



Tribunale di Brindisi
Sezione Civile- SETTORE PROCEDURE CONCORSUALI
ORDINANZA DI REMISSIONE ALL'ON. CORTE COSTITUZIONALE
II GI

letti gli atti ed i documenti di causa;

viste le deduzioni delle parti e sciolta la riserva formulata all'udienza del 10 luglio 2025;

O S S E R V A

Per comodità espositiva si fa precedere al testo dell'ordinanza l'indice seguito nella stesura della stessa:

Indice

1. La fattispecie concreta

2. La questione d'incostituzionalità: la contrarietà ai principi di uguaglianza, ragionevolezza, di proporzionalità dell'art 614 bis cpc, nella formulazione previgente alla riforma Cartabia, nella parte in cui non prevede la possibilità, da parte del Giudice dell'opposizione a precetto, di determinare ex post un tetto quantitativo massimo (o anche solo temporale) all'operare delle misure ex. 614 bis cpc (su istanza di parte o, come nel caso di specie, anche d'ufficio).

3. Presupposti per l'ammissibilità del rinvio all'ill. ma Corte Costituzionale.

3.1. Perimetrazione della questione e rilevanza ai fini del caso di specie

3.2. Inquadramento dell'istituto

4. Possibilità di un'interpretazione costituzionalmente conforme: gli argomenti a favore della soluzione favorevole alla possibilità, per il giudice dell'esecuzione, ove già non fatto dal giudice del merito, di determinare ex post un tetto quantitativo o temporale, massimo, all'operare delle stesse.

4.1. La clausola generale rebus sic stantibus e la rilevanza delle sopravvenienze. La qualificabilità della esorbitanza della somma maturata nei suