Fall einer Vollstreckungshilfe“.

¹³ Un'ampia critica circa la predilezione dell'impostazione funzionale quanto allo studio delle misure coercitive si legge già in S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti* cit.. In generale, sui limiti che derivano dall'indagare gli istituti giuridici con riguardo ai loro scopi, anziché con riguardo alla loro struttura v. E. ALLORIO, *La vita del diritto in Italia*, in *Problemi di diritto*, III, Milano, 1957, p. 36 in cui l'Autore definisce “una conquista definitiva della scienza giuridica” la consapevolezza della necessità di definire gli istituti giuridici in base alla loro struttura e non con riferimento ai loro scopi, ribadendo in tal modo le convinzioni espresse in alcuni scritti precedenti. Sull'argomento v., inoltre, le lucide osservazioni di A. ATTARDI, *L'interesse ad agire* cit., nt. 10 e p. 36 e ss. e di F. TOMMASEO, *I processi a contenuto oggettivo*, in *Studi in onore di Enrico Allorio*, 1989, I, p. 84 ss.

¹⁴ Si pensi, per esempio, al destino da attribuire alla circolazione della misura coercitiva in caso di riforma della pronuncia principale in sede di impugnazione oppure di impossibilità sopravvenuta della prestazione sostanziale sottostante oggetto del comando giudiziale. In questi casi, la valorizzazione della natura sanzionatoria dello strumento dovrebbe condurre a ritenere che il venire meno della decisione principale, così come la sopravvenuta impossibilità per il debitore di adempiere, non estingue il diritto alla riscossione della misura quanto meno con riguardo all'inadempimento compiuto dal debitore sino al momento della riforma della sentenza o sino al sopraggiungere dell'impossibilità della prestazione; laddove, per contro, a conclusioni diametralmente opposte si potrebbe giungere ove si privilegi l'aspetto squisitamente funzionale del fenomeno.

3. *I presupposti generali per la libera circolazione delle "decisioni che applicano una penalità"*

L'aver ricondotto le "decisioni che applicano una penalità" all'ambito dei provvedimenti di condanna comporta precise ripercussioni in punto di presupposti per il riconoscimento e l'esecuzione delle medesime. A questi ultimi si intende ora volgere l'attenzione, precisando sin d'ora che, accanto ai presupposti generali, la disciplina regolamentare pone, in aggiunta, un presupposto speciale, richiedendo che la "penalità" sia stata "definitivamente fissata dai giudici dello Stato membro di origine"¹⁵.

A riguardo, pare doveroso prendere le mosse dalla disamina dei presupposti c.d. generali posti dal Reg (CE) n. 44/2001 per il riconoscimento e l'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali pronunciati in uno degli Stati membri dell'Unione. Come noto, duplice è, a tal riguardo, l'ordine delle condizioni poste dalla disciplina regolamentare. Innanzitutto, è necessario che si tratti di provvedimenti giurisdizionali pronunciati con riguardo a controversie vertenti, ai sensi dell'art. 1, par. 1, in "materia civile e commerciale"; in secondo luogo, è richiesto che il provvedimento afferisca alla nozione, pur ampia, di "decisione" di cui all'art. 32¹⁶.

A rigore, avendo il provvedimento che irroga una "penalità" natura condannatoria, dovrebbe qui indicarsi, quale requisito di carattere generale, anche l'avvenuto conseguimento da parte dello stesso, nello Stato di origine, dell'efficacia esecutiva¹⁷. Come si vedrà, tuttavia, è questo un aspetto che si intreccia stabilmente con il requisito di definitività della misura, il quale rappresenta il presupposto speciale di

¹⁵ Sulla qualificazione del presupposto della definitività della decisione che irroga una misura coercitiva quale condizione supplementare per la sua circolazione v. O. REMIEN, *Astreinte, dwangsom und Zwangsgeld in Binnenmarkt* cit., p. 403; Id., *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld: Vergleich – Vereinheitlichung – Kollisionsrecht Beiträge zu ausländischen und internationalen Privatrecht* cit., p. 317 ss.

¹⁶ Cfr., E. MERLIN, *Riconoscimento ed esecutività della decisione straniera nel Regolamento "Bruxelles I"* cit., p. 450; P. DE CESARI, *Diritto internazionale privato e processuale comunitario. Atti in vigore e in formazione nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia* cit., p. 99.

¹⁷ Come noto, l'art. 38 del Regolamento prevede, invero, che le decisioni emesse in uno Stato membro e "ivi esecutive" sono eseguite in un altro Stato membro dopo essere state ivi dichiarate esecutive su istanza della parte interessata. Cfr., ancora, E. MERLIN, *Riconoscimento ed esecutività della decisione straniera nel Regolamento "Bruxelles I"* cit., p. 450.; P. DE CESARI, *Diritto internazionale privato e processuale comunitario. Atti in vigore e in formazione nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia* cit., p. 99.

riconoscibilità delle decisioni in esame¹⁸. La sua analisi sarà, pertanto, affrontata in quella sede.

4. *L'inerenza del provvedimento circolante alla nozione di "materia civile e commerciale": il principio di accessorietà*

L'inerenza del provvedimento giurisdizionale pronunciato in uno degli Stati membri dell'Unione alla "*materia civile e commerciale*" costituisce, ai sensi dell'art. 1, par. 1 del Regolamento, il primo requisito che la disciplina comunitaria pone per il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni pronunciate nell'ambito dello spazio giudiziario europeo. Pregiudiziale si appalesa dunque la questione se le misure coercitive, o meglio, le decisioni che le applicano, possano farsi rientrare nell'ambito di siffatta nozione che, dal punto di vista della disciplina comunitaria, deve essere apprezzata in via autonoma rispetto agli ordinamenti interni degli Stati membri¹⁹. Appare, dunque, necessario prendere le mosse dalla nozione di materia civile e commerciale e, in secondo luogo, individuare il criterio con cui l'inerenza alla stessa delle decisioni che applicano una penalità deve essere valutato.

¹⁸ In tal senso, v. anche F. GERHARD, *The Extraterritorial Judicial Penalty – New Instruments for the Transnational Enforcement of Extraterritorial Injunctions?*, in P. SARCEVIC – P. VOLKEN (edited by), *Yearbook of Private International Law* cit., p. 267.

¹⁹ E' noto che il legislatore comunitario nel delimitare in questo modo il campo di applicazione del Regolamento 44/2001 non ha, altresì, provveduto a chiarire cosa debba intendersi per "*materia civile e commerciale*". Tale nozione è stata, dunque, ricostruita dalla dottrina sulla base dell'opera interpretativa che è venuta a consolidarsi nel tempo nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. A riguardo, giova osservare come, sin dal vigore della Convenzione di Bruxelles, la Corte ha affermato che "per interpretare la nozione di materia civile e commerciale ai fini dell'applicazione della Convenzione, ed, in particolare, del suo Titolo III, si deve avere riguardo non già al diritto dell'uno o dell'altro degli Stati interessati, bensì, da un lato, agli obiettivi e al sistema della Convenzione e, dall'altro, ai principi generali desumibili dal complesso degli ordinamenti nazionali". Per la prima presa di posizione in tal senso, v. Corte Giust., 14 ottobre 1976, causa 29/76, *LTU c. Eurocontrol*, in *Raccolta*, 1976, p. 1541, punto 5; v., inoltre, Corte Giust., 14 novembre 2002, causa C-271/00, *Baten*, in *Raccolta*, 2002, p. I-10489, punto 28; Corte Giust., 15 maggio 2003, causa C-266/01, *Préservatrice Foncière Tiard*, in *Raccolta*, 2003, p. I-4867, punto 20. In dottrina, sul punto, v. E. LAMARQUE, *Verso una nozione europea di "materia civile"?* in *Intl' Lis*, 2003, p. 65; P. KAYE, *Civil jurisdiction and enforcement of foreign judgments* cit., p. 62 ss. e p. 1345 ss.; S. O'MALLEY – A. LAYTON, *European Civil Practice* cit., p. 349 ss.; J. RE, *La determinazione della materia civile e commerciale del Regolamento c.e. n. 44/2001 alla luce di alcune recenti pronunce giurisprudenziali*, in *Foro Pad.*, 2008, I, p. 374 ss.; P. VITTORIA, *La competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia* cit., p. 24 ss.; F. P. MANSI, *Il giudice italiano e le controversie europee* cit., p. 52 ss.; M. A. LUPOI, *Il rinvio alle norme europee sulla giurisdizione: aspetti generali*, in M. A. LUPOI – E. VULLO – M. G. CIVININI – P. PASQUALIS, *Giurisdizione italiana, efficacia di sentenze e atti stranieri* cit., p. 50.

Come noto, la locuzione di "materia civile e commerciale" non trova una precisa spiegazione nell'ambito del sistema di Bruxelles che, per contro, si limita a darne una definizione in negativo indicando cioè gli ambiti che ad essa rimangono estranei. I confini positivi della nozione riguardano, in particolare, la materia fiscale, doganale ed amministrativa.

Il par. 2 dell'art. 1 del Regolamento enumera, inoltre, una serie di settori che, pur appartenendo alla materia civile e commerciale, sono stati esclusi espressamente dal legislatore comunitario dall'applicazione del Regolamento in considerazione della specialità della loro disciplina. Trattasi, in particolare, di: stato e capacità delle persone fisiche; regime patrimoniale tra i coniugi, testamenti e successioni; fallimento e procedure concorsuali affini; arbitrato.

Secondo l'insegnamento della Corte di Giustizia l'inerenza della controversia alla materia civile e commerciale deve essere valutata essenzialmente in virtù di due parametri di fondo: la natura dei rapporti giuridici fra le parti in causa e l'oggetto della lite²⁰.

A riguardo, è noto come la giurisprudenza più significativa sui limiti del campo di applicazione materiale si sia sviluppata proprio con riguardo alle controversie in cui una delle parti ha invocato la non applicabilità del Regolamento a causa del carattere pubblicistico della lite²¹. In questi casi, l'inerenza della controversia all'ambito materiale di applicazione del Regolamento è stata, volta a volta, riconosciuta od esclusa, in dipendenza della valutazione delle qualità con cui la Pubblica Amministrazione ha agito e quindi, essenzialmente, in funzione degli elementi che caratterizzano la natura giuridica dei rapporti tra le parti in causa. In tale ottica, le decisioni emesse nelle controversie fra un soggetto di diritto privato e la Pubblica Amministrazione sono state, di norma, comprese nell'ambito di applicazione del

²⁰ In questo senso, v., da ultimo, in particolare, Corte Giust., 28 aprile 2009, causa C-420/07, *Apostolides*, in *Raccolta*, I, 3571, in particolare punti 42, 45 e 46.

²¹ L'esclusione delle situazioni di diritto pubblico dall'ambito applicativo del Regolamento è, d'altra parte, un aspetto pacifico in dottrina V. H. GAUDEMET-TALLON, *Competence et execution des jugements en Europe* cit., p. 25 ss. Come noto, tuttavia, in ragione del fatto che una distinzione tra diritto pubblico e diritto privato non è sempre così agevole nei Paesi di *civil law* ed è praticamente sconosciuta nei Paesi di *common law* la nozione di materia civile e commerciale deve essere correttamente ricostruita e intesa alla luce dell'opera interpretativa svolta dalla Corte di Giustizia nel corso del tempo. Invero, benché la Corte non si sia mai spinta a fornire una definizione di materia civile e commerciale, essa ha però precisato gli strumenti e i criteri in base ai quali l'inerenza della controversia alla materia civile e commerciale deve essere apprezzata. V., P. KAYE, *Civil jurisdiction and enforcement of foreign judgments* cit., p. 68 ss.

Regolamento ove quest'ultima fosse intervenuta nell'ambito del rapporto litigioso *iure privatorum* e non nell'esercizio di poteri autoritativi o della propria potestà d'imperio²². Sono state, per contro, escluse dall'ambito di applicazione del Regolamento quelle controversie che discendono “da una manifestazione di prerogative di pubblici poteri di una delle parti della controversia” e cioè di poteri che “esorbitano dalla sfera di diritto comune applicabili ai rapporti tra privati”²³.

L'esercizio della potestà d'imperio da parte della Pubblica Amministrazione è divenuto, in particolare, l'elemento di discriminazione per decidere in ordine all'applicazione, o meno, del Regolamento, secondo un criterio che la Corte di Giustizia ha ribadito in più occasioni²⁴.

E' questo un aspetto che, a ben vedere, riveste centrale importanza al fine di ammettere, o meno, le misure coercitive a circolare nello spazio giudiziario europeo. Se, invero, si ponesse l'accento sulla spendita di prerogative sovrane facenti capo all'Autorità giudiziaria e, dunque, essenzialmente, sull'offesa all'autorità della sentenza che l'irrogazione della misura coercitiva vuole, a seconda dei casi, prevenire o sanzionare²⁵, allora quella dell'inerenza delle misure in esame – specialmente, di quelle che devono essere pagate alle casse dello Stato - alla materia

²² In tal senso si esprime la giurisprudenza costante: Corte Giust., 14 ottobre 1976, causa 29/76, *LTU*, in *Raccolta*, 1976, p. 1541, punto 4; Corte Giust., 16 dicembre 1980, causa 814/79, *Rüffer*, in *FI*, 1981, IV, p. 409, punto 8; Corte Giust., 21 aprile 1993, causa 172/91, *Sonntag*, in *FI*, 1994, IV, p. 233, punto 20; Corte Giust., 1 ottobre 2002, causa 167/00, *Henkel*, in *FI*, 2002, IV, p. 502, punto 26.

²³ Così, Corte Giust., 15 febbraio 2007, *Lechouritou c. Germania*, C-292/05, sulla quale v. O. FERACI, *La sentenza Lechouritou e l'ambito di applicazione rationae materiae della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2007, p. 657 ss. V. anche Corte Giust., 28 aprile 2009, *Apostolides*, C-420/07, in *Raccolta*, 2009, p. 3571 ss. In proposito v. anche M. A. LUPOI, *Il rinvio alle norme europee sulla giurisdizione: aspetti generali*, in M. A. LUPOI – E. VULLO – M. G. CIVININI – P. PASQUALIS, *Giurisdizione italiana, efficacia di sentenze e atti stranieri* cit., p. 53.

²⁴ V. Corte Giust., 14 ottobre 1976, causa 29/76, *LTU c. Eurocontrol*, in *Raccolta*, 1976, p. 1541, punto 5; Corte Giust., 14 novembre 2002, *Gemeente Steenberg c. Baten*, causa 271/00, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2003, p. 249; Corte Giust., 15 maggio 2003, *Préservatrice Foncière TIARD c. Stato Olandese*, C-266/01 in P. VITTORIA, *La competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia* cit., p. 31; Corte Giust., 5 febbraio 2004, *Frahuil SA c. Assitalia S.p.a.*, C-265/02, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 1131.

²⁵ Laddove la natura, inizialmente preventiva, o immediatamente sanzionatoria, della misura coercitiva deve essere fatta dipendere, essenzialmente, dal momento in cui si colloca la sua irrogazione. Vale a dire se la stessa precede, ovvero segue, l'inadempimento. Appartengono alla prima categoria gli ordinamenti che si riportano all'esperienza dell'*astreinte* francese; alla seconda, invece, l'esperienza austro-tedesca dell'*Ordnungsgeld* e dello *Zwangsgeld* e quella anglosassone del *Contempt of Court*.

civile e commerciale potrebbe, con ogni più ampia probabilità, dirsi una questione già chiusa in partenza²⁶.

Ciò posto, è noto come il secondo parametro per valutare l'inerenza della controversia alla materia civile e commerciale, e la conseguente applicazione del Regolamento, sia offerto dall'"oggetto della lite".

Quello dell'oggetto della pretesa fatta valere è un criterio che vale tanto per le domande proposte in via principale, quanto, in generale, per quelle volte ad ottenere, in via strumentale, provvedimenti provvisori di indole cautelare. Con riferimento a queste ultime, in particolare, la Corte di Giustizia ha chiarito, dissipando, sul punto, un fitto dibattito dottrinale, che il presupposto materiale di applicabilità del Regolamento deve essere valutato in piena autonomia. Invero, con riguardo alle domande tese ad ottenere l'applicazione di misure provvisorie o cautelari, decisiva non è l'appartenenza alla materia civile e commerciale della pretesa principale; bensì l'appartenenza, a tale ambito, della pretesa, specificamente ed isolatamente considerata, oggetto della domanda fatta valere in via strumentale. E pertanto, può ben darsi l'eventualità che, sebbene il Regolamento non possa trovare applicazione con riferimento alla domanda principale, esso possa, per contro, trovare applicazione – sempre ai fini del riconoscimento e dell'esecuzione che in questa sede rilevano – con riferimento alle pretese fatte valere in via cautelare, laddove la natura dei diritti che queste ultime tendono a tutelare verta su una delle materie di cui all'art. 1²⁷.

²⁶ V., però, in senso contrario, F. GERHARD, *The Extraterritorial Judicial Penalty – New Instruments for the Transnational Enforcement of Extraterritorial Injunctions?*, in P. SARCEVIC – P. VOLKEN (edited by), *Yearbook of Private International Law* cit., p. 270 secondo cui, da questo punto di vista, il problema deve essere risolto considerando l'Art. 49 "a *lex specialis* in comparison with Art. 1(1) of the Regulation".

La questione in esame, come si è già accennato, è stata peraltro risolta, prima dalla dottrina e poi dalla giurisprudenza comunitaria, sganciando la misura coercitiva dalla sua natura sanzionatoria e privilegiandone all'estremo i connotati funzionali. Sul punto, v., A. K. BITTER, *Vollstreckbarerklärung und Zwangsvollstreckung ausländischer Titel in der Europäischen Union* cit., p. 151 secondo la quale la predilezione di una nozione di tipo funzionale è l'unica in grado di condurre ad ammettere la ricomprensione, nell'ambito dell'art. 49 Reg., anche delle misure coercitive proprie dell'ordinamento giuridico inglese e tedesco; così, anche, J. KROPHOLLER, *Europaisches Zivilprozessrecht Kommentar* cit., p. 474; A. STADLER, *Inländisches Zwangsgeld bei grenzüberschreitender Handlungsvollstreckung* cit., p. 431; H. KOCH, *Neuere Probleme der internationalen Zwangsvollstreckung einschliesslich des einstweiligen Rechtsschutzes*, in SCHLOSSER (Hrsg.) *Materielles Recht und Prozessrecht und die Auswirkungen der Unterscheidung im Recht der internationales Verfahrensrecht* cit., p. 200; J. GÄRTNER, *Probleme der Auslandsvollstreckung von Nichtgeldleistungsentscheidungen im Bereich der Europäischen Gemeinschaft* cit., p. 176.

²⁷ Come noto, su tali basi, la Corte di Giustizia è giunta, in materia cautelare, a considerare incluse nell'ambito regolamentare anche "misure provvisorie" strumentali a processi di merito di per sé esorbitanti la materia civile e commerciale definita dall'art. 1 del Regolamento, come è avvenuto

Recentemente, l'interpretazione della locuzione in esame ha portato la Corte di Giustizia ad affermare che l'area dei provvedimenti ammessi a circolare nell'ambito dello spazio giudiziario europeo comprende anche quelli che irrogano misure coercitive²⁸. A riguardo, giova evidenziare come i parametri valorizzati dalla Corte per valutare tale inerenza sono rimasti invariati. Ancora una volta, dunque, a venire in rilievo sono stati: la natura dei rapporti giuridici tra le parti in causa e l'oggetto della lite.

In tale occasione, la Corte, al fine di valutare l'inerenza delle decisioni che applicano una penalità alla materia civile e commerciale, ha adottato un criterio che accentua massimamente la caratteristica peculiare di tali decisioni di costituire un accessorio ad una decisione di carattere principale, tale per cui detta inerenza deve essere fatta dipendere dall'oggetto di quest'ultima²⁹. Facendo applicazione del principio di

nel caso di un provvedimento provvisorio su assegno di mantenimento familiare emanato in relazione ad una causa di divorzio. In tal senso, v. la sentenza *De Cavel II* 6 marzo 1980 C- 120/79, in *Riv. dir. int. priv. proc.* 1980, 475 in cui la Corte ha affermato che, con riferimento alle domande accessorie, "la Convenzione si applica a seconda della materia che esse stesse riguardano, non già della materia cui si riferisce la domanda principale"; nello stesso senso v. Corte Giust., 31 marzo 1982, *C.H.W. c. G.J.G.*, C-25/81, in *Raccolta*, 1982, p. 1189 ss. Tali pronunce costituiscono una precisazione (ritenuta secondo una parte della dottrina, un vero e proprio *revirement*) delle indicazioni fornite dalla Corte di Giustizia nella precedente sentenza *De Cavel I* (Corte Giust., 27 marzo 1979, *De Cavel c. De Cavel*, C-143/78) in cui la Corte considerò estranea al campo di applicazione della Convenzione una domanda di apposizione di sequestro su beni familiari avanzata nell'ambito di un procedimento di divorzio in quanto ritenuta strettamente connessa alla materia del regime patrimoniale tra i coniugi.

Come noto, inoltre, in applicazione di tale criterio la Corte considera da tempo soggetti alla Convenzione anche provvedimenti provvisori chiesti e ottenuti con riguardo a controversie oggetto di compromesso arbitrale. In tal senso, v. sentenza *Van Uden* 17 novembre 1998 c. 591/95, in *Raccolta* 1998, I, 7122 ss. Sul punto v., E. MERLIN, *Le misure provvisorie e cautelari nello spazio giudiziario europeo*, in *Riv. dir. proc. cit.*, p. 781 ss.

²⁸ Il riferimento va a Corte Giust., 18 ottobre 2011, *Realchemie Nederland BV c. Bayer CropScience* C-406/09 la quale ha incluso espressamente nell'ambito applicativo del Regolamento anche le misure coercitive proprie dell'ordinamento tedesco.

Con la prima questione interpretativa il giudice del rinvio olandese ha chiesto alla Corte di Giustizia se un'ordinanza di condanna al pagamento di una misura coercitiva emanata ai sensi del § 890 ZPO (*Ordnungsgeld*) rientra, o meno, nell'ambito di applicazione del regolamento n. 44/2001 come definito all'art. 1. I dubbi che il giudice olandese sollevava a riguardo dipendevano essenzialmente da tre fattori: a) innanzitutto, dal fatto che si trattava di un'ammenda per violazione di un provvedimento a contenuto inibitorio pronunciato su istanza unilaterale della parte vincitrice; b) in secondo luogo, dal fatto che il ricavato della misura non sarebbe andato a beneficio del privato creditore bensì dello Stato tedesco; c) infine, dal fatto che la riscossione della stessa sarebbe avvenuta, in base alle disposizioni processuali dell'ordinamento giuridico tedesco, *ex officio*.

²⁹ Nel senso che la soluzione della questione in esame, specie con riguardo alle misure coercitive austro-tedesche dovesse essere risolta nel senso precisato nel testo v., già prima dell'intervento della Corte di Giustizia: A. K. BITTER, *Vollstreckbarerklärung und Zwangsvollstreckung ausländischer Titel in der Europäischen Union* cit., p. 149; T. RAUSCHER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2006, sub Art. 49 cit., p. 4; A. VON FALCK, *Implementierung offener ausländischer Vollstreckungstitel -Vollstreckbarerklärung ausländischer Titel und inländischer Bestimmtheitsgrundsatz* cit., p. 184; W. F. LINDACHER, *Internationale Unterlassungsvollstreckung*

accessorietà la Corte è, in primo luogo, pervenuta a rifiutare l'ipotesi che l'inerenza di una misura coercitiva all'ambito applicativo del Regolamento possa essere negata in ragione del suo postulare una manifestazione di pubblici poteri³⁰. Un tanto, si intende, ove la controversia principale verta tra controparti private.

Ed, invero, nell'ottica dei giudici del *Kirchberg*, è esclusivamente la strumentalità delle misure coercitive indirette al rispetto di diritti inter-privati riconosciuti e affermati dalla decisione principale, ove questi vertano in materia civile e commerciale, a rappresentare il criterio di valutazione per ricomprendere, o meno, le misure coercitive nell'ambito applicativo del Regolamento. Così che, ogni qual volta il rapporto giuridico che intercorre tra le parti in causa, oggetto della decisione principale, sia qualificabile alla stregua di un "rapporto giuridico di diritto privato", lo stesso dovrà valere anche per la misura coercitiva.

La "natura del diritto ad ottenere l'esecuzione" che, come si è visto, rappresenta la funzione che la misura coercitiva è chiamata ad assolvere, deve essere fatta dipendere, secondo la Corte di Giustizia, dalla natura della controversia principale vale a dire dalla natura "del diritto soggettivo per la cui violazione è stata disposta l'esecuzione"³¹.

cit., p. 407; O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld: Vergleich – Vereinheitlichung – Kollisionsrecht Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht* cit., p. 318.

³⁰ V., in particolare, il punto 41 della decisione. La Corte si è in tal modo discostata dalle conclusioni rassegnate dall'avvocato generale Mengozzi presentate il 5 aprile 2011 il quale si era espresso nel senso dell'impossibilità di utilizzare, per la soluzione della questione in esame, il criterio del procedimento principale e di quello accessorio ed aveva auspicato l'utilizzo, da parte della Corte, di un criterio di tipo diverso. Pur riconoscendo, infatti, che tale utilizzo sarebbe stato in sé seducente in quanto avrebbe avuto il merito della semplicità e dell'efficacia, l'Avvocato generale aveva tuttavia ritenuto che lo stesso avrebbe dovuto essere respinto. A riguardo, egli ha osservato che "L'ammenda civile (...) è infatti un richiamo all'ordine a norma del diritto tedesco, ma non ne costituisce l'unica forma, poiché sussiste altresì la possibilità, per il giudice tedesco, di infliggere una sanzione detentiva. Spinto alle sue estreme conseguenze, il ragionamento proposto potrebbe portare a ritenere che una sanzione detentiva rientri nel campo di applicazione dell'art. 1 del regolamento n. 44/2001 qualora sia comminata nell'ambito di una causa principale concernente provvedimenti provvisori adottati per far cessare una violazione di un diritto di natura civile". Pur non disconoscendo che la misura coercitiva tedesca è costituita sia da elementi di natura civile, rientranti nell'ambito del diritto privato; sia da elementi di diritto pubblico, l'avvocato generale "tenuto conto della funzione e dell'obiettivo perseguito dall'ammenda civile, dal suo beneficiario effettivo e delle modalità di riscossione" aveva ritenuto gli aspetti attinenti al diritto pubblico decisivi e preminenti ed aveva deposto in favore di un'esclusione dell'*Ordnungsgeld* di cui al § 890 ZPO dalla materia civile e commerciale ai sensi dell'art. 1 del Regolamento.

³¹ V., testualmente, Corte Giust., 18 ottobre 2011, *Realchemie Nederland BV c. Bayer CropScience* C-406/09, punto 42. Diritto soggettivo che, nella specie, coincideva con il diritto della società *Bayer* a sfruttare in modo esclusivo alcuni diritti di inventiva tutelati in via brevettuale. Come tale, pertanto, rientrante nell'ambito della materia civile e commerciale di cui all'art. 1 del Regolamento.

Dal percorso argomentativo fatto proprio dalla Corte si ricava, dunque, che, rispetto alle misure di coercizione all'adempimento, l'inerenza del provvedimento alla materia civile e commerciale deve essere valutata in piena autonomia dagli ordinamenti degli Stati membri³². In particolare, decisiva si mostra non già l'appartenenza della singola misura coercitiva alla materia civile e commerciale, quanto piuttosto l'appartenenza a tale ambito della pretesa principale, di cui la misura coercitiva medesima tende a tutelare l'esecuzione e che forma oggetto del provvedimento di merito³³.

In applicazione di tale principio interpretativo è stata ammessa non solo la circolazione di misure coercitive che si concretano nella condanna del debitore al pagamento, in favore del creditore, di una somma di denaro che il giudice dello Stato d'origine abbia determinato in ragione di ogni ritardo o inadempimento successivi alla pronuncia principale ma anche, e qui risiede il carattere realmente innovativo della pronuncia, di quelle aventi ad oggetto il pagamento di una somma di denaro destinata ad essere incassata da parte dello Stato da cui promana la pronuncia principale, se ed in quanto quest'ultima inerisca alla materia civile e commerciale³⁴. Invero, secondo la Corte di Giustizia, la nozione di “materia civile e commerciale” di

³² Chiaro, in tal senso, è il passo della motivazione in cui la Corte di Giustizia ha rilevato che benché dalla decisione del rinvio risultasse che l'ammenda *ex art. 890 ZPO*, in caso di esecuzione, dovesse essere versata non già ad una parte privata, bensì allo Stato tedesco, e che l'ammenda sarebbe stata riscossa d'ufficio, “nondimeno, tali specifici aspetti del procedimento di esecuzione tedesco non possono essere considerati decisivi nella determinazione della natura del diritto ad ottenere l'esecuzione. Tale natura dipende infatti da quella del diritto soggettivo per la cui violazione è stata disposta l'esecuzione (...)”.

³³ A riguardo sia consentito dedicare, per lo meno, un accenno alla possibilità di fare accedere al regime agevolato di riconoscimento ed esecuzione le decisioni che irrogano una penalità pronunciate a sostegno di un lodo arbitrale. Deve, in proposito, ricordarsi che in Francia, così come nei Paesi del Benelux, gli arbitri godono espressamente di tale potere. In merito giova evidenziarsi come il principio interpretativo avallato dalla Corte di Giustizia sembri, a rigore, precludere una siffatta possibilità. In effetti, il carattere accessorio dell'*astreinte* ne impedirà in questi casi l'accesso al regime agevolato di circolazione, dal momento che essa mira a tutelare l'esecuzione di un lodo arbitrale la cui circolazione è espressamente esclusa dall'art. 1 del Regolamento. Il problema è, in realtà, molto più complesso e meriterebbe una più diffusa disamina. Sul punto sia pertanto consentito rinviare a F. GERHARD, *L'exécution forcée transfrontière des injonctions extraterritoriales non pécuniaires en droit privé* cit., p. 532 il quale cita anche l'opinione di Y. DONZALLAS, *La Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, vol. II, Berne, 1997, n. 2220.

³⁴ Deve, peraltro, evidenziarsi che nel caso *Realchemie c. Bayer*, nonostante le decisioni impugnate di cui si contestava il riconoscimento riguardavano sia misure coercitive emesse ai sensi del § 890 ZPO (*Ordnungsgeld*), sia ai sensi del § 888 ZPO (*Zwangsgeld*), le quali come già si è visto, costituiscono due istituti distinti e ampiamente diversificati in punto di disciplina, la questione interpretativa rimessa dal giudice del rinvio olandese all'attenzione della Corte di Giustizia concerneva solo la prima delle menzionate figure. Ciò nonostante non appare difficile estendere le conclusioni raggiunte dalla Corte in merito all'*Ordnungsgeld* anche alle misure coercitive emesse a titolo di *Zwangsgeld*.

cui all'art. 1 del Regolamento (CE) n. 44/2001 "deve essere interpretata nel senso che tale regolamento si applica al riconoscimento e all'esecuzione di una decisione giurisdizionale che comporta una condanna al pagamento di un'ammenda allo scopo di far rispettare una decisione giurisdizionale emessa in materia civile e commerciale"³⁵.

5. Il dibattito dottrinale sviluppatosi in ordine alla individuazione dell'ambito di applicazione materiale dell'art. 49 Reg. (CE) n. 44/2001

La questione conduce a ripercorrere, a questo punto, i termini del dibattito sviluppatosi, in epoca antecedente ai recenti approdi della giurisprudenza comunitaria, intorno alla portata applicativa dell'art. 49 del Reg. (CE) n. 44/2001, sul quale, come già si è accennato nel corso del primo capitolo, la dottrina non si è mai trovata concorde³⁶.

In un primo tempo, l'opinione degli studiosi si era assestata nel senso di ritenere che la norma in esame comprendesse esclusivamente le misure coercitive forgiate sul modello dell'*astreinte* francese³⁷ che devono essere pagate al privato-creditore e che, da un punto di vista tecnico, si risolvono nella condanna del debitore al pagamento di una somma di denaro calcolata, per lo più, in base a singole unità di tempo durante le quali si sia protratto l'inadempimento al comando giudiziale, ovvero in base al numero delle infrazioni compiute nei riguardi di quest'ultimo³⁸.

³⁵ V., il punto 44 della decisione.

³⁶ A riguardo deve essere, innanzitutto, segnalata l'esistenza di una voce che, peraltro, non risulta avere avuto seguiti in dottrina, radicalmente contraria alla circolazione delle misure coercitive ed in generale dei provvedimenti aventi funzione di esecuzione indiretta. V., H. SCHACK, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, München, 2006, nn. 957, 974 e 977 il quale coerentemente alla propria posizione auspica la cancellazione dell'art. 49 Reg. e, già nel vigore della Convenzione di Bruxelles, dell'omologa disposizione convenzionale.

³⁷ Il riferimento andava, precisamente, alle misure coercitive proprie di Francia e Paesi del Benelux e può essere esteso, a seguito dell'introduzione nel nostro codice di rito dell'art. 614-bis c.p.c., anche all'*astreinte* italiana.

³⁸ V., in tal senso, v. R. GEIMER – R. A. SCHÜTZE, *Europäisches Zivilverfahrensrecht, Kommentar zum EuGVÜ und zum Lugano-Übereinkommen* cit., p. 579; A. K. BITTER, *Vollstreckbarerklärung und Zwangsvollstreckung ausländischer Titel in der Europäischen Union* cit., p. 150; E. MEZGER, *Über einige Lücken des EuGVÜ (Brüssel 1968) und des deutschen Ausführungsgesetzes*, in G. LÜKE – G. RESS – M. R. WILL, *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration* cit., p. 503; P. KAYE, *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments* cit., 1575, nt. 266. Da noi, v. M. G. CIVININI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere* cit., p. 90, nt.

A tale impostazione è venuta ad affiancarsi una diversa corrente di pensiero, avallata, in principio, per lo più da parte della dottrina austro-tedesca, secondo cui la norma in esame comprenderebbe, anche l'*Ordnungsgeld* e lo *Zwangsgeld* in cui la sanzione pecuniaria, come si è più volte messo in luce, benchè pronunciata su istanza del privato creditore, torna a beneficio dello Stato³⁹.

Benchè il problema dell'individuazione delle tipologie di misure coercitive per cui può essere chiesto e ottenuto l'*exequatur* fosse ben presente già agli autori della Convenzione di Bruxelles, sia la Relazione *Schlosser* sia la Relazione *Jenard* si sono astenute, come già si è visto, dal prendere espressamente posizione su di esso, lasciandolo di fatto insoluto⁴⁰.

2; E. D'ALESSANDRO, *Il conferimento dell'esecutività al verbale di conciliazione stragiudiziale e la sua circolazione all'interno dello spazio giudiziario europeo?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 1157 ss., in part. nt. 35; F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle sentenze straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001 cit.*, p. 258.

³⁹ E' questa, peraltro, l'impostazione che ha infine prevalso, specie tra gli autori tedeschi: v. P. SCHLOSSER, *EuGVU*, sub Art. 49, cit., p. 213; J. KROPHOLLER, *Europaisches Zivilprozessrecht. Kommentar zu EuGVO und Lugano-Ubereinkommen* cit., p. 492; A. STADLER, *Inländisches Zwangsgeld bei grenzüberschreitender Handlungsvollstreckung* cit., p. 431; P. OBERHAMMER, in F. STEIN – M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung* cit., p. 723; P. GOTTWALD, in *Munchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung* cit., p. 1709; H. W. MICKLITZ – P. ROTT, *In Vergemeinschaftung des EuGVÜ in der Verordnung (EG) Nr. 44/2001* cit., p. 23; A. K. BITTER, *Vollstreckbarerklärung und Zwangsvollstreckung ausländischer Titel in der Europäischen Union* cit., p. 148; H. KOCH, *Neuere Probleme der internationalen Zwangsvollstreckung einschliesslich des einstweiligen Rechtsschutzes*, in *Schlosser (Hrsg.) Materielles Recht und Prozessrecht und die Auswirkungen der Unterscheidung im Recht der internationalen Verfahrensrecht* cit., p. 200; O. REMIEN, *Astreinte, dwangsom und Zwangsgeld in Binnenmarkt* cit., p. 399; O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld: Vergleich – Vereinheitlichung – Kollisionsrecht Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht* cit.; B. HESS – T. PFEIFFER – P. SCHLOSSER, *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States* cit., par. 615. Adesione a tale opinione viene espressa anche da W. KENNETT, *Enforcement of Judgment in Europe* cit., p. 300; M. B. DE BOER, *Osservazioni sull'astreinte nel diritto processuale civile olandese* cit., p. 805. In seno alla dottrina italiana, v. E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea* cit., p. 770; G. TARZIA, *Nozioni comuni per un processo civile europeo* cit., p. 329; P. PUCCIARIELLO – G. FANELLI, in B. CAPPONI (a cura di), *L'esecuzione processuale indiretta* cit., p. 63 ss.; S. MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale* cit., p. 1001; M. DE CRISTOFARO, *Esecuzione in personam, principio di territorialità e misure coercitive indirette nello spazio giudiziario europeo* cit., p. 26 il quale, già da tempo, ha argomentato in ordine all'inclusione - nel novero dei provvedimenti aventi accesso al regime agevolato di "circolazione" di cui all'art. 49 del Regolamento, sia dello *Zwangsgeld* e dell'*Ordnungsgeld* del diritto austro-tedesco ma anche del *Contempt of Court* del diritto inglese. In particolare, l'Autore muove dalla valorizzazione del carattere, proprio di tali provvedimenti, di "innegabile ancillarità e strumentalità rispetto all'esecuzione di provvedimenti in "materia civile e commerciale" rilevanti unicamente nel contesto di rapporti interprivati", preannunciando in tal modo i recenti approdi della giurisprudenza comunitaria sul punto che, come si è visto, hanno fatto leva proprio su tale connotato al fine di affermare l'inerenza dell'*Ordnungsgeld* di cui al § 890 ZPO nell'ambito materiale di applicazione del Regolamento.

⁴⁰ A tale proposito la citata Relazione Schlosser redatta in occasione della convenzione di adesione di Danimarca, Irlanda e Regno Unito (Convenzione del Lussemburgo del 9 ottobre 1978) si limita a ricordare che "la convenzione d'esecuzione lascia [...] insoluto il quesito se si possa dare in tal

A tale riguardo, giova sin d'ora osservare che il dettato letterale delle diverse versioni linguistiche del testo normativo e il riferimento in esse contenuto, oltre che alle *astreintes* e alle *dwangsom* anche allo *Zwangsgeld*, potrebbe far propendere, automaticamente, almeno di primo acchito, per la tesi estensiva⁴¹. La valorizzazione dell'elemento testuale al fine di ricomprendere anche lo *Zwangsgeld* nell'ambito di applicazione materiale della disposizione è, d'altra parte, un argomento alquanto ricorrente in dottrina⁴².

Tuttavia, è questa una di quelle ipotesi in cui l'elemento testuale della norma, di per sé considerato, non deve essere affatto sopravvalutato. Se è vero, infatti, che il dettato testuale della versione tedesca dell'art. 49 del Regolamento contiene un espresso riferimento allo *Zwangsgeld*, tuttavia, laddove si vada ad esaminarne analiticamente il testo integrale, non si può fare a meno di notare come tale richiamo sembra essere privo di senso alcuno, se rapportato alle caratteristiche tecniche e

modo esecuzione anche alle penalità pecuniarie, inflitte per inosservanza di una decisione giudiziale, che tornano a beneficio, non già della parte creditrice, bensì dello Stato. Poiché si tratta di un problema che non è stato sollevato soltanto dall'adesione dei nuovi Stati membri, il gruppo di esperti si è astenuto dal prendere posizione". La Relazione Schlosser può essere letta in F. POCAR, *La convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze* cit., p. 447.

⁴¹ Da questo angolo di visuale giova osservare come le diverse versioni linguistiche del regolamento riportino o un riferimento testuale ai principali istituti noti sul piano interno oppure termini del tutto generici e descrittivi. Così, mentre la traduzione in lingua francese contiene il termine *astreinte*, quella in lingua olandese il termine *dwangsom* e quella in lingua tedesca il termine *Zwangsgeld*; la traduzione in italiano dell'art. 49 discorre semplicemente di "*decisioni che applicano una penalità*"; quella spagnola di "*multas coercitivas*"; quella portoghese di "*sanções pecuniárias compulsórias*". Particolarmente imprecisa, quanto alla dizione letterale, si mostra la versione in lingua inglese del Regolamento che restringe l'ambito di applicazione della norma ai "*periodic paymen by way of a penalty*". Tale limitazione, che non si rinviene in altre versioni del regolamento, viene attribuita per lo più ad un difetto di traduzione e se ne auspica, da parte di molti autori, la cancellazione. V. O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld: Vergleich – Vereinheitlichung – Kollisionsrecht Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht* cit., p. 315; B. HESS – T. PFEIFFER – P. SCHLOSSER, *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States* cit., par. 615; A. K. BITTER, *Vollstreckbarerklärung und Zwangsvollstreckung ausländischer Titel in der Europäischen Union* cit., p. 150; E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea* cit., p. 770.

⁴² Valorizzano l'elemento testuale della norma in esame P. GOTTWALD, in *Munchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung* cit., p. 1710; F. GERHARD, *The Extraterritorial Judicial Penalty – New Instruments for the Transnational Enforcement of Extraterritorial Injunctions?*, in P. SARCEVIC – P. VOLKEN (edited by), *Yearbook of Private International Law* cit., p. 267; E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea* cit., p. 770. D'altro canto, come enunciato in più di un'occasione, dalla Corte di Giustizia, in caso di dubbio, il testo di una disposizione di diritto dell'Unione Europea non può essere considerata isolatamente, in una delle sue versioni. Esso deve venire interpretato e applicato alla luce dei testi redatti nelle altre lingue ufficiali e dunque la disposizione deve essere intesa in funzione del sistema di cui fa parte. V., tra le più recenti, Corte Giust., 9 giugno 2011, causa C-52/10, *Eleftheri tileorasi Ae* punti 23-24, in www.curia.europa.eu (ricerca per numero di causa); Corte Giust., 19 aprile 2007, causa C-63/06, *Profisa*, punti 13-14, in *Raccolta*, 2007, I, p. 3239.

strutturali di tale istituto⁴³. E' proprio partendo dai connotati caratteristici delle misure in questione che ci si può agevolmente rendere conto di come la possibilità di ricomprendere, o meno, lo *Zwangsgeld* e l'*Ordnungsgeld* nell'ambito applicativo del Regolamento, oggi avallata dalla Corte di Giustizia, ha, in realtà, più di una buona ragione per porsi.

A tale riguardo, giova osservare come la principale argomentazione su cui la tesi restrittiva si fonda, fa leva essenzialmente sul fatto che in Austria e in Germania le misure coercitive di natura pecuniaria vengono pagate alle casse dello Stato, il quale ne rappresenta il beneficiario ultimo⁴⁴. Inoltre, si evidenzia che la pronuncia delle

⁴³ Cfr., E. MEZGER, *Über einige Lücken des EuGVÜ (Brüssel 1968) und des deutschen Ausführungsgesetzes*, in G. LÜKE – G. RESS – M. R. WILL, *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration. Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco* cit., pp. 506-507. Senza contare, inoltre, che alcuni studiosi tedeschi, muovendo proprio dal dettato letterale della norma che, come si è detto, contiene uno specifico riferimento solo allo *Zwangsgeld* di cui al § 888 ZPO giungono, per contro, a negare che nel campo di applicazione della disposizione sia ricompreso anche l'istituto dell'*Ordnungsgeld* di cui al § 890 ZPO. V., in tal senso, B. TREIBMANN, *Die Vollstreckung von Handlungen und Unterlassungen im europäischen Zivilrechtsverkehr* cit., p. 156.

⁴⁴ Tale elemento è stato considerato dall'avv. Generale Mengozzi quello decisivo per valutare l'inerenza o meno della misura coercitiva tedesca nell'ambito di applicazione del regolamento. V., il punto 68 delle conclusioni rassegnate nella causa C-406/09 *Realchemie Nederland c. Bayer Cropscience*.

Peraltro, senza voler arrivare a sostenere che la misura di cui al § 890 ZPO sia pienamente assimilabile ad una sanzione di tipo penale, è tuttavia doveroso evidenziare come la Relazione Schlosser, al fine di chiarire la distinzione tra diritto civile e diritto penale, contiene precise indicazioni che non sono state, nonostante il richiamo puntuale ad esse effettuato dall'Avv. Generale, seguite dalla Corte di Giustizia. Il punto 29 della relazione prevede, invero, che “i procedimenti e le sentenze penali di ogni genere sono esclusi dal campo di applicazione della convenzione. Ciò vale non solo per i procedimenti penali in senso stretto; anche le altre sanzioni repressive comminate in caso di violazioni di ordini e divieti di interesse pubblico, non rientrano nel campo del diritto civile. Può comportare qualche difficoltà, in alcuni casi precisare la delimitazione verso le differenti sanzioni di diritto privato esistenti in varia guisa in taluni ordinamenti giuridici (...). Poiché molti ordinamenti giuridici autorizzano i soggetti privati a stare in giudizio come attore anche nei procedimenti pubblici, non è possibile operare la delimitazione a seconda della parte che ha intentato l'azione. Piuttosto, è decisivo sapere se l'esecuzione della sentenza va, o meno, a vantaggio personale dell'attore privato o di qualsiasi altra persona privata. Per questo motivo le decisioni dei tribunali del lavoro danesi riguardanti le ammende pecuniarie, a favore dell'attore o di una qualsiasi altra parte lesa individualmente, rientrano perfettamente nel campo della convenzione d'esecuzione”.

Peraltro, è doveroso constatare che in senso parzialmente difforme da quello poc'anzi enunciato si esprime la Relazione esplicativa di F. Pocar sulla convenzione concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale conclusa a Lugano il 30 ottobre 2007 che, come noto, contiene una disposizione analoga all'art. 49 del Reg. (CE) n. 44/2001. In merito, tale relazione precisa che “come è stato rilevato, la disposizione lascia insoluto il quesito se rientrino nella disposizione anche le penalità pecuniarie inflitte per inosservanza di una decisione, che vadano a vantaggio non della parte creditrice, ma dello Stato”. E poi prosegue, osservando che “l'opportunità di un chiarimento della norma in questo senso è stata prospettata nel corso dei lavori di revisione. Il Gruppo *ad hoc* ha preferito tuttavia non intervenire sul testo della disposizione con una precisazione che includesse espressamente le penalità a favore dello Stato, data la natura penale che una condanna a favore dello Stato può rivestire e il conseguente rischio di introdurre un aspetto penale in una Convenzione dedicata alla materia civile e commerciale. Ne consegue che potrebbero considerarsi contemplate dalla disposizione soltanto le penalità a favore

misure coercitive emesse a titolo di *Ordnungsgeld*, pur essendo pronunciate su istanza e nell'interesse del privato creditore, in capo al quale incombe l'onere di attivare in via unilaterale innanzi al giudice dell'esecuzione la corrispondente procedura, vengono successivamente riscosse d'ufficio dall'autorità giudiziaria a ciò preposta.

In forza di tali caratteristiche tecniche questa parte della dottrina ritiene che le misure di coercizione all'adempimento tipiche del modello austro-tedesco esulino dal campo di applicazione dell'articolato in esame in quanto espressione dell'esercizio di una potestà d'imperio e, dunque, esorbitanti la materia civile e commerciale⁴⁵. Su di un piano un poco diverso, cui in questa sede sia concesso quanto meno accennare, si argomenta, inoltre, che il creditore vittorioso sarebbe, in questi casi, sfornito di legittimazione e, secondo taluno, sinanche di interesse, a richiedere l'*exequatur* delle misure in esame posto che il ricavato delle stesse non andrebbe comunque a suo vantaggio⁴⁶.

Tali argomentazioni, pur degne di nota, non mi sembrano tuttavia pienamente assorbenti in ordine alla soluzione da dare alla questione in esame essendo, semmai, l'esclusione delle misure coercitive proprie dell'esperienza giuridica austro-tedesca dalla circolazione intra-comunitaria da fondarsi altrove e, precisamente, in un aspetto caratteristico della loro disciplina. Vale a dire, nella loro pressochè esclusiva inerenza al processo di esecuzione⁴⁷. E sarebbe stato proprio questo, a mio avviso, lo

dello Stato di cui sia chiaro il carattere civile e a condizione che l'esecuzione sia richiesta dal privato nel procedimento inteso alla dichiarazione di esecutività della sentenza, indipendentemente dal fatto che il beneficiario del pagamento della penalità sia lo Stato".

Peraltro, l'accoglimento della tesi più restrittiva che subordina l'applicabilità della norma in esame alla circostanza che la somma dovuta a titolo di misura coercitiva sia destinata ad essere pagata al privato creditore comporterebbe, come ben rileva anche E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea* cit., p. 769, l'immediata esclusione dalla possibilità di far circolare nello spazio giudiziario europeo molte delle misure coercitive speciali previste nel nostro ordinamento.

⁴⁵ V. B. HESS – T. PFEIFFER – P. SCHLOSSE, *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States* cit., p. 615. In senso contrario a tale impostazione, v. A. K. BITTER, *Vollstreckbarerklärung und Zwangsvollstreckung ausländischer Titel in der Europäischen Union* cit., p. 148.

⁴⁶ V. B. HESS – T. PFEIFFER – P. SCHLOSSER, *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States* cit., p. 615.

⁴⁷ E' questa l'opinione di E. MEZGER, *'Über einige Lücken des EuGVÜ (Brüssel 1968) und des deutschen Ausführungsgesetzes'*, in G. LÜKE – G. RESS – M. R. WILL, *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration. Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco* cit., p. 503.

snodo cruciale che la Corte di Giustizia avrebbe dovuto sciogliere al fine di ammetterne, o negarne, la circolazione nello spazio giudiziario europeo⁴⁸.

A riguardo giova osservare che è certamente innegabile che la misura coercitiva di indole pecuniaria per come strutturata e applicata nell'ordinamento giuridico tedesco e austriaco sia costituita, contemporaneamente, da elementi di natura civile, rientranti nell'ambito del diritto privato, ed elementi di diritto pubblico, che coinvolgono, da parte dello Stato, la spendita della propria potestà *iure imperii*. Tuttavia, è questa una caratteristica che, a ben vedere, accomuna, seppur in proporzioni e misure diverse, tutte le esperienze nazionali di misure di coercizione all'adempimento presenti a livello europeo. La compartecipazione, nell'ambito delle misure in esame di una duplice natura, tanto privatistica quanto pubblicistica, costituisce, infatti, un tratto caratteristico della funzione che le stesse sono chiamate a svolgere⁴⁹.

In tale ottica, non si può fare a meno di notare che, anche con riguardo al modello francese, si è soliti riconoscere che l'*astreinte* partecipi di una doppia natura essendo la stessa funzionale, nell'interesse del privato creditore, ad assicurare l'esecuzione specifica della pretesa e, pertanto, a favorire la conformazione a diritto della condotta della parte soccombente; mentre, nell'interesse dello Stato, a stimolare la parte soccombente all'adempimento sanzionandone, se del caso, la disobbedienza nei confronti della statuizione giudiziaria⁵⁰.

⁴⁸ A riguardo la Corte di Giustizia nel caso *Realchemie c. Bayer*, più volte citato, si è limitata, per contro, ad osservare che gli aspetti specifici del procedimento di esecuzione tedesco non possono essere considerati decisivi nella determinazione della “natura del diritto ad ottenere l'esecuzione” la quale deve essere fatta dipendere da quella del diritto soggettivo per la cui violazione è stata disposta l'esecuzione. In tal modo, peraltro, entrando, a mio avviso, in palese contraddizione con la norma del Regolamento posta dall'art. 22, n. 5 che, come noto, in materia di esecuzione delle decisioni fissa la competenza esclusiva in capo al giudice del luogo in cui l'esecuzione stessa deve avere luogo.

⁴⁹ V. in tal senso A. K. BITTER, *Vollstreckbarerklärung und Zwangsvollstreckung ausländischer Titel in der Europäischen Union* cit., p. 151. Da noi, v. E. SILVESTRI – M. TARUFFO, *V. Esecuzione forzata. III) Esecuzione forzata e misure coercitive* cit., p. 5.

⁵⁰ V., a riguardo, F. GERHARD, *The Extraterritorial Judicial Penalty – New Instruments for the Transnational Enforcement of Extraterritorial Injunctions?*, in P. SARCEVIC – P. VOLKEN (edited by), *Yearbook of Private International law* cit., p. 267 il quale, molto opportunamente, evidenzia come già al momento dell'approvazione della Convenzione di Bruxelles il processo evolutivo che ha condotto a distinguere l'*astreinte* francese dal rimedio risarcitorio era già stato definitivamente compiuto, ragione per cui anche in seno all'ordinamento francese la misura aveva acquistato la natura di atto dell'autorità o meglio di pena privata. Partendo dal riconoscimento di tale connotato comune, l'Autore giunge pertanto a considerare un non senso la distinzione basata sul destinatario del pagamento al fine di escludere le misure coercitive destinate ad essere incassate dallo Stato dall'ambito della circolazione intra-comunitaria; X. MALENGREAU, *L'introduction de l'astreinte en Droit belge* cit., p. 10348. Sul punto, v., da noi, E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea* cit., p. 762.

Ciò premesso, il fatto che l'*astreinte* vada pagata al privato creditore mentre l'*Ordnungsgeld* e lo *Zwangsgeld* siano destinate ad essere pagate nelle casse dello Stato lungi dall'incidere sulla natura delle misure in esame tanto da determinarne l'inerenza, o meno, all'ambito di applicazione della disciplina regolamentare⁵¹, appare, piuttosto, il frutto di una precisa scelta di politica legislativa dei singoli legislatori nazionali volta, essenzialmente, ad evitare che l'inottemperanza al provvedimento giudiziale possa dare luogo ad effetti iniqui di indebito arricchimento per il creditore, il quale conserva, in ogni caso, l'accesso ad altri strumenti di tutela, primo tra tutti il risarcimento del danno per equivalente monetario. Non mi sembra, inoltre, si possa sottovalutare che, proprio nell'ambito dell'ordinamento giuridico francese, il fatto che la misura torni a concreto beneficio del creditore ha, tradizionalmente, sollevato un vivace dibattito ed è stata avversata dalla dottrina maggiormente sensibile alle esigenze da ultimo richiamate⁵².

⁵¹ Sull'irrelevanza del destinatario del pagamento al fine di determinare i confini applicativi della disposizione v., anche, A. K. BITTER, *Vollstreckbarerklärung und Zwangsvollstreckung ausländischer Titel in der Europäischen Union* cit., p. 151 la quale evidenzia come anche nell'ambito del diritto tedesco a venire in primo piano non è l'interesse delle autorità statali „sondern die effiziente und rasche Befriedigung des Glaubigers“.

⁵² A riguardo giova la pena di sottolineare che la circostanza che l'*astreinte* vada pagata al privato creditore non è rimasta priva di avversioni proprio nell'ordinamento giuridico francese. Invero, quando il legislatore francese si è avviato a recidere i legami dell'*astreinte* con la sua matrice risarcitoria originaria al fine di farne uno strumento autonomo e applicabile a qualsivoglia situazione sancita in un provvedimento giurisdizionale, sono sorti notevoli dubbi sull'opportunità di mantenerne il carattere privatistico e si è proposto di renderlo "semi-pubblico" mediante la devoluzione alle casse dello Stato di metà delle somme che il debitore paga a titolo di *astreinte* sul peculiare modello di quanto avviene nell'ordinamento giuridico portoghese (art. 829-A *Código Civil*). Per varie ragioni tale proposta non è mai stata tradotta in disposizione di legge. V. M. TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici* cit., p. 167; E. SILVESTRI, *Rilievi comparatistica in tema di esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare* cit., p. 535; E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea* cit., p. 759. Su questo punto insistono particolarmente alcuni Autori francesi R. PERROT, *La coercizione per dissuasione nel diritto francese* cit., p. 668; Id., *L'effettività dei provvedimenti giudiziari nel diritto civile, commerciale e del lavoro in Francia* cit., p. 859; F. CHABAS, V. *Astreintes*, cit., p. 7; H. MAZEUD – L. MAZEUD – J. MAZEUD – F. CHABAS, *Leçons de droit civil* cit., p. 1033; E. DU RUSQUEC, voce *Astreintes (Introduction)* cit., p. 6. In argomento v. per una critica A. FRIGNANI, *Le penalità di mora nel diritto comunitario, francese e italiano* cit., p. 259 secondo cui il fatto che sia permesso che l'importo dell'*astreinte* definitiva vada pagato al creditore senza che la stessa possa essere vista come una forma di risarcimento costituisce una legittima misura soddisfacente per la parte a fronte delle conseguenze negative che il ritardo nell'esecuzione dei comandi del giudice sono stati a lui causati dalla controparte.

6. *Le difficoltà di ricomprendere nel campo materiale di applicazione dell'art. 49 Reg. (CE) n. 44/2001 le misure proprie dell'ordinamento giuridico austro-tedesco*

Come si è visto, il fitto dibattito dottrinale, qui brevemente ripercorso, è stato di recente dissipato dalla Corte di Giustizia, la quale ha definitivamente avallato, in via interpretativa, la fondatezza della tesi estensiva. Che le misure coercitive del diritto austriaco e tedesco siano ammesse a circolare nello spazio giudiziario europeo è dunque un dato che, nell'attuale stato dell'arte della materia, deve ritenersi acquisito al diritto processuale civile europeo.

Pur potendosi condividere lo spirito di fondo della decisione volta, si crede, ad evitare di dar luogo a disparità di trattamento tra singoli istituti giuridici nazionali tesi ad assicurare il medesimo risultato⁵³, ossia incentivare l'esecuzione spontanea ed effettiva del comando giudiziale pronunciato in seno all'Unione, non si può non rilevare come, ad una attenta analisi, il percorso argomentativo sviluppato dalla Corte di Giustizia desti non poche perplessità interpretative.

Il ragionamento giuridico svolto dalla Corte appare, invero, a mio modesto avviso, criticabile in ragione, essenzialmente, di due dati di fondo.

Innanzitutto, non si può fare a meno di rilevare come la Corte sia giunta ad ammettere la circolazione delle misure coercitive di cui al par. 890 *ZPO* (*Ordnungsgeld*) senza aver tenuto in minima considerazione i connotati strutturali e procedurali di tale istituto, per come applicato in Germania e in Austria. Connotati dai quali, per contro, non è dato, a mio avviso, seriamente prescindere al fine di fornire una solida soluzione alla questione in esame. In proposito, giova, in particolare, evidenziare come il ragionamento della Corte sembra fondarsi su di una vera e propria petizione di principio. Invero, dall'accoglimento della premessa

⁵³ E' questa, d'altra parte, una considerazione alquanto ricorrente in quella parte della dottrina che per l'appunto era solita sostenere, prima dell'intervento della Corte di Giustizia, la tesi estensiva. V., a riguardo, M. DE CRISTOFARO, *Esecuzione in personam, principio di territorialità e misure coercitive indirette nello spazio giudiziario europeo* cit., 26; A. K. BITTER, *Vollstreckbarerklärung und Zwangsvollstreckung ausländischer Titel in der Europäischen Union* cit., p. 152; F. GERHARD, *The Extraterritorial Judicial Penalty – New Instruments for the Transnational Enforcement of Extraterritorial Injunctions?*, in P. SARCEVIC – P. VOLKEN (edited by), *Yearbook of Private International Law* cit., ed ivi l'osservazione secondo cui la parificazione delle singole misure coercitive nazionali contribuisce ad annientare il rischio di una nuova forma di *forum shopping*, o meglio, di vero e proprio *forum running*, tra le diverse giurisdizioni nazionali ove, rispettivamente, siano situati i beni del debitore ed ove siano conosciute le misure coercitive sul modello delle pene private pagabili al creditore, suscettibili di circolare nello spazio giudiziario europeo.

secondo cui l'appartenenza delle misure coercitive alla materia civile e commerciale deve essere fatta dipendere dall'inerenza, a quest'ultima, della decisione principale, la Corte avrebbe dovuto, a mio avviso, per ragioni di coerenza, farvi derivare che alle stesse si applichi anche la prima parte del Regolamento e, dunque, tutti i fori di competenza giurisdizionale ivi contemplati. Se è pur vero, infatti, che con riguardo alla materia in esame una questione di competenza non dovrebbe mai trovare ragione di porsi in via autonoma in quanto la determinazione della competenza accessoria ad irrogare la misura coercitiva segue, di norma, quella della controversia principale, è tuttavia questo un aspetto che, come si è già avuto modo di rilevare, vale a distinguere le misure coercitive del diritto austriaco e tedesco.

Se è certamente vero, infatti, che negli ordinamenti giuridici che fanno capo alla famiglia dell'*astreinte*, una questione siffatta non avrà praticamente mai occasione di venire in rilievo essendo l'irrogazione della misura coercitiva contestuale alla pronuncia principale e, così, precedente l'eventuale inadempimento del *decisum*; non poco diversa è la situazione in Germania e in Austria, laddove, per contro, l'irrogazione della misura coercitiva segue l'inadempimento e rientra nella competenza esclusiva del giudice di prime cure che, in tal caso, opera in veste di giudice dell'esecuzione.

Ne consegue, a mio avviso, che la Corte di Giustizia avrebbe, innanzitutto, dovuto confrontarsi, al fine di accogliere la tesi estensiva, con la regola di competenza posta dall'art. 22 n. 5 del Regolamento⁵⁴. Norma, quest'ultima, che, come noto, in materia di esecuzione delle decisioni, pone capo alla giurisdizione esclusiva dei giudici dello Stato membro in cui l'esecuzione stessa deve avere luogo, indipendentemente dal domicilio del debitore. Un tanto, specialmente, ove si ponga mente alla circostanza

⁵⁴ Peraltro le incoerenze che, da questo punto di vista, inficiano il ragionamento della Corte sono rese ben evidenti dalla circostanza che la stessa individua, quale oggetto immediato del provvedimento che irroga un'*Ordnungsgeld* di cui al § 890 ZPO il "diritto ad ottenere l'esecuzione". Le contraddizioni che, da questo angolo di visuale, connotano la disciplina regolamentare sono ampiamente e ben denunciate da F. GERHARD, *The Extraterritorial Judicial Penalty – New Instruments for the Transnational Enforcement of Extraterritorial Injunctions?*, in P. SARCEVIC – P. VOLKEN (edited by), *Yearbook of Private International Law* cit., p. 271; H. KOCH, *Neuere Probleme der internationalen Zwangsvollstreckung einschliesslich des einstwiligen Rechtsschutzes*, in Schlosser (Hrsg.) *Materielles Recht und Prozessrecht und die Auswirkungen der Unterscheidung im Recht der internationales Verfahrensrecht* cit., p. 198; E. MEZGER, *Über einige Lücken des EuGVÜ (Brüssel 1968) und des deutschen Ausführungsgesetzes*, *GS Constantinesco* cit., p. 506.

che l'arresto interpretativo in commento ha preso le mosse dalla constatazione secondo cui l'oggetto della misura coercitiva è il "diritto ad ottenere l'esecuzione"⁵⁵. Nel corso del precedente capitolo si è cercato di dimostrare come la collisione tra la regola posta dall'art. 49 e quella di cui all'art. 22, n. 5 del Regolamento possa, in realtà, dirsi solo apparente. Invero, sebbene in seno all'esperienza giuridica austro-tedesca, la scissione tra la fase di irrogazione della misura e quella della sua vera e propria esecuzione si riveli quanto mai problematica considerato che già la prima esula dai poteri del giudice che emette la decisione di merito, rientrando, invece, nella competenza specifica del giudice dell'esecuzione il quale, dopo essere stato adito dal creditore, procede immediatamente alla riscossione della misura *ex officio*⁵⁶, la questione può essere superata facendo leva, tra gli altri, sul criterio di accessoriarietà della misura su cui tanto la Corte di Giustizia ha insistito nell'arresto in commento. Il che, mi sembra, equivale a fondare l'opinione che, dal punto di vista della disciplina regolamentare, l'irrogazione di uno *Zwangsgeld* e di uno *Ordnungsgeld* debba essere intesa, anche dal punto di vista dell'individuazione della giurisdizione competente, quale parte di quel medesimo giudizio di merito conclusosi con la pronuncia della decisione principale, ancorchè costituente oggetto di una separata appendice processuale.

In secondo luogo, non si può fare a meno di rilevare come la Corte abbia ommesso di chiarire un aspetto cruciale della disciplina in esame. Invero, del tutto sfornito di risposta è rimasto il problema di come lo Stato membro *ad quem* possa offrire, sul piano più squisitamente pratico-applicativo, esecuzione a siffatte decisioni in dipendenza delle peculiarità da cui l'esecuzione forzata di tali misure risulta connotata nei rispettivi ordinamenti giuridici di origine⁵⁷. Un tanto, si intende,

⁵⁵ V., il punto 42 della decisione.

⁵⁶ A riguardo v. O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld: Vergleich – Vereinheitlichung – Kollisionsrecht Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht* cit., p. 323 il quale, nel rilevare le difficoltà che sul piano pratico si correlano al riconoscimento e all'esecuzione delle misure coercitive di cui al § 890 ZPO, specialmente per quanto attiene alla loro riscossione officiosa, osserva: „*Diese ist im Ausland unmittelbar nicht möglich, und es wäre höchstens denkbar, daß Verwaltungsbehörden anderer Staaten aufgrund besonderer Vereinbarungen Vollstreckungshilfe leisten*“.

⁵⁷ Su tale, questione, espressamente sollevata nel caso *Realchemie* dal governo dei Paesi Bassi il quale chiedeva alla Corte di chiarire quali fossero le norme processuali che il giudice nazionale avrebbe dovuto applicare per dare esecuzione alle decisioni pronunciate a titolo di *Ordnungsgeld*, la Corte di Giustizia ha, invero, ritenuto non necessario statuire il quanto il giudice del rinvio non aveva espressamente sollevato questioni sul punto.

nell'ipotesi in cui la circolazione di tali misure debba avvenire tra ordinamenti processuali disomogenei. Considerando che, nella fattispecie controversa, ad essere coinvolti erano, da un lato, l'ordinamento giuridico tedesco, e, dall'altro, quello olandese, l'arresto interpretativo della Corte, pur segnando innegabilmente una prima tappa importante nello sviluppo della materia in esame, rappresenta, allo stesso tempo, un'occasione mancata per una sua effettiva evoluzione. Nel pronunciarsi in ordine alla possibile dichiarazione di esecutività delle misure coercitive di cui al § 890 ZPO (*Ordnungsgeld*), la Corte di Giustizia ha, invero, trascurato di chiarire uno degli aspetti centrali in tema di *exequatur* delle misure coercitive tra Stati membri. Vale a dire, quello del possibile conflitto tra la tendenziale apertura alla libera circolazione di tali provvedimenti giurisdizionali nell'ambito dello spazio giudiziario europeo e la necessaria applicazione, nello Stato *ad quem*, dei principi e delle regole che governano il proprio diritto nazionale dell'esecuzione forzata.

7. *L'appartenenza del provvedimento circolante alla nozione autonoma di "decisione" di cui all'art. 32 Reg. (CE) n. 44/2001*

Il secondo presupposto che la disciplina regolamentare pone per il riconoscimento e l'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali pronunciati nell'ambito dell'Ue è dato dall'inerenza degli stessi alla nozione, pur ampia, di "decisione" di cui all'art. 32 del Regolamento⁵⁸. E' noto che, la definizione ivi contenuta vale, di norma, per tutte le disposizioni del Regolamento che fanno uso di tale termine⁵⁹. E', dunque, necessario verificare se ed in quale misura tale nozione possa essere riferita anche alle decisioni di cui all'art. 49⁶⁰.

⁵⁸ Come noto, l'art. 32 del Reg. (CE) n. 44/2001 nel tentativo di fornire una nozione autonoma di "decisione" e nell'intento di agevolare la circolazione delle decisioni rese in uno Stato membro al fine di costituire un autentico Spazio giudiziario europeo stabilisce che "ai sensi del presente regolamento, per decisione si intende, a prescindere dalla denominazione usata, qualsiasi decisione emessa da un giudice di uno Stato membro, quale ad esempio decreto, sentenza, ordinanza o mandato di esecuzione, nonché la determinazione delle spese giudiziali da parte del cancelliere".

⁵⁹ V. Corte Giust., 2 giugno 1994, C-414/92, *Solo Kleinmotoren*, in *FI* 1996, IV, p. 463, punto 20 la quale, con riferimento al previgente art. 25 della Convenzione, ha affermato che "la definizione della nozione di "decisione", figurante nell'art. 25, vale per tutte le disposizioni della convenzione in cui si fa uso di tale termine (...)".

⁶⁰ Peraltro, in senso contrario alla impostazione qui prescelta, v. P. OBERHAMMER, in F. STEIN – M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, sub Art. 49 cit., p. 722, il quale esclude che

Innanzitutto, perché si abbia una decisione suscettibile di essere riconosciuta è necessario che si sia in presenza di un provvedimento emesso da un giudice di uno Stato membro⁶¹. Per comprendere compiutamente a quali provvedimenti giurisdizionali l'art. 32 si riferisca occorre, inoltre, tenere presente la *lex fori*. E', invero, in base a quest'ultima che vanno individuati i provvedimenti decisori idonei ad essere fatti rientrare nella nozione accolta dal Regolamento. In particolare, la nozione si riferisce alle "decisioni" indipendentemente dal *nomen iuris* ad esse assegnato nello Stato di origine.

Come noto, secondo l'interpretazione prevalente, un provvedimento giurisdizionale, per essere qualificato come "decisione", deve possedere determinate caratteristiche. Innanzitutto, deve trattarsi di un provvedimento avente contenuto decisorio su questioni di merito – ovviamente rientranti nell'ambito della materia civile e commerciale - controverse tra le parti⁶² e deve possedere una efficacia *extra* processuale. Accanto a questi requisiti c.d. positivi, se ne pone uno negativo. Invero, ha attitudine alla circolazione anche il provvedimento che non sia divenuto definitivo e quindi che non abbia acquisito l'autorità di cosa giudicata nello Stato di origine⁶³.

l'esecuzione delle decisioni che applicano una penalità di cui all'art. 49 del Regolamento debba essere vista come un caso di esecuzione delle decisioni di cui agli artt. 32 e ss. del Regolamento.

⁶¹ Cfr. Corte di Giust., 20 gennaio 1994, C-129/92, *Owens Bank LTD*, in *FI* 1995, IV, p. 237 e p. 243, punto 25; Corte Giust., 2 giugno 1994, C-414/92, *Solo Kleinmotoren*, in *FI* 1996, IV, p. 463, punto 17.

⁶² In particolare, sulla caratteristica della decisorietà del provvedimento giurisdizionale intesa quale capacità di risolvere nel merito una controversia: v. Corte Giust., 2 giugno 1994, causa 414/92, *Solo Kleinmotoren*, in *FI*, 1996, IV, p. 463 ss. con nota di COSCIA; Corte Giust., 14 ottobre 2004, C-39/02, *Maersk*, punto 45, in P. VITTORIA, *La competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia* cit., p. 409 la quale ha affermato che non può essere apprezzata come "decisione", ai sensi dell'art. 32 del Regolamento, la transazione raggiunta davanti ad un organo giurisdizionale per porre fine ad una lite pendente innanzi a quel giudice sulla base dell'assunto che il contenuto della transazione non rileva dall'esercizio dei poteri del giudice ma dalla volontà delle parti.

Nell'ottica che nella presente sede interessa, ritengo, pertanto, che sia da escludere la possibilità di ammettere la circolazione delle misure coercitive contemplate in un eventuale accordo conciliativo raggiunto in esito all'espletamento del procedimento di mediazione quale disciplinato dalla direttiva Ce n. 52/08 del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale. In senso contrario all'opinione qui sostenuta, v. però, E. D'ALESSANDRO, *Il conferimento dell'esecutività al verbale di conciliazione stragiudiziale e la sua circolazione all'interno dello spazio giudiziario europeo* cit., p. 1157 ss.

⁶³ In tal senso v. Cass. Civ. 23 maggio 1989 n. 2452, in *Giust. civ.*, 1989, I, 2601 con nota di R. BARATTA, *Coordinamento delle norme relative al procedimento di exequatur contenute nella Convenzione di Bruxelles con quelle attinenti all'ordinario procedimento di delibazione*. L'assenza della necessità che la decisione avente attitudine alla circolazione sia previamente passata in giudicato trova, peraltro, conferma nella circostanza che il Regolamento affronta espressamente il problema delle decisioni soggette ad impugnazione nei casi di riconoscimento (art. 37) ed esecuzione (art. 46).

È noto come il riferimento vada tipicamente alla sentenza, anche non definitiva, ma pur sempre qualificabile come di merito⁶⁴, abbia essa natura sommaria, provvisoria o cautelare⁶⁵. Si esclude, inoltre, la circolazione negli Stati membri dei provvedimenti emessi in forma esecutiva *inaudita altera parte* laddove non contemplino la possibilità di un contraddittorio ancorchè eventuale e differito⁶⁶.

E' proprio quest'ultimo, d'altra parte, il caso di gran parte delle misure coercitive presenti sul suolo europeo. Prime tra tutte, ma non solo, quelle austro-tedesche che, invero, vengono di norma emesse in forma esecutiva su istanza unilaterale del creditore e solo, in un momento successivo, notificate al debitore al quale è rimessa la facoltà di proporre impugnazione avverso la relativa decisione irrogativa⁶⁷.

Per una limpida elencazione dei requisiti che il provvedimento del giudice di uno Stato membro deve possedere per essere qualificato come "decisione" ed avere, così, accesso alla circolazione nello Spazio giudiziario europeo v. A. CARRATTA, *La sentenza civile straniera tra "riconoscimento" ed "estensione dell'efficacia"*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 1156; E. MERLIN, *Riconoscimento ed esecutività della decisione straniera nel Regolamento "Bruxelles I"* cit., p. 449.

⁶⁴ A riguardo, v. già G. FRANCHI, *La sentenza straniera dinanzi al giudice italiano* cit., p. 629 ss.; A. CARRATTA, *La sentenza civile straniera tra "riconoscimento" ed "estensione dell'efficacia"* cit., p. 1151; S. LA CHINA, *Il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze nel regolamento comunitario n. 44/2001* cit., p. 406.

⁶⁵ Cfr., da ultimo, Corte Giust., 15 novembre 2012, C-456/11, *Gothaer*, in www.curia.europa.eu (ricerca per numero di causa); Corte Giust., 14 ottobre 2005, C-39/02, *Mærsk Olie & Gas*, in *Raccolta*, I, p. 9657, p. 49; Corte Giust., 6 marzo 1980, 120/79, *De Cavel II*, in *FI*, 1980, IV, p. 365. Il riferimento è sia ai provvedimenti sommari anticipatori (quali ad es. le nostre ordinanze anticipatorie di condanna *ex art. 186 bis, ter e quater c.p.c.* o il *référé-provision* francese e belga o all'*interim injunction* inglese), sia ai provvedimenti decisori sommari (quali il nostro decreto ingiuntivo, l'*ordonnance d'injunction* o il *Mahnverfahren* tedesco). V. F. CARPI, *Riflessioni sull'armonizzazione del diritto processuale civile in Europa in relazione alla convenzione di Bruxelles del 1968* cit., p. 1051. Sulla aperta accessibilità delle misure provvisorie al regime di circolazione semplificata nello spazio giudiziario europeo v. E. MERLIN, *Le misure provvisorie e cautelari nello spazio giudiziario europeo* cit., p. 766.

⁶⁶ Nella sentenza *Denilauer* la Corte ha chiarito che "la Convenzione si riferisce essenzialmente alle decisioni giudiziarie che (...) sono state precedute o avrebbero potuto essere precedute (...) da un'istruzione contraddittoria" ed ha escluso la riconoscibilità dei provvedimenti emessi *inaudita altera parte* e "destinati ad essere eseguiti senza essere stati prima comunicati alla controparte" (nella specie si trattava di un sequestro conservativo disposto con decreto, senza che l'istanza fosse stata previamente notificata alla controparte). V. Corte Giust., 21 maggio 1980, C-125/79, *Denilauler c. Couchet Frères*, in *Raccolta*, 1980, p. 1553, al punto 17; v., inoltre, Corte Giust., 13 luglio 1995, C-474/93, *Hengst Import*, in *FI*, 1996, IV, p. 395 la quale ha considerato che può beneficiare del procedimento semplificato di riconoscimento ed esecuzione del Regolamento il nostro provvedimento monitorio, quando sia divenuto definitivo per mancanza di opposizione.

⁶⁷ Tale circostanza aveva, tra l'altro, condotto la società *Realchemie* nella controversia, poi sottoposta in via interpretativa all'esame della Corte di Giustizia, a presentare ricorso *ex art. 43* del Reg. invocando il motivo di rigetto di cui all'art. 34, n. 2 del Reg. per violazione dei diritti di difesa dipendenti dalla mancata attivazione del contraddittorio preventivo alla adozione della misura di cui al § 890 *ZPO*. Il ricorso era stato, tuttavia, respinto dal giudice olandese in quanto, benché fosse pacifico che la decisione fosse stata emessa su istanza unilaterale del creditore e senza previo contraddittorio con la Società convenuta, essa era stata tuttavia notificata alla *Realchemie* e dunque doveva essere fatta rientrare nella nozione di decisione di cui all'art. 32 del Reg. Non pare, per contro, possa costituire motivo di dubbio circa l'inerenza delle misure coercitive austro-tedesche nella nozione di

8. *Una nuova ipotesi di estensione di efficacia di provvedimenti a contenuto e natura meramente processuale*

Ciò posto, si deve a questo punto rilevare come nell'ambito della circolazione dei provvedimenti giurisdizionali nello spazio giudiziario europeo sia necessario distinguere l'ampia categoria delle "decisioni" riconoscibili la quale come si è visto comprende i provvedimenti giurisdizionali di merito siano essi definitivi o non, a cognizione piena o sommaria, cautelari o non, dalla più ristretta ma nondimeno rilevante categoria dei provvedimenti giurisdizionali aventi efficacia c.d. "pan processuale".

Sostanziale concordia di opinioni sussiste sul fatto che, al di fuori di alcuni casi tassativamente individuati, quale è segnatamente quello delle pronunce declinatorie della competenza giurisdizionale emanate in applicazione del Regolamento⁶⁸, non

decisione fatta propria dall'art. 32 del Reg. la circostanza che le stesse, come si è visto, vengono emesse dal giudice dell'esecuzione. Invero, ai sensi dell'art. 1 del Regolamento le decisioni emesse in materia civile e commerciale circolano "indipendentemente dalla natura dell'organo giurisdizionale".

⁶⁸ E' questa, essenzialmente, l'opinione dei commentatori tedeschi: J. KROPHOLLER, *Europaisches Zivilprozessrecht* cit., p. 400; P. GOTTWALD, *sub Art. 26*, in *Munchener Kommentar zur Zivilprozessordnung* cit., p. 2096. Recentemente tale interpretazione ha ricevuto l'espresso avvallo della Corte di Giustizia, v., da ultimo, Corte Giust., 15 novembre 2012, C-456/11, *Gothaer*, in www.curia.europa.eu (ricerca per numero di causa).

Anche la relazione *Schlosser* al punto n. 191 propende per tale impostazione: "Se un giudice tedesco si dichiara incompetente, un organo giurisdizionale inglese non può negare la propria competenza con la motivazione che il collega tedesco è in realtà competente (...) questi può, allorchè viene adito dopo l'emanazione della sentenza tedesca su questioni di rito, accogliere in ogni momento il ricorso o respingerlo per ragioni di merito". E' tuttavia doveroso precisare che gli autori tedeschi non hanno avuto grande difficoltà ad ammettere tale possibilità in quanto la decisione declinatoria della giurisdizione emanata dal giudice tedesco possiede sempre, secondo l'interpretazione dominante, efficacia extraprocessuale. Non altrettanto può dirsi in seno al nostro ordinamento in cui, laddove si voglia accogliere anche in questo campo la c.d. teoria dell'estensione degli effetti, allora le uniche pronunce di rito in punto di giurisdizione idonee a circolare sarebbero quelle emesse dalla Corte di Cassazione in esito a procedure per regolamento preventivo di giurisdizione. In proposito v. A. CARRATTA, *La sentenza civile straniera tra "riconoscimento" ed "estensione dell'efficacia"* cit., p. 1152; E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere* cit., p. 50 la quale ammette tale possibilità con alcuni rilievi. In particolare, secondo l'Autrice sarebbero esportabili in forza dell'art. 32 del Reg. solo le sentenze declinatorie della giurisdizione munite di efficacia extraprocessuale all'interno dello Stato di origine le quali sarebbero idonee a creare un vincolo di natura processuale per il giudice dello Stato richiesto allo scopo di rimediare il rischio di un conflitto negativo di giurisdizioni, tale da privare il cittadino europeo del diritto alla tutela giurisdizionale nell'ambito dell'intero spazio comune. Mentre con riguardo al nostro ordinamento le uniche decisioni di rito a poter circolare sarebbero proprio quelle emesse dalla Corte di Cassazione, per contro potrebbero circolare tutte le decisioni declinatorie della giurisdizione provenienti dai giudici tedeschi e francesi. Vero è, infatti, che in seno a tali ordinamenti, dette pronunce risultano idonee al giudicato.

abbiano attitudine a circolare le decisioni, quale che sia il *nomen iuris* alle stesse assegnato dalla legislazione nazionale, a contenuto e natura tipicamente processuale⁶⁹. A ben vedere, peraltro, è proprio a tale ultima categoria, cui pare possano essere ricondotti i provvedimenti che irrogano una misura coercitiva. Tali provvedimenti, infatti, non solo non definiscono un preesistente rapporto sostanziale fra le parti e soprattutto non definiscono un oggetto del giudizio contenzioso, ma, per lo più, si limitano a far nascere un nuovo rapporto obbligatorio con il fine, questo sì eminentemente processuale, di dare esecuzione forzata indiretta alla pronuncia giudiziale⁷⁰.

In questo senso, a mio avviso, si può ritenere che l'art. 49 del Regolamento tipizzi e offra fondamento ad un'ulteriore ipotesi di efficacia *extra-statuale* di un provvedimento avente di per sé natura processuale che, in quanto tale, può esser fatto rientrare nella nozione di decisione di cui all'art. 32 del Regolamento, solo ove se ne accolga una lettura di tipo estensivo⁷¹. Sarebbe questa, dunque, una ipotesi di

⁶⁹ Una consimile linea interpretativa è stata, del resto, fatta propria dalla stessa Relazione Schlosser in *GUCE*, 5 marzo 1979, C 59, p. 71 ss. spec. n. 187 ove dopo aver rilevato che "le disposizioni della Convenzione relative al riconoscimento e all'esecuzione sono generalmente concepite in funzione di decisioni giurisdizionali che determinino o regolino rapporti giuridici tra le parti", e quindi che "non è senz'altro possibile fornire una risposta al quesito se ed eventualmente quali decisioni interlocutorie di un organo giurisdizionale aventi per oggetto lo svolgimento del processo siano disciplinate dalla Convenzione", opportunamente si conclude che, in via generale, "decisioni interlocutorie che non mirano alla regolamentazione di rapporti giuridici tra le parti, ma concernono l'ulteriore svolgimento del procedimento, devono essere escluse dal campo di applicazione del titolo III della Convenzione". Che il riconoscimento disciplinato dal Reg. (CE) n. 44/2001 riguardi essenzialmente le decisioni di merito è opinione, quasi pacifica, condivisa anche dalla dottrina tedesca: v., P. GOTTWALD, in *Munchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, sub art. 26, *EuGVÜ* cit., p. 2095; J. KROPHOLLER, *Europaisches Zivilprozessrecht Kommentar* cit. In seno alla dottrina italiana, v. già G. FRANCHI, *La sentenza straniera dinanzi al giudice italiano* cit., p. 627; E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere* cit., p. 46; A. CARRATTA, *La sentenza civile straniera tra "riconoscimento" ed "estensione dell'efficacia"* cit., p. 1155 il quale, con riferimento alle ipotesi menzionate nel testo ipotizza un'efficacia extrastatuale di fonte convenzionale sottratta a qualsiasi meccanismo di riconoscimento.

⁷⁰ Cfr., quasi testualmente, con riguardo alla decisione che irroga una misura coercitiva di cui all'art. 614-bis c.p.c. E. MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella l. 69/2009* cit., p. 1546. V., a riguardo, anche C. CONSOLO – F. GODIO, *sub Art. 614-bis c.p.c.*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile commentato – La riforma del 2009* cit., p. 294 i quali evidenziano come "l'istanza della parte non è diretta a conseguire una ulteriore tutela di merito: non incide sull'oggetto del giudizio, e non amplia o muta i termini (*id est: causa petendi e petitum*) delle domande svolte dalle parti, ma attiene alle concrete possibilità di soddisfazione del diritto riconosciuto dal provvedimento di condanna. Con la sua formulazione, infatti, il richiedente mira ad ottenere uno strumento che gli consenta di vedere adempiuta in forma specifica la prestazione dedotta in giudizio".

⁷¹ E' noto come il trovarsi innanzi ad una decisione di merito, quale presupposto per offrire riconoscimento ai provvedimenti giurisdizionali stranieri costituiva il limite su cui si reggeva anche l'impianto della materia nel vigore del codice di rito del 1865, che pure era connotato da una grande apertura ai provvedimenti stranieri tanto da essere definito, non senza coloriture talvolta un poco

estensione di efficacia di provvedimenti a contenuto e natura meramente processuale espressamente contemplata dal Reg. (CE) n. 44/2001 e soggetta ai meccanismi di riconoscimento ed esecuzione ivi previsti. D'altra parte, ove così non fosse, non si comprenderebbe nemmeno per quale ragione il legislatore comunitario abbia sentito l'esigenza di dedicare a tali "decisioni" una previsione specifica e una disciplina di carattere speciale. Appare pertanto chiaro come la norma in esame comporti la sostanziale ricezione, nell'ordinamento *ad quem*, delle regole poste, in punto di esecuzione processuale indiretta, dal diritto processuale straniero.

9. *Il presupposto speciale per la libera circolazione delle "decisioni che applicano una penalità"*

Ciò detto con riguardo ai presupposti generali, si deve ora volgere l'attenzione al presupposto speciale sancito dalla disciplina regolamentare in ordine all'ottenimento dell'*exequatur* per le "decisioni che applicano una penalità".

Come già si è accennato, tale presupposto è legato alla necessaria "definitività" che la misura deve aver acquisito nello Stato membro di origine al fine di poter circolare nello spazio giudiziario europeo.

Tale requisito, in sé semplice da decifrare, si mostra particolarmente problematico in quanto è indubbio che lo stesso sia stato positivamente previsto sulla scorta

eccessive, "della porta aperta". Alle medesime conclusioni ci si atteva anche in epoca successiva nella vigenza del codice di rito del 1940 quando il legislatore aveva esteso espressamente il requisito della previa delibazione anche ai fini della mera efficacia della pronuncia quale *res iudicata*. Tale impianto, pur essendo ancora senz'altro valido, in via di principio, è stato progressivamente eroso dall'assetto normativo inaugurato dalla Convenzione di Bruxelles. Invero, benché la dottrina più autorevole abbia sposato la medesima linea interpretativa (V. G. FRANCHI, *La sentenza straniera dinanzi al giudice italiano* cit., p. 627; A. DI BLASE, *Connessione e litispendenza nella Convenzione di Bruxelles* cit., p. 217; M. ODDINI, *Considerazioni sul concetto di atto giurisdizionale riconoscibile adottato nel regime convenzionale dell'Aja e di Bruxelles*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1969, p. 127; M. A. LUPOI – F. CARPI, *Provvedimenti giurisdizionali civili in Europa (Convenzione di Bruxelles)*, in *Enc. Dir., Agg. II*, Milano 1998, p. 849) essa si è tuttavia scontrata con la circostanza che ha visto crescere progressivamente il numero delle ipotesi in cui, per via convenzionale o regolamentare, è stata prevista un'immediata estensione degli effetti anche delle pronunce a carattere processuale. In particolare, sul problema dell'efficacia "panprocessuale" (anche extrastatuale) e dell'estensione dell'efficacia delle pronunce di natura processuale v., nello specifico, E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere* cit., p. 49; A. CARRATTA, *La sentenza civile straniera tra "riconoscimento" ed "estensione dell'efficacia"* cit., p. 1163 ss.

dell'esperienza tipica dell'ordinamento giuridico francese⁷². È pertanto a questa esperienza che ci si deve, innanzitutto, riferire per comprendere che cosa debba intendersi con il requisito in esame.

Come noto, l'*astreinte* francese può essere di due tipi: provvisoria o definitiva. Mentre la prima è sempre modificabile dal giudice che l'ha pronunciata ed è insuscettibile di essere portata ad esecuzione coattiva sino a che non ne intervenga, previa attivazione dell'apposito procedimento, la liquidazione; la seconda consiste in una pronuncia di condanna ad una somma di denaro il cui ammontare è già definitivamente fissato al momento della pronuncia, così che la fase della liquidazione si risolve normalmente in una mera operazione aritmetica⁷³. In tal senso, dunque, in seno al sistema transalpino, la liquidazione rappresenta un momento sempre necessario per procedere alla messa in esecuzione dell'*astreinte*⁷⁴, laddove, si intende, il debitore non adempia spontaneamente alla propria obbligazione.

Ciò premesso, è indubbio che il presupposto in esame debba essere inteso quale mero requisito di liquidità dell'importo dovuto a titolo di misura coercitiva in vista,

⁷² Cfr. H. GAUDEMET-TALLON, *Competence et execution des jugements en Europe* cit., p. 382. Come noto, in seno all'ordinamento giuridico francese, l'*astreinte* - pur essendo irrogata contestualmente alla sentenza di condanna, di cui configura un capo accessorio - viene in concreto liquidata solo in un momento successivo ove si registri effettivamente l'inottemperanza del debitore al comando giudiziale. Inottemperanza che deve pertanto essere conosciuta, quantomeno *incidenter tantum*, dal giudice della liquidazione. Sul fatto che il modello avuto in mente dal legislatore comunitario nel forgiare l'articolato in esame sia stato proprio quello francese si registra in dottrina una sostanziale uniformità di vedute. Cfr. con alcune notazioni critiche M. DE CRISTOFARO, *Esecuzione in personam, principio di territorialità e misure coercitive indirette nello spazio giudiziario europeo* cit., p. 26; espressamente in tal senso si esprimono anche P. SCHLOSSER (erläutert von), *EuGVÜ* cit., p. 211; U. MAGNUS - P. MANKOWSKI, *European Commentaries on Private International Law - Brussels I Regulation, sub Art. 49* cit., p. 682.

⁷³ Sulla distinzione tra *astreinte* provvisoria e *astreinte* definitiva e, nello specifico, in ordine alla procedura di liquidazione v. F. CHABAS, *La pena privata in Francia* cit., p. 356; E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea* cit., p. 749 e p. 756; E. SILVESTRI - M. TARUFFO, *V. Esecuzione forzata. III) Esecuzione forzata e misure coercitive* cit., p. 6. In Francia, la competenza a liquidare la misura fa, di norma, capo al giudice dell'esecuzione salvo il caso in cui il giudice che l'ha pronunciata sia investito della causa oppure abbia espressamente riservato a sé tale potere. A riguardo vi è da dire che mentre nel caso delle *astreintes* provvisorie, le modalità di liquidazione dell'ammontare devono tenere conto del comportamento del debitore; per quanto concerne l'*astreinte* definitiva si prevede che, di norma, l'ammontare della misura non possa mai essere modificato nel momento della sua liquidazione. Un tanto, quantomeno in linea di principio. Invero, l'art. 36 della legge sulle *astreintes* contempla la possibilità che l'*astreinte*, tanto provvisoria, quanto definitiva, sia eliminata in tutto o in parte se venga successivamente accertato che l'esecuzione o il ritardo nell'esecuzione del provvedimento del giudice siano dipesi, in tutto o in parte, da una causa esterna.

⁷⁴ E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea* cit., p. 766; F. CHABAS, *La pena privata in Francia* cit., p. 360 il quale ricorda come con decreto del 31 luglio 1992, il legislatore francese abbia stabilito che "prima della sua liquidazione, nessuna *astreinte* può dare luogo ad una misura di esecuzione forzata".

peraltro, della stessa acquisizione, da parte del provvedimento che irroga la misura, di efficacia esecutiva nello Stato di origine⁷⁵. Efficacia esecutiva che, come noto, rappresenta, ai sensi dell'art. 38. par. 1. della disciplina regolamentare, condizione necessaria per la sua dichiarazione di esecutività al di fuori dello Stato del foro⁷⁶.

Le difficoltà pratico-applicative che in quest'ambito si pongono dipendono essenzialmente dal fatto che la più gran parte delle legislazioni processuali degli Stati membri non contempla una apposita fase deputata alla liquidazione delle misure coercitive e, unitamente ad essa, di accertamento della verificata inottemperanza all'ordine giudiziale⁷⁷.

⁷⁵ Così, il presupposto della definitività della misura nulla ha a che vedere con il passaggio in giudicato, nello stato di origine, della decisione che liquida la misura. Sul punto, v. H. GAUDEMET-TALLON, *Competence et execution des jugements en Europe* cit., p. 382 ove si chiarisce che l'espressione "definitivamente fissata" di cui al testo regolamentare debba essere interpretato nel solo senso che l'*astreinte* deve essere stata liquidata nel paese di origine ma non anche che la decisione sulla liquidazione "*soit nécessairement à l'abri de toute voie de recours*", ovvero che abbia acquisito l'immutabilità della cosa giudicata. In argomento, v., altresì, E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea* cit., p. 771, in part. nt. 141. V. però il *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States* presentato da B. HESS – T. PFEIFFER – P. SCHLOSSER cit., p. 619 là dove si da conto dell'esistenza di alcune pronunce emanate dai giudici tedeschi che, per contro, hanno inteso l'inciso nel senso che il capo condannatorio al pagamento della penale abbia acquisito l'autorità di cosa giudicata nello Stato di origine (così, ad esempio, Oberlandesgericht Naumburg, 8 marzo 2007, 6 W 74/07 – inedita). Secondo taluno la norma di cui all'art. 49, nel richiedere che la misura sia stata definitivamente fissata dai giudici dello Stato membro d'origine, si porrebbe quale norma speciale in rapporto all'art. 38 in quanto richiederebbe un requisito aggiuntivo per l'ottenimento dell'*exequatur*. Così, O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld: Vergleich – Vereinheitlichung – Kollisionsrecht Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht* cit. In realtà, a me pare che, da questo punto di vista, l'art. 49 lungi dal poter essere considerato una norma di carattere speciale si ponga, molto più semplicemente, quale specificazione, data la delicatezza della materia, della necessità che la misura sia previamente resa liquida.

⁷⁶ V., però l'opinione di P. KAYE, *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments* cit., p. 1523 ed ivi l'obiezione non compiutamente svolta secondo cui "*this rule is to be contrasted with the general principle under Article 31, that judgments may be enforced under the Convention if they are enforceable in the judgment-State, regardless their final or provisional nature*". Sembra, invero, pacifico che il requisito della liquidità debba essere considerato prodromico all'ottenimento di efficacia esecutiva nello Stato del foro. In generale, sul requisito dell'avvenuto conseguimento, nello Stato del foro, dell'efficacia esecutiva, da parte del provvedimento di condanna ai fini della sua esecuzione all'estero v. G. FRANCHI, *La sentenza straniera dinanzi al giudice italiano* cit., p. 639; C. CONSOLO, *Limiti all'esecuzione di decisioni straniere* cit., p. 415; F. CARPI, *Riflessioni sull'armonizzazione del diritto processuale civile in Europa in relazione alla convenzione di Bruxelles del 1968* cit., p. 1050.

⁷⁷ Non diversamente da quanto accade nel nostro ordinamento anche nel caso dell'ordinamento giuridico austro-tedesco si pone il problema di capire se la misura coercitiva possa dirsi "definitiva" nel senso fatto proprio dal Regolamento. Ed, invero, al pari dell'*astreinte* definitiva e della *dwangsom*, anche la *Zwangsgeld* e l'*Ordnungsgeld* nascono, in sé stesse, come definitive e non necessitano di un successivo procedimento di liquidazione, peraltro sconosciuto alla legislazione interna. E' questo un requisito che, tuttavia, la dottrina non fatica a riconoscere alle misure in esame. V., O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld: Vergleich – Vereinheitlichung – Kollisionsrecht Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht* cit., p. 322-323.

Invero, solo il legislatore francese e quello dei Paesi del Benelux hanno espressamente risolto in via generale il problema della qualificazione di un'*astreinte* come provvisoria o come definitiva per lo più giungendo alla affermazione di principi divergenti e, in buona misura, opposti⁷⁸. Così, mentre nel sistema francese vige il principio della preminenza dell'*astreinte* provvisoria⁷⁹, stabilendosi che una comminatoria pecuniaria "*doit être considérée comme provisoire, à moins que le juge n'ait précisé son caractère définitif*" e che quest'ultima può essere pronunciata solo dopo la prima⁸⁰; al contrario nei Paesi del Benelux vige la regola inversa: il giudice che pronuncia un'*astreinte* deve già fissare definitivamente il suo ammontare e l'unico tipo di comminatoria ammessa è appunto quella definitiva⁸¹.

Precise complicazioni, a tale riguardo, dipendono, inoltre, dalla circostanza che – nel panorama europeo – anche laddove una appendice liquidatoria della misura sia prevista e regolamentata, quasi mai essa spetta al giudice della cognizione, bensì viene normalmente espletata in seno al successivo procedimento esecutivo⁸². In Francia, ad esempio, la liquidazione della misura, spetta, di norma, alla competenza del giudice dell'esecuzione a meno che il giudice della cognizione che ha pronunciato la misura non se ne sia riservato il relativo potere.⁸³

La conseguenza che ne deriva, sul piano della circolazione intra-comunitaria, è che ad essere riconosciuto ed eseguito sarà un titolo esecutivo a carattere "composto". L'operatività delle decisioni che applicano una penalità nello spazio giudiziario europeo è, invero, subordinata all'emanazione di un titolo posteriore al

⁷⁸ Invero, sebbene si rivenga comunemente in dottrina la tendenza ad accostare il sistema di misure coercitive proprio dell'ordinamento francese e di quello del Benelux, si concorda altresì sul fatto che la differenza maggiormente marcata concerne proprio la distinzione tra *astreinte* provvisoria e *astreinte* definitiva. I Paesi del Benelux, infatti, ammettono la pronuncia di un'*astreinte* immediatamente esecutiva già unitamente alla sentenza di condanna ed indipendentemente dall'accertamento concreto dell'inadempimento. V., in merito, già la Relazione Schlosser in F. POCAR, *La convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze* cit., p. 517, in particolare al punto 213; M. L. NIBOYET – S. LACASSAGNE, *National Reports - France*, in M. ANDENANS – B. HESS – P. OBERHAMMER, (edited by) *Enforcement agency practice in Europe* cit., p. 161; W. KENNETT, *Enforcement of Judgment in Europe* cit., p. 292; M. B. DE BOER, *Osservazioni sull'astreinte nel diritto processuale civile olandese* cit., p. 790.

⁷⁹ L'art. 34 comma 3 della Legge 91-650 prevede, invero, che un'*astreinte* definitiva possa, di norma, essere irrogata solo dopo che sia stata imposta un'*astreinte* a carattere provvisorio.

⁸⁰ V., ancora, l'art. 34, comma 3, legge 91-650.

⁸¹ V. l'art. 3, comma 1, della legge uniforme sull'*astreinte* in vigore nei Paesi del Benelux ed ivi la precisione che l'ammontare della misura è già determinato al momento della pronuncia.

⁸² Cfr., B. HESS – T. PFEIFFER – P. SCHLOSSER, *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States* cit., p. 615.

⁸³ A riguardo, il primo comma dell'art. 35 della legge n. 91-650 enuncia il principio secondo cui, di norma, la competenza a liquidare l'*astreinte* appartiene al giudice dell'esecuzione.

provvedimento giudiziale che le irroga il quale, sul presupposto del permanere dello stato di inottemperanza, provvede a quantificarne la misura⁸⁴. Di tale provvedimento dunque il creditore vittorioso dovrà munirsi nello Stato del foro prima di procedere alla richiesta di *exequatur* all'estero⁸⁵.

10. Il concetto di “definitività” della misura quale presupposto della sua circolazione

L'assenza di un procedimento espressamente deputato alla liquidazione della misura si rivela particolarmente grave⁸⁶, soprattutto laddove si consideri che il requisito

⁸⁴ V. Cour d'appel de Paris, 7 luglio 1992 (SARL Hugo Boss/ Société BVBA Boss Invest) in *European Review of Private Law*, 1994, p. 399. In dottrina, v. M. DE CRISTOFARO, Esecuzione in *personam*, principio di territorialità e misure coercitive indirette nello spazio giudiziario europeo cit., p. 26.

⁸⁵ In ordine a questo aspetto, la disciplina comunitaria, nel porre in capo al creditore vittorioso, l'onere di attivarsi al fine di ottenere nello Stato del foro un provvedimento giurisdizionale di liquidazione della misura svolge un indubbio effetto armonizzatore tra le diverse discipline nazionali che, a riguardo, risultano fortemente diversificate. V., in particolare, O. REMIEN, *Astreinte, dwangsom und Zwangsgeld in Binnenmarkt* cit., p. 403. A riguardo, giove evidenziare come in seno ai Paesi del Benelux si sia sviluppata la prassi di consentire, pur in assenza di un'apposita previsione di legge nazionale sul punto, l'attivazione di un procedimento di tipo eccezionale volto a consentire la liquidazione della misura al fine di renderla definitiva e consentirne in tal modo la circolazione in ambito comunitario. Prassi che è, per contro, del tutto sconosciuta al diritto interno. E' stata così ammessa la possibilità per il creditore di ottenere una decisione il cui unico oggetto è la fissazione dell'importo dovuto a titolo di misura coercitiva con domanda da presentarsi al giudice di primo grado. V., sulla necessità di una tale richiesta, Cour d'appel de Paris, 7 luglio 1992 (SARL Hugo Boss/ Société BVBA Boss Invest) in *European Review of Private Law*, 1994, 399 ed ivi la precisazione che “*La partie desiruse d'enécuter une décision ne peut se prévaloir de la législation de l'Etat d'origine en matière d'astreinte, meme si - comme en droit belge et néerlandais - cette législation n'impose pas au bénéficiaire d'obtenir un nouveau titre en justice avant de poursuivre le recouvrement de l'astreinte*”. In dottrina, v. M. B. DE BOER, *Osservazioni sull'astreinte nel diritto processuale civile olandese* cit., p. 807 ss. la quale, peraltro, in ordine alla liquidazione, reputa maggiormente “ovvia l'attribuzione di competenza al giudice che ha emesso la condanna di pagamento dell'*astreinte*”. Per contro, proprio con riguardo alle misure coercitive dei Paesi del Benelux, in senso contrario alla necessità di procedere ad una sorta di conferma giudiziale dell'*astreinte* nello Stato del foro posto che la stessa nasce in sé stessa come definitiva v. P. SCHLOSSER (*erläutert von*), *EuGVÜ*, sub Art. 49 cit., p. 212. Offrono conto di tale prassi sviluppatasi in seno alle Corti dei Paesi del Benelux anche B. HESS – T. PFEIFFER – P. SCHLOSSER, *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States* cit., p. 617 nt. 877. Anche parte della dottrina tedesca ritiene che sia ammissibile e debba essere accolta sulla base dell'art. 49 Reg. (CE) la richiesta di un *Festsetzungsbefehl* evidentemente sul presupposto che il creditore debba procedere all'esecuzione all'estero. V. A. STADLER, *Inländisches Zwangsgeld bei grenzüberschreitender Handlungsvollstreckung* cit., p. 431. In ordine al requisito della previa liquidazione della misura, v. anche OLG Köln, 17 marzo 2004, in *IPRspr* 2004, 159: “*Zur Vollstreckbarerklärung einer Zwangsgeldfestsetzung nach Art. 49 EuGVVO muss die Gesamthöhe des Zwangsgelds in der ausländischen Entscheidung ausdrücklich bestimmt sein*”.

⁸⁶ Peraltro, il creditore vittorioso non potrebbe fondatamente far valere, innanzi al giudice dell'*exequatur*, l'assenza di una tale procedura di liquidazione nello stato di pronuncia della misura

della "definitività", quale sancito dalla disciplina regolamentare, deve essere inteso nel senso di liquidazione giudiziale della misura⁸⁷.

Non deve, inoltre, confondersi la "definitività" con il requisito del passaggio in giudicato sull'esistenza del diritto di credito al pagamento della somma di denaro imposta come misura coercitiva⁸⁸.

Da questo angolo di visuale, la riserva della definitività si rivela, oltre che necessaria ai fini dell'ottenimento dell'*exequatur*, una scelta quanto mai opportuna. Invero, nel fissare un attributo comune ai provvedimenti che irrogano una misura coercitiva, al fine di consentirne la circolazione, tale requisito svolge indubbiamente un positivo effetto armonizzatore tra le singole discipline nazionali.

Inoltre, il presupposto in esame contribuisce, in una certa misura, a prevenire il rischio che si proceda ad esecuzioni ingiustificate allorchè l'ammontare della misura sia stato determinato, sin dall'origine, in via di per sé definitiva, come avviene nei

coercitiva e di formazione del titolo esecutivo. Così, O. REMIEN, *Astreinte, dwangsom und Zwangsgeld in Binnenmarkt* cit., p. 404.

⁸⁷ In tal senso, v. H. GAUDEMET-TALLON, *Competence et execution des jugements en Europe* cit., p. 382; M. DE CRISTOFARO, *Esecuzione in personam*, principio di territorialità e misure coercitive indirette nello spazio giudiziario europeo cit. p. 27 il quale efficacemente sottolinea altresì la volontà, sottesa all'art. 49 del Reg. (CE) n. 44/2001, di riservare al giudice dello Stato di origine la decisione sull'ammontare della misura coercitiva; P. SCHLOSSER (*erläutert von*), *EuGVÜ, sub Art. 49* cit., p. 212; O. REMIEN, *Astreinte, dwangsom und Zwangsgeld in Binnenmarkt* cit., p. 403; P. OBERHAMMER, in F. STEIN – M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung, sub Art. 49* cit., p. 722; U. MAGNUS – P. MANKOWSKI, *European Commentaries on Private International Law – Brussels I Regulation*, sub Art. 49 cit., p. 682.

V., per contro, pur con riguardo al peculiare contesto normativo di cui al Reg. 40/94, le Conclusioni dell'Avvocato generale Pedro Cruz Villalón presentate il 7 ottobre 2010 nella Causa C-235/09 *DHL Express (France) SAS c. Chronopost SA*, p. 64-65 secondo cui, il fatto che un Tribunale dei marchi comunitari stabilisca una penale non implica, necessariamente, che anche l'eventuale liquidazione debba essere decisa da esso medesimo potendo ben spettare la liquidazione della misura alla giurisdizione dello Stato del luogo in cui il *dictum* giudiziale sia stato effettivamente violato.

⁸⁸ In tal senso, H. GAUDEMET-TALLON, *Competence et execution des jugements en Europe* cit., p. 382 la quale chiarisce che l'espressione "definitivamente fissata" che si legge nella norma comunitaria non significa che la decisione sulla liquidazione "*soit nécessairement à l'abri de toute voie de recours*".

Si deve, peraltro, dare conto della circostanza che la giurisprudenza tedesca interpreta il requisito in esame quale necessità che la decisione che fissa l'ammontare della misura coercitiva abbia conseguito nello Stato del foro l'autorità di cosa giudicata, al pari di quanto si richiede per l'esecuzione delle decisioni che irrogano una *Zwangsgeld* e una *Ordnungsgeld* sul piano interno. V. a riguardo, OLG Sachsen-Anhalt, 3 agosto 2007 inedita secondo cui "*Artikel 49 EuGVO ist dahin zu verstehen, dass Zwischenentscheidungen über die Anordnung eines einer Vertragsstrafe ähnlichen Zwangsgeldes in einem Mitgliedstaat nur dann im Vollstreckungsmitgliedstaat vollstreckt werden dürfen, wenn das Zwangsgeldverfahren rechtskräftig abgeschlossen ist*"; nello stesso senso, più di recente, OLG Naumburg, 8 marzo 2007, 6 W 74/07 inedita di cui si da conto nel *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States* presentato da B. HESS – T. PFEIFFER – P. SCHLOSSER cit., p. 619 nt. 822 ove giustamente il rilievo che una siffatta interpretazione non si giustifica dal momento che nell'impianto regolamentare le decisioni sono ammesse a circolare anche prima ed indipendentemente dall'avvenuto conseguimento dell'autorità di cosa giudicata.

Paesi del Benelux, posto che è verosimile ritenere che il debitore sarà chiamato a risponderne in maniera ridotta laddove venga verificata, in sede di liquidazione, la consistenza effettiva dell'inadempimento che costituirà pur sempre oggetto di accertamento, ancorchè magari solo *incidenter tantum*. Da tale ultimo angolo di visuale, dunque, la richiesta definitività della misura equivale a richiedere, altresì, che, nello Stato membro di origine, venga espletato un preventivo accertamento circa la attualità dello stato di inadempimento della decisione principale e la dipendenza di quest'ultimo dalla volontà del debitore⁸⁹.

11. I problemi derivanti dalla mancata previsione, a livello interno di alcuni Stati membri, di un procedimento liquidatorio della misura avente natura giudiziale

I problemi più gravi che in quest'ambito si pongono dipendono dal fatto che il regime esecutivo delle “decisioni che applicano una penalità” risulta, in seno ai diversi ordinamenti giuridici, tra loro fortemente diversificato. Particolarmente deficitaria, si mostra, a riguardo, la situazione dell'ordinamento processuale italiano⁹⁰ in seno al quale la totale assenza di disciplina volta a stabilire le modalità di

⁸⁹ Peraltro, la circostanza che la misura coercitiva sia resa definitiva nel senso precisato nel testo non equivale a significare che il pagamento della somma dovuta in base a tale titolo debba essere per forza di cose effettivamente corrisposto. Si pensi, per esempio, all'eventualità che, in pendenza della procedura di recupero forzoso della somma dovuta a titolo di misura coercitiva, il debitore adempia all'obbligo consacrato nei suoi confronti dalla decisione principale. Da questo punto di vista la condanna alla misura coercitiva si attegga, quasi sempre, quale condanna risolutivamente condizionata al mancato adempimento, da parte del debitore, dell'obbligo principale il cui intervento conduce, di norma, a caducare il diritto del creditore a coltivare la procedura di recupero forzoso della misura coercitiva.

A discapito del diffuso riconoscimento della sua natura pubblicistica ed eminentemente sanzionatoria è questo il caso, ad esempio, dell'ordinamento austro-tedesco. Invero, quanto meno con riguardo all'ipotesi di condanna al pagamento di una *Zwangsgeld* di cui al § 888 ZPO, il sopravvenuto adempimento del debitore dell'obbligo principale è tale da condurre sempre, sul piano interno, alla estinzione del processo esecutivo. Ed, invero, spetta al giudice, in questi casi, il dovere di dichiarare cassata la materia del contendere. In una simile eventualità, dunque, il sopravvenuto adempimento potrà essere sempre fatto vale in via di opposizione all'esecuzione nello Stato membro ove penda l'esecuzione forzata della misura. Con la particolarità che, nel caso dell'esecuzione di una misura coercitiva, l'eventuale opposizione all'esecuzione potrebbe avere successo ed essere accolta non solo quando il debitore provi di aver effettivamente pagato la somma comminata a titolo di misura coercitiva ma anche, per l'appunto, ove quest'ultimo dimostri di aver compiutamente adempiuto alla prestazione richiesta dalla condanna principale.

⁹⁰ L'unica eccezione, in tal senso, sarebbe rinvenibile, secondo alcuni autori, con riguardo a quella misura coercitiva speciale contemplata dall'ultimo comma dell'art. 66 della legge marchi e dall'art. 86 della legge sui brevetti per invenzioni industriali per le quali si prevede che sulle misure in

liquidazione della misura coercitiva generale di cui all'art. 614-*bis* c.p.c. è stata oggetto di ampia denuncia da parte della dottrina già all'indomani dell'entrata in vigore della disposizione⁹¹. Invero, la disciplina contenuta nel nostro codice di rito non si premura di individuare un organo giudicante competente a valutare l'esistenza dei presupposti di effettiva operatività dell'*astreinte* e, quindi, in caso di vaglio positivo, a procedere alla liquidazione delle somme dovute dall'obbligato inadempiente sulla base della quantificazione operata dal giudice del merito⁹².

Si tratta di una lacuna oltremodo grave ove rapportata alle conseguenze che essa può comportare in termini di circolazione delle misure pronunciate ai sensi dell'art. 614-*bis* c.p.c. in ambito europeo e, in definitiva, della loro effettività al di fuori dei confini nazionali. Nel silenzio della disciplina positiva di riferimento due sono gli orientamenti dottrinali che sul punto si sono rapidamente formati.

Secondo una buona parte degli studiosi la liquidazione della misura dovrebbe avvenire ad opera unilaterale del creditore istante nel momento in cui questi procede a precettare la parte debitrice. Alla parte riconosciuta vincitrice all'esito del giudizio sarebbe dunque rimessa la valutazione circa la sussistenza della violazione del comando giudiziale cui seguirebbe l'auto-liquidazione dell'ammontare della misura a sé dovuta a titolo di *astreinte*. Tale interpretazione, benché abbia trovato adesione in una parte considerevole della dottrina, non è peraltro accoglibile laddove si passi dall'osservazione del fenomeno dal piano interno a quello *infra*-europeo in seno al quale, come si è visto, si richiede che la liquidazione avvenga per via giudiziale.

Maggiormente aderente alle necessità che l'istituto in esame è destinato a ricoprire in ambito sovranazionale si rivela essere, dunque, quella tesi autorevolmente sostenuta

esame "decide, con ordinanza non soggetta a gravame, sentite le parti, il presidente del collegio o il pretore che ha emesso la sentenza recante le misure anzidette". In tale disposizione taluno rinviene la disciplina di un giudizio di liquidazione delle misure coercitive pecuniarie contemplate in questa materia. Così, M. SPOLIDORO, *Le misure di prevenzione nel diritto industriale*, Milano, 1982, p. 151; A. PROTO PISANI, *La tutela di condanna*, in Id., *Le tutele giurisdizionali dei diritti cit.*, p. 161. *Contra* S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti cit.*, p. 212 ss.; E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea cit.*, p. 765.

⁹¹ Anche se non mancano, da noi, posizioni favorevoli alla mancata previsione di un giudizio intermedio volto ad accertare la violazione al provvedimento di condanna e alla liquidazione della misura v., in tal senso, M. BOVE – A. SANTI, *Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e riforme in atto cit.*, p. 74; L. BARRECA, *L'attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare (art. 614-*bis* c.p.c.) cit.*

⁹² Critici in tal senso, C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Tomo III, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze cit.*, p. 104; G. F. RICCI, *Ancora novità (non tutte importanti, non tutte pregevoli) sul processo civile cit.*, p. 1363.

che, per prima, ha ammesso, in via di interpretazione, la possibilità che il creditore si rivolga previamente ad un organo giudiziario, da individuarsi nel Tribunale che ha emesso la misura, al fine di ottenerne in via giudiziale la liquidazione. Con la precisazione che il provvedimento costituente titolo esecutivo sul piano della circolazione *intra-comunitaria* avrà, pertanto, necessariamente una natura complessa. Precisamente, esso sarà composto dal provvedimento di condanna con cui è stata irrogata l'*astreinte* ex art. 614-*bis* c.p.c. e dal successivo provvedimento di specificazione di quest'ultimo che, a buon conto, dovrebbe prendere le forme di un'ordinanza di liquidazione⁹³. Specie laddove giustificata con la necessità di procedere alla richiesta di *exequatur* all'estero è questa una istanza che, pur in assenza di una apposita previsione normativa sul punto, non pare potrebbe essere legittimamente non assecondata dall'organo giudiziario adito⁹⁴.

12. Esclusività o concorrenzialità della competenza del giudice dello Stato d'origine in ordine alla liquidazione del *quantum*

Ciò chiarito ci si deve, da ultimo, chiedere se il requisito della “definitività” richiesto dall'art. 49 del Regolamento, ai fini della circolazione delle decisioni che applicano una pena, implichi una riserva di competenza esclusiva, in ordine alla liquidazione della misura, in capo ai giudici dello Stato d'origine che hanno

⁹³ C. CONSOLO – F. GODIO, *sub Art. 614-bis c.p.c.*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile commentato – La riforma del 2009* cit., p. 304 e 306 ss. Non pare, invece, praticabile nel nostro ordinamento la scelta di rimettere la liquidazione della misura al giudice che sarebbe competente per l'esecuzione sull'esempio di quanto avviene nell'ordinamento processuale francese. In tal senso v., anche, E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea* cit., p. 767 *contra*, seppur con specifico riguardo all'*astreinte* pronunciata in materia di tutela dei consumatori, dall'art. 3, comma 5 *bis* della l. n. 281 del 1998, F. TOMMASEO, *Commento all'art. 1469 sexies c.c.*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, a cura di G. ALPA e S. PATTI, in *Il Codice Civile. Commentario* cit., p. 1202.

⁹⁴ Come si è visto è questa d'altra parte una prassi che si è formata anche in altri Stati membri dell'Unione ai quali è sconosciuto un procedimento liquidatorio della misura coercitiva. Primo tra tutti, l'ordinamento dei Paesi del Benelux. Peraltro, l'assenza di una previsione normativa che consenta al creditore di rivolgersi nuovamente all'autorità giudiziaria al fine di ottenere, da parte di quest'ultima, la relativa liquidazione può rappresentare un ostacolo non facilmente superabile in ordine alla stessa possibilità di ammettere la misura di cui all'art. 614-*bis* c.p.c. a circolare in ambito europeo. Una delle inevitabili conseguenze della disciplina positiva attualmente dettata dal nostro codice di rito potrà essere, pertanto, la necessità di dover attendere la conclusione dell'eventuale giudizio di opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c. che, come noto, costituisce, lo strumento esclusivo con cui il debitore può contestare l'auto-liquidazione operata dal creditore prima che quest'ultimo possa chiedere l'*exequatur* della misura coercitiva in un diverso Stato membro.

pronunciato la decisione principale; ovvero se, per contro, si possa ammettere, in via interpretativa, che la misura venga liquidata, per via di *exequatur*, anche dai giudici dello Stato *ad quem*.

A riguardo, pare essere indubbio che il dettato letterale della norma, così come attualmente formulato, debba essere inteso quale riserva di competenza esclusiva in capo ai giudici dello Stato di origine⁹⁵. La questione, tuttavia, ha fondati motivi per porsi dal momento che, come si è visto, non tutte le legislazioni processuali degli Stati membri contemplano e disciplinano una fase di liquidazione della misura.

Le lacune che, da questo punto di vista, sono riscontrabili in seno ai singoli ordinamenti nazionali, non appaiono idonee a superare il presupposto di specialità compendiato dalla norma in esame ma impongono, per contro, agli stessi di attrezzarsi al fine di consentire la circolazione di siffatti provvedimenti. Sarà, pertanto, da un lato, onere del creditore attivarsi, nello Stato di origine, al fine di conseguire il titolo esecutivo suscettibile di circolare nello spazio giudiziario europeo e, dall'altro, dovere degli Stati membri di soddisfare le richieste di liquidazione motivate dalla necessità di procedere ad esecuzione del provvedimento al di fuori dei confini nazionali.

La regola trova, peraltro, a mio avviso, un preciso fondamento nel principio di carattere generale secondo cui il perimetro entro cui il giudice richiesto dell'*exequatur* deve esercitare la propria giurisdizione attiene unicamente al c.d. "merito processuale"⁹⁶. Il quale concerne esclusivamente l'accertamento delle condizioni richieste dalla disciplina regolamentare al fine della produzione, da parte della decisione, della propria efficacia in un altro Stato membro. In tal senso il presupposto speciale espressamente sancito dall'art. 49 per la circolazione delle decisioni che applicano una penalità può essere letto quale espressione della regola, affermata più volte in sede giurisprudenziale, secondo cui in sede di *exequatur* il giudice non può intervenire sul contenuto sostanziale della condanna e pertanto

⁹⁵ In tal senso v. Cour d'appel de Paris, 1re chambre (SARL Hugo Boss/Société BVBA Boss Invest) che ha negato l'*exequatur* ad una decisione irrogativa di una misura coercitiva pronunciata in Belgio, in ragione del fatto che la stessa non era stata resa liquida. Sul punto v. W. KENNETT, *Enforcement of Judgment in Europe* cit., p. 301 la quale, a riguardo, rileva "Probably it is not appropriate to allow liquidation of an astreinte by a court outside the legal system that granted it, in the absence of some measure of harmonisation of periodic penalties", auspicando, peraltro, in relazione a tale aspetto l'introduzione di una "European periodic penalty".

⁹⁶ In tal senso, quasi testualmente, v. F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle sentenze straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001* cit., p. 257.

“l’entità del credito azionabile è quello contenuto nella sentenza straniera” nella quale devono altresì rinvenirsi le indicazioni necessarie per quanto attiene “la misura e la decorrenza degli accessori”⁹⁷.

In altri e più precisi termini, ammettere che la determinazione dell’ammontare della misura coercitiva possa avvenire anche da parte dei giudici dello Stato *ad quem* nel momento in cui questi siano richiesti di conferire alla stessa l’*exequatur* equivarrebbe, nella materia in esame, a consentire una sostanziale modifica della portata originaria della sentenza straniera, il che si scontra inevitabilmente con il generale divieto di riesame del merito. Invero, è quello delle misure coercitive un ambito in cui, forse più di ogni altro, i profili attinenti all’*an* e al *quantum* della condanna, in ragione della competenza di merito del giudice di origine, risultano fortemente compenetrati e difficilmente distinguibili. Ragione per cui, tra l’altro, ritengo che il requisito della definitività della misura debba essere letto nel senso di postulare la necessità, da parte dell’ordinamento di origine, della previa determinazione dell’ammontare della misura anche nei casi in cui quest’ultima, pur già determinata nel suo contenuto, possa essere soddisfatta sulla base di un semplice calcolo aritmetico⁹⁸. Ciò in quanto, la quantificazione dell’importo dovuto postula pur sempre, in questi casi, che sia anche accertato il numero delle infrazioni o, per lo meno, l’attualità dell’inadempimento al comando giudiziale. Valutazioni, queste ultime, che laddove lasciate all’apprezzamento del giudice *ad quem* anziché limitarsi ad una mera specificazione e, se del caso, modificazione del *quantum* dovuto,

⁹⁷ Cfr., Tribunale Bologna, 13 febbraio 1996, in *Giur. merito*, 1997, p. 304 con nota di R. TORINO, *Esecuzione in Italia di una sentenza francese di condanna al pagamento di una somma di denaro in valuta straniera*. Peraltro, è ben noto quel filone giurisprudenziale di origine austriaca e tedesca, formatosi in ordine alla richiesta di *exequatur* di decisioni concernenti il versamento di crediti di natura alimentare, il quale, all’opposto, ammette che la determinazione dell’ammontare della prestazione dovuta costituirebbe un potere-dovere del giudice dello Stato *ad quem* per lo meno nei casi in cui tale opera concretizzatrice del titolo esecutivo straniero non implichi valutazioni di merito. In argomento, v. OGH 28 gennaio 2004, 3 Ob 104/03w con nota di S. DALLA BONTÀ, *Il principio di determinatezza del titolo esecutivo e la dichiarazione di esecutività di titoli stranieri*, in C. CONSOLO – M. DE CRISTOFARO (a cura di), *Il diritto processuale civile internazionale visto da Int’l Lis dal 2002 ad oggi cit.*, p. 1328 ss. alle cui limpide considerazioni in ordine alla dichiarazione di esecutività, in seno all’ordinamento giuridico austriaco, dei c.d. titoli stranieri alimentari aperti, ovvero, più precisamente, dei titoli esecutivi in cui il *quantum* della prestazione dovuta sia determinato *per relationem*, si rinvia. Cfr., inoltre, sull’argomento, F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle sentenze straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001 cit.*, p. 258 anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

⁹⁸ Così, U. MAGNUS – P. MANKOWSKI, *European Commentaries on Private International Law – Brussels I Regulation*, sub Art. 49 cit., p. 682. V., però in senso contrario, A. CHIZZINI, *sub Art. 614-bis c.p.c. cit.*, p. 183.

potrebbero comportare una inammissibile alterazione della cosa giudicata straniera quanto all'*an* stesso della condanna, incorrendo, così, nel divieto del riesame nel merito.

SEZIONE II
IL GIUDIZIO DI EXEQUATUR E LE
EVENTUALI PARENTESI OPPOSITIVE

13. La regola della circolazione automatica delle decisioni assistite da misure di coercizione indiretta in ambito comunitario

Una volta chiariti i presupposti che devono sussistere affinché una decisione di condanna al pagamento di una somma di denaro dovuta a titolo di penalità possa circolare nello spazio giudiziario europeo, occorre ora concentrare l'attenzione sul giudizio di *exequatur* di consimili provvedimenti⁹⁹.

A riguardo, è bene ricordare che sarà questo il giudizio che la parte vincitrice del processo avrà l'onore di instaurare, laddove, a fronte di pronunce di condanna connotate dall'infungibilità della prestazione sostanziale richiesta dal debitore, essa parte mantenga interesse all'esecuzione specifica del fare o del non fare comandati dal giudice *a quo*. In queste ipotesi, invero, tanto il meccanismo dell'automaticità del riconoscimento della decisione principale, tanto il possibile conferimento, a quest'ultima, dell'*exequatur* non sarebbero, in ogni caso, tali da assicurare al creditore le utilità concrete da egli ricercate stante la non eseguibilità forzata diretta del comando giudiziale.

Ciò posto, per ragioni di completezza dell'esposizione, il problema della circolazione, in ambito comunitario, delle decisioni che applicano una penalità

⁹⁹ In generale sul meccanismo di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni accolto dal Regolamento (CE) n. 44/2001, v. S. LA CHINA, *Il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze nel regolamento comunitario n. 44/2001* cit., p. 386; G. A. L. DROZ – H. GAUDEMET-TALLON, *La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* cit., p. 601; E. MERLIN, *Riconoscimento ed esecutività della decisione straniera nel Regolamento "Bruxelles I"* cit., p. 433 ss.; F. P. MANSI, *Il giudice italiano e le controversie europee* cit., p. 322; A. CARRATTA, *La sentenza civile straniera tra "riconoscimento" ed "estensione dell'efficacia"* cit., p. 1147 ss.; S. M. CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale – Da Bruxelles I al regolamento CE n. 805/2004* cit.; F. MOSCONI, *Un confronto tra la disciplina del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni straniere nei recenti regolamenti comunitari* cit., p. 554 ss.; F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle sentenze straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001* cit., p. 258.

richiede, a mio avviso, di muovere da una distinzione. Distinzione che risponde, ancora una volta, alla necessità di tenere in considerazione, nell'accingersi ad affrontare il problema circolatorio *stricto sensu* inteso delle decisioni in esame, della circostanza che queste ultime costituiscono un accessorio ad una decisione di carattere principale, a presidio della cui vincolatività in definitiva sono poste. Precisamente, appare necessario considerare due ipotesi distinte.

Alla prima, coincidente con l'eventualità in cui la decisione principale da riconoscere sia assistita da una penalità dotata dei requisiti previsti dall'art. 49 del Reg. (CE) n. 44/2001 sarà dedicata la presente Sezione del Capitolo terzo.

Alla seconda, relativa all'ipotesi in cui la decisione principale da riconoscere, rispettivamente, non sia stata munita nello Stato di origine di una penalità, ovvero quest'ultima, benché irrogata, risulti priva dei requisiti di cui all'art. 49 del Reg. (CE) n. 44/2001 sarà dedicata la Sezione che segue. In particolare, tale ultimo profilo indurrà a riflettere sul problema, solo apparentemente di agevole soluzione, del se ed, eventualmente, in quali limiti lo Stato membro *ad quem*, che abbia riconosciuto la decisione principale, possa pronunciare una nuova penalità volta ad assistere l'effettiva circolazione di quest'ultima.

14. La generale ammissibilità dell'exequatur per le misure di esecuzione processuale indiretta nel contesto comunitario: natura, oggetto e caratteri processuali del procedimento nella fase ex parte

Lo studio degli snodi procedurali caratterizzanti il giudizio di *exequatur* delle decisioni che applicano una penalità richiede di premettere all'esame, alcune, pur brevi, osservazioni di carattere generale volte a tenere conto dei connotati di peculiarità che, come ormai si è a più riprese messo in luce, contraddistinguono siffatte decisioni. Sebbene, in linea di principio, tale procedimento sia destinato ad atteggiarsi in maniera sostanzialmente coincidente ad un normale giudizio di *exequatur* avente ad oggetto una decisione di condanna al pagamento di una somma di denaro, non trascurabili sono le specificità che in quest'ambito si possono presentare, in dipendenza delle caratteristiche peculiari di siffatte pronunce.

Innanzitutto, lo studio del procedimento deve tenere conto, come già si è accennato nel paragrafo che precede, del carattere accessorio delle decisioni che applicano una penalità.

Il carattere accessorio della penalità, implica, in primo luogo, che, quanto meno da un punto di vista formale, la relativa decisione possa circolare solo in via congiunta alla decisione avente carattere principale. Il che equivale a dire, innanzitutto, che l'istanza volta all'ottenimento dell'*exequatur* debba essere accompagnata dai documenti di cui agli artt. 40, 53, 54 sia per quanto attiene la decisione di condanna alla penalità sia per quanto attiene la decisione principale¹⁰⁰. Invero, il carattere accessorio della penalità richiede che la decisione principale cui essa si accompagna sia essa stessa suscettibile di riconoscimento ed esecuzione ai sensi della disciplina regolamentare, in particolare per quanto concerne la sua attinenza all'ambito della "materia civile e commerciale"¹⁰¹. Da tale attinenza dipende, invero, secondo l'indirizzo interpretativo avallato dalla Corte di Giustizia, la stessa ricomprensione della misura coercitiva, di cui sia chiesta l'esecuzione in uno Stato membro, entro il perimetro applicativo della disciplina regolamentare.

In secondo luogo, dal carattere di accessorietà derivano precise implicazioni in ordine allo stesso mantenimento in vita della penalità o, quantomeno, della sua efficacia esecutiva. Tanto l'uno, quanto l'altro degli aspetti menzionati devono essere, invero, fatti dipendere dall'attualità dell'esistenza della condanna principale. Ne consegue che il venire meno di quest'ultima per annullamento o riforma nello Stato di origine espanderà i propri effetti sulla stessa possibilità di portare ad esecuzione forzata, in un diverso Stato membro, la condanna alla penalità. Ed è questa un'eventualità che, nel contesto della circolazione delle decisioni nell'ambito dello spazio giudiziario europeo, deve oltremodo essere tenuta in considerazione

¹⁰⁰ Così, Cour d'appel de Paris, 7 juillet 1992 (SARL Hugo Boss/ Société BVBA Boss Invest) in *European Review of Private Law*, 1994, p. 399. La parte istante avrà dunque l'onere di produrre "una copia autentica della decisione che presenti tutte le condizioni di autenticità" (Art. 53, n. 1, Reg.) avvalendosi, ove lo desidera, dell'attestato compilato utilizzando il formulario di cui all'allegato V del Regolamento, nonché la certificazione che si tratta di una decisione esecutiva (Art. 54 del Reg.).

¹⁰¹ In tal senso v., F. GERHARD, *L'exécution forcée transfrontière des injonctions extraterritoriales non pécuniaires en droit privé* cit., p. 531; O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld* cit., p. 318 ss.; B. TREIBMANN, *Die Vollstreckung von Handlungen und Unterlassungen im europäischen Zivilrechtsverkehr* cit., p. 151-152; P. KAYE, *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments* cit., p. 1358.

posto che, di norma, l'esplicazione degli effetti del *decisum* straniero non postula che questi ultimi siano altresì divenuti definitivi nello Stato membro di origine.

Ciò precisato in linea generale, occorre, a questo punto, prendere le mosse con il delineare l'oggetto e le caratteristiche processuali del giudizio di *exequatur* previsto dagli artt. 38 e ss. del Regolamento applicabili, secondo la disciplina attualmente vigente, nel caso di pronunce condannatorie in materia civile e commerciale provenienti da uno Stato membro.

Nelle pagine che seguono si prenderanno in considerazione, in particolare, i principali aspetti che, sul piano processuale, connotano il giudizio volto a dotare di esecutività una decisione che applica una penalità. Per tale ragione, si farà riferimento, specie per quanto attiene la natura del giudizio e le forme che esso deve seguire, alla eventualità che la decisione straniera, portante l'applicazione di una misura coercitiva, debba essere riconosciuta ed eseguita in seno al nostro ordinamento. E, come si vedrà, si tratta di un'operazione dai contorni non sempre facilmente precisabili posto che con riferimento a tali disposizioni sussistono non pochi dubbi interpretativi.

Ciò premesso, è noto che le decisioni emesse in uno Stato membro sono riconosciute negli altri Stati membri senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento. Ciò vale, essenzialmente, per gli effetti di accertamento e costitutivi¹⁰². Non vale, per contro, per gli effetti esecutivi discendenti dalla pronuncia di condanna per conseguire i quali è necessario, stando alla disciplina attualmente vigente, che la decisione venga munita nello Stato *ad quem* del c.d. *exequatur*.

La disciplina del procedimento, assai sintetica, è contenuta nel Capo III del Regolamento (CE) n. 44/2001 intitolato "Riconoscimento ed esecuzione". Occorre, a riguardo, innanzitutto, considerare che il Regolamento, in ossequio al principio di autonomia procedurale dei singoli Stati membri, non disciplina nel dettaglio il procedimento in esame. In particolare, per quanto in questa sede maggiormente interessa, l'art. 38 del Reg. (CE) n. 44/2001, norma cardine del sistema, si limita semplicemente a stabilire che "le decisioni emesse in uno Stato membro e ivi

¹⁰² Ed, invero, la decisione straniera infra-europea può essere spesa come eccezione di giudicato negativa e positiva in qualsiasi giudizio in corso. Cfr., M. DE CRISTOFARO, Commento *sub* artt. 796-805 c.p.c., in C. CONSOLO – F. P. LUISO (diretto da), *Codice di procedura civile commentato* cit., p. 1434-1436.

esecutive sono eseguite in un altro Stato membro dopo essere state ivi dichiarate esecutive su istanza della parte interessata". E' noto, inoltre, che, avverso la decisione relativa all'istanza intesa a ottenere la dichiarazione di esecutività, a ciascuna delle parti è offerta la possibilità di proporre "ricorso", a norma dell'art. 43 del Regolamento.

Il procedimento di *exequatur* è foriero di dubbi interpretativi, a cominciare dalla natura del relativo giudizio nella fase c.d. *ex parte*. A questo proposito la dottrina italiana si mostra infatti divisa. Senza pretesa di fornire un quadro esaustivo della materia, la quale meriterebbe ben altro livello di approfondimento, giova evidenziare come la diversità di vedute che, a tal riguardo, si registra può essere riassunta mediante la presa d'atto che, a riguardo, sussistono tre diverse correnti di pensiero¹⁰³. Un primo orientamento, il quale si colloca in linea di sostanziale continuità rispetto a quanto sostenuto in merito all'omologo procedimento contemplato nella vigenza della Convenzione di Bruxelles, ritiene che il procedimento di *exequatur* previsto dal Regolamento (CE) n. 44/2001 configuri un procedimento strutturato in due fasi. Delle quali, la prima, a carattere necessario, è destinata a svolgersi in forma *inaudita altera parte* e si conclude con la dichiarazione di esecutività della decisione; ovvero con il rigetto della stessa. La seconda, a carattere meramente eventuale, è instaurata dal ricorso della parte interessata avverso il provvedimento conclusivo della prima fase, mediante il quale si promuove un normale giudizio a cognizione piena, sulla falsariga della scansione caratteristica del procedimento per ingiunzione¹⁰⁴.

Su di una posizione per così dire mediana si pone l'opinione secondo cui il procedimento di *exequatur* previsto dal Reg. (CE) 44/2001 disciplinerebbe un giudizio su tre gradi¹⁰⁵. In particolare, esso consterebbe di una prima fase a contraddittorio non integro conducente all'emanazione di un provvedimento, a seconda dei casi, di accoglimento o di rigetto dell'istanza, suscettibile di formare

¹⁰³ Tali orientamenti, cui nel proseguo del presente paragrafo si farà riferimento, sono nitidamente esposti da E. D'ALESSANDRO, *Exequatur secondo la Convenzione di Bruxelles ed applicazione delle forme dell'art. 67 L. 218/1995* cit., p. 21 ss alla cui indagine ci si riporta.

¹⁰⁴ In tal senso, E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere* cit., p. 366 ss.; M. DE CRISTOFARO, in C. CONSOLO – F. P. LUISO, *Codice di procedura civile commentato*, III ed., Milano, 2007, p. 5558.

¹⁰⁵ E' questa l'opinione accolta soprattutto dalla dottrina tedesca, cfr., per tutti, J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht* cit., p. 465 ss. Da noi, v. F. P. MANSI, *Il giudice italiano e le controversie europee* cit., p. 357; S. LA CHINA, *Il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze nel regolamento comunitario n. 44/2001* cit., p. 425.

oggetto di gravame. La seconda fase, introdotta dal ricorso della parte interessata, andrebbe pertanto costruita come un normale giudizio di cognizione, a contraddittorio integro ripristinato, avente ad oggetto, oltre alla verifica dell'effettiva sussistenza della esecutività della pronuncia nello Stato di origine, anche l'accertamento dell'avvenuto riconoscimento della sentenza straniera. Il terzo ed ultimo grado di giudizio sarebbe costituito dalla possibilità di esperire, avverso il provvedimento conclusivo della seconda fase, ricorso per cassazione.

Il terzo orientamento si distanzia notevolmente dalle opinioni sino a qui ripercorse. In particolare, questa dottrina prende le mosse dalla valorizzazione della circostanza per cui, nel passaggio dal testo convenzionale a quello regolamentare, attualmente vigente, sono stati oltremodo alleggeriti gli adempimenti formali per la richiesta di *exequatur* ed è stato espressamente inibito al giudice di rilevare d'ufficio i motivi ostativi del riconoscimento¹⁰⁶. Invero, ai sensi dell'art. 41 del Regolamento, “la decisione è dichiarata esecutiva immediatamente dopo l'esperimento delle formalità di cui all'articolo 53, senza alcun esame ai sensi degli articoli 34 e 35”¹⁰⁷. Le modifiche cui, nel passaggio dal testo convenzionale a quello regolamentare, il giudizio di *exequatur* è andato incontro, starebbero alla base della dimostrazione che ad essere mutata è, in verità, la stessa struttura del giudizio¹⁰⁸. Dunque, attualmente, secondo questa corrente di pensiero, che nella presente sede si sposa, la procedura consterebbe di una fase unica di carattere amministrativo, priva di contraddittorio, ferma restando la possibilità, per colui che si vede notificato il provvedimento di *exequatur*, di instaurare un processo giurisdizionale di accertamento negativo della riconoscibilità della sentenza straniera¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Ed, invero, lo stesso Considerando n. 17 del Regolamento riporta che la prima fase della procedura è stata ridotta “ad un controllo meramente formale dei documenti prodotti”. Cfr., F. P. MANSI, *Il giudice italiano e le controversie europee* cit., p. 352; F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle sentenze straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001* cit., p. 260.

¹⁰⁷ Al giudice sarebbe dunque demandato il compito di un esame puramente formale della regolarità della documentazione prodotta. Esame limitato alla verifica degli scarni requisiti posti dall'art. 53 del Regolamento (vale a dire, la produzione di una copia autentica del titolo e dell'attestato di esecutività).

¹⁰⁸ Lo confermerebbe, tra gli altri, un elemento di carattere letterale, ossia la circostanza che l'art. 43, comma 1, del Regolamento prevede che avverso la decisione relativa all'istanza di concessione dell'esecutività ciascuna parte possa proporre “ricorso”, mentre l'art. 36 della Convenzione di Bruxelles contemplava, a tale riguardo, la possibilità di proporre opposizione.

¹⁰⁹ Così, E. MERLIN, *Riconoscimento ed esecutività della decisione straniera nel Reg. Bruxelles I* cit., p. 450 ss.; F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle sentenze straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001* cit., p. 260.

Le divergenze esistenti tra le diverse opzioni interpretative così riassunte ed, in particolare, tra le prime due e quella da ultimo menzionata comportano precise ripercussioni in ordine, innanzitutto, all'oggetto del giudizio di *exequatur* e del relativo provvedimento conclusivo. Invero, se si accede all'interpretazione da ultimo richiamata sarà giocoforza necessario farne derivare, per coerenza alla riconosciuta natura amministrativa del giudizio, che il procedimento di *exequatur* ed il relativo provvedimento conclusivo non abbiano ad oggetto l'accertamento, con efficacia di giudicato, dell'avvenuto riconoscimento della decisione¹¹⁰, bensì, piuttosto, l'accertamento di meri fatti giuridici: vale a dire, la sussistenza della condizioni richieste dalla disciplina regolamentare per l'apposizione della dichiarazione di esecutività. Laddove, per contro, a conclusioni diverse si perviene ove ci si ponga nell'ottica delle prime due opinioni poc'anzi ricordate. In base a queste ultime, invero, la prima fase della procedura, oltre a culminare con la dichiarazione di esecutività, avrebbe altresì ad oggetto l'accertamento con efficacia di giudicato dell'avvenuto riconoscimento della decisione nello Stato membro richiesto¹¹¹.

14.1. (segue). In particolare: la fase introduttiva e la competenza territoriale

La disciplina di riferimento del giudizio di *exequatur* è contenuta nella sezione II, capo III del Regolamento. Conformemente al principio della richiesta di esecuzione su istanza di parte, l'art. 38 prevede innanzitutto che "le decisioni emesse in uno Stato membro e ivi esecutive sono eseguite in un altro Stato membro dopo essere state ivi dichiarate esecutive su istanza della parte interessata". L'articolo che segue precisa, inoltre, che l'istanza volta ad ottenere dalla parte interessata la dichiarazione di esecutività della decisione "deve essere proposta al giudice o all'autorità competente di cui all'allegato II". La competenza per territorio va individuata ad opera dell'istante essenzialmente in base a due criteri: quello del "domicilio della

¹¹⁰ E. MERLIN, *Riconoscimento ed esecutività della decisione straniera nel Reg. Bruxelles I cit.*, p. 451 ss.

¹¹¹ Per una chiara e diffusa disamina della questione, sia consentito rinviare a E. D'ALESSANDRO, *Exequatur secondo la Convenzione di Bruxelles ed applicazione delle forme dell'art. 67 L. 218/1995 cit.*, p. 21 ss. alla cui indagine ci si riporta.

parte contro cui viene chiesta l'esecuzione" ovvero, in via alternativa, quello del "luogo dell'esecuzione".

Come noto, in seno al nostro ordinamento, la competenza per materia in tale ambito è attribuita alla Corte d'Appello.

Con riferimento alla fase introduttiva della procedura, gli artt. 53 e 54 richiedono, come già si è accennato, l'osservanza di semplici oneri documentali. L'istante dovrà così avere cura di allegare al proprio ricorso la documentazione necessaria per comprovare l'autenticità del titolo e l'attestato uniforme rilasciato dall'autorità preposta dall'ordinamento d'origine volto a certificare che la decisione è ivi esecutiva.

14.2. (segue). In particolare: la legittimazione attiva.

La legittimazione alla presentazione dell'istanza tesa ad ottenere la dichiarazione di esecutività della decisione spetta, in generale, ai sensi dell'art. 38 del Regolamento, alla "parte interessata"¹¹². Quello della legittimazione attiva è un profilo del giudizio di *exequatur* che, con riguardo, alle decisioni che applicano una penalità si presenta, in alcuni casi, di non agevole soluzione. Su di esso merita, pertanto, soffermare un poco più attentamente l'attenzione.

In particolare, il problema della legittimazione attiva all'istanza volta ad ottenere l'apposizione della dichiarazione di esecutività deriva, essenzialmente, dalla dissociazione che sul piano processuale si registra, in alcuni ordinamenti degli Stati membri, tra soggetto titolare del potere di impulso ad ottenere l'irrogazione della misura coercitiva e soggetto beneficiario del relativo pagamento. Precisamente, se è indubbio che laddove, a norma della disciplina dello Stato di origine, il ricavato della misura coercitiva vada assegnato al privato creditore sia quest'ultimo che debba attivarsi nello Stato *ad quem* al fine di munire la relativa decisione di efficacia esecutiva non potendo, in proposito, sorgere dubbio alcuno in ordine alla sussistenza

¹¹² Secondo le indicazioni fornite dalla Relazione Jenard l'inciso deve essere inteso nel senso che il diritto di richiedere la formula esecutiva "spetta a chiunque possa avvalersi della sentenza nello stato originario". Cfr. Relazione Jenard, in F. POCAR, *La convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze* cit., p. 423.

della relativa legittimazione; non poco diversa appare, per contro, la situazione delle misure coercitive di matrice germanica. Come si è già visto, invero, tanto il ricavato della somma dovuta, a norma del § 888 *ZPO*, a titolo di *Zwangsgeld*, quanto di quella dovuta, a norma del § 890 *ZPO*, a titolo di *Ordnungsgeld*, pur essendo queste ultime irrogate su istanza e nell'interesse del privato creditore, è destinato ad essere incassato, a norma della legge processuale tedesca, da parte dello Stato.

In questo caso sorge, pertanto, il problema di capire come coniugare i profili caratteristici che sul piano processuale connotano tali istituti a livello interno e la disciplina comunitaria. Solo per inciso, giova, in merito, ricordare come, nei rispettivi ordinamenti municipali di origine, le relative procedure esecutive procedano, a seguito dell'impulso iniziale del privato creditore, *ex officio*. In un quadro siffatto, tutt'altro che scontata appare, pertanto, la soluzione da dare alla questione se sussista, o meno, la legittimazione del privato creditore a chiedere l'*exequatur*, per esempio, nel nostro ordinamento, di uno *Zwangsgeld* o di un *Ordnungsgeld*¹¹³.

A riguardo, occorre chiedersi, innanzitutto, se la struttura e la natura del giudizio di *exequatur* abbia qualche riflesso sui poteri processuali esercitabili in tale ambito dal privato creditore e, specialmente, se l'applicazione delle norme generali che ne disciplinano lo svolgimento possano trovare conferma o deroga sotto lo specifico profilo che nella presente sede specialmente interessa. Vale a dire, quello della legittimazione a chiedere la dichiarazione di esecutività e, se del caso, a proporre ricorso avverso il suo eventuale diniego.

¹¹³ L'eccezione di carenza di legittimazione attiva a chiedere l'esecuzione della misura coercitiva di cui al § 890 *ZPO* era stata espressamente sollevata, nella fase nazionale del procedimento, innanzi all'autorità giudiziaria competente nei Paesi Bassi nella controversia sfociata nella pronuncia della Corte di Giustizia del 18 ottobre 2011, C-406/09, *Realchemie Nederland BV c. Bayer CropScience AG* il cui testo può essere scaricato gratuitamente all'indirizzo internet www.curia.europa.eu. In particolare, la parte debitrice aveva in quel caso eccepito la carenza di legittimazione a chiedere l'esecuzione della relativa decisione irrogativa della penalità facendo leva sull'argomento del destinatario del pagamento. L'eccezione era stata peraltro respinta dal giudice competente, ritenendo tale circostanza (ovvero il fatto che l'*Ordnungsgeld* avrebbe dovuto essere pagata alle casse pubbliche) non incidente sul fatto che ciò nonostante fosse proprio la parte riconosciuta vincitrice all'esito del giudizio ad avere interesse all'effettivo versamento, da parte del debitore, alle dette casse della somma dovuta. Un tanto sulla base del presupposto che quest'ultima costituisce un incentivo al rispetto della decisione principale e che pertanto la parte privata-creditrice possa perseguirne l'esecuzione anche in un diverso Stato membro. V. a riguardo le Conclusioni dell'avvocato generale Paolo Mengozzi presentate il 5 aprile 2011 relative alla Causa in oggetto, in particolare al punto 28.

Il profilo è, a ben vedere, di delicato rilievo. In particolare, esulando dalla specie un connotato di sostituzione processuale e, con essa, di legittimazione straordinaria ad agire in senso tecnico, una soluzione a tale problema impone di prendere le mosse dai criteri che in punto di legittimazione attiva sono stati elaborati dalla dottrina in connessione al recepimento in Italia delle sentenze straniere al fine di affermarne, ovvero, escluderne la sussistenza.

In linea generale, giova evidenziare come autorevole dottrina, seppur minoritaria, abbia, ormai da tempo, benchè in riferimento al previgente sistema della delibazione e, successivamente, a quello inaugurato dall'introduzione della l. n. 218/95, e dunque con riferimento al recepimento di sentenze *extra-europee*, avuto cura di dimostrare come la legittimazione della "parte interessata" debba essere intesa nel senso che "legittimati a proporre la domanda di delibazione sono coloro rispetto ai quali gli effetti della sentenza, il cui verificarsi nell'ordinamento positivo italiano si pretende, saranno prodotti"¹¹⁴. Come noto, è stato merito di un autorevole Studioso quello di aver discusso, per la prima volta, se i titolari del diritto di chiedere la delibazione debbano essere individuati con riferimento esclusivo ai soggetti che hanno assunto la qualità di parte nel processo straniero ovvero se tale legittimazione possa essere estesa anche a coloro che possano comunque beneficiare degli effetti c.d. materiali della sentenza straniera¹¹⁵.

A riguardo, la diversità di opinioni maturata in sede dottrinale ha suscitato puntuale ripercussione anche in sede giurisprudenziale¹¹⁶. La giurisprudenza, chiamata in più occasioni a pronunciarsi sulla questione, ha, invero, espresso posizioni oscillanti sul punto. I principi elaborati su tale questione in sede giudiziale sono riassumibili, a seguito di un importante arresto delle Sezioni Unite della Cassazione, nei termini che seguono.

Secondo la Corte di Legittimità, la legittimazione ad esperire l'azione di delibazione spetterebbe soltanto ai soggetti che furono parti del rapporto processuale innanzi al

¹¹⁴ Così, V. ANDRIOLI, *Commento al c.p.c.*, IV, Napoli, 1964, p. 641.

¹¹⁵ Cfr., V. ANDRIOLI, *Commento al c.p.c.*, cit., p. 641 ss.; così anche G. FRANCHI, *Estraneità al processo straniero e legittimazione alla delibazione*, in *Giur. it.*, 1974, I, 1, c. 361 ss.; più di recente, M. MARINELLI, *Sentenza straniera di divorzio e legittimazione alla domanda di delibazione*, in *Famiglia e diritto*, 1997, pp. 338 ss.; M. G. CIVININI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere* cit., p. 164.

¹¹⁶ Per una nitida rappresentazione della questione inerente la legittimazione alla domanda di delibazione quale postasi in dottrina e in giurisprudenza, v. M. MARINELLI, *Sentenza straniera di divorzio e legittimazione alla domanda di delibazione* cit., pp. 337 ss.

giudice straniero¹¹⁷. La trasmissione dell'azione di delibazione ai successori a titolo universale sarebbe possibile, in caso di morte di una delle parti originarie del processo, solo laddove si verta in materia di rapporti di tipo patrimoniale. I soggetti portatori di uno specifico interesse "rispetto all'oggetto della sentenza straniera e che aspirino al conseguimento di effetti ad essi favorevoli (riflessi e indiretti) derivanti dalla sentenza medesima hanno legittimazione secondaria nel giudizio di delibazione nel senso che è loro riconosciuta la mera possibilità di intervento in tale giudizio"¹¹⁸. A fronte di un quadro così composto, ritengo che nel caso della richiesta di *exequatur* di una decisione avente ad oggetto una misura coercitiva proveniente dall'ordinamento austro-tedesco le difficoltà inerenti la possibilità di riconoscere, in capo al privato creditore, la relativa legittimazione attiva possano essere superate, in senso affermativo, proprio sulla base dei principi esposti. Nel caso particolare in esame, invero, in capo al privato creditore parrebbero concentrarsi tanto quella che poc'anzi abbiamo definito, con la migliore dottrina, la legittimazione principale, quanto quella secondaria.

In particolare, la prima sussiste in quanto il privato creditore è stato parte del giudizio svoltosi nello Stato membro di origine e, come già si è rilevato, la decisione irrogativa dello *Zwangsgeld* o dell'*Ordnungsgeld*, ancorchè pronunciata in via autonoma e separata, costituisce pur sempre un'appendice procedurale di quel

¹¹⁷ Cfr., Cass. Sez. Unite., 9 aprile 1973, n. 996, in *Giur. it.*, 1974, I, 1, c. 361 ss. con nota critica di G. FRANCHI, *Estraneità al processo straniero e legittimazione alla delibazione*; Cass. Civ., 5 aprile 1976, n. 1170 in *Riv. dir. int.*, 1976, p. 834 ss.; Cass. Civ., 15 novembre 1977, n. 4977, in *Giur. it.*, 1978, I, 1, c. 1248 ss. con nota di G. FRANCHI, *Delibazione della sentenza di divorzio e legittimazione del terzo*.

In tal senso, con specifico riferimento al Regolamento CE n. 44/2001, v. S. LA CHINA, *Il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze nel regolamento comunitario n. 44/2001* cit., p. 408 il quale interpreta l'inciso "ogni parte interessata" a chiedere il riconoscimento giudiziario in via principale quale riferito ad "ogni soggetto che sia stato parte del processo a conclusione del quale, o nel corso del quale, sia stata pronunciata la sentenza, rispettivamente definitiva o non definitiva, che si vuole riconosciuta, soltanto dovendosi escludere l'interveniente adesivo semplice, per il modo non proprio e personale ma indiretto e riflesso in cui egli può dirsi "interessato" al riconoscimento". Soluzione, quest'ultima, argomentata sulla base dell'assunto che il Regolamento pone tra le condizioni ostative al riconoscimento e all'esecuzione della decisione la circostanza che quest'ultima sia in contrasto con una decisione emessa tra le *medesime* parti nello Stato membro richiesto (Art. 34, n. 3 del Reg.). V., inoltre, F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001* cit., p. 271 secondo cui "La circostanza che ai fini del procedimento di *exequatur* il regolamento tenga conto solo dei soggetti processuali originari (come di eredi ed eventuali aventi causa) preclude la legittimazione processuale (attiva e passiva) rispetto a possibili «terzi» del processo originario ai quali pur si potrebbero ricollegare nell'ordinamento richiesto effetti giuridici riflessi della decisione.

¹¹⁸ Cfr., Cass. Sez. Unite., 9 aprile 1973, n. 996, in *Giur. it.*, 1974, I, 1, c. 361.

medesimo giudizio. Tanto ne è che la misura coercitiva circola, almeno da un punto di vista formale, congiuntamente al provvedimento di merito di cui assiste l'esecuzione. Pertanto laddove sia pacificamente acquisito che il privato creditore fu parte del giudizio principale di merito e, quindi, sussista in capo al medesimo la legittimazione a chiedere, in caso di contestazione, il riconoscimento o l'esecuzione del provvedimento principale, dovrà ad ogni buon conto riconoscersi in capo allo stesso sinanche la legittimazione a chiedere il riconoscimento e l'esecuzione del provvedimento accessorio portante la condanna alla penalità.

Tale possibilità discende, a mio avviso, anche dal riconoscimento, in capo al privato creditore, della relativa legittimazione c.d. secondaria. Legittimazione che, come si è visto, lo ammetterebbe, per ipotesi, ad intervenire, in qualità di parte interessata, nel giudizio di *exequatur* della decisione principale da lui stesso promosso. Nella materia in esame, invero, il privato creditore è indubbiamente "portatore di uno specifico interesse rispetto all'oggetto della sentenza straniera, in ordine alla quale aspira al conseguimento di effetti ad esso favorevoli sia pur indiretti". Vale a dire, nel caso di richiesta di *exequatur* delle decisioni che irrogano una penalità il cui ricavato debba essere devoluto allo Stato, ottenere che il debitore, per il tramite dell'esecuzione forzata della relativa condanna, ottemperi spontaneamente al comando giudiziale contenuto nella decisione principale.

Negare la legittimazione del privato creditore alla richiesta di *exequatur* della misura coercitiva sulla base dell'assunto che non ne sarebbe lui il destinatario del relativo pagamento, sarebbe, a mio avviso, una conclusione sformata di pregio anche in dipendenza dei contorni processuali caratterizzanti il giudizio di *exequatur*. Come si è già accennato, tale giudizio non ha ad oggetto l'accertamento del diritto soggettivo ad ottenere il riconoscimento della decisione, bensì semplicemente l'apprezzamento di meri fatti giuridici. Circostanza, quest'ultima, che dunque ben giustifica la possibilità di estendere la legittimazione alla richiesta di *exequatur* a chiunque sia destinatario degli effetti della decisione ed abbia interesse a che l'efficacia di quest'ultima si concretizzi nel nostro ordinamento. Ed è indubbio che tale interesse faccia capo anche a quel creditore che abbia ottenuto una misura coercitiva patrimoniale in seno all'ordinamento giuridico tedesco ed austriaco.

14.3. (segue). In particolare: il rito applicabile.

Le modalità di deposito dell'istanza, così come le regole sullo svolgimento della procedura sono rimesse alla determinazione della legge dello Stato membro richiesto¹¹⁹. Il Regolamento, invero, non fornisce molte indicazioni riguardanti le modalità di accertamento dell'esistenza delle condizioni per conferire l'*exequatur* alla decisione.

A riguardo, giova ricordare come in questa prima fase l'autorità giudiziaria richiesta deve attenersi unicamente a verificare il rispetto delle formalità documentali previste essendo precluso qualsiasi esame officioso delle condizioni di efficacia contemplate dagli artt. 34 e 35. La dichiarazione di esecutività deve essere rilasciata "immediatamente" dopo l'espletamento delle formalità di cui poc'anzi si è detto. Ed, invero, l'istanza della parte, presentata ai sensi dell'art. 38 del Regolamento, non dà luogo ad un processo di accertamento della sussistenza delle condizioni indicate dagli artt. 34 e 35 del Regolamento¹²⁰. Siffatta verifica è, invero, posticipata e subordinata all'eventualità di una opposizione, ai sensi dell'art. 43.

Ciò posto, appare abbastanza evidente che tale fase della procedura, ferma la verifica inerente la sussistenza dei presupposti generali per ammettere la circolazione della decisione¹²¹, è deputata esclusivamente alla verifica dei documenti prodotti e che dalla stessa esula qualsiasi connotato di cognizione, ancorchè sommaria. Pur in assenza di alcun profilo di decisorietà, essa è tuttavia costitutiva dell'efficacia esecutiva dell'atto di cui verifica l'autenticità e la regolarità formale¹²².

L'estrema semplificazione del rito ed il suo svolgersi *inaudita altera parte* giustificano la forma del provvedimento conclusivo che, nel nostro ordinamento, va

¹¹⁹ Cfr. Art. 40 del Regolamento, a norma del quale fa capo alla parte istante l'obbligo di eleggere domicilio nella circoscrizione del giudice adito.

¹²⁰ Cfr. F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle sentenze straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001* cit., p. 260, secondo cui, in altri termini, l'istanza non dà luogo ad alcun processo di accertamento circa il c.d. "merito processuale".

¹²¹ Al giudice è, invero, richiesto di verificare già in questa fase che la decisione: 1) inerisca alla materia civile e commerciale; 2) rientri nella nozione di decisione riconoscibile di cui all'art. 32 del Reg.; 3) sia esecutiva nello Stato membro d'origine. In tal senso, v. E. MERLIN, *Riconoscimento ed esecutività della decisione straniera nel Regolamento "Bruxelles I"* cit., p. 450; P. DE CESARI, *Diritto internazionale privato e processuale comunitario. Atti in vigore e in formazione nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia* cit., p. 99; M. DE CRISTOFARO, *Commento sub artt. 796-805 c.p.c.*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile commentato* cit., p. 1434.

¹²² Così, E. MERLIN, *Riconoscimento ed esecutività della decisione straniera nel Regolamento "Bruxelles I"* cit., p. 450.

assunto con decreto¹²³. Ai sensi dell'art. 42, par. 1, la decisione deve essere “immediatamente comunicata al richiedente secondo le modalità previste dalla legge dello Stato membro richiesto” e quindi, a cura di quest'ultimo notificata alla controparte.

15. L'ottenimento dell'exequatur da parte dei giudici dello Stato ad quem quale condicio sine qua non ai fini dell'esecuzione della misura di coercizione indiretta

Così tratteggiati i principali caratteri processuali del giudizio nella sua fase *ex parte*, particolare interesse riveste, a mio avviso, la questione relativa a come si debba comportare il giudice dell'*exequatur*, raggiunto da un'istanza volta ad ottenere la dichiarazione di esecutività di una decisione che applica una penalità irrogata a sostegno di una decisione di condanna il cui fare infungibile o il cui non fare debba essere concretamente posto in essere nello Stato *ad quem* o in uno Stato membro terzo, ovvero, nello stesso tempo, nell'uno e nell'altro Stato laddove questi ultimi non contemplino la possibilità di assistere siffatte decisioni a mezzo di penalità di mora, ovvero accolgano sul punto regole difformi.

E' questa una eventualità che, a mio avviso, deve ritenersi tutt'altro che rara dal momento che, come si è visto, gli Stati membri dell'Ue concepiscono in maniera profondamente diversa il rapporto tra esecuzione forzata diretta e indiretta. In particolare, sia consentito ricordare che mentre taluni ordinamenti processuali accolgono il principio della priorità dell'esecuzione forzata diretta e intendono il rapporto tra quest'ultima e l'esecuzione forzata indiretta in termini strettamente alternativi; tal'altri, per contro, intendono tale rapporto in termini di piena complementarità accogliendo il principio del concorso pieno tra esecuzione forzata diretta e indiretta.

La questione della possibile dichiarazione di esecutività delle misure coercitive straniere pronunciante in ipotesi “esorbitanti” da quelle ammesse ai sensi del diritto interno dello Stato membro richiesto, induce ad affrontare così uno dei problemi cruciali in tema di *exequatur* delle misure coercitive tra Stati membri. Vale a dire,

¹²³ Così, S. LA CHINA, *Il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze nel regolamento comunitario n. 44/2001* cit., p. 419.

ancora una volta, quello del possibile conflitto tra alcuni principi generali che sovrintendono la materia in esame. Precisamente, da un lato, quello della libera circolazione delle misure coercitive nello spazio giudiziario europeo; dall'altro quello della necessaria applicazione nello Stato *ad quem* dei principi fondamentali che sovrintendono il diritto interno dell'esecuzione forzata.

In linea di principio, non credo che le diversità di disciplina che, a tal riguardo, connotano il diritto interno degli Stati membri possa valere a costituire un valido motivo per disattendere la richiesta di *exequatur* di siffatte pronunce. L'irrogazione della penalità di mora resta invero, come già si è visto nel corso del secondo Capitolo, un aspetto interamente soggetto all'applicazione della legge processuale dello Stato membro del foro in cui ha avuto luogo il giudizio di merito. Ferma restando, si intende, l'eventualità, che verrà vagliata più oltre, in cui l'accoglimento dell'istanza possa dare luogo ad un'ipotesi di contrasto con l'ordine pubblico dello Stato membro richiesto. Eventualità, tuttavia, che, come noto, sfugge, al perimetro di apprezzamento che fa capo al giudice dell'*exequatur* potendo, semmai, essere fatta valere nella fase del giudizio volto a contestare la relativa decisione conclusiva ed alla quale si intende ora rivolgere lo sguardo.

16. Il ricorso in opposizione al rilascio dell'exequatur ai sensi dell'art. 43 Reg. (CE) n. 44/2001: l'oggetto del giudizio e il rito applicabile

Laddove raggiunta dalla notifica dell'avvenuta dichiarazione di esecutività della decisione, la parte contro la quale l'esecuzione è richiesta può proporre avverso la stessa "ricorso" a norma dell'art. 43 del Regolamento. Il termine entro il quale il ricorso deve essere proposto è perentoriamente fissato in un mese o in due mesi dalla notificazione della dichiarazione di esecutorietà a seconda che la parte contro la quale è chiesta l'esecuzione sia, o meno, domiciliata nello stesso Stato membro in cui la stessa è stata rilasciata¹²⁴.

Tale fase della procedura è instaurata per iniziativa del debitore (ovvero, dell'originario istante che abbia vista rigettata la propria domanda di autorizzazione

¹²⁴ Così, l'art. 43, par. 5, del Regolamento.

all'esecuzione) il quale ha l'onere di proporre un'azione giudiziale di non eseguibilità della decisione e dunque, di accertamento negativo delle condizioni poste dal Regolamento agli artt. 34 e 35¹²⁵.

La disciplina processuale del giudizio di opposizione è, naturalmente, demandata ai singoli legislatori nazionali degli Stati membri. Il Regolamento si limita, invero, a stabilire, a tal riguardo, che il ricorso sia "esaminato secondo le norme sul procedimento in contraddittorio"¹²⁶. Con la precisazione che al giudice investito del ricorso è richiesto di decidere "senza indugio" (art. 45, par. 1, del Regolamento).

Come noto, in assenza di previsioni attuative *ad hoc* volte a disciplinare lo svolgimento del procedimento, la discussione si è appuntata, sin dalle origini, sul problema di stabilire quale fosse il rito applicabile a tale giudizio¹²⁷ e, in particolare, se quest'ultimo dovesse essere individuato nel rito camerale¹²⁸ ovvero in quello ordinario. E' altresì noto che, in mancanza di un intervento del legislatore italiano, la giurisprudenza si è orientata nel senso da ultimo richiamato, ritenendo che il giudizio di cui all'art. 43 del Regolamento dovesse essere regolato dalle norme di cui all'art. 163 ss. c.p.c., disciplinanti l'ordinario processo di cognizione¹²⁹.

Tale esito interpretativo, che, peraltro, non era andato esente da forti critiche da parte della dottrina, appare oggi superato dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 150/11 di

¹²⁵ V. E. MERLIN, *Riconoscimento ed esecutività della decisione straniera nel Regolamento "Bruxelles I"* cit., p. 456.

¹²⁶ Così, l'art. 43, par. 3 del Regolamento.

¹²⁷ Come noto, analogo problema si è posto con riguardo al riconoscimento di sentenze extraeuropee. In tale ambito, la semplificazione e il *favor* posto dalla l. n. 218/95 quanto al riconoscimento delle sentenze straniere, unitamente all'oggetto del relativo giudizio, hanno fatto propendere una parte della dottrina a favore dell'adozione di un rito semplificato, individuato nel rito camerale. Così, v. C. CONSOLO, *Nuovi problemi di diritto processuale civile internazionale*, Milano, 2002, p. 63.

L'assenza, in tale ambito, di una apposita disciplina positiva di riferimento ha condotto, tuttavia, un'altra parte della dottrina (v., A. ATTARDI, *La nuova disciplina in tema di giurisdizione italiana e di riconoscimento delle sentenze straniere* cit., p. 781), seguita dalla giurisprudenza dominante per l'adozione, in questa materia, del rito ordinario. In giurisprudenza è, invero, prevalsa - e divenuta pacifica - l'interpretazione secondo cui il giudizio *ex art.* 67 della l. n. 218/95 configura un giudizio a cognizione piena, da introdurre con citazione e da concludere con un provvedimento avente forma di sentenza, come tale ricorribile per cassazione ai sensi dell'art. 360 c.p.c.

¹²⁸ In tal senso, F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle sentenze straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001* cit., p. 265 il quale opta per l'applicazione del rito camerale in dipendenza dell'effetto utile richiesto dal Regolamento ai singoli ordinamenti degli Stati membri. Vale a dire, quello di assicurare una cognizione da svolgersi, sì in contraddittorio, ma necessariamente sommaria e rapida. L'A. deriva una precisa conferma dell'opinione da sé sostenuta anche nella circostanza che l'espressione impiegata nella versione italiana, a proposito dell'atto introduttivo del giudizio, è quella dell'instaurazione a mezzo di "ricorso".

¹²⁹ Così, da ultimo, Cass. Civ., Sez. I, 12 gennaio 2010, n. 253 in *Red. Giust. civ. Mass.* 2010, 1.

semplificazione dei riti civili. Il provvedimento, da ultimo richiamato, invero, all'art. 30 ha finalmente introdotto nel nostro ordinamento una disposizione che riconduce le controversie in materia di riconoscimento ed esecuzione delle sentenze straniere e dei provvedimenti di volontaria giurisdizione stranieri di cui all'art. 67 della l. n. 218/95 al rito sommario di cognizione di cui all'art. 702-*bis* c.p.c. ss.¹³⁰. All'indomani della sua apparizione, la dottrina si è dunque interrogata, circa la possibilità di applicare tale disposizione in via estensiva anche alle controversie aventi ad oggetto il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni infra-europee. Controversie, queste ultime che, stando al tenore letterale della norma, non sembrerebbero interessate dalla novità legislativa¹³¹. Ciò posto, si deve evidenziare come l'applicazione del rito sommario alle controversie in esame sia stata persuasivamente dimostrato¹³² da una certa dottrina, cui si presta adesione.

L'oggetto del giudizio di opposizione è limitato, in conformità alle esigenze di certezza del diritto nonché di celerità nella fase di esecuzione delle decisioni intra-comunitarie all'accertamento di uno dei motivi ostativi tassativamente individuati dagli art. 34 e 35 del Regolamento. In breve, l'azione è volta ad ottenere l'accertamento della vigenza nel nostro ordinamento della sentenza pronunciata dal giudice di un altro Stato membro e, con essa, della regolamentazione del rapporto giuridico controverso che quel giudice ne ha dato, sulla base della verifica di

¹³⁰ Alla cui puntuale disamina si rinvia a S. TURATTO, Commento *sub* art. 30, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile commentato – La “semplificazione” dei riti e le altre riforme processuali 2010-2011*, Milano, 2012, p. 379 ss.

¹³¹ Per un accenno alla circostanza che le procedure per il riconoscimento delle sentenze infra-europee non sono toccate dalla disposizione in esame, v. C. CONSOLO, *Prime osservazioni introduttive sul d.lgs. 150/11 di riordino (e relativa “semplificazione”) dei riti settoriali*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 1487.

¹³² Cfr. S. TURATTO, Commento *sub* art. 30, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile commentato – La “semplificazione” dei riti e le altre riforme processuali 2010-2011* cit., p. 386 la quale, in proposito rileva: “A ritenere ancora applicabile il rito ordinario al procedimento di cui all'art. 43 reg. n. 44/01, si verificherebbe una situazione paradossale, per cui controversie di maggiore complessità sarebbero destinatarie di una disciplina processuale *ad hoc*, in grado di garantire celerità e concentrazione di giudizio, mentre le meno complesse controversie riguardanti il riconoscimento e l'esecuzione di provvedimenti giurisdizionali civili di origine comunitaria resterebbero disciplinate dall'ingessato e, molto probabilmente, sovrabbondante rito ordinario”. L'A. consiglia, tuttavia, per ragioni di prudenza, quantomeno nella prima fase di assestamento ed entrata in vigore della nuova disposizione, di continuare ad introdurre il giudizio secondo le forme del rito ordinario, ossia mediante atto di citazione. Un tanto, al fine di evitare la decadenza dal termine perentorio di proposizione del “ricorso” di cui all'art. 43 del Regolamento avverso il decreto pronunciato *inaudita altera parte* di concessione della dichiarazione di esecutività e, con essa, “la definitiva perdita del diritto di impedire l'ingresso nel foro della decisione europea”. Sul punto v., anche, FARINA, *Sub* art. 30, in B. SASSANI – R. TISCINI (a cura di), *La semplificazione dei riti civili*, Roma, 2011, p. 269.

determinati presupposti di riconoscibilità. In forza del principio dispositivo che governa questa fase della procedura, il perimetro della cognizione del giudice è dunque limitato dai soli motivi di non riconoscibilità denunciati dal ricorrente¹³³.

Nelle pagine che seguono, l'attenzione verrà dedicata, sia pur brevemente, alla disamina di quei motivi ostativi che, a mio avviso, possono assumere maggiore rilevanza in relazione alla materia in esame.

17. Il problema del riconoscimento e dell'esecuzione di misure coercitive sconosciute all'ordinamento processuale ad quem: la possibile rilevanza della questione sotto il profilo dell' "ordine pubblico"

Come noto, la manifesta contrarietà della decisione proveniente da uno qualsiasi degli Stati membri all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto¹³⁴ è ostativa tanto del suo riconoscimento (art. 34, n. 1 del Regolamento) quanto della conferma della sua esecutività nel giudizio in contraddittorio instaurato dal ricorso della parte interessata esperito contro la dichiarazione di esecutività della stessa pronunciata *inaudita altera parte* (art. 45, par. 1 del Regolamento).

La convinzione, sostenuta e argomentata nelle pagine che precedono, circa la generale ammissibilità della circolazione delle decisioni che applicano una penalità nello spazio giudiziario europeo, non vale ovviamente ad escludere l'eventualità che l'*exequatur* di consimili decisioni venga negato dallo Stato *ad quem* per contrasto con l'ordine pubblico. In tal caso è giocoforza necessario muovere, ancora una volta, da una distinzione. Si devono, invero, a mio avviso, considerare separatamente due ipotesi. Vale a dire la situazione in cui il contrasto con l'ordine pubblico dello Stato richiesto venga denunciato con riguardo al contenuto della decisione principale; dalla

¹³³ Cfr., a riguardo F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001* cit., p. 278 il quale opportunamente rileva come sia da escludere in questa fase della procedura che colui che sia stato condannato nella decisione originaria possa opporre fatti nuovi estintivi o modificativi dell'originaria obbligazione inadempita.

¹³⁴ Ove l'avverbio "manifestamente" riportato alla contrarietà all'ordine pubblico dello Stato richiesto deve essere riferito, secondo l'insegnamento della Corte di Giustizia, alla circostanza che l'applicabilità dell'art. 34, n. 1 del Regolamento sia circoscritta nei soli casi di violazione, da parte della decisione riconoscenda, di una "regola di diritto considerata essenziale nell'ordinamento giuridico dello Stato richiesto". V. Corte Giust., 28 marzo 2000, C-7/98, *Krombach*, in Racc., 2000, I-1935. Cfr., P. VITTORIA, *La competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia* cit., p. 425.

situazione in cui siffatta violazione venga lamentata in relazione alla decisione che irroga una penalità, in sé e per sé considerata, in dipendenza dei limiti sostanziali di applicabilità che la stessa avrebbe conosciuto ove fosse stata richiesta nello Stato *ad quem*.

Orbene, con riguardo alla prima ipotesi, a me sembra che per ragioni di coerenza, derivanti in primo luogo dall'applicazione del principio di accessorietà, l'eventuale sussistenza di contrasto con l'ordine pubblico interno nei riguardi della decisione principale dovrebbe condurre, in esito al giudizio di opposizione, a negare l'*exequatur* anche alla decisione che applica una penalità. Priva di senso appare, invero, l'eventualità che possa essere riconosciuta ed eseguita una misura coercitiva pecuniaria volta ad incentivare l'esecuzione spontanea di una decisione la cui circolazione infra-comunitaria sia legittimamente impedita dalla violazione, da parte della stessa, di una regola di diritto, considerata essenziale per l'ordinamento giuridico dello Stato richiesto.

Conformemente alle premesse poste, appare, inoltre, interessante considerare l'ipotesi in cui l'obbligo di fare o di non fare comandati dal *dictum* principale debbano essere concretamente adempiuti in uno Stato membro diverso da quello richiesto di eseguire la decisione di condanna alla penalità. Laddove, in particolare, il riconoscimento della decisione principale sia colà negato proprio per contrasto con l'ordine pubblico. Anche in ipotesi siffatta a me pare che la circolazione della misura coercitiva e, segnatamente, la possibilità di procedere ad esecuzione forzata della stessa nello Stato *ad quem* dovrebbe essere negata. Tale convinzione discende dalla valorizzazione del ruolo che l'istituto è destinato ad assolvere sul piano del processo civile che si svolge in ambito infra-europeo. Vale a dire, quello di assistere l'effettiva circolazione delle decisioni che, per le ragioni già viste, non possono essere portate ad esecuzione forzata diretta mediante gli ordinari strumenti esecutivi. In ipotesi siffatta, priva di senso appare pertanto l'eventualità che possa essere offerta esecuzione ad una penalità, laddove la stessa circolazione della decisione "assistita" risulti, in concreto, preclusa.

Ciò posto, è necessario ora soffermarsi a considerare l'eventualità in cui il contrasto con l'ordine pubblico riguardi la decisione che applica una penalità in sé e per sé considerata. In proposito, a me sembra che le diversità di disciplina che sul punto

connotano le singole legislazioni interne degli Stati membri non valga a giustificare il diniego dell'*exequatur*. Così, l'eventualità che nello Stato d'origine la misura coercitiva sia stata pronunciata a sostegno di una decisione relativa ad una prestazione principale che, a norma dell'ordinamento dello Stato richiesto, non avrebbe potuto esserne assistita, non varrà, in linea di principio, a precluderne la circolazione¹³⁵.

Una maggiore attenzione merita, peraltro, l'eventualità che la misura coercitiva di cui si chieda l'esecuzione assista una prestazione principale avente ad oggetto il pagamento di una somma di denaro. E' questa una ipotesi che, nell'ambito dello spazio giudiziario europeo, può ben porsi dal momento che, come si è già visto, l'*astreinte* francese può essere irrogata anche in tale evenienza. A riguardo, vale dunque la pena chiedersi se l'esecuzione di una tale decisione potrebbe, o meno, essere negata, nel nostro ordinamento, per contrasto con l'ordine pubblico.

In merito, ritengo che, in linea di principio, la circostanza che l'*astreinte* sia stata irrogata a fronte di una prestazione principale di pagamento non possa essere considerata sufficiente per negare alla stessa l'*exequatur*¹³⁶. Laddove, per contro, una conclusione opposta, andrebbe, a mio avviso abbracciata, laddove emergesse che il pagamento della penalità, in aggiunta agli interessi contrattuali e moratori dovuti dal debitore, conducesse al superamento del c.d. tasso soglia. Essendo da riportare ad un principio di ordine pubblico del nostro ordinamento quello che vieta qualsiasi effetto di tipo usurario¹³⁷.

In linea generale, giova, da ultimo, osservare che il limite dell'ordine pubblico potrà essere legittimamente invocato da parte del debitore per opporsi al riconoscimento e

¹³⁵ A riguardo deve ovviamente farsi salva l'eventualità che l'esecuzione della misura coercitiva si traduca nella compromissione di valori superiori e insopprimibili dell'ordinamento dello Stato membro *ad quem*, coinvolgenti, ad esempio, la libertà morale del debitore.

¹³⁶ Opinione, quest'ultima, che mi parre possa essere confortata anche da una recente giurisprudenza amministrativa. Cfr. da ultimo Cons. di stato, sez. IV, 31 maggio 2012, n. 3272 in *Foro amm. CDS*, 2012, 5, p. 1202 secondo cui "L'art. 114, comma 4, lett. e), c.p.a. non ha riprodotto il limite, stabilito dall'art. 614 *bis* c.p.c., della riferibilità della penalità al solo caso di inadempimento degli obblighi aventi per oggetto un non fare o un fare infungibile, con la conseguenza che si applica anche nel caso di mancata esecuzione, da parte della Pubblica amministrazione, di sentenze di condanna al pagamento di somme di danaro". In senso opposto, si era, peraltro, espressa la giurisdizione amministrativa dei gradi inferiori. V. TAR Napoli Campania IV, 29 maggio 2012, n. 2512 in *Foro Amm. TAR*, 2012, 5, p. 1694; TAR Roma Lazio II, 31 gennaio 2012, n. 1080 in *Foro Amm. TAR*, 2012, 3, p. 813; TAR Roma Lazio Sez. I 29 dicembre 2011 n. 10305 in *Diritto & Giustizia*, 2012, p. 9.

¹³⁷ Come riconosciuto da una certa giurisprudenza di merito, v. Tribunale Benevento, 15 aprile 2008, in *Il civilista*, 2009, 1, p. 49.

all'esecuzione di penalità quantificate in maniera eccessiva e sproporzionata. Vale a dire, precisamente, in tutti in quei casi in cui la misura coercitiva di cui sia invocata la circolazione nello spazio giudiziario europeo risulti sostanzialmente privata della propria funzione di incentivo all'adempimento ed assuma, piuttosto, i connotati di un vero e proprio provvedimento a carattere meramente punitivo¹³⁸.

18. Il necessario rispetto del diritto di difesa e del principio del contraddittorio almeno virtuale nella fase processuale di irrogazione della misura e della sua liquidazione quale requisito necessario ai fini della circolazione nello spazio giudiziario europeo

Il rispetto del contraddittorio ed, in generale, del diritto di difesa del convenuto contumace costituisce la *ratio* del secondo motivo ostativo alla circolazione posto dall'art. 34 del Regolamento¹³⁹. Quest'ultimo prevede che il riconoscimento sia rifiutato dal giudice richiesto "se la domanda giudiziale od un atto equivalente non è stato notificato o comunicato al convenuto contumace in tempo utile e in modo tale da poter presentare le proprie difese eccetto qualora, pur avendone avuto la possibilità, egli non abbia impugnato la decisione".

Con riguardo alle decisioni che applicano una penalità, il problema del rispetto del contraddittorio ed, in generale, dei diritti di difesa del convenuto deve essere vagliato in relazione a due momenti distinti: dapprima, quello dell'irrogazione e, successivamente, quello della liquidazione. Come si è ormai più volte messo in luce nelle pagine che precedono, invero, tanto l'uno quanto l'altro momento sono egualmente necessari per assicurare la circolazione di siffatti provvedimenti nello spazio giudiziario europeo.

¹³⁸ Fermi gli opportuni adattamenti, la convinzione espressa nel testo ricalca, in un certo qual modo, l'orientamento, ormai consolidato, della nostra Corte di Legittimità con riguardo all'istituto dei c.d. *punitive damages* dell'ordinamento statunitense. In merito, cfr., da ultimo, Cass. Civ., 8 febbraio 2012, n. 1781, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 2, p. 139; Cass. Civ., 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Giust. civ.*, 2007, 10, I, p. 2124 con nota di A. GIUSSANI, Resistenze al riconoscimento delle condanne al pagamento dei *punitive damages*: antichi dogmi e nuove realtà, in *Giur. it.*, 2008, p. 2; P. FAVA, *Punitive damages* e ordine pubblico: la Cassazione blocca lo sbarco, in *Corr. Giur.*, 2007, 4, p. 497. In merito, v., altresì. S. CORONGIU, Pregiudizio subito e *quantum* risarcitorio nelle sentenze di *punitive damages*: l'impossibile riconoscimento in Italia, in *Int'l Lis*, 2004, 2, p. 89.

¹³⁹ Cfr., S. LA CHINA, *Il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze nel regolamento comunitario n. 44/2001* cit., p. 415.

In linea generale, si è già avuto modo di rilevare come le principali esperienze europee delle misure coercitive appaiano, nella loro fisiologia, rispettose del requisito in esame. Invero, anche laddove la penalità venga pronunciata *inaudita altera parte*, quale è segnatamente il caso dello *Zwangsgeld*, la messa in esecuzione resta pur sempre condizionata alla previa notifica del relativo provvedimento irrogativo al convenuto al quale è rimessa la facoltà di interporre gravame avverso lo stesso¹⁴⁰.

Resta inteso che la previa notificazione del provvedimento irrogativo della penalità dovrà risultare, ai fini che nella presente sede rilevano, non solo regolare ma altresì dovrà essere effettuata in tempo utile per consentire al debitore, da un lato, di preparare la sua difesa, e, dall'altro, di attrezzarsi al fine di adempiere alla prestazione principale¹⁴¹.

Per converso, si è già avuto modo di sollevare alcune perplessità proprio con riguardo all'*astreinte* di cui all'art. 614-*bis* del nostro codice di rito. Invero, da noi, la liquidazione della penalità è rimessa, pur sulla base dei parametri indicati dal giudice del merito, all'iniziativa unilaterale del creditore vittorioso nel momento in cui procede a precettare la parte debitrice. Evidente è dunque come il secondo dei due momenti rispetto ai quali l'osservanza del requisito in esame deve essere apprezzato appaia gravemente deficitario. Invero, ferma la possibilità di attivarsi in sede di opposizione all'esecuzione, la quantificazione della misura, pur irrogata all'esito di un giudizio svoltosi nel contraddittorio del debitore, non prevede alcun tipo di confronto con quest'ultimo.

La soluzione che, sull'esempio di quanto si è verificato in altri ordinamenti europei, si è ritenuto di condividere è quella che interpone un successivo intervento

¹⁴⁰ Rispettate appaiono pertanto le indicazioni fornite dalla Corte di Giustizia con riguardo ai provvedimenti monitori di condanna adottati *inaudita altera parte*. Cfr., Corte Giust., 13 luglio 1995, C-474/93, *Hengst*, in *Raccolta*, 1995, p. I-2118, in cui la Corte ha precisato che, in questi casi, la disciplina comunitaria mira ad assicurare al convenuto una notificazione tempestiva in modo che questi sia "in grado di far valere i suoi diritti prima che venga emesso un provvedimento esecutivo nello Stato d'origine".

¹⁴¹ Cfr. Corte di Giustizia, 3 luglio 1990, C-305/88, *Lancray*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 2725 in cui la Corte ha precisato che "la regolarità della notifica e l'obbligo di notificare l'atto in tempo utile costituiscono garanzie distinte e cumulative per il convenuto contumace. Di conseguenza, l'assenza di una di queste due garanzie è sufficiente perché il riconoscimento di una decisione straniera sia rifiutato". In tal senso v. F. P. MANSI, *Il giudice italiano e le controversie europee* cit., p. 376; *contra* F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle sentenze straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001* cit., p. 242 secondo cui nel passaggio dalla Convenzione al Regolamento il controllo sulla regolarità della notifica sarebbe stato soppresso.

dell'autorità giudiziaria, segnatamente del Tribunale, ovvero, a seconda del valore della controversia, del Giudice di Pace in funzione specificatoria del *quantum* dovuto¹⁴². La messa al riparo da iniziative oppositorie nello Stato *ad quem* fondate sul motivo in parola, inoltre, dovrebbe condurre, a mio avviso, a considerare desiderabile che siffatto compito venga svolto dal giudice adito a seguito di un'udienza appositamente fissata ed in cui siano invitate a presentarsi entrambe le parti.

19. Il problema della doppia esecuzione: la litispendenza comunitaria tra procedure esecutive

Così tratteggiate le condizioni che devono sussistere affinché una decisione che applica una penalità possa essere dotata dell'*exequatur* al di fuori dello Stato membro di origine, occorre ora concentrare l'attenzione su un aspetto un poco peculiare della materia in esame. Come noto, invero, l'ottenimento dell'*exequatur* costituisce, almeno nella disciplina attualmente vigente, il presupposto necessario per intraprendere, in uno Stato membro diverso da quello di origine, l'esecuzione forzata, la quale resta governata dalle singole discipline municipali.

AmMESSO, dunque, che le misure coercitive possano, in linea di principio, circolare nello spazio giudiziario europeo si pone, a questo punto, il problema di capire in quale modo possa essere gestita la contemporanea pendenza di più procedure esecutive instaurate sulla base del medesimo titolo esecutivo. Vale a dire, nel nostro caso, sulla base dell'unica decisione di condanna al pagamento di una penalità che sia stata definitivamente fissata nel suo ammontare dal giudice dello Stato di origine. Eventualità, quest'ultima che in sé non presenterebbe nulla di anomalo se non fosse che, nella materia in esame, il problema si presta ad evidenziare, ancora una volta, connotati di forte originalità, laddove si prendano in considerazione le misure coercitive proprie degli ordinamenti di Austria e Germania. Come si è più volte ricordato, invero, in seno a tali ordinamenti, dopo che lo *Zwangsgeld* o l'*Ordnungsgeld* sono stati irrogati e notificati alla parte debitrice, l'instaurazione del

¹⁴² Sul punto sia consentito rinviare, *amplius*, alle considerazioni svolte nella Sezione I del presente Capitolo, §§ 9-10-11.

relativo procedimento esecutivo prescinde dall'impulso del privato creditore e procede officiosamente. Ne consegue che, di norma, la richiesta di *exequatur* in un diverso Stato membro, poniamo il caso nel nostro, della relativa decisione irrogativa implicherà che nello Stato di origine sia già pendente una autonoma procedura esecutiva, posto che, come detto, quest'ultima viene attivata automaticamente su impulso dell'ufficio competente. Pertanto, eccettuata l'ipotesi in cui l'esecuzione non possa avere concretamente luogo nello Stato di origine, ad esempio, per totale mancanza di cespiti patrimoniali pignorabili, non appare superfluo chiedersi, innanzitutto, se la pendenza all'estero dell'esecuzione forzata consenta, ovvero precluda, al privato creditore di portare ad esecuzione la misura coercitiva anche in un diverso Stato membro. E, laddove si accogliesse la prima alternativa, individuare come la contemporanea pendenza di dette procedure di esecuzione forzata possa essere coordinata e gestita. La questione merita, a mio avviso, di essere analizzata in quanto induce a riflettere, a questo punto dell'indagine, anche sulla necessità di bilanciare in maniera equa le esigenze di tutela, da un lato, del creditore, risultato vittorioso all'esito del giudizio; dall'altro, quelle del debitore.

Orbene, sul piano interno, è opinione pacifica che in forza del medesimo titolo esecutivo il creditore abbia diritto ad intraprendere più procedimenti esecutivi sino ad integrale soddisfazione del proprio credito. Da questo punto di vista, dunque, l'eventualità che un medesimo titolo esecutivo dia luogo ad un cumulo dei mezzi di espropriazione è non solo tutt'altro che rara ma altresì pacificamente ammessa dal momento che l'azione esecutiva si consuma solo con l'effettivo soddisfacimento del creditore istante¹⁴³.

Sul piano comunitario, è bene rilevare come il problema sia stato recentemente posto all'attenzione della Corte di Giustizia la quale, in via interpretativa, ha chiarito che la circostanza che la decisione sia già stata eseguita nello Stato membro di origine non consente di negare o di revocare, nello Stato membro richiesto, la dichiarazione di esecutività, in quanto essa, da un lato, non priva detta decisione della sua qualità di

¹⁴³ Come già disse G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, cit., p. 281 l'azione esecutiva si consuma solo con l'effettivo soddisfacimento del creditore istante, con conseguente ammissibilità di un cumulo di mezzi di espropriazione. In argomento, v. G. TARZIA, *L'oggetto del processo di espropriazione*, Milano, 1961, p. 44; A. SALETTI, *Cumulo ed eccesso dei mezzi di espropriazione forzata*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 506 ss.; L. DITTRICH, «Litispendenza esecutiva», giudice «competente» a disporre la sospensione dell'esecuzione ex art. 624 c.p.c. e a decidere dell'opposizione all'esecuzione, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1376.

titolo esecutivo, che costituisce un carattere proprio di tale atto giudiziario, mentre, dall'altro lato, costituisce una circostanza che può essere sottoposta all'esame del giudice dell'esecuzione dello Stato membro richiesto¹⁴⁴.

Ciò premesso, ritengo che il primo quesito posto in apertura debba senz'altro essere risolto in senso affermativo. Vale a dire, nel senso di ammettere, sul piano interpretativo, che la decisione che irroga una penalità e per la quale già penda l'esecuzione forzata in un diverso Stato membro possa essere dotata di *exequatur* in un diverso Stato membro.

Una volta ammessa siffatta possibilità, permane tuttavia la necessità di capire come garantire un certo coordinamento tra le più procedure esecutive instaurate nei diversi Stati membri. Invero, mentre, sul piano interno, a fronte di più procedure esecutive intraprese in forza del medesimo titolo, il debitore esecutato ha sempre a disposizione determinati mezzi di tutela (segnatamente, la possibilità di chiedere la riunione delle procedure ovvero la riduzione del pignoramento); sul piano comunitario, l'operare di siffatti rimedi è precluso.

Il problema in esame è, inoltre acuito dalla circostanza che, nelle ipotesi in discorso, quale, ad esempio, quella dell'instaurazione in Italia dell'esecuzione forzata sulla base di una misura coercitiva di cui al § 890 o 888 della *ZPO*, non si tratta mai di reiterazione di un'identica azione esecutiva con pignoramento successivo del medesimo bene, in forza del medesimo titolo, ad opera del medesimo soggetto. Posto che, con la migliore dottrina, l'azione espropriativa si individua non sulla base del titolo per cui si procede o del credito in esso incorporato ma sulla base dell'oggetto del pignoramento è quella della contemporanea pendenza, a livello comunitario, di identiche azioni esecutive un'ipotesi che sicuramente va esclusa in partenza. Un tanto, anche in virtù della regola di competenza esclusiva posta dall'art. 22, n. 5 Reg. 44/2001 in base alla quale è evidente come l'oggetto del pignoramento verta, per forza di cose, su beni diversi. Quanto sin qui affermato, conduce allora, giocoforza, ad escludere che sia in alcun modo possibile applicare, a livello comunitario, alcun meccanismo di coordinamento tra le più procedure esecutive. Meccanismo di coordinamento che a mero livello di proposta interpretativa potrebbe derivare, ad esempio, dall'adattamento, certo un poco ardito, a questa materia dell'istituto della

¹⁴⁴ Così, Corte di Giust., 13 ottobre 2011, causa C-139/10, *Prism Investments BV c Jaap Anne van der Meer*, in www.curia.europa.eu (ricerca per numero di causa).

litispendenza. Istituto ben noto al Regolamento (CE) n. 44/2001 e che una certa dottrina ritiene, sul piano interno, applicabile anche al processo esecutivo¹⁴⁵. L'assenza di meccanismi di coordinamento, per così dire, a monte, induce a concludere nel senso che, nell'attuale stato della legislazione comunitaria, l'unico strumento per far valere l'estinzione del diritto del creditore procedente in dipendenza della conclusione in via satisfattiva del processo esecutivo pendente in un diverso Stato membro sia, quanto meno con riguardo al nostro ordinamento, quello dell'opposizione all'esecuzione.

Ciò posto, l'obiezione che, tra le tante, potrebbe essere mossa attiene alla circostanza che il quadro delineato appare, a ben vedere, idoneo a riproporsi in presenza di qualunque tipologia di misura coercitiva, non solo di quelle auto-tedesche qui prese specialmente in considerazione. E' però vero che, mentre nel primo caso, la spendita del titolo esecutivo in più Stati membri dipende dall'iniziativa del privato creditore; nel secondo essa trae origine e riflette le caratteristiche che lo strumento riceve sul piano della disciplina nazionale. Come tale, sarà pertanto questa un'eventualità che lungi dal rappresentare un'ipotesi eccezionale è destinata ad assurgere a regola di funzionamento dell'istituto della penalità nell'ambito dello spazio giudiziario europeo.

¹⁴⁵ Per l'applicabilità dell'art. 39 del c.p.c. al processo esecutivo, v. G. TARZIA, *L'oggetto del processo di espropriazione* cit., p. 519 ss.; L. DITTRICH, «*Litispendenza esecutiva*», giudice «competente» a disporre la sospensione dell'esecuzione ex art. 624 c.p.c. e a decidere dell'opposizione all'esecuzione cit., p. 1377. In senso contrario, v., però, G. FRANCHI, *La litispendenza*, Padova, 1963, p. 14.

SEZIONE III
VERSO IL FONDAMENTO POSITIVO DI UNA
GIURISDIZIONE DI TIPO C.D. COMPLEMENTARE

20. *Ammissibilità dell'irrogazione della penalità, per la prima volta, da parte dei giudici dello Stato richiesto dell'exequatur della decisione principale.*

In tal modo delineati i tratti caratteristici del giudizio di *exequatur* avente ad oggetto una decisione di condanna al pagamento di una penalità, si deve ora concentrare l'attenzione sul secondo degli aspetti indicati in apertura della Sezione che precede. In particolare, il profilo che resta da verificare concerne la possibilità che il comando giudiziale contenuto in una decisione pronunciata in seno ad uno Stato membro possa essere rafforzato, a mezzo di misure di coercizione indiretta, *ex post*, ovvero nel momento della sua circolazione. Precisamente, la questione impone di chiedersi se la decisione straniera possa, o meno, beneficiare degli strumenti di coercizione indiretta contemplati dall'ordinamento dello Stato *ad quem*¹⁴⁶ dopo che la stessa sia stata ivi riconosciuta o munita di *exequatur*.

La questione attiene, pertanto, alla possibilità che lo Stato *ad quem* provveda esso stesso a dotare, per la prima volta, di una misura coercitiva una decisione dallo stesso riconosciuta ai sensi della disciplina regolamentare e che ne sia stata inizialmente sprovvista o perché l'ordinamento dello Stato del foro non contempla affatto misure

¹⁴⁶ In senso favorevole ad una tale possibilità v., Relazione Schlosser, in F. POCAR, *La convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze* cit., p. 517, punto 212; P. SCHLOSSER, *A new dimension of human rights' consideration in civil procedure* cit., p. 37 in cui il problema viene affrontato nella prospettiva del divieto di antidiscriminazione; A. STADLER, *Inländisches Zwangsgeld bei grenzüberschreitender Handlungsvollstreckung* cit., p. 431. Cauto in tal senso, laddove nell'ordinamento dello Stato *ad quem* siano già state emesse misure coercitive si mostra J. KROPHOLLER, *sub Art. 49, Europäisches Zivilprozessrecht Kommentar* cit., nr. 2; W. KENNETT, *Enforcement of Judgment in Europe* cit.. Se mal non si intende in senso favorevole a tale possibilità è anche l'opinione di H. GAUDEMET-TALLON, *Competence et execution des jugements en Europe* cit., p. 86; F. GERHARD, *L'exécution forcée transfrontière des injonctions extraterritoriales non pécuniaires en droit privé* cit., p. 534. In seno alla nostra dottrina, il primo ad aver affrontato il problema, propendendo per la soluzione affermativa, per lo meno laddove l'ordinamento dello Stato d'origine non contempli misure di coercizione indiretta è M. DE CRISTOFARO, *Esecuzione in personam, principio di territorialità e misure coercitive indirette nello spazio giudiziario europeo* cit., p. 27.

coercitive; oppure, ad esempio, perché stante i limiti positivi di applicazione¹⁴⁷ da esso previsti, la richiesta di applicazione di una misura coercitiva, pur avanzata dalla parte interessata, non sia stata ivi accolta¹⁴⁸. Oppure ancora, infine, perché il creditore preferisca chiedere il solo riconoscimento della decisione principale ed avvalersi delle misure coercitive contemplate dalla legge processuale dello Stato *ad quem* ritenendo queste ultime, per ipotesi, quelle maggiormente idonee a garantirne l'osservanza¹⁴⁹.

La questione è stata ampiamente discussa dalla dottrina, specialmente da quella austro-tedesca, la quale, in via interpretativa, è pervenuta a dare al problema soluzioni non sempre coincidenti ed, in buona misura, opposte. Nel silenzio della disciplina regolamentare sul punto, prima di prendere posizione per l'una o l'altra delle possibili alternative, mi sembra necessario mettere in luce gli argomenti che, rispettivamente, depongono in senso favorevole al riconoscimento, in capo al creditore, di una siffatta possibilità e quelli che, per contro, ne suggeriscono il rifiuto.

¹⁴⁷ Emblematica a tal riguardo la situazione del nostro ordinamento ove, la misura contemplata dall'art. 614-*bis* c.p.c. incontra il limite degli obblighi di dare (inclusi quelli di pagamento), consegnare o rilasciare beni e degli obblighi di fare e non fare fungibili. Non può, inoltre, essere sottaciuto che in seno al nostro ordinamento la concessione dell'*astreinte* è subordinata, oltre al vaglio giudiziale circa la sussistenza dei presupposti di legge all'*uopo* previsti, anche ad un preventivo vaglio tanto generico quanto ambiguo di "non manifesta iniquità dell'istanza di parte" essendo, infine, la sua pronuncia sempre rimessa alla motivata discrezionalità del giudice. Critici sull'ampia discrezionalità che connota la fase irrogativa della misura nel nostro ordinamento: M. BOVE, *Brevi riflessioni sui lavori in corso nel riaperto cantiere della giustizia civile*, in www.judicium.it; B. SASSANI – R. TISCINI, *Prime osservazioni sulla legge 18 giugno 2009, n. 69*, in www.judicium.it; G. F. RICCI, *La riforma del processo civile*, Torino, 2009, p. 91.

¹⁴⁸ Sulla questione, v. W. KENNETT, *Enforcement of Judgment in Europe* cit., p. 302; M. DE CRISTOFARO, *Esecuzione in personam, principio di territorialità e misure coercitive indirette nello spazio giudiziario europeo* cit., 27.

¹⁴⁹ In senso affermativo, V. OLG Karlsruhe, 19 dicembre 2004, in *ZZPInt.*, 1996, p. 91 che ha affermato: „Die Möglichkeit, im Urteilsstaat ein Zwangsgeld zu beantragen und als Geldtitel im Vollstreckungsstaat zu lassen, hindert nicht die Vollstreckbarerklärung des Unterhaltstitels selbst und seine Vollstreckung durch neu festgesetzte Zwangsmittel des Vollstreckungsstaates“.

21. *Il principio della c.d. assimilazione degli effetti e le ulteriori ragioni che inducono a ritenere che la decisione principale possa beneficiare degli strumenti di esecuzione processuale indiretta propri dell'ordinamento dello Stato ad quem*

La questione impone, a mio avviso, di prendere le mosse dagli effetti che, ai sensi del Reg. (CE) n. 44/2001, devono riconoscersi alla decisione straniera recepita in un altro Stato membro. L'ampiezza degli effetti assegnabile ad un provvedimento da parte dello Stato richiesto è, come noto, questione non declinabile in termini univoci in quanto strettamente connessa alla soluzione da quest'ultimo accolta in materia di recepimento delle pronunce straniere¹⁵⁰.

Ciò posto, giova tuttavia ricordare che in materia esistono due teorie principali di riferimento. Precisamente, accanto alla concezione che intende il riconoscimento quale semplice autorizzazione all'estensione degli effetti prodotti dalla sentenza nel proprio ordinamento di origine (meglio conosciuta come teoria della estensione degli effetti)¹⁵¹; se ne situa una seconda che, per converso, ritiene che il riconoscimento comporti la nazionalizzazione della decisione straniera, la quale, quanto alla portata dei propri effetti, viene ad essere disciplinata dalla legge processuale dell'ordinamento dello Stato richiesto del riconoscimento (meglio conosciuta come teoria dell'assimilazione degli effetti)¹⁵².

Accanto a tali teorie, è stata, inoltre, avanzata l'idea che, partendo dall'accoglimento del primo dei due modelli esposti, è giunta a dimostrare come, in ordine alla determinazione della portata degli effetti della decisione recepita, possa essere mantenuta una certa interferenza da parte dello Stato richiesto. In particolare, secondo tale opinione, a seguito del riconoscimento l'efficacia della pronuncia

¹⁵⁰ Cfr. A. ATTARDI, *La nuova disciplina in tema di giurisdizione italiana e di riconoscimento delle sentenze straniere* cit., p. 768, nt. 53.

¹⁵¹ E' noto come la questione relativa alla portata dell'efficacia di una sentenza straniera recepita nel nostro ordinamento si sia posta, in particolare, con riguardo al problema dei limiti oggettivi del giudicato, ove questi siano diversamente regolati dalla legge dello Stato di origine della pronuncia e da quello dello Stato chiesto. Il problema è stato risolto, da una parte della dottrina, mediante l'esclusivo richiamo all'ordinamento *a quo*, v. A. ATTARDI, *La nuova disciplina in tema di giurisdizione italiana e di riconoscimento delle sentenze straniere* cit., p. 768, nt. 53.

¹⁵² Sul tema, v. H. GAUDEMET-TALLON, *Competence et execution des jugements en Europe* cit., p. 281 ss.; E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere* cit., p. 119; A. CARRATTA, *La sentenza civile straniera tra "riconoscimento" ed "estensione dell'efficacia"* cit., p. 1148 ss.

straniera sarebbe circoscritta ai soli effetti comuni ad entrambi gli ordinamenti (c.d. teoria della doppia confinazione)¹⁵³.

Al fine di sciogliere il nodo interpretativo indicato, appare necessario, ancora una volta, prendere le mosse dal dato normativo il quale, tuttavia, appare sul punto poco utile. Invero, gli artt. 33 e ss. del Regolamento affermano la regola della ricezione automatica delle decisioni provenienti dagli altri Stati dell'Unione europea ma omettono di precisare in che cosa questo riconoscimento consiste.

A riguardo, è bene evidenziare come, nell'ambito del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni nello spazio giudiziario europeo, l'opinione prevalente abbia, infine, inteso privilegiare la tesi dell'estensione degli effetti¹⁵⁴. L'accoglimento della teoria da ultimo richiamata è stato, in particolare, motivato sulla scorta della valorizzazione di due indici principali di riferimento. Senza pretese di completezza, giova in particolare ricordare come una precisa indicazione in tal senso sia contenuta nella Relazione Jenard nella quale si afferma che "il riconoscimento deve avere come effetto di attribuire alle decisioni l'autorità e l'efficacia che esse rivestono nello Stato in cui sono state pronunciate".

La seconda indicazione è derivata da una precisa presa di posizione della Corte di Giustizia, la quale, chiamata a pronunciarsi sulla questione, ha chiarito, in via interpretativa, che riconoscere un provvedimento straniero significa "ammetterlo a produrre nel foro i medesimi effetti che esso ha nello Stato di origine"¹⁵⁵.

In merito è evidente allora come l'accoglimento della lettura che intende il riconoscimento come estensione di efficacia della sentenza straniera sembrerebbe poter configurare un ostacolo circa la possibilità che la decisione riconosciuta venga munita di una penalità nello Stato *ad quem*. Un tanto, quanto meno, laddove si voglia privilegiare quella lettura che riconnette alla penalità l'effetto, pur sempre discendente dalla decisione principale, di far sorgere un nuovo rapporto obbligatorio

¹⁵³ La teoria richiamata è stata elaborata da C. CONSOLO, *La tutela sommaria e la Convenzione di Bruxelles: la "circolazione" comunitaria dei provvedimenti cautelari e dei decreti ingiuntivi* cit., p. 628 e nt. 75; Id. *Evoluzioni nel riconoscimento delle sentenze straniere* cit., p. 29.

¹⁵⁴ F. P. MANSI, *Il giudice italiano e le controversie europee* cit., p. 344; E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere* cit., p. 119.

¹⁵⁵ Così, Corte Giust., 4 febbraio 1988, C-145/86, *Hoffmann*, in *FI*, 1988, IV, p. 321

di contenuto patrimoniale e di fonte giudiziale¹⁵⁶. Ed, invero, è bene evidenziare come, nella materia in esame, le opinioni favorevoli a riconoscere, in capo all'ordinamento dello Stato *ad quem*, la competenza ad irrogare una misura coercitiva siano indubbiamente partite dall'accoglimento della teoria concorrente, ovvero quella dell'assimilazione degli effetti che, quanto alla circolazione dell'efficacia esecutiva, è il modello che pare andando imporsi¹⁵⁷. Tale modello, come già brevemente accennato, postula che lo Stato *ad quem* abbia l'onere di riconoscere e di dotare la decisione straniera recepita dei medesimi effetti della omologa decisione interna. Tale per cui il giudice dello Stato richiesto sarebbe chiamato ad effettuare, nell'ambito in esame, una valutazione di tipo, per così dire, comparativo. Ovvero, avrebbe egli, innanzitutto, il compito di chiedersi se la decisione straniera riconosciuta, ove fosse stata pronunciata nell'ordinamento dello Stato *ad quem*, sarebbe stata, o meno, dotata di una misura coercitiva.

Gli indicatori che depongono in favore dell'accoglimento in via interpretativa della soluzione da ultimo prospettata sono essenzialmente due.

In primo luogo, una precisa indicazione in tal senso si rinviene nella Relazione Schlosser, laddove per l'appunto con specifico riferimento alla materia in esame il gruppo degli esperti ha precisato che l'organo giurisdizionale adito per il riconoscimento di una decisione pronunciata in uno degli Stati membri debba usare, ai fini di garantire il suo rispetto, gli stessi mezzi coercitivi che sarebbero ammessi per una corrispondente decisione interna¹⁵⁸.

¹⁵⁶ V. però in senso contrario F. GERHARD, *L'exécution forcée transfrontière des injonctions extraterritoriales non pécuniaires en droit privé* cit., p. 534 il quale ritiene che ammettere la pronuncia di una penalità di mora da parte dello Stato del riconoscimento non viola la teoria dell'estensione degli effetti. Un tanto sulla base del presupposto, a mio avviso, non pienamente condivisibile che la misura coercitiva non altera di per sé gli effetti della decisione riconosciuta né dal punto di vista della natura, né da quello del contenuto. La misura coercitiva, invero, secondo l'Autore "*ne donne pas plus de droits au créancier qu'il n'en détient déjà; elle ne sert qu'à assurer l'exécution de la décision principale*".

¹⁵⁷ Si sofferma, in particolare, sulla questione offrendone una soluzione positiva in virtù del modello dell'assimilazione degli effetti che sembra andando imporsi quanto alla circolazione dell'efficacia esecutiva delle decisioni, M. DE CRISTOFARO, *Esecuzione in personam, principio di territorialità e misure coercitive indirette nello spazio giudiziario europeo* cit., p. 27 secondo cui in capo allo Stato di ricezione vi sarebbe "l'onere di porre a disposizione dell'effettività dell'esecuzione del titolo esecutivo straniero i medesimi mezzi coercitivi che sono previsti per i corrispondenti provvedimenti interni".

¹⁵⁸ La Relazione elaborata da P. Schlosser è edita in F. POCAR, *La convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze* cit., p. 517, punto 212 a) laddove il gruppo degli esperti ha precisato che: "Qualora si chieda nella Repubblica Federale di Germania l'esecuzione di una tale decisione pronunciata in Irlanda o nel Regno Unito" (il riferimento è alle decisioni

Secondariamente, la possibilità che le decisioni straniere possano essere munite di misure coercitive nello Stato *ad quem* potrebbe farsi derivare dal principio, espresso più volte dalla Corte di Giustizia, secondo il quale, una volta che la decisione sia stata riconosciuta e munita di *exequatur* nello Stato *ad quem*, essa sarà portata ad esecuzione come se fosse una decisione interna di corrispondente contenuto¹⁵⁹.

Vale, infine, quanto meno la pena di rilevare che, accanto a coloro che prospettano, accogliendola, una simile possibilità vi è anche chi si interroga circa l'esistenza di un vero e proprio onere, facente capo all'ordinamento dello Stato *ad quem*, di porre a disposizione dell'effettività dell'esecuzione della decisione straniera riconosciuta i medesimi mezzi coercitivi, previsti per i corrispondenti provvedimenti interni,

giurisdizionali che condannano a prestazioni diverse dal pagamento d'una somma di denaro ed in particolare alle c.d. *injunctions* del diritto inglese), "l'organo giurisdizionale deve usare gli stessi mezzi coercitivi che sarebbero ammessi per una decisione tedesca corrispondente, ossia l'ammenda e l'arresto. Reciprocamente, l'organo giurisdizionale del Regno Unito e dell'Irlanda è tenuto ad infliggere pene per "*contempt of court*" come le infliggerebbe per l'inosservanza delle proprie decisioni".

Si noti che la questione era stata sottoposta all'attenzione della Corte di Giustizia dal BGH in un caso che vedeva coinvolti, da un lato, l'ordinamento giuridico italiano e, dall'altro, quello tedesco e vertente sulla richiesta di esecuzione in Germania di un provvedimento inibitorio ex art. 700 c.p.c.. La Corte Suprema Tedesca, in quell'occasione, aveva preso le mosse dalla constatazione per cui gli artt. 31, par. 1 e 34, par. 1 della Convenzione di Bruxelles devono essere intesi, in via generale, nel senso che lo Stato richiesto dell'esecuzione dovrebbe assicurare l'esistenza delle medesime condizioni favorevoli all'esecuzione delle sentenze straniere le quali devono essere munite degli stessi strumenti previsti per un'analoga decisione interna di contenuto corrispondente. Nel provvedimento in esame (BGH, 10 febbraio 2000, *Italian Leather c. Weco Polstermöbel*, ILP, 2000, 668) la Corte si è interrogata, in particolare, sulla correttezza, o meno, dell'applicazione in Germania di una misura coercitiva al fine di dare esecuzione ad un provvedimento inibitorio pronunciato in Italia che in tal modo, stando alla legislazione italiana al tempo vigente, sarebbe stato ammesso a godere di effetti più forti di quelli ad esso assicurati dalla legge dello Stato d'origine. Come noto, peraltro, la Corte di Giustizia in quell'occasione non è entrata nel merito della questione. V., C. CONSOLO – E. MERLIN, *Conflitto fra provvedimenti sommari-cautelari e diniego di riconoscimento: la Italian Leather segna una forzatura*, in *Int'l Lis*, 2002, p. 110.

¹⁵⁹ V. Corte Giust., 6 giugno 2002, C-80/2000, *Italian Leather Spa v. WEV Polstermöbel GmbH & Co*, in *Raccolta*, 2002, p. I-04995. Non vada, infine, dimenticato che in questa direzione si è posta, con specifico riferimento alla materia in esame, la Corte di Giustizia nella decisione del 12 aprile 2001, C-235/09, *DHL Express France c. Chronopost SA*, in *FI*, 2011, IV, p. 298 laddove ha affermato che: "Nel caso in cui il diritto nazionale dello Stato membro chiamato a riconoscere e ad eseguire la decisione del tribunale dei marchi comunitari non preveda alcuna misura coercitiva analoga a quella ordinata dal tribunale dei marchi comunitari che ha pronunciato un divieto di prosecuzione degli atti costituenti contraffazione o minaccia di contraffazione e che ha disposto congiuntamente tale misura coercitiva al fine di garantire il rispetto del divieto, il tribunale adito dello Stato membro in questione deve (...) realizzare l'obiettivo perseguito dalla citata misura coercitiva facendo ricorso alle pertinenti disposizioni del proprio diritto nazionale idonee a garantire in modo equivalente il rispetto del divieto inizialmente emanato". In dottrina, sulla questione, v. W. KENNETT, *Enforcement of Judgment in Europe*, cit., p. 302.

nell'ottica di assicurare ai creditori parità di trattamento nell'intero spazio giudiziario europeo¹⁶⁰.

In tal modo evidenziati gli argomenti che sembrano deporre, in senso favorevole, alla concessione di misure coercitive in via di *exequatur* della decisione riconosciuta è bene evidenziare come tale possibilità, laddove accolta, non si ponga, di per sé, in contrasto con quanto si è sostenuto circa la convinzione che l'art. 49 del Regolamento riservi al giudice dello Stato del foro la decisione sull'ammontare della misura, cui spetta in via esclusiva la relativa competenza liquidatoria. Ciò in quanto la norma mira a concentrare le decisioni in materia innanzi al giudice *a quo* che in linea di principio sarà quello maggiormente esperto a gestire le peculiarità tecniche dell'istituto a sé familiare. Nella presente sede ci si sta però occupando di un problema di verso. Vale a dire, è bene ripeterlo, quello concernente la possibilità che la decisione straniera possa essere dotata di una penalità nel momento della sua circolazione.

22. Aspetti procedurali in ordine all'irrogazione dei provvedimenti di coercizione indiretta da parte dell'ordinamento dello Stato ad quem a vantaggio della sentenza straniera

Una volta ammessa, in via interpretativa, la possibilità che l'irrogazione di un provvedimento coercitivo possa avvenire, per la prima volta, nell'ordinamento dello Stato *ad quem*, si deve, a questo punto, evidenziare come i problemi che, a tal riguardo, si pongono siano, in realtà, molteplici. Li si passa, qui di seguito, in veloce rassegna con l'intento di dedicare a ciascuno di essi le opportune osservazioni nelle pagine che seguono.

In primo luogo, vi è il problema di individuare la sede processuale competente nello Stato *ad quem* a svolgere un simile compito. Poiché, a mio avviso, quest'ultima non può essere ravvisata in quella innanzi a cui si celebra il giudizio di *exequatur*, stante le caratteristiche di semplificazione di cui quest'ultimo risulta connotato, altra è la

¹⁶⁰ In questo specifico senso, nell'ottica del divieto di discriminazione v. P. SCHLOSSER, *A new dimension of human rights' consideration in civil procedure* cit., p. 37.

soluzione che dovrà essere abbracciata, a seconda dell'ordinamento preso in considerazione¹⁶¹.

In secondo luogo, si pone la questione di capire quale sia il tipo di attività che, in tal caso, il giudice dello Stato *ad quem* è chiamato a svolgere. Vale a dire se si tratti di una attività di natura prettamente giurisdizionale ovvero, per converso, meramente esecutiva.

Da ultimo, sarà necessario comprendere, ai fini della completezza dell'indagine, quale sia il presupposto in forza del quale radicare la competenza del giudice *ad quem* ad irrogare penalità di mora destinate a costituire, pur sempre, un complemento della decisione straniera riconosciuta. In particolare, occorrerà vagliare se sia a tal fine sufficiente la mera presenza, nello Stato *ad quem*, di cespiti patrimoniali di proprietà del debitore aggredibili in via esecutiva; ovvero se nello Stato *ad quem* debba essere anche tenuto il *facere* infungibile o il *non facere* ordinati dal provvedimento recepito. Proprio la considerazione di tale ultimo aspetto ci offrirà, in particolare, il destro per fondare una critica all'opinione esposta la quale, come si cercherà di mettere convenientemente in luce, è bene dirlo sin d'ora, in realtà non convince pienamente in relazione ai possibili effetti che la stessa appare in grado di innescare in ordine all'utilizzo dello strumento a livello comunitario.

23. (segue) *L'individuazione della sede processuale competente*

Prima di ogni altro si pone il problema di individuare la sede processuale competente in cui potrà avvenire, nell'ordinamento *ad quem*, l'irrogazione dei provvedimenti di coercizione indiretta a presidio della sentenza straniera riconosciuta e che ne sia stata sprovvista nell'ordinamento d'origine per le più varie ragioni¹⁶².

A riguardo deve essere senz'altro esclusa la competenza del giudice dell'*exequatur*. I compiti richiesti a quest'ultimo ci appaiono infatti incompatibili con l'oggetto del relativo giudizio. Un tanto vale, specialmente, nello stato della disciplina attualmente

¹⁶¹ In tal senso e per un primo approfondimento della questione v. M. DE CRISTOFARO, *Esecuzione in personam, principio di territorialità e misure coercitive indirette nello spazio giudiziario europeo* cit., p. 27.

¹⁶² Sul punto, v. M. DE CRISTOFARO, *Esecuzione in personam, principio di territorialità e misure coercitive indirette nello spazio giudiziario europeo* cit., p. 27.

vigente ove la fase *ex parte* del procedimento è stata oltremodo semplificata, sino a renderla, come già si è visto, uno stadio di mero controllo formale della regolarità della documentazione prodotta¹⁶³.

L'esigenza di preservare le garanzie del giusto processo e del contraddittorio integro nella fase in esame sia in ordine all'accertamento del presupposto applicativo della misura (vale a dire, l'accertamento della persistenza dell'inadempimento al *dictum* giudiziale) sia in ordine alla determinazione dell'ammontare della misura inducono, pertanto, ad individuare una diversa soluzione. Appare, dunque, necessario prospettare le diverse sedi competenti cui, nei principali ordinamenti dell'Unione, istanze volte a richiedere l'emanazione della penalità potrebbero essere rivolte dal creditore vittorioso.

Partendo dall'ordinamento francese, mi pare che tale istanza andrà presentata al giudice dell'esecuzione. Invero, a norma dell'art. 33 al. 2 della legge 91-650 il giudice dell'esecuzione, oltre ad essere dotato della competenza generale in materia di liquidazione dell'*astreinte*, ha anche il potere di irrogare un'*astreinte* a sostegno di una decisione pronunciata da un altro giudice "*si les circonstances en font apparaître la nécessité*"¹⁶⁴. Laddove, concordando sul punto con la dottrina francese, nulla impedisce di ritenere che il giudice "altro" possa essere anche un giudice straniero¹⁶⁵. La medesima soluzione dovrebbe valere anche per gli ordinamenti tedesco e austriaco in cui, come più volte si è messo in luce, la competenza ad emettere lo *Zwangsgeld* e l'*Ordnungsgeld* appartiene all'organo giudiziario di primo grado in veste di giudice dell'esecuzione.

¹⁶³ V., ancora, M. DE CRISTOFARO, *Esecuzione in personam, principio di territorialità e misure coercitive indirette nello spazio giudiziario europeo* cit., p. 27. Si veda però che il BGH nel già citato provvedimento del 10 febbraio 2000 in critica all'opzione del Presdinet del Landgericht Koblenz di concedere la formula esecutiva assistendola immediatamente con uno *Zwangsgeld* aveva rilevato: "*Art. 34 §1 of the Convention, which provides that the party against whom enforcement is sought is not entitled to make any submissions before a decision on the application for enforcement, does not exclude a warning concerning sanctions, notwithstanding §891 ZPO, if the decision on enforcement is regarded as part of the procedure dealing with the main issue in the enforcement State. Otherwise the warning can be issued at a later date on application by the party seeking enforcement, after the other party has been heard, even in appeal proceedings*".

¹⁶⁴ Così si pronuncia anche la dottrina francese favorevole all'ammissione di una consimile possibilità v. F. GERHARD, *L'exécution forcée transfrontière des injonctions extraterritoriales non pécuniaires en droit privé* cit., p. 534. Da noi, in tal senso M. DE CRISTOFARO, *Esecuzione in personam, principio di territorialità e misure coercitive indirette nello spazio giudiziario europeo* cit., p. 27.

¹⁶⁵ Così F. GERHARD, *L'exécution forcée transfrontière des injonctions extraterritoriales non pécuniaires en droit privé* cit., p. 534.

Maggiormente problematica appare la situazione degli Stati del Benelux¹⁶⁶ e quella del nostro ordinamento. Come si è già visto, infatti, tali esperienze attribuiscono il potere di irrogare la misura coercitiva al giudice della cognizione, contestualmente alla pronuncia della decisione principale. In seno a tali Paesi è, dunque, giocoforza necessario pensare ad un procedimento di tipo speciale volto a tenere conto della natura straniera della decisione principale riconosciuta, sulla falsariga della prassi formatasi, proprio nei Paesi del Benelux, e volta a munire del requisito della definitività la penalità di cui il creditore intende avvalersi in un diverso Stato membro¹⁶⁷.

L'istanza avente ad oggetto l'irrogazione di una nuova misura coercitiva parrebbe dunque dover essere presentata al giudice di primo grado magari, da noi, nelle snelle forme del rito sommario¹⁶⁸.

Appare, tuttavia, doveroso rilevare come il riconoscimento, in capo al creditore di una facoltà siffatta, si scontri, in seno al nostro ordinamento, con il dato letterale dell'art. 614-*bis* c.p.c. e l'interpretazione che di esso ne è stata data dagli studiosi. Quest'ultimo, invero, nel prevedere che "Con il provvedimento di condanna il giudice (...) 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 (...)" sembra postulare una necessaria contestualità tra la pronuncia del provvedimento principale e quella dell'*astreinte*¹⁶⁹. Ed, invero, all'indomani dell'entrata in vigore della disposizione una buona parte della dottrina, pur in chiave critica rispetto alla scelta compiuta dal legislatore¹⁷⁰, si è espressa nel senso contrario all'eventualità che la parte riconosciuta vincitrice all'esito del giudizio si attivi successivamente per l'ottenimento della misura *ex art. 614-bis* c.p.c. della quale, pur

¹⁶⁶ V., M. B. DE BOER, *Osservazioni sull'astreinte nel diritto processuale civile olandese* cit., p. 799. A riguardo si potrebbe pensare ad un procedimento di tipo eccezionale strutturato sulla falsariga di quanto si è visto per la appendice liquidatoria della misura interna al fine di consentirne la circolazione in ambito comunitario. A riguardo v. anche M. DE CRISTOFARO, *Esecuzione in personam, principio di territorialità e misure coercitive indirette nello spazio giudiziario europeo* cit., p. 28.

¹⁶⁷ Sulla possibilità di ipotizzare un intervento successivo del giudice che ha disposto la misura coercitiva, v. C. CONSOLO – F. GODIO, *sub Art. 614-bis c.p.c.*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile commentato – La riforma del 2009* cit., pp. 299-302.

¹⁶⁸ Vedi relativamente ai Paesi del Benelux, M. B. DE BOER, *Osservazioni sull'astreinte nel diritto processuale civile olandese* cit., p. 807 ss.

¹⁶⁹ Così, C. CONSOLO – F. GODIO, *sub Art. 614-bis c.p.c.*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile commentato – La riforma del 2009* cit., p. 2.

¹⁷⁰ V. C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Come cambia il processo civile* cit., p. 96.

sussistendo i relativi presupposti di applicabilità, abbia omissis di fare istanza nel corso del procedimento principale.

Senza voler trascurare l'importanza del problema, è questo sicuramente un dato di cui occorre tenere conto. Mi sembra, tuttavia, che laddove motivata con la necessità di assistere la circolazione del provvedimento straniero, sia questa un'istanza che, pur sconosciuta al diritto interno, la nostra giurisprudenza dovrebbe, in linea di principio, considerare ammissibile ed assecondare.

24. (segue) *La natura del giudizio: tra attività di cognizione e attività meramente esecutiva*

In tal modo individuate le sedi processuali che, in linea di principio, dovrebbero essere considerate competenti a svolgere un siffatto compito resta da chiedersi quale sia la natura dell'attività giurisdizionale che esse devono mettere a disposizione del provvedimento straniero recepito. A me pare che, indubbiamente, l'irrogazione di una penalità da parte dello Stato *ad quem* richiederà lo svolgimento da parte dell'autorità giurisdizionale adita di una attività di natura prettamente cognitiva. In capo al giudice richiesto sorgerà, invero, il compito di svolgere un'attività di natura che conterà: i) innanzitutto, nell'apprezzamento del contenuto del provvedimento straniero; ii) secondariamente, nell'accertamento della persistenza dello stato di inadempimento al provvedimento medesimo; iii) in terzo luogo, nella verifica dei presupposti per applicare, ai sensi del diritto interno, la misura coercitiva; iv) infine, nella fissazione del contenuto e dell'ammontare della misura medesima¹⁷¹.

Trattasi di un compito non facile e nei confronti del quale, a mio avviso, solo in rari casi, il giudice dello Stato *ad quem* potrà dirsi realmente attrezzato. Senza entrare nel dettaglio, ritengo opportuno precisare che se è indubbio che la misura coercitiva sarà, in questi casi, scelta e disciplinata dalla legge processuale dello Stato *ad quem*, l'interpretazione del tenore condannatorio del provvedimento estero e l'accertamento della persistenza dello stato di inadempimento dello stesso andranno, a mio modo di vedere, valutati sulla base della *lex causae* in forza della quale il giudice *a quo* ha

¹⁷¹ Cfr., M. DE CRISTOFARO, *Esecuzione in personam, principio di territorialità e misure coercitive indirette nello spazio giudiziario europeo* cit., p. 28.

definito il merito litigioso. Chiaro è allora che, specialmente in presenza di adempimenti parziali o inesatti, la decisione se irrogare o meno la misura coercitiva potrà non sempre risultare di piana e agevole soluzione.

In conclusione, sembra doveroso evidenziare che laddove l'opinione esposta trovasse effettivo accoglimento nella prassi applicativa dello strumento, essa potrebbe offrire fondamento a quella prospettiva, certamente affascinante anche se, forse, nell'attuale stato dell'arte della materia, un poco prematura, che è stata autorevolmente definita della giurisdizione di c.d. "complemento"¹⁷².

25. Una critica all'opinione esposta. Le ragioni che inducono a concentrare la competenza in capo al giudice dello Stato d'origine della pronuncia principale

In tal modo ripercorse le ragioni che la dottrina suole addurre a fondamento dell'ammissione della possibilità che la penalità sia pronunciata, per la prima volta, da parte dei giudici dello Stato che abbia riconosciuto o dotato di *exequatur* la decisione principale, ritengo a questo punto necessario porre in luce quelle che invece, a mio avviso, ne consigliano il rifiuto. Le coordinate del problema che ci si accinge ad affrontare sono state, almeno in parte, tracciate nel corso del secondo Capitolo laddove l'attenzione è stata dedicata all'individuazione della giurisdizione competente alla pronuncia delle decisioni che applicano una penalità.

Già in quella sede (v. Capitolo II, Sez. III, § 19), prospettando le possibili alternative che si presentano all'attore nel momento in cui egli desidera ottenere l'applicazione di una misura coercitiva si è espressa l'idea, sostenuta, per vero, da una esigua parte della dottrina, cui, tuttavia, ritengo di prestare adesione, secondo cui la competenza in esame dovrebbe spettare in via esclusiva alla giurisdizione dello Stato membro che ha deciso la controversia principale nel merito¹⁷³. E ciò in forza della convinzione

¹⁷² In tal senso v., ancora, M. DE CRISTOFARO, *Esecuzione in personam, principio di territorialità e misure coercitive indirette nello spazio giudiziario europeo* cit., p. 27; C. CONSOLO, *Limiti all'esecuzione di decisioni straniere* cit., p. 414, in part. nt. 25.

¹⁷³ V., F. GERHARD, *L'exécution forcée transfrontière des injonctions extraterritoriales non pécuniaires en droit privé* cit., p. 535 il quale, pur in chiave critica, cita un'opinione conforme a quella qui sostenuta, proposta da G. DE LEVAL – J. VAN COMPERNOLLE, *Les problèmes posés par l'exécution de l'astreinte*, in *Dix ans d'application de l'astreinte, Colloque par le C.I.E.A.U.*, Bruxelles, 1991, p. 242.

che lo sganciamento della prima dalla seconda è in grado di innescare un utilizzo distorto dello strumento in esame le cui conseguenze devono essere, a mio avviso, conosciute e, se possibile, evitate. Un tanto, specialmente, in un contesto, quale quello attuale, in cui, come già si è posto in luce, il diritto processuale europeo ancora non conosce strumenti che garantiscano un certo coordinamento tra più procedure esecutive instaurate sulla base del medesimo titolo esecutivo.

Il dato di partenza da cui conviene prendere le mosse e sul quale, mi sembra, si possa concordare è che certamente il giudice che ha deciso la controversia principale è quello maggiormente attrezzato ad irrogare, in via ausiliaria, la decisione di condanna alla penalità. Se questa, invero, ha quale scopo ultimo quello di premere sul debitore affinché esegua spontaneamente l'obbligo principale, il giudice che ha conosciuto e apprezzato quest'ultimo nel merito sarà, al contempo, quello che meglio saprà calibrare la misura alle esigenze di induzione e coazione all'adempimento cui essa è preordinata.

Ciò premesso, è bene mettere in luce, come, in quest'ambito, la concentrazione della competenza ad irrogare la penalità nello Stato del foro risponda ad una duplice necessità. Come si cercherà di dimostrare, essa concorre: da un lato, a garantire al debitore una precisa esigenza di prevedibilità e di certezza del diritto; dall'altro, a salvaguardare la piena validità del criterio di accessorietà che, come dovrebbe essere emerso dalle pagine che precedono, governa tutta la materia in esame. La questione è abbastanza delicata e, come tale, merita di essere un poco meglio precisata e approfondita.

Partiamo, dunque, dal primo degli aspetti poc'anzi evidenziati. Per comprendere in quali termini la concentrazione della competenza ad irrogare la penalità in capo al giudice dello Stato del foro concorra ad assicurare al debitore una esigenza di prevedibilità e certezza del diritto è necessario retroagire, pur brevemente, sulla natura delle obbligazioni controverse che, nell'ambito in esame, possono venire in rilievo. Come noto, il campo di applicazione delle penalità è specialmente, anche se non solo, quello delimitato dagli obblighi di fare (infungibili) e dagli obblighi di non fare.

Obblighi, questi ultimi, che non necessariamente possono essere localizzati in un determinato Stato membro. Si pensi, ad esempio, al caso limite degli obblighi di non

fare a carattere c.d. illimitato, i quali non godono di una precisa localizzazione spaziale, dovendo, per ipotesi, essere concretamente posti in essere contemporaneamente in tutti e ventisette gli Stati membri dell'Unione. In un caso siffatto è evidente allora che, ad ammettere una consimile possibilità, il creditore potrebbe rivolgersi ad uno qualsiasi dei giudici competenti in seno agli Stati membri o, per ipotesi, contemporaneamente a più d'uno, o, sinanche, a tutti, al fine di chiedere l'applicazione di una penalità a sostegno della vincolatività della decisione principale di cui abbia interesse ad ottenere ivi il riconoscimento e l'esecuzione. Un tanto sulla base dell'assunto che colà deve essere concretamente adempiuto il comando giudiziale e che ivi sarà intrapresa l'esecuzione forzata sulla base del titolo esecutivo incorporante la condanna alla penalità¹⁷⁴.

In un caso come quella prefigurato si produrrebbe, pertanto, l'ipotesi, in un certo senso davvero paradossale, in cui nei confronti del debitore possano essere irrogate tante penalità, quanti sono gli Stati membri. E ciò in difetto di qualunque criterio in base al quale l'iniziativa del creditore, in uno, piuttosto che in un altro, Stato membro, possa essere prevista da parte del debitore. In questo scenario, si arriverebbe pertanto ad ammettere, in via interpretativa, un cumulo di mezzi di coercizione indiretta a presidio dell'unica decisione di condanna principale tale da dare luogo, senz'altro, ad un eccesso della pressione psicologica che induca il debitore ad adempiere. Scenario, quest'ultimo che, francamente, laddove ci si ponga nell'ottica di un contemperamento e della salvaguardia delle esigenze di tutela di quest'ultimo non pare seriamente accettabile.

Tale ultima considerazione offre il destro per introdurre la disamina del secondo degli aspetti indicati in apertura del presente paragrafo. Ci si riferisce alla convinzione, sino ad ora solo accennata, che la necessaria coincidenza tra la giurisdizione sul merito e la giurisdizione sulla penalità sia funzionale anche ad assicurare uno svolgimento pienamente coerente del principio di accessorietà. Come si è già più volte messo in luce, invero, la decisione che irroga una penalità deve

¹⁷⁴ Vedi in chiave critica all'accoglimento di una simile possibilità, W. KENNETT, *Enforcement of Judgment in Europe* cit., p. 302, la quale incisivamente si chiede: "Is it, and should it be, possible for a judgment creditor to obtain a judgment on the merits in one State, seek an astreinte in another State, and then enforce the astreinte in a third State (or even the first State)? Can a judgment creditor go to any State in which the defendant has assets and obtain an astreinte there, to be enforced out of those assets, or should there be a further jurisdictional criterion to be satisfied?".

essere apprezzata, sul piano della circolazione comunitaria quale accessorio, ad una decisione di carattere principale. Ne consegue, a mio avviso, che se una è la decisione principale; una sola potrà, altresì, essere la relativa penalità accessoria. In altri termini, non è, a mio avviso, corretto ritenere che, a fronte del medesimo provvedimento di condanna principale, plurime possano essere le misure coercitive indirette a carattere pecuniario volte a garantirne l'osservanza e ad assisterne la circolazione. Un tanto trova conferma nella stessa natura della misura coercitive sia laddove se ne consideri l'anima privatistica; sia, in particolar modo, laddove se ne apprezzi l'anima pubblicistica. Invero, se una è ben individuata è l'Autorità giudiziaria che ha pronunciato la decisione principale la salvaguardia e il rispetto dovuto nei confronti del provvedimento da essa dato dovrebbe, di per sé, giustificare l'irrogazione di una sola misura coercitiva.

Se si concorda con quanto sin qui osservato, la conseguenza che, per coerenza, è necessario farne derivare è che anche laddove il creditore si sia attivato contemporaneamente in più Stati membri al fine di ottenere, da parte di ciascuno, l'irrogazione di una penalità, il pagamento spontaneo o la soddisfacente conclusione dell'esecuzione forzata che sulla base del relativo titolo esecutivo sia stata intrapresa in uno Stato membro condurrà al blocco delle ulteriori ed autonome iniziative esecutive altrove avviate. Il mancato raggiungimento, da parte della penalità, del suo scopo principe, vale a dire, indurre il debitore all'adempimento spontaneo del *decisum* principale, non impedirà, invero, in questi casi di ritenere consumata l'azione esecutiva (indiretta).

26. *L'abuso dei mezzi di coercizione indiretta e i rischi correlati ad un possibile "enforcement shopping"*

In un contesto come quello raffigurato, se si concorda sull'assunto che, in ogni caso, nell'ambito dello spazio giudiziario europeo, una sola potrà essere la penalità suscettibile di essere portata ad esecuzione coattiva, non appare compito troppo difficile quello di dimostrare come il riconoscimento, sul piano interpretativo, della possibilità di chiedere l'irrogazione della misura coercitiva in uno Stato membro

diverso da quello della pronuncia della decisione principale possa concorrere a dare luogo a fenomeni di abuso tanto del diritto, quanto del processo. Il creditore, invero, in questi casi, potrebbe essere indotto a moltiplicare le proprie iniziative processuali al mero scopo di ricercare il massimo grado di coercizione che induca il debitore a conformarsi spontaneamente all'obbligo consacrato nei suoi confronti dalla decisione di condanna principale.

Un'altra appare, infine, la ragione che induce a considerare maggiormente desiderabile, in quest'ambito, il mantenimento dell'unicità del titolo esecutivo incorporante la condanna alla penalità. Ci si riferisce all'eventualità che il creditore sia indotto a ricercare quella giurisdizione che gli consenta di ottenere la misura coercitiva pecuniaria a lui maggiormente congeniale. Vale a dire, quella giurisdizione che goda, da un lato, delle maglie più elastiche nella valutazione del tipo di obbligo inadempito che possa essere assistito da una misura di coercizione indiretta di carattere pecuniario; dall'altro, dei criteri maggiormente generosi per la relativa liquidazione¹⁷⁵. Detto in altri termini, a me sembra, che piuttosto facile sarebbe l'eventualità di dare luogo, nella materia in esame, a fenomeni di "enforcement shopping" e, insieme a quest'ultimo, di vero e proprio "enforcement running". Tale ultimo aspetto si lascia particolarmente apprezzare nell'ipotesi in cui il creditore abbia moltiplicato le iniziative processuali tese ad ottenere l'irrogazione di più penalità a sostegno dell'unico provvedimento di condanna principale. A tale riguardo giova, invero, osservare che, in tale ipotesi, accanto all'interesse del creditore, volto alla ricerca della giurisdizione dotata dei criteri di quantificazione della penalità maggiormente elastici e generosi, si verrebbe a situare quello concorrente e, opposto, facente capo al debitore. Pertanto, ove si concordi con l'assunto da cui siamo partiti, quest'ultimo avrebbe buon gioco a liberarsi del proprio obbligo di pagamento dovuto a titolo di penalità saldando spontaneamente quella che per lui risulti maggiormente conveniente, vale a dire quella meno onerosa. Come si è visto nel paragrafo che precede, invero, tale pagamento oltre a consumare l'azione esecutiva (indiretta) del creditore nello Stato membro interessato, dovrebbe, altresì, provocare il blocco delle ulteriori iniziative esecutive da quest'ultimo avviate negli altri Stati membri. Ferma, si intende, in questo caso, la possibilità, per l'avente diritto

¹⁷⁵ Cfr., W. KENNETT, *Enforcement of Judgment in Europe* cit., p. 302

di attivarsi nuovamente davanti ai giudici dello Stato di provenienza della decisione principale per ottenere l'irrogazione di una nuova penalità.

27. Brevi notazioni di chiusura e introduzione allo scenario futuro: le preannunciate modifiche alla disciplina regolamentare. L'abolizione del presupposto speciale per la circolazione delle decisioni che applicano una penalità e l'attribuzione al giudice dello Stato ad quem del potere di provvedere alla relativa liquidazione

Il quadro che si è cercato di delineare nelle pagine che precedono mostra come sia difficile ricavare dallo scarno dato normativo di riferimento contenuto nell'art. 49 del Regolamento (CE) n. 44/2001 una disciplina il più possibile efficace e coerente della circolazione delle misure coercitive nello spazio giudiziario europeo sulla base dei soli strumenti ermeneutici. In particolare, una volta esaminati e discussi i molteplici interrogativi che nella stessa non trovano sufficiente risposta, l'unica certezza che, a mio avviso, ne emerge è quella della rilevante difficoltà di pervenire a solidi risultati interpretativi sulla sola base dell'ermeneutica letterale di tale articolo.

Si è già avuto modo di notare come, sino ad ora, il compito di chiarire - almeno in parte - il contenuto della disposizione sia stato demandato da parte del legislatore comunitario alla Corte di Giustizia, la quale è intervenuta fornendo alcune indicazioni di principio che, pur essendo in sé apprezzabili, hanno tuttavia trascurato totalmente di coordinare tale disciplina con le altre norme poste dal Regolamento¹⁷⁶ e di considerare l'aspetto, altrettanto cruciale, dell'innesto dello strumento nel tessuto

¹⁷⁶ A tale riguardo non si può fare a meno di osservare come, sino ad ora, l'intervento dei giudici comunitari si sia esplicato in forma alquanto ridotta a causa dei limiti cui, come noto, era soggetto il meccanismo del rinvio pregiudiziale sino all'approvazione del Trattato di Lisbona. L'entrata in vigore di quest'ultimo ha infatti fatto venire meno il limite, precedentemente previsto dall'art. 68 del Trattato Ce, il quale come ben noto riservava la possibilità di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia relativamente agli atti adottati in materia di cooperazione giudiziaria civile ai giudici di ultima istanza. L'art. 267 del Trattato di Lisbona abrogando la previgente disciplina ha esteso, per contro, a tutti gli organi giurisdizionali degli Stati membri la facoltà di interpellare in via interpretativa la Corte.

A tal riguardo, non si può fare a meno di considerare che l'adozione di misure coercitive è, in quasi tutti gli ordinamenti, rimessa alla competenza dei giudici di merito e sicuramente ne è esclusa la trattazione innanzi ai giudici di ultima istanza. Stando così le cose è evidente come l'intervento chiarificatore dei Giudici del *Kirchberg* poteva nella pratica essere invocato solo nella fase di dichiarazione di esecutività delle relative decisioni irrogative.

normativo interno degli Stati membri. Innesto che, come si è visto, risulta concepibile solo al prezzo di rilevanti sforzi interpretativi.

Di un tale stato di cose appare consapevole lo stesso legislatore comunitario che, nella proposta di revisione del Reg. (CE) n. 44/2001, era apparso, in un primo tempo, intenzionato ad intervenire incisivamente anche sulla disciplina della circolazione delle decisioni che applicano una penalità. Gli scenari futuri sulla circolazione di siffatte decisioni nello spazio giudiziario europeo sembravano, invero, in un primo tempo, destinati a presentarsi come densi di novità.

Appare, peraltro, opportuno, a questo punto dell'indagine, interrogarsi innanzitutto sulla reale portata del problema, vale a dire se un intervento riformatore in sede di revisione del Reg. (CE) n. 44/2001 fosse, o meno, realmente necessario. La risposta è senz'altro affermativa. Gli studi condotti su incarico della Commissione, attraverso i quali si è cercato di acquisire dati e valutazioni circa l'applicazione dell'art. 49 Reg. (CE) negli Stati membri depongono, invero, in senso positivo. Precisamente, gli illustri Studiosi che tali studi hanno condotto¹⁷⁷ hanno ben evidenziato le lacune principali della normativa attualmente vigente e hanno suggerito ipotesi di riforma al fine di contribuire alla migliore concretizzazione di quella che è considerata la *ratio* della disposizione in esame¹⁷⁸. Vale a dire, garantire l'effettiva libertà di circolazione delle decisioni di condanna ad un fare infungibile o ad un non fare nell'ambito dello

¹⁷⁷ V., in particolare, il *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States* presentato da B. HESS – T. PFEIFFER – P. SCHLOSSER nella sua versione definitiva del settembre 2007, scaricabile gratuitamente dal sito internet:

www.ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_application_brussels_1_en.pdf.

¹⁷⁸ Si riportano, di seguito, le direttrici di modifica che tali illustri studiosi hanno individuato per la riformulazione dell'art. 49 del Reg. (CE) n. 44/2001. “*The following amendments should be envisaged: (1) A clarification that a judgment ordering the debtor to do or to refrain from doing a specific act in another Member State is generally permitted. (2) A clarification that the judicial authority rendering the declaration of enforceability or the competent organ according to the internal law of the Member State of enforcement is empowered to assess the amount of the payment. (3) A clarification that payments to the fiscal authorities of the Member State of origin (as contempt fines) shall be collected by the judicial authorities of the Member State of enforcement. The transfer of the money shall be effected. (4) Finally, the wording of the second paragraph should be clarified by deleting the reference to a “final” determination*”. V., B. HESS - T. PFEIFFER - P. SCHLOSSER, *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States* cit., punto 619. Così, nella proposta di tali Studiosi avrebbe dovuto recitare il nuovo testo dell'art. 49 del Reg. (CE) n. 44/2001: “*(1) A foreign judgment which orders a payment by way of a penalty shall be enforceable in the Member State in which enforcement is sought. (2) The court or competent authority for the declaration of enforceability shall fix the amount of the payment if that amount has not been determined by the courts of the Member State of origin*”.

spazio giudiziario europeo¹⁷⁹. Un tanto sulla base dell'assunto che queste ultime, specie nell'ambito di determinati settori, primo tra tutti quello della tutela dei diritti derivanti da proprietà intellettuale e di privativa industriale, rivestono un'importanza cruciale per il corretto funzionamento del mercato interno.

Le difficoltà di individuare precise direttrici di riforma, in questo contesto, derivano e sono acuite, tuttavia, dalla esiguità dei dati giurisprudenziali di riferimento. Invero, alle conclusioni proposte, tali illustri Studiosi sono giunti nonostante le risposte fornite dai giudici nazionali sull'indagine compiuta in relazione all'applicazione dell'art. 49 del Regolamento non avesse fornito dati tali da far ritenere il tema di centrale importanza. Il Professor Hess rileva, infatti, come, di frequente, non sia stato possibile ottenere informazioni sul tema in esame da parte dei giudici dei Paesi membri coinvolti nell'indagine in quanto le Corti sembrano avere un'esperienza pratica limitata nel contesto delle c.d. *cross-border injunctions*¹⁸⁰.

Dell'opportunità di chiarire il reale contenuto precettivo della disposizione si è fatta, da ultimo, carico la Commissione che, nel Libro verde del 2009, ha dedicato attenzione anche alla tematica della circolazione delle misure coercitive nello spazio giudiziario europeo¹⁸¹. In particolare, la Commissione, persuasa circa l'opportunità di migliorare la disciplina vigente, aveva ritenuto necessario intervenire in questa materia, intraprendendo una duplice direttrice di riforma.

In primo luogo, la Commissione aveva ritenuto necessario intervenire su quello che, nel corso del presente lavoro, è stato definito il "presupposto speciale" per la circolazione delle "decisioni che applicano una penalità" suggerendo, al fine di migliorare la libera circolazione delle decisioni in esame, di consentire che il relativo importo potesse essere fissato alternativamente o dal giudice d'origine o da

¹⁷⁹ Così, B. HESS - T. PFEIFFER - P. SCHLOSSER, *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States* cit., p. 271, punto 612.

¹⁸⁰ V., B. HESS - T. PFEIFFER - P. SCHLOSSER, *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States* cit., punto 612.

¹⁸¹ Trattasi del Libro Verde sulla Revisione del Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in COM (2009) 175 def. in cui la Commissione al par. 8.3. osserva: "la libera circolazione delle decisioni che impongono pagamenti a titolo di penalità potrebbe essere migliorata facendo in modo che l'importo da pagare sia fissato dal giudice d'origine o da un'autorità dello Stato membro dell'esecuzione. Si dovrebbe poi esaminare in quale misura il regolamento debba permettere il recupero delle penalità non solo da parte del creditore, ma anche da parte del giudice o delle autorità fiscali".

un'autorità giurisdizionale a ciò designata da parte dello Stato membro richiesto dell'esecuzione.

In secondo luogo, nel Libro Verde la Commissione aveva accennato al problema maggiormente tormentato della materia in esame stimolando gli Stati membri a riflettere sull'opportunità di permettere il recupero delle somme erogate a titolo di penalità non solo a favore del privato creditore ma anche delle autorità fiscali o amministrative.

Nel dicembre dell'anno 2010, la Commissione ha, come noto, presentato una proposta di Regolamento (di seguito, per brevità indicata come la "*Proposta*")¹⁸² i cui contenuti hanno preso solo in parte posizione in ordine agli interrogativi a suo tempo prospettati nel Libro Verde. Tale Proposta teneva, infatti, conto delle difficoltà e delle aspre perplessità interpretative sollevate a riguardo dagli Stati membri e dalle altre parti coinvolte nella consultazione avviata per mezzo di quest'ultimo.

In estrema sintesi, i contenuti della c.d. Proposta di rifusione del Regolamento Bruxelles I, confermavano l'intenzione di discostarsi, in buona misura, dalla disciplina previgente, ed evidenziavano la necessità, in questa materia, di esigere alcune modalità di cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri maggiormente intense e che bene dessero l'idea della necessità di procedere ad una più forte integrazione tra gli Stati membri. Pur potendosi condividere lo spirito che aveva animato l'introduzione delle modifiche proposte, non si può tuttavia omettere di evidenziare come il tenore di queste ultime contribuisse, sin dall'origine, a fondare l'impressione che esse fossero state formulate senza tenere in debita considerazione alcune evidenti problematiche di fondo, laddove dalla loro valutazione sul piano astratto si fosse passati a considerarne l'impatto concreto nella prassi applicativa dello strumento.

Ciò premesso, sembra, a questo punto, doveroso, dedicare un poco l'attenzione in ordine alle modifiche indicate, a suo tempo, dalla Commissione con riguardo all'art. 49 del Reg. (CE) n. 44/2001, del quale, per prima cosa, sarebbe stata cambiata la numerazione con collocazione all'interno del nuovo art. 67 della Proposta. Questo, in particolare, il testo riformulato dell'articolato normativo in esame: "Le decisioni

¹⁸² Trattasi della Proposta di Regolamento Europeo del Parlamento e del Consiglio concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (c.d. rifusione), COM(2010), 748.

emesse in uno Stato membro che applicano una penalità sono esecutive nello Stato membro richiesto dell'esecuzione in conformità della Sezione I o II a seconda dei casi. Il giudice o l'autorità competente dello Stato membro dell'esecuzione fissa la misura di quest'ultima qualora non sia stata definitivamente fissata dai giudici dello Stato membro d'origine".

Per quanto più strettamente attiene la materia oggetto del presente studio, giova evidenziare come la Proposta contenesse una disciplina senz'altro innovativa, chiaramente ispirata dall'intento di realizzare una più stretta cooperazione tra la giurisdizione adita per il merito e la giurisdizione adita per l'esecuzione. Cercando, in tal modo, di incidere su una delle questioni più delicate delineate nelle pagine che precedono. Non si trattava, tuttavia, di un intervento realmente chiarificatore.

A partire dalla questione concernente l'ampiezza dell'ambito di applicazione della norma, vi è da segnalare come, nonostante i buoni propositi iniziali, nulla venisse in realtà detto.

In secondo luogo, la riforma intrapresa avrebbe dovuto condurre all'eliminazione di quello che abbiamo definito il presupposto speciale per l'esecuzione delle decisioni che applicano una penalità, vale a dire sulla necessaria "definitività" di quest'ultima. La nuova formulazione dell'articolo prevedeva, invero, che dovesse essere "il giudice o l'autorità competente dello Stato membro dell'esecuzione" a fissare la misura della penalità ove questa non fosse "stata definitivamente fissata dai giudici dello Stato membro d'origine".

Ciò posto, è bene rilevare come gli scenari futuri del tema in esame, in un primo tempo apparsi come densi di ricche novità, saranno in realtà molto meno innovativi di quanto ci si potesse aspettare.

I contenuti della Proposta di revisione non sono, invero, passati al vaglio del Consiglio¹⁸³ il quale ha sostanzialmente bocciato tutte le modifiche avanzate dalla Commissione. La formulazione del nuovo articolo 67, risultante dalle osservazioni del Consiglio, riproduce, invero, pur con alcune modifiche formali,

¹⁸³ V. l'orientamento generale espresso dal Consiglio sulla Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, presentato il 1 giugno 2012 consultabile al seguente indirizzo internet <http://register.consilium.europa.eu/pdf/it/12/st10/st10609-ad01.it12.pdf>. e adottato da parte del Consiglio "Giustizia e Affari Interni" nella sessione del 7-8 giugno 2012 (v. il Comunicato Stampa della sessione del Consiglio, disponibile al seguente indirizzo internet http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/it/jha/132352.pdf)

il testo originario della disposizione, prevedendo che le “decisioni emesse in uno Stato membro che applicano una penalità sono esecutive nello Stato membro richiesto solo se l’importo corrispondente è stato definitivamente fissato dal giudice d’origine”.

28. L’approvazione del nuovo Regolamento n. 1215/2012 c.d. “Bruxelles I-bis”: alcune osservazioni di cornice in margine alle principali novità in tema di circolazione dell’efficacia esecutiva delle decisioni

In tal modo ripercorsi i lavori preparatori, è doveroso ora dare brevemente conto delle principali novità contenute nel nuovo Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2012 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (c.d. Bruxelles I *bis*)¹⁸⁴ destinato a mutare significativamente, a partire dalla data stabilita per la sua prima applicazione, fissata per il prossimo 10 gennaio 2015, il quadro generale di riferimento del riconoscimento e dell’esecuzione delle decisioni infra-europee.

A riguardo, è bene precisare sin d’ora che alcuna novità di sostanza si registra sulla disposizione che governa, nello specifico, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni che applicano una penalità. La “nuova” disposizione, contenuta all’art. 55 prevede: “Le decisioni emesse in uno Stato membro che dispongono il pagamento di una penalità sono esecutive nello Stato membro richiesto solo se l’ammontare di quest’ultima è stato definitivamente fissato dall’autorità giurisdizionale d’origine”.

Ciò posto, è tuttavia doveroso evidenziare come sulla circolazione di siffatte decisioni saranno giocoforza destinate ad incidere le altre innovazioni apportate alla disciplina regolamentare. Prima tra tutte quella concernente l’eliminazione dell’*exequatur* ai fini del conferimento di esecutività alle decisioni pronunciate in uno Stato membro diverso da quello richiesto¹⁸⁵. A riguardo, è bene evidenziare

¹⁸⁴ Pubblicato in *Gazz. Uff. Un. eur.*, 20 dicembre 2012, serie L 351/1

¹⁸⁵ Proprio l’abolizione del c.d. *exequatur* era del resto stata indicata dal Consiglio europeo quale obiettivo prioritario dell’Unione nel Programma di Stoccolma del 2010. Trattasi del Programma di Stoccolma – Un’Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini, doc. n. 17024/09, adottato

come non sia questa una novità che in sé possa considerarsi assoluta dal momento che allo stato numerosi Regolamenti comunitari contengono una simile semplificazione, seppure in relazione a settori specifici. Segnatamente, quello del recupero dei crediti pecuniari non contestati in materia civile e commerciale¹⁸⁶. L'aspetto innovativo concerne, piuttosto, la circostanza che la c.d. abolizione dell'*exequatur*¹⁸⁷ riguarda ora, in generale, tutte le decisioni ammesse a circolare nello spazio giudiziario europeo ai sensi della disciplina regolamentare.

dal Consiglio europeo il 10 e l'11 dicembre 2009, in *Gazz. Uff. Un. eur.*, n. C 115 del 4 maggio 2010, p. 1 e ss.

¹⁸⁶ Come noto, nel contesto del titolo IV del Trattato di Amsterdam, l'art. 61, lett. c) si prevedeva l'adozione, da parte del Consiglio, di misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile, come previsto nell'art. 65, al fine, tra l'altro: *i*) di migliorare e semplificare il sistema del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale; *ii*) di promuovere la compatibilità delle regole applicate negli Stati membri ai conflitti di competenza giurisdizionale; *iii*) di eliminare gli ostacoli al corretto svolgimento dei procedimenti civili, se del caso promuovendo la compatibilità delle norme di procedura civile applicabili negli Stati membri. Come noto, il miglioramento e la semplificazione del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni rappresenta, da sempre, l'area di intervento nella quale, più di ogni altra, si è concentrato l'attivismo del legislatore comunitario nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile. Una rapido sguardo d'insieme all'intervento comunitario in questa materia ci mostra come, nel volgere di qualche lustro, si sia gradualmente passati dall'obiettivo primario della circolazione delle decisioni a quello teso alla costruzione di un'amministrazione tendenzialmente omogenea della giustizia civile in Europa. In questo scenario, l'integrale abolizione delle procedure intermedie volta a consentire che le decisioni pronunciate in ambito Ue possano automaticamente dispiegare, accanto ai loro effetti dichiarativi e/o costitutivi, anche quelli esecutivi, così come contenuta nel recente Reg. (UE) n. 1215/2012, non rappresenta, di per sé, una novità assoluta nell'ambito dell'Unione. Invero, essa è già stata almeno in parte sperimentata, seppure in relazione a settori specifici, (segnatamente, quello del recupero dei crediti non contestati in materia civile e commerciale), da alcuni Regolamenti Comunitari sul punto fortemente innovativi che hanno portato a risultati, per lo meno nelle aspirazioni, molto ambiziosi. Un tanto in aderenza alle priorità di intervento quali delineate dal Vertice di Tampere del 1998 e all'esigenza da esso espressa di assicurare una certa gradualità nell'eliminazione delle procedure intermedie, hanno abolito la necessità del c.d. *exequatur*. In tal modo, tra l'altro, facendo venire meno la validità della, fino ad allora, indiscussa convinzione che gli organi esecutivi di ciascuno Stato membro non possano essere attivati in ragione di un provvedimento proveniente da un'autorità giudiziaria straniera, in virtù della suprema potestà che presiede all'esecuzione di una decisione giudiziaria intesa quale forma privilegiata di espressione della sovranità nazionale. Il riferimento è al Regolamento (CE) n. 805/2004 che ha istituito il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati (c.d. t.e.e.); al Regolamento (CE) n. 1896/2006 che ha istituito un procedimento europeo di ingiunzione di pagamento; al Regolamento (CE) n. 861/2007 sulle controversie di modesta entità. Su cui v., M. A. LUPOI, *Di crediti non contestati e procedimenti di ingiunzione: le ultime tappe dell'armonizzazione processuale in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 172; A. ROMANO, *Il procedimento europeo di ingiunzione di pagamento – Regolamento (CE) n. 1896/2006, del 12 dicembre 2006*, Milano, 2009, p. 171 ss.. In argomento, v. A. CARRATTA, *La sentenza civile straniera tra "riconoscimento" ed "estensione dell'efficacia"* cit., p. 1148; G. WALTER, *L'influenza del diritto europeo sul diritto processuale nazionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 559; M. DE CRISTOFARO, *La crisi del monopolio statale dall'imperium all'esordio del titolo esecutivo europeo*, in *Int'l Lis*, 2004, p. 141.

¹⁸⁷ Laddove per "abolizione dell'*exequatur*" deve intendersi la soppressione di ogni procedura intermedia necessaria affinché l'effetto esecutivo di una decisione possa prodursi al di fuori dei

Senza alcuna pretesa di completezza giova sul punto osservare come il nuovo art. 39 apporti una sostanziale modifica in punto di circolazione dell'efficacia esecutiva delle decisioni¹⁸⁸. Esso, invero, prevede che: “la decisione emessa in uno Stato membro che è esecutiva in tale Stato membro è altresì esecutiva negli altri Stati membri senza che sia richiesta una dichiarazione di esecutività”.

Ne consegue che, anche quanto al dispiegarsi dell'efficacia esecutiva, le decisioni saranno ammesse a circolare automaticamente nell'ambito dello spazio giudiziario europeo. Ferma, peraltro, la possibilità di opporre a tale libera circolazione la presenza di motivi ostativi al riconoscimento e all'esecuzione opportunamente mantenuti dal nuovo Regolamento e contemplati all'art. 45¹⁸⁹. Laddove, tuttavia, la più attenta dottrina, si sta già interrogando su come debbano essere intese le nuove norme contenute nel Capo III del Regolamento al fine di comprendere e delineare in maniera appagante l'oggetto, la natura e la struttura del procedimento destinato ad ospitare l'esplicazione delle contestazioni al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni¹⁹⁰.

confini territoriali dello Stato membro in cui è stata pronunciata. Con la conseguenza che la stessa può essere fatta valere come titolo esecutivo in tutti gli Stati membri.

¹⁸⁸ In un primo commento al nuovo testo regolamentare, così si esprime M. FARINA, *Per una prima lettura del regolamento “Bruxelles I bis”: il nuovo regime in tema di esecutività delle sentenze straniere*, consultabile all'indirizzo internet <http://aldricus.com/tag/regolamento-ce-n-442001/>

¹⁸⁹ Pur con alcune modifiche i motivi ostativi alla circolazione sono rimasti invariati rispetto a quelli contemplati dagli artt. 34 e 35 del Reg. (CE) n. 44/2001. In particolare, viene conservato il possibile controllo da parte dei giudici dello Stato membro richiesto in ordine alla violazione dell'ordine pubblico. Viene, invece, per la prima volta introdotta la possibilità di dare rilievo quale motivo ostativo alla circolazione alla violazione delle disposizioni contenute nella Sezione 5 del capo II, inerenti la determinazione della competenza giurisdizionale in materia di contratti di lavoro, contratti di assicurazione e contratti stipulati con i consumatori. Laddove la “parte debole” del rapporto (vale a dire, segnatamente: il lavoratore, l'assicurato e il consumatore) abbia assunto il ruolo di convenuto.

In senso favorevole al mantenimento della possibilità di contestare la circolazione della efficacia (anche esecutiva) della decisione mediante la previsione di motivi ostativi ai quali è consentito dare rilievo a mezzo dell'instaurazione di un apposito procedimento giurisdizionale da instaurarsi nello Stato membro richiesto, v. M. FARINA, *Per una prima lettura del regolamento “Bruxelles I bis”: il nuovo regime in tema di esecutività delle sentenze straniere* cit. il quale bene evidenzia il distacco che da questo punto di vista connota il testo regolamentare nella sua versione definitivamente approvata dall'originaria Proposta avanzata dalla Commissione.

¹⁹⁰ Il problema si pone in particolare stante la necessità di coordinare la previsione dei motivi ostativi al riconoscimento e all'esecuzione contemplati dal nuovo art. 45 con la formulazione alquanto tortuosa e davvero, almeno ad un primo e sommario esame, poco perspicua del Considerando n. 30 secondo cui: “La parte che si oppone all'esecuzione di una decisione emessa in un altro Stato membro dovrebbe, nei limiti del possibile e, conformemente al sistema giuridico dello Stato membro richiesto, poter invocare, nella medesima procedura, oltre ai motivi di diniego contemplati dal presente regolamento, i motivi di diniego previsti dal diritto nazionale ed entro i termini previsti da tale diritto. Tuttavia, il riconoscimento di una decisione dovrebbe essere negato solo in presenza di uno o più dei motivi di diniego previsti dal presente regolamento”. Su tale questione, nella presente sede solo

brevemente accennata, sia consentito rinviare a M. FARINA, *Per una prima lettura del regolamento "Bruxelles I bis": il nuovo regime in tema di esecutività delle sentenze straniere* cit.; L. PENASA, *La storia...infinita della revisione del Reg. Bruxelles I: l'orientamento generale del Consiglio UE*, in *Intl'Lis*, 2012, 3, p. 116.

CONSIDERAZIONI DI SINTESI

Nelle prime pagine introduttive è stato chiarito che il presente lavoro di tesi intendeva occuparsi del problema dell'attuazione, a mezzo di misure coercitive, del comando giudiziale cui il contenzioso transfrontaliero e, segnatamente, quello comunitario pone capo. Le direttrici della ricerca sono state individuate in base ad una precisa scelta di percorso. Tra i molti in astratto possibili, sono stati, invero, selezionati quei profili dell'istituto posto al centro dell'indagine, funzionali a comprendere come quest'ultimo operi a livello di diritto processuale civile europeo. Dal punto di vista di quest'ultimo, il fenomeno si situa nell'ambito del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni, il quale, come noto, trova la propria disciplina generale di riferimento nel Reg. (CE) n. 44/2001. Ed, invero, la disciplina comunitaria prende, pur concisamente, in considerazione la materia nell'ottica dell'attribuzione di efficacia alle "decisioni straniere che applicano una penalità".

Con tale locuzione il Regolamento intende riferirsi ad una serie di istituti, noti a livello interno degli Stati membri, che, nella loro profonda diversità di disciplina, evidenziano un minimo nucleo comune. Vale a dire, quello di costituire degli strumenti di tutela volti a sollecitare il debitore ad adeguarsi personalmente al comando giudiziale, mediante la prospettazione, in difetto, della condanna accessoria al pagamento di una somma di denaro. Il richiamo v'è, come si è visto, alla figura dell'*astreinte* francese, allo *Zwangsgeld* del diritto austriaco e tedesco, al *civil Contempt of Court* di matrice anglosassone e alla misura coercitiva generale contemplata dall'art. 614-bis del nostro codice di rito. Richiamo che, eccettuato l'istituto italiano di recente conio, è reso ben espresso dal tenore delle diverse versioni linguistiche del Regolamento che, per l'appunto, contiene un testuale cenno alle figure note a livello interno degli Stati membri.

L'intento che ha animato lo svolgimento dell'intero lavoro è stato quello di individuare le modalità con cui le decisioni che dispongono siffatte misure sono ammesse a circolare nell'ambito dello spazio giudiziario europeo. L'indagine ha, in particolare, preso le mosse dalla maturata convinzione che il raggiungimento dell'enunciato obiettivo non avrebbe potuto considerarsi esaurito nel dare conto dello stato dell'arte del dibattito che su tale questione si è sviluppato, con una indubbia

vivacità di opinioni, in seno alla dottrina di ordinamenti giuridici vicini al nostro ed, in special modo, a quella di matrice austro-tedesca. L'ambizione con cui l'analisi del fenomeno è stata abbracciata era, invero, quella di partire dallo studio di tali lavori e dai risultati, peraltro non sempre soddisfacenti, cui quest'ultimi sono pervenuti, al fine di dimostrare come gli stretti nodi interpretativi che in quest'ambito si pongono necessitino di essere sciolti utilizzando gli strumenti processual civilistici generali offerti dal Reg. (CE) n. 44/2001 in tema di competenza giurisdizionale, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni. Un tanto, al fine di cercare di fornire una coerente sistemazione della materia, allo stato ancora assente, nell'ambito della teorica generale del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni *infra*-europee. La sola, a ben vedere, in grado di dotare la materia indagata di una solida base interpretativa che si presti a costituire, altresì, il fondamento per lo sviluppo di future prospettive di indagine.

Come più volte denunciato nel corso del lavoro questa operazione, volta a garantire una certa sistematicità alla materia in esame, non sempre si è rivelata agevole. L'ampia esegesi condotta sulla disposizione contenuta nell'art. 49 del Reg. (CE) n. 44/2001, coordinata con le altre norme del Regolamento che via via hanno assunto rilievo in relazione all'argomento in esame, ha condotto a raggiungere i risultati interpretativi che, di seguito, si rappresentano per brevi punti di sintesi.

L'inquadramento del problema nella cornice della cooperazione giudiziaria in materia civile ha permesso di mettere in luce come l'art. 49 Reg. debba essere, innanzitutto, apprezzato quale base giuridica dell'esecuzione processuale indiretta del diritto processuale civile europeo. Al fine di assicurare e promuovere la libera circolazione delle decisioni di condanna insuscettibili, in ragione della natura dell'obbligazione sostanziale da esse riconosciuta e affermata, di essere portate ad esecuzione forzata diretta mediante i consueti strumenti esecutivi apprestati dall'ordinamento, la circolazione *intra*-comunitaria delle decisioni che applicano una penalità deve essere, in virtù del Regolamento, riconosciuta e garantita dagli Stati membri. In questi casi, dunque, lo strumento previsto dal legislatore comunitario concorre a costituire garanzia del principio di effettività della tutela.

In particolare, tale disposizione opera, da un lato, quale norma di rinvio alle singole legislazioni nazionali degli Stati membri in punto di esecuzione processuale indiretta;

dall'altro, quale norma individuatrice della giurisdizione competente in ordine all'irrogazione e alla liquidazione delle penalità.

Lo studio del fenomeno ha preso le mosse dall'individuazione delle situazioni in cui un problema di circolazione delle decisioni in esame può venire in rilievo. Esso ha, dunque, innanzitutto, dovuto confrontarsi con i problemi inerenti la giurisdizione. E ciò, essenzialmente, in ragione del fatto che l'individuazione di quest'ultima determina anche la legge processuale applicabile al rapporto litigioso. E' stato, così, chiarito come un problema di circolazione delle decisioni in esame sia destinato a presentarsi, in particolar modo, in dipendenza dell'utilizzo dei fori di competenza c.d. speciali e come la legge processuale applicabile alle penalità sia da individuare, in via esclusiva, sia in punto di presupposti applicativi, quanto dei parametri di commisurazione, nella legge dello Stato membro cui appartiene il giudice che ha emesso la pronuncia principale. Tale ultimo apprezzamento, ha, offerto il destro per mettere in luce le criticità da cui, da questo angolo di visuale, è affetta la disciplina regolamentare. Invero, una norma come quella in esame, per poter operare armonicamente, presuppone che la cooperazione giudiziaria si sviluppi tra sistemi processuali omogenei. Ove, per contro, l'analisi comparatistica svolta ha mostrato che tale omogeneità solo di rado si rinviene, in questa materia, tra gli ordinamenti processuali degli Stati membri.

Lo studio del fenomeno circolatorio, strettamente inteso, delle decisioni che applicano una penalità ha richiesto di essere preceduto e di confrontarsi con i problemi discendenti dalla natura giuridica delle penalità. Invero, mentre negli ordinamenti di matrice francofona e in quelli che ad essi si ispirano è questo un istituto che appartiene alla fase decisoria della causa; in seno agli ordinamenti austriaco e tedesco esso appartiene alla fase dell'esecuzione forzata strettamente intesa della decisione. E' stato, dunque, necessario chiarire, in via preliminare il rapporto tra l'art. 49 e la regola di competenza di cui all'art. 22, n. 5 del Regolamento (CE) n. 44/2001 che, come noto, in materia di esecuzione delle decisioni pone capo alla giurisdizione esclusiva del luogo in cui la stessa deve avere luogo. La lettura delle disposizioni in esame e la predilezione per l'utilizzo del criterio autonomo di interpretazione ha condotto a sgomberare il campo da possibili e frequenti equivoci. E' stato così chiarito che, indipendentemente dalla natura

assegnata dalle singole legislazioni nazionali, le decisioni che applicano una penalità devono essere considerate, dal punto di vista della disciplina comunitaria, come una appendice, ancorchè separata, della decisione che ha definito la controversia principale, rispetto alla quale si pongono in termini di stretta accessorietà.

Una volta dimostrato che la decisione che irroga una penalità non appartiene, dal punto di vista della legislazione comunitaria, alla fase dell'esecuzione forzata e, pertanto, non rientra nella competenza esclusiva del giudice dello Stato membro in cui l'esecuzione stessa deve avere luogo è stato necessario addentrarsi nella questione concernente l'individuazione del foro competente a pronunciare siffatte decisioni. Precisamente, ci si è chiesti se tale competenza debba essere fatta coincidere con quella del foro che ha deciso la controversia principale, quasi si trattasse di una sorta di competenza funzionale discendente dal carattere di accessorietà che connota tali decisioni. Ovvero, se la stessa possa essere anche sganciata da quest'ultima e individuata in capo ai giudici dello Stato membro in cui la decisione principale deve essere riconosciuta ed eseguita. La tesi abbracciata è stata quella della necessaria coincidenza tra la giurisdizione che ha deciso il merito del rapporto litigioso e quella cui spetta l'irrogazione della relativa penalità. Un tanto, in dipendenza, tra l'altro, della necessità di evitare di dare luogo a possibili fenomeni di *forum shopping* volti alla ricerca, da parte del creditore, della giurisdizione dotata delle maglie più larghe nell'irrogazione delle penalità e dei parametri maggiormente generosi per la relativa quantificazione.

Chiariti i problemi inerenti alla giurisdizione e alla legge applicabile, l'analisi è stata diretta allo studio del giudizio deputato ad offrire riconoscimento ed esecuzione alle decisioni che applicano una penalità. Coerentemente alle premesse poste, l'indagine è stata sviluppata prendendo le mosse dall'indagine dei presupposti generali e speciali a tal fine richiesti dal Regolamento. Segnatamente: l'appartenenza della decisione che applica una penalità alla materia civile e commerciale; la sua inerenza alla nozione autonoma di decisione di cui all'art. 32 del Regolamento; il suo risultare "definitivamente fissata" nell'ammontare da parte del giudice dello Stato membro di origine.

E' stato così dimostrato, innanzitutto, come la circolazione delle decisioni che applicano una penalità debba essere assicurata in linea generale e non condizionata ai

peculiari connotati che contraddistinguono tali pronunce a livello delle singole discipline municipali. In tale ottica, sono state ricomprese, entro l'ambito applicativo della disposizione, sia quelle penalità modellate sull'esempio dell'*astreinte* francese il cui ricavato deve essere pagato nelle mani del creditore; sia quelle da devolversi allo Stato, sul modello caratteristico dello *Zwangsgeld* e dell'*Ordnungsgeld* del diritto tedesco e austriaco.

In secondo luogo, si è avuto cura di mettere in luce come sia indubbio che l'appendice di coercizione indiretta recepita dal Regolamento sia quella a caratteristica struttura bifasica (l'una di irrogazione; l'altra di liquidazione), tipica della sola *astreinte* francese. Tale acquisita convinzione ha permesso di denunciare le criticità che, da questo punto di vista, connotano l'innesto della disciplina regolamentare nel tessuto normativo interno delle legislazioni nazionali di molti Stati membri che, da questo punto di vista, paiono ben poco attrezzati, da un lato, a dotare le penalità dei requisiti idonei ad assicurarne la circolazione e, dall'altro, ad assicurare l'armonico funzionamento dello strumento.

A conclusione dell'esposizione svolta, giova la pena di evidenziare come il quadro generale in cui il fenomeno analizzato si situa è destinato a mutare nel prossimo futuro in dipendenza della recente introduzione del Reg. (UE) n. 1215/2012 (c.d. Regolamento Bruxelles I-bis), approvato lo scorso 12 dicembre 2012.

A riguardo, notevole interesse suscita, in particolare, la questione concernente l'abolizione del c.d. *exequatur* e la sua incidenza sulla circolazione delle decisioni che applicano una penalità. *De jure condendo*, l'auspicio non può che muovere nel senso di assicurare che la eliminazione delle formalità intermedie alla circolazione dell'efficacia esecutiva delle decisioni sappia contemperare e salvaguardi, specialmente in una materia come quella trattata, anche le esigenze di difesa del debitore.

Le modifiche apportate al quadro generale di riferimento della circolazione delle decisioni in materia civile e commerciale renderà, inoltre, interessante sviluppare l'indagine nell'ottica di una ragionata e, a quanto consta, inedita comparazione con il sistema posto dalla Convenzione di Lugano e con quello generale di diritto internazionale privato dettato dalla Legge n. 218/95.

INDICE DEGLI AUTORI

- ALLORIO, *La vita del diritto in Italia*, in *Problemi di diritto*, III, Milano, 1957.
- ALLORIO, *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 487.
- ALLORIO, *Studi in onore di*, Milano, 1989.
- AMADEI, *Le disposizioni processuali del d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231: la tutela degli interessi collettivi e modifiche al procedimento di ingiunzione*, in *Resp. prev.*, 2003, p. 899.
- AMADEI, *Un'astreinte a tutela dei consumatori (note sul comma 5 bis dell'art. 3 l. n. 281 del 1998)*, in *Giust. civ.*, 2002, p. 385.
- AMADEI, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, in www.judicium.it.
- ANDENAS – HESS – OBERHAMMER, *Enforcement Agency Practice in Europe*, London, 2005.
- ANDREWS, *Principles of civil procedure*, London, 1994.
- ANDRIOLI, *Commento al c.p.c.*, IV, Napoli, 1964.
- ARLIDGE – EADY, *The Law of Contempt*, London-Edinburgh, 1982.
- ASPRELLA, *L'attuazione degli obblighi di fare infungibile e di non fare*, in *Giur. merito*, 2011, p. 117.
- ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1958.
- ATTARDI, *La nuova disciplina in tema di giurisdizione italiana e di riconoscimento delle sentenze straniere*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, p. 769.
- ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991.
- BALENA, *La nuova pseudo-riforma del processo civile (un primo commento alla legge 18 giugno 2009 n. 69)*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p.768.
- BALENA-CAPONI-CHIZZINI-MENCHINI, *La riforma della giustizia civile-Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, Torino, 2009.
- BARATTA, *Coordinamento delle norme relative al procedimento di exequatur contenute nella Convenzione di Bruxelles con quelle attinenti all'ordinario procedimento di deliberazione*, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 2601.
- BARBIERI-MACARIO-TRISORIO LIUZZI (a cura di), *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro – Atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza*

del Dipartimento di Scienze Giuridiche Privatistiche dell'Università degli Studi di Foggia e dalla Sezione di Foggia del Centro Nazionale Studi di Diritto del Lavoro "Domenico Napoletano" (Foggia, 14-15 novembre 2003), Milano, 2004.

BARRECA, *L'attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare (art. 614 bis c.p.c.)*, in *Riv. es. forz.*, 2009, p. 505.

BELLAVITIS, *Linee per la classificazione delle forme di accertamento nella esecuzione*, in *Studi di diritto processuale in onore di Chiovenda*, Padova, 1927, p. 27.

BERTOLI, *La disciplina della giurisdizione civile nel Regolamento comunitario n. 44/2001*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, p. 633.

BETTI, *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia, 1920.

BIANCA, *Diritto civile – L'obbligazione*, Milano, 1993.

BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione Europea*, Milano, 2009.

BIAVATI, *Il diritto delle prove nel quadro normativo dell'Unione Europea*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 483.

BIAVATI, *Problemi aperti in materia di assunzione delle prove civili in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 425.

BITTER, *Vollstreckbarerklärung und Zwangsvollstreckung ausländischer Titel in der Europäischen Union*, Tübingen, 2009.

BITTMAN, *Ordnungsgeldbeschlüsse nach § 890 ZPO als Europäische Vollstreckungstitel?*, in *IPRax*, 2012, p. 62.

BOCCA, *Lo speck Alto Adige, il principio di territorialità e la cross-border injunction del giudice di Bolzano*, in *Giur. it.*, 1999, p. 112.

BÖHM, *Die Zwangsvollstreckung nach § 890 ZPO. Eine dogmatische Untersuchung*, Berlin, 1971.

BONATTI, *Sovranità nazionale e leggi processuali nell'armonizzazione del diritto delle prove in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 211.

BONSIGNORI, *Esecuzione forzata (in generale)*, in *Digesto delle disc. priv.*, 1991, p. 2.

BORÉ, *La collaboration du juge et du législateur dans l'astreinte judiciaire*, in *Rec. M. Ancel*, I, Paris, 1975.

- BORÉ, *La collaboration du juge et du législateur dans l'astreinte judiciaire*, in *Aspects nouveaux de la pensée juridique – Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, I, Paris, 1975, p. 271.
- BORRÉ, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, Napoli, 1966.
- BOVE, *Brevi riflessioni sui lavori in corso nel riaperto cantiere della giustizia civile*, in www.judicium.it.
- BOVE-SANTI, *Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e riforme in atto*, Nuova giuridica, 2009.
- BOYER, *Astreintes (astreinte provisoire)*, in *Juris-Classeur de Procédure Civile*, fasc. 518-2, 1979, 1.
- BOYER, *Astreintes (introduction)*, in *Juris-Classeur de Procédure Civile*, fasc. 518-1, 1979, 1.
- BOYER, *Le Astreintes nel diritto francese*, in *Jus*, 1954, p. 411.
- BROX-WALKER, *Zwangsvollstreckungsrecht*, München, 2011.
- BRUNS, *Zwangsgeld zugunsten des Gläubigers – ein europäisches Zukunftsmodell?*, in *ZZP*, 2005, p. 3.
- BUNGE, *Zivilprozess und Zwangsvollstreckung in England und Schottland*, Berlin, 2005.
- BUNGE, *Zivilprozess und Zwangsvollstreckung in England*, Berlin, 1995.
- BUNGE, *Zivilprozess und Zwangsvollstreckung in Frankreich und Italien*, Berlin, 2008.
- CALAMANDREI, *La condanna*, in *Id. Opere giuridiche*, Napoli, V, 1972.
- CAPPELLETTI, *Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero*, in *Riv. dir. proc.*, p. 233.
- CAPPONI (a cura di), *L'esecuzione processuale indiretta*, Milano, 2011.
- CAPPONI, *Astreintes nel processo civile italiano?*, in *Giust. civ.*, 1999, p. 157.
- CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, Torino, 2010.
- CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale – Da Bruxelles I al regolamento CE n. 805/2004*, Torino, 2006.
- CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Chiovenda*, Padova, 1927, p. 248.
- CARNELUTTI, *Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1292, I, 3.

CARNELUTTI, *Progetto del Codice di procedura civile presentato alla Sottocommissione Reale per la riforma del Codice di procedura civile*, Padova, 1926.

CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, vol. I, Padova, 1936.

CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, vol. II, Padova, 1938.

CARNEVALE, *Appunti sulla natura giuridica della tutela inibitoria*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 63.

CARPI – LUPOI, *Provvedimenti giurisdizionali civili in Europa (Convenzione di Bruxelles)*, in *Enc. Dir., II Aggiornamento*, Milano, 1998, p. 824.

CARPI, *Dal riconoscimento delle decisioni all'esecuzione automatica*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 1127.

CARPI, *Note in tema di tecniche di attuazione dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 110.

CARPI, *Riflessioni sui rapporti fra l'art. 111 della Costituzione ed il processo esecutivo*, p. 385.

CARPI, *Riflessioni sull'armonizzazione del diritto processuale civile in Europa in relazione alla Convenzione di Bruxelles del 1968*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 1037.

CARRATTA, *La sentenza civile straniera tra "riconoscimento" ed "estensione dell'efficacia"*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 1147.

CARRATTA, *Le novità in materia di misure coercitive per le obbligazioni di fare infungibile o di non fare*, in *Rass. forense*, 2009, 4, p. 721.

CARRATTA, *Litispendenza "comunitaria", nozione di "decisione" e riconoscimento automatico nella Conv. Bruxelles: le incertezze della Cassazione*, in *Intl'Lis*, 2003, p. 34.

CENDON, *Le misure compulsorie a carattere pecuniario*, in MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, I-II, Napoli, 1989, p. 293.

CHABAS, V. *Astreintes*, *Rép. Proc. civ.*, Dalloz, 1993, p. 1.

CHABAS, *La pena privata in Francia*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, p. 360.

CHABAS, *La réforme de l'astreinte*, in *Dalloz Chr.*, 1972, p. 271.

CHIANALE, *Diritto soggettivo e tutela in forma specifica*, Milano, 1993.

CHIARLONI, *Ars distinguendi e tecniche di attuazione dei diritti*, in MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, I-II, Napoli, 1989, p. 184.

- CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980.
- CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, Napoli, 1960.
- CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1925.
- CHIZZINI, *Patrimonialità dell'obbligazione tra condanna ed esecuzione forzata*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 664.
- CIVININI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Milano, 2001.
- COLESANTI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 601.
- COMOGLIO, *Diritti fondamentali e garanzie processuali nella prospettiva dell'Unione Europea*, in *Foro it.*, 1994, V, c. 153.
- CONSOLO – DE CRISTOFARO, *Clausole abusive e processo*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 468.
- CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile commentato – La riforma del 2009*, Milano, 2009.
- CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile commentato – La “semplificazione” dei riti e le altre riforme processuali 2010-2011*, Milano, 2012.
- CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile commentato*, Milano, 2010.
- CONSOLO, *Evoluzioni nel riconoscimento delle sentenze straniere*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1997, p. 575.
- CONSOLO, *La tutela sommaria e la Convenzione di Bruxelles: la “circolazione” comunitaria dei provvedimenti cautelari e dei decreti ingiuntivi*, in *Riv. int. dir. proc. civ.*, 1991, p. 593.
- CONSOLO, *Limiti all'esecuzione di decisioni straniere*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, p. 397.
- CONSOLO, *Nuovi problemi di diritto processuale civile internazionale*, Milano, 2002.
- CONSOLO, *Prime osservazioni introduttive sul d.lgs. 150/11 di riordino (e relativa “semplificazione”) dei riti settoriali*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 1487.
- CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Tomo I, *Le tutele*, Padova, 2003.
- CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Volume I, *Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, Torino, 2012.
- CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Tomo III, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Padova, 2009.
- 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. 737.

- CONSOLO-MERLIN, *Conflitto fra provvedimenti sommari-cautelari e diniego di riconoscimento: la Italian Leather segna una forzatura*, in *Int'l Lis*, 2002, p. 110.
- CONTI, *La penalità di mora fra diritto comunitario e diritto interno*, in *Danno e resp.*, 2004, 5, p. 489.
- CREMONINI, *An Italian Lawyer Looks at Civil Contempt – From Rome to Glastonbury*, in *3 C.J.Q.*, 1984, p. 133.
- CROCI, *L'esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, in DEMARCHI (diretto da) *La nuova esecuzione forzata*, Bologna, 2009.
- D'ALESSANDRO, *Exequatur secondo la Convenzione di Bruxelles ed applicazione delle forme dell'art. 67 L. n. 218/1995*, in *Int'l Lis*, 2008, p. 21.
- D'ALESSANDRO, *Il conferimento dell'esecutività al verbale di conciliazione stragiudiziale e la sua circolazione all'interno dello spazio giudiziario europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, IV, p. 1157.
- D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Torino, 2007.
- D'AVOUT, *La circulation automatique des titres exécutoires imposée par le règlement 805/2004 du 21 avril 2004*, in *Revue critique de droit International privé*, 2006, p. 1.
- DALLA BONTÀ, *Il principio di determinatezza del titolo esecutivo e la dichiarazione di esecutività di titoli stranieri*, in C. CONSOLO – M. DE CRISTOFARO (a cura di), *Il diritto processuale civile internazionale visto da Int'l Lis dal 2002 ad oggi*, Milano, 2006, p. 1334.
- DAWSON, *Specific Performance in France and Germany*, in *57 MichLR*, 1959, p. 506.
- DE ANGELIS, *La nuova generale misura coercitiva (art. 614 bis c.p.c.) e le controversie di lavoro*, in *FI*, 2011, p. 18.
- DE BOER, *Osservazioni sull'astreinte nel diritto processuale civile olandese*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 790.
- DE CESARI, *Decisioni giudiziarie certificabili quali titoli esecutivi europei nell'ordinamento italiano*, in *FI*, 2006, p. 103.
- DE CESARI, *Diritto internazionale privato e processuale comunitario. Atti in vigore e in formazione nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Torino, 2005, p. 63.
- DE CRISTOFARO G., *Obbligazioni pecuniarie e contratti di impresa: i nuovi strumenti di "lotta" contro i ritardi nel pagamento dei corrispettivi di beni e servizi*, in *Studium Iuris*, 2003, p. 14.

- DE CRISTOFARO M., *Esecuzione in personam, principio di territorialità e misure coercitive indirette nello spazio giudiziario europeo*, in *Int'l Lis*, 2002, p. 24.
- DE CRISTOFARO M., *La crisi del monopolio statale dall'imperium all'esordio del titolo esecutivo europeo*, in *Int'l Lis*, 2004, p. 141.
- DE CRISTOFARO M., *Obbligazioni di non fare a proiezione geografica illimitata e forum destinatae solutionis*, in *Int'l lis*, 2002, p. 114.
- DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico inglese-italiano*, Milano, 1984, voce *Contempt of Court*.
- DE LEVAL – J. VAN COMPERNOLLE, *Les problèmes posés par l'exécution de l'astreinte*, in *Dix ans d'application de l'astreinte, Colloque par le C.I.E.A.U.*, Bruxelles, 1991, p. 242.
- DE NOVA G. - DE NOVA S., *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali*, Milano, 2003, p. 36.
- DENTI, «*Flashes*» *su accertamento e condanna*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, p. 130.
- DENTI, *A proposito di esecuzione forzata e di politica del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 255.
- DENTI, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano, 1953.
- DHOORE, *Un an d'application de l'astreinte – Un examen de la jurisprudence*, in *Journal des Tribunaux*, 1981, p. 529.
- DI BLASE, *Connessione e litispendenza nella convenzione di Bruxelles*, Padova, 1993, p. 45.
- DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989, I, p. 32.
- DI PAOLA - D'ALESSANDRO, nota redazionale a Corte di Giustizia, 12 aprile 2011, C-235/09, *DHL Express France SAS c. Chronopost*, in *FI*, 2011, IV, p. 298.
- DITTRICH, «*Litispendenza esecutiva*», *giudice «competente» a disporre la sospensione dell'esecuzione ex art. 624 c.p.c. e a decidere dell'opposizione all'esecuzione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1376.
- DOBBS, *Contempt of Court: A Survey*, in 56 *CornLR*, 1971, p. 183.
- DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova, 1985.
- DONDI, *L'astreinte endoprocedurale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, p. 524.
- DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Paris, 1987.

- DONZALLAZ, *La Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, Bern, 1997, No. 6402.
- DOWSON, *Specific Performance in France and Germany*, in 57 *MichLR*, 1959, p. 465.
- DRAGOTTI, *Cross-Border Injunctions: verso una tutela sovranazionale dei brevetti (europei)?*, in *Riv. dir. ind.*, 1995, 256.
- DROZ- GAUDEMET TALLON, *La transformation del la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernano la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, in *Rev. Critique*, 2001, p. 601.
- DROZ, *Pratique de la Convention de Bruxelles du 27 Septembre 1968*, Paris, 1973.
- DU RUSQUEC, voce *Astreintes (Astreinte provisoire)*, in *Juris-Classeurs. Procédure civile*, fasc. 2130, Paris, 1994.
- DU RUSQUEC, voce *Astreintes (Astreintes définitive et légales. Astreintes en droit international privé, droit communautaire et droit comapré)*, in *Juris-Classeurs. Procédure civile*, fasc. 2140, Paris, 1993.
- DU RUSQUEC, voce *Astreintes (Introduction)* in *Juris-Classeurs. Procédure civile*, fasc. 2120, Paris, 1993.
- ESMEIN, *L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1903, p. 5.
- FARINA, *Per una prima lettura del regolamento "Bruxelles I bis": il nuovo regime in tema di esecutività delle sentenze straniere*, consultabile all'indirizzo internet <http://aldricus.com/tag/regolamento-ce-n-442001/>
- FERACI, *La sentenza Lechouritou e l'ambito di applicazione rationae materiae della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2007, p. 657.
- FERRARA, *L'esecuzione processuale indiretta*, Napoli, 1915.
- FERRARI, *Una recente sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di pronunce inibitorie e misure coercitive dei tribunali dei marchi comunitari*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 228.

- FERRONI, *Considerazioni sulla tutela delle situazioni non patrimoniali*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989, I, p. 240.
- FISS-RENDLEMAN, *Injunctions*, Mineola, N.Y., 1984.
- FOSSIER, *Droit et Pratique de voies d'exécution, sous la direction de Guinchard et Moussa*, Parigi, 2004.
- FOX, *The history of Contempt of court*, Abingdon, 1981.
- FRANCHI, *Delibazione della sentenza di divorzio e legittimazione del terzo*, in *Giur. it.*, 1978, I, 1, c. 1248.
- FRANCHI, *Estraneità al processo straniero e legittimazione alla delibazione*, in *Giur. it.*, 1974, I, 1, c. 361.
- FRANCHI, *La litispendenza*, Padova, 1963.
- FRANCHI, *La sentenza straniera dinanzi al giudice italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, p. 624.
- FRANCHI, *Sulla riforma della Convenzione di Bruxelles 28 settembre 1968 per una disciplina più completa, penetrante e autonoma*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 224.
- FRANZINA, *Obbligazioni di non fare e obbligazioni eseguibili in più luoghi nella Convenzione di Bruxelles del 1968 e nel regolamento (Ce) n. 44/2001*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, p. 395.
- FRIGNANI, *Il "Contempt of Court" quale sanzione per l'inesecuzione dell' "injunction"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 112.
- FRIGNANI, *Il mondo dell'astreinte: sviluppi recenti e prospettive*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1990, p. 931.
- FRIGNANI, *Le penalità di mora e le astreintes nei diritti che si ispirano al modello francese*, in *Riv. dir. proc.*, 1981, I, p. 506.
- FRIGNANI, *Le penalità di mora nel diritto comunitario, francese e italiano*, in *Riv. dir. ind.*, 1974, I, p. 219.
- FRIGNANI, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Milano, 1974.
- FUMAGALLI, *Procedimento di infrazione, in esecuzione di sentenza e coercizione: prima applicazione dell'art. 228, par. 2 del Trattato CE*, in *Dir. Ue*, 2000, 4, p. 787.

- GAMBINERI, *Attuazione degli obblighi di fare infungibile e di non fare*, in *FI*, 2009, V, p. 320.
- GARBAGNATI, *Azione e interesse*, in *Jus*, 1955, p. 94.
- GARDELLA, *Giurisdizione su illeciti senza danno: l'applicazione dell'art. 5, n. 3, Conv. Bruxelles alle azioni preventive*, in *Il diritto processuale civile internazionale visto da Int'l Lis dal 2002 ad oggi*, Milano, 2006, p. 797.
- GÄRTNER, *Probleme der Auslandsvollstreckung von Nichtgeldleistungsentscheidungen im Bereich der Europäischen Gemeinschaft: unter besonderer Berücksichtigung der grenzüberschreitenden Durchsetzung von Handlungs- und Unterlassungsansprüchen im Rahmen des Artikels 43 EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVÜ)*, München, 1991.
- GAUDEMET-TALLON, *Competence et execution des jugements en Europe*, Parigi, 2002.
- GEIMER – SCHÜTZE, *Europäisches Zivilverfahrensrecht, Kommentar zum EuGVÜ und zum Lugano-Übereinkommen*, München, 1997.
- GEIMER - SCHÜTZE, *Internationale Urteilsanerkennung*, I, München, 1983.
- GERHARD, *L'exécution forcée transfrontalière des injonctions extraterritoriales non pécuniaires en droit privé*, Zurich, 2000.
- GERHARD, *The Extraterritorial Judicial Penalty – New Instruments for the Transnational Enforcement of Extraterritorial Injunctions?*, in SARCEVIC – VOLKEN (edited by), *Yearbook of Private International law*, 2001, vol. III, p. 271.
- GHIRETTI, *Genericità e fungibilità nell'obbligazione*, in *RDComm.*, 1974, I, p. 257.
- GIEBEL, *Die Vollstreckung von Ordnungsmittelbeschlüssen gem. §890 ZPO im EU-Ausland*, in *IPRax*, 2009, p. 246.
- GIUSSANI, *L'esibizione di documenti situati nello spazio giuridico europeo*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2002, p. 867.
- GOLDSCHMIDT, *Las astreintes, las sanciones por contempt of court y otros medios para conseguir el cumplimiento de las obligaciones de hacer y de no hacer*, in *Scritti giuridici in onore della Cedam*, I, Padova, 1953, p. 63.
- GOTTWALD, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 3, München, 2000.
- GRANDINETTI - MONZANI, *L'effettività della tutela giurisdizionale nell'ottica comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, p. 927.

- GROTHAUS, *Inlandsvollstreckung mit Auslandswirkung – Die inländische Vollstreckung von Handlungen - und Unterlassungsentscheidungen mit ausländischem Leistungsort*, Baden, 2010.
- GRUBER, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, München, 2007.
- GRUNSKY, V. *Esecuzione forzata, V) Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIII, Roma, 1989.
- HAZARD – TARUFFO – STÜRNER – GIDI, *Rules of transnational civil procedure*, scaricabili al sito internet <https://www.law.upenn.edu/fac/agidi/Rulesfinal.pdf>
- HESS - PFEIFFER - SCHLOSSER, *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States*, versione definitiva del settembre 2007, scaricabile gratuitamente al seguente indirizzo internet: www.ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_application_brussels_1_en.pdf.
- HESS, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2010.
- HONORATI, *La cross-border prohibitory injunction olandese in materia di contraffazione di brevetti: sulla legittimità dell'inibitoria transfrontaliera alla luce della Convenzione di Bruxelles del 1968*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1997, p. 325.
- IUORIO, *Il nuovo art. 614-bis c.p.c.: introduzione all'esecuzione indiretta nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. es. forz.*, 2009, p. 411.
- JACOB, *La giustizia civile in Inghilterra*, Bologna, 1995.
- JACOBSON – JACOB (edited by), *Trends in the enforcement of non-money judgments and orders: the first International colloquium on the law of civil procedure: June 1985*, Faculty of law, University of Lund, Deventer, 1988.
- KAYE, *Civil jurisdiction and enforcement of foreign judgments*, Oxford, 1987.
- KAYSER, *L'astreinte judiciaire et la responsabilité civile*, in *Rev. trim. dr. Civ.*, 1953, p. 209.
- KENNET, *L'esecuzione forzata in Europa*, in *Riv. es. forz.*, 2003, p. 269.
- KENNETT, *Enforcement of Judgment in Europe*, Oxford, 2000.
- KOCH, *Internationaler Unterlassungsrechtsschutz zwischen materiellem Recht und Prozessrecht*, Liber amicorum Siehr, 2000.
- KOCH, *Neuere Probleme der internationalen Zwangsvollstreckung einschließlich des einstweiligen Rechtsschutzes*, in SCHLOSSER (Hrsg.) *Materielles Recht und Prozessrecht*

und die Auswirkungen der Unterscheidung im Recht der internationalen Zwangsvollstreckung, Bielefeld, 1992, Band 6, p. 171.

KODEK, *The Impact of the European Convention on Human Rights and Fundamental Liberties on Enforcement Practices*, in ANDENANS – HESS – OBERHAMMER (edited by), *Enforcement Agency Practice in Europe* cit., p. 326.

KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht Kommentar*, Frankfurt am Main, 2011.

KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozeßrecht, Kommentar zur EuGVO, Lugano-Übereinkommen*, Frankfurt am Main, 2005.

LA CHINA, *Il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze nel regolamento comunitario n. 44/2001*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 386.

LA CHINA, V. *Esecuzione forzata, I) Profili generali*, in *Enc. giur. Treccani*, XIII, Roma, 1989.

LAMARQUE, *Verso una nozione europea di "materia civile"?* in *Intl'Lis*, 2003, p. 65.

LIBERTINI, *La tutela civile inibitoria*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989, I, p. 315.

LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1973.

LINDACHER, *Die internationale Dimension lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsansprüche: Marktterritorialität versus Universalität*, *GRUR Int.*, 2008, p. 453.

LINDACHER, *Unterlassungsvollstreckung*, in FS Gaul, 1997, p. 399.

LOMBARDI, *Il nuovo art. 614-bis c.p.c.: l'astreinte quale misura accessoria ai provvedimenti cautelari ex art. 700 c.p.c.*, in *Giur. Merito*, 2010, p. 394.

LUISO, *Diritto processuale civile*, Tomo III, *Il processo esecutivo*, Milano, 2011.

LUPOI – VULLO – CIVININI – PASQUALIS, *Giurisprudenza italiana, efficacia di sentenze e atti stranieri*, in P. PERLINGIERI (diretto da), *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del Notariato*, Napoli, 2007.

LUPOI, *Di crediti non contestati e procedimenti di ingiunzione: le ultime tappe dell'armonizzazione processuale in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 172.

MAGNUS – MANKOWSKI, *European Commentaries on Private International Law – Brussels I Regulation*, München, 2007.

MALENGREAU, *L'introduction de l'Astreinte en Droit belge*, in *Revue Générale des Assurances et des Responsabilités*, 1981, p. 10348.

- MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009.
- MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, I, Torino, 1975.
- MANDRIOLI, *In tema di rapporti tra estensione soggettiva del giudicato ed estensione soggettiva del titolo esecutivo*, in *Studi in onore di E. Allorio*, Milano, 1989, p. 361.
- MANDRIOLI, *L'esecuzione specifica dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 18.
- MANDRIOLI, *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, p. 1344.
- MANGIARACINA, *Brevi considerazioni sulla penalità di mora ex art. 228 Ce*, in *Eur. Dir. priv.*, 2004, p. 683.
- MANSI, *Il giudice italiano e le controversie europee*, Milano, 2004.
- MARAZIA, *Astreintes e altre misure coercitive per l'effettività della tutela civile di condanna*, in *Riv. es. forz.*, 2004, p. 333.
- MARINELLI, *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c.. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento, 2005.
- MARINELLI, *Sentenza straniera di divorzio e legittimazione alla domanda di delibazione*, in *Famiglia e diritto*, 1997, p. 338.
- MAZEUD H. – MAZEUD L. – MAZEUD J. – CHABAS, *Leçons de droit civil*; Paris, 1994.
- MAZZAMUTO – PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012.
- MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, I-II, Napoli, 1989.
- MAZZAMUTO *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito*, in *Giur. it.*, 2010, p. 639.
- 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.
- MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978.
- MAZZAMUTO, *Problemi e momenti dell'esecuzione in forma specifica*, in Id.(a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989, I, p. 455.
- MENGONI, *La direttiva 2000/35/Ce in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Eur. Dir. priv.*, 2001, p. 73.
- MERLIN, *Le misure provvisorie e cautelari nello spazio giudiziario europeo*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 781.

- MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella l. 69/2009*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1546.
- MERLIN, *Riconoscimento ed esecutività della decisione straniera nel Regolamento "Bruxelles I"*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 433.
- MEZGER, *Über einige Lücken des EuGVÜ (Brüssel 1968) und des deutschen Ausführungsgesetzes*, in LÜKE – RESS – WILL, *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration. Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco*, Berlin, 1983, p. 507.
- MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, I, Milano, 1959.
- MICKLITZ - ROTT, *Vergemeinschaftung des EuGVÜ in der Verordnung (EG) Nr. 44/2001*, in *EuZW*, 2002, p. 15.
- MILLER, *Contempt of Court*, Oxford, 2000.
- MONTANARI, *La Cour de cassation apre ai rimedi in personam contro l'azione esecutiva promossa dal singolo creditore concorsuale sui beni del fallito*, in *Int'l Lis.*, 2004, p. 943.
- MONTELEONE, *Recenti sviluppi nella dottrina dell'esecuzione forzata*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 281.
- MONTELEONE, *Riflessioni sulla tutela esecutiva dei diritti di credito*, in *Studi in onore di E.T. Liebman*, III, Milano, 1979, p. 2257.
- MONTELEONE, *Spunti per una revisione del concetto di sentenza di condanna come titolo esecutivo*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989, I, p. 173.
- MONTESANO, *Condanna civile e tutela esecutiva*, Napoli, 1965.
- MONTESANO, *Condanna. I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, p. 1.
- MONTESANO, *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di "terza via"*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 931.
- MONTESANO, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Bari, 1981.
- MOSCONI – CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2007.
- MOSCONI, *Un confronto tra la disciplina del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni straniere nei recenti regolamenti comunitari*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2001, p. 554.

- MUIR WATT, *Extraterritorialité des mesures conservatoires in personam (à propos de l'arrêt de la Court of Appeal, Crédit Suisse Fides Trust v. Cuoghi)*, in *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1998, p. 27.
- NELLE, *Anspruch Titel und Vollstreckung im internationalen Rechtsverkehr*, 2000.
- NORMAND, *Il ravvicinamento delle procedure civili nell'Unione Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 682.
- NOTE, *The Coercitive Function of Civil Contempt*, in 33 *Un. Chi. L. Rev.*, 1965, p. 120.
- O'MALLEY-LAYTON, *European Civil Practice*, London, 1990.
- ODDINI, *Considerazioni sul concetto di atto giurisdizionale riconoscibile adottato nel regime convenzionale dell'Aja e di Bruxelles*, in *Riv. dir. int. prov. proc.*, 1969, p. 127.
- ORIANI, *Il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale*, in *Scritti in onore di V. Colesanti*, Napoli, 2009.
- ORIANI, *L'imparzialità del giudice e l'opposizione agli atti esecutivi*, in *Riv. es. forz.*, 2001, p. 419.
- PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano, 2004.
- PARTISANI, *Fungibilità e infungibilità delle diverse specie di obbligazioni*, in FRANZONI (a cura di), *Le Obbligazioni*, Torino, 2004, p. 1501.
- PASTOR, *Die Unterlassungsvollstreckung nach § 890 ZPO*, III ed., Köln, 1982.
- PEKELIS, *Techniques and political ideologies: a comparative study*, in *Michigan Law Review*, 1943, 41, p. 665.
- PENASA, *La storia...infinita della revisione del Reg. Bruxelles I: l'orientamento generale del Consiglio UE*, in *Int'l Lis*, 2012, 3, p. 116.
- PERROT – THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, Paris, 2000, p. 80.
- PERROT, *L'effettività dei provvedimenti giudiziari nel diritto civile commerciale e del lavoro in Francia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 859.
- PERROT, *La coercizione per dissuasione nel diritto francese*, *Riv. dir. proc. civ.*, 1996, p. 658.
- PETTI, *Riforma del processo civile e misure coercitive indirette*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 4, p. 123.
- POCAR, *La convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze*, Milano, 1986.

- PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, p. 1104.
- PROTO PISANI, *Condanna (e misure coercitive)*, *FI*, 2007, V, 1.
- PROTO PISANI, *L'attuazione dei provvedimenti di condanna*, in AA. VV., *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di MAZZAMUTO, I-II, Napoli, 1989.
- PROTO PISANI, *L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, p. 620.
- PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, in *FI*, 2009, p. 221.
- PROTO PISANI, *La tutela di condanna*, in Id., *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003, p. 85.
- RAUSCHER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2006.
- RE, *La determinazione della materia civile e commerciale del Regolamento c.e. n. 44/2001 alla luce di alcune recenti pronunce giurisprudenziali*, in *Foro Pad.*, 2008, I, p. 374.
- REDENTI, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 1957.
- REMIEN, *Astreinte, dwangsom und Zwangsgeld im Binnenmarkt*, in *ERPL* 2, 1994, 399.
- REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld: Vergleich – Vereinheitlichung – Kollisionsrecht Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht*, Tübingen, 1992.
- RESCIGNO, *Presentazione a Mazzamuto, L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978.
- RICCI, *Ancora novità (non tutte importanti, non tutte pregevoli) sul processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1359.
- RICCI, *La riforma del processo civile*, Torino, 2009.
- RICCI, *Recensione a Chiarloni, Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 724.
- ROMANO, *Il procedimento europeo di ingiunzione di pagamento – Regolamento (CE) n. 1896/2006, del 12 dicembre 2006*, Milano, 2009.
- SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001*, Padova, 2003.

- SALETTI, *Commento sub art. 614-bis*, in *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, a cura di SALETTI-SASSANI, Torino, 2009, p. 192.
- SALETTI, *Cumulo ed eccesso dei mezzi di espropriazione forzata*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 506.
- SANDRINI, *Tutela cautelare in funzione di giudizi esteri*, Milano, 2012, p. 3
- SASSANI – R. TISCINI (a cura di), *La semplificazione dei riti civili*, Roma, 2011.
- SASSANI-TISCINI, *Prime osservazioni sulla legge 18 giugno 2009, n. 69*, in www.judicium.it.
- SATTA, *L'esecuzione forzata*, in VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1954, p. 3.
- SCHACK, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, München, 2006.
- SCHLOSSER (erläutert von), *EuGVÜ*, München, 1996.
- SCHLOSSER, *A new dimension of human rights' consideration in civil procedure*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1995, p. 31.
- SCHLOSSER, *Grenzüberschreitende Vollstreckbarkeit von Nicht-Geldleistungsurteilen*, in *FS Dieter Leipold*, 2009, p. 435.
- SIANI, *Il Regolamento Ce n. 44/2001 sulla competenza giurisdizionale e sull'esecuzione delle sentenze*, in *Dir. com. scambi internazionali*, 2003, p. 451.
- SILVESTRI, *Problemi e prospettive di evoluzione nell'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare*, in *Riv. dir. proc.*, 1981, p. 41.
- SILVESTRI, *Rilievi comparatistici in tema di esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, *Riv. dir. civ.*, 1988, p. 533.
- SILVESTRI, V. *Esecuzione forzata e misure coercitive – Postilla di aggiornamento*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2006.
- SILVESTRI-TARUFFO, V. *Esecuzione forzata. III) Esecuzione forzata e misure coercitive*, in *Enc. giur. Treccani*, Milano, 1989.
- SPOLIDORO, *Le misure di prevenzione nel diritto industriale*, Milano, 1982.
- STADLER, *Inländisches Zwangsgeld bei grenzüberschreitender Handlungsvollstreckung*, in *IPRax*, 2003, p. 430.
- STEIN-JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Tübingen, 2011.
- STORME, *L'«astreinte» nel diritto belga: sei anni di applicazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 602.

- STORME, *Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union européenne*, 1994, p. 156.
- STUZZI, *Die internationale Handlungs- und Unterlassungsvollstreckung unter dem EuGVÜ*, Konstanz, 1992.
- SUJECKI, *Zur Durchsetzung der Gemeinschaftsmarkenverordnung*, in *EZW*, 2011, p. 45.
- TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 142.
- TARUFFO, *Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 635.
- TARZIA, *Il giusto processo di esecuzione*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 329.
- TARZIA, *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 1.
- TARZIA, *L'oggetto del processo di espropriazione*, Milano, 1961.
- TARZIA, *L'ordine europeo del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 902.
- TARZIA, *Modelli europei per un processo civile uniforme*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, p. 954.
- TARZIA, *Nozioni comuni per un processo civile europeo*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 327.
- TARZIA, *Per la revisione del codice di procedura civile*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1996, p. 945.
- TARZIA, *Presente e futuro delle misure coercitive civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, p. 800.
- TARZIA, *Prospettive di armonizzazione delle norme sull'esecuzione forzata nella comunità economica europea*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, p. 217.
- TAVORMINA, *In tema di condanna, di accertamento ed efficacia esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, p. 21 ss.
- TOMMASEO, *Commento all'art. 1469 sexies c.c.*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, a cura di G. Alpa e S. Patti, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2003, p. 1194.
- TOMMASEO, *I processi a contenuto oggettivo*, in *Studi in onore di Enrico Allorio*, 1989, I, 81.
- TOMMASEO, *Provvedimenti di urgenza a tutela dei diritti implicanti un facere infungibile*, *Studium Juris*, 1997, p. 1277.

- TORINO, *Esecuzione in Italia di una sentenza francese di condanna al pagamento di una somma di denaro in valuta straniera*, in *Giur. merito*, 1997, p. 304.
- TORRENTE-SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2009, p. 359.
- TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1973.
- TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette*, Milano, 2012.
- TREIBMANN, *Die Vollstreckung von Handlungen und Unterlassungen im europäischen Zivilrechtsverkehr*, München, 1994.
- TROCKER, «Civil law» e «Common law» nella formazione del diritto processuale europeo, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2007, p. 421.
- TROCKER, *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'"azione" nell'elaborazione della corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 1, p. 35.
- TROCKER, *Note sul Regolamento n. 1206/2001 relativo all'assunzione delle prove in materia civile e commerciale*, in *Riv. dir. internaz.*, 2003, p. 670.
- VACCARELLA, *Esecuzione forzata*, in *Riv. es. forz.*, 2007, p. 1.
- VARANO, *Contempt of Court*, in AA. VV. *Processo e tecniche di attuazione dei diritti a cura di S. Mazzamuto*, I, Napoli, 1989, p. 413.
- VARANO, *Contempt of Court*, in *Dig. It., disc. Pubbl., (sez. pen.)*, III, Torino, 1989, p. 117.
- VASSALLI, *La mancata esecuzione di provvedimento del giudice. Contributi all'interpretazione dell'art. 388 del codice penale*, Torino, 1938.
- VENTURA, *L'esecuzione in forma specifica*, in G. MICCOLIS – C. PERAGO (a cura di), *L'esecuzione forzata riformata*, Torino, 2009, p. 473.
- VERDE, *Attualità del principio «nulla executio sine titulo»*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, p. 963.
- VERDE, *Il disegno di legge n. 2246 presentato al Senato dal ministro Reale sui provvedimenti urgenti relativi al processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, p. 633.
- VERDE, *La disciplina dell'esecuzione forzata secondo il disegno di legge delega per un nuovo codice di procedura civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 71.
- VERDE, *Un processo comune per l'Europa*, in *Europa e Dir. priv.*, 1999, p. 3.
- VIANELLO, *L'ultima riforma del processo civile*, in *Studium Iuris*, 9, 2009, p. 919.

VINCENT – PRÉVAULT, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Paris, 1999, p. 25.

VITALI, *L'introduzione delle astreintes in Belgio*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, p. 272.

VITTORIA, *La competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, Milano, 2005.

VON FALCK, *Implementierung offener ausländischer Vollstreckungstitel - Vollstreckbarerklärung ausländischer Titel und inländischer Bestimmtheitsgrundsatz*, Bielefeld, 1998.

VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 727.

VULLO, *Obbligazioni infungibili, misure coercitive e superamento del principio di necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata*, in *Studium Juris.*, 2003, I, p. 311.

WALTER, *L'influenza del diritto europeo sul diritto processuale nazionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 553.

WOLLER, *Räumliche Wirkung und Durchsetzung unionsweiter Unterlassungsgebote*, in *Ecolex*, 2011, p. 249.

WOLLER, *Unterlassungsgebot nach GMV: zur territorialen Einschränkung und Durchsetzung in anderen Ms*, in *Ecolex*, 2011, p. 439.

ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1964.

ZARRELLI, *Fungibilità ed infungibilità nell'obbligazione*, Napoli, 1969.

ZÖLLER - K. STÖBER, *Zivilprozessordnung*, Köln, 2009.

ZÖLLER-GEIMER, *Zivilprozessordnung*, Köln, 2010.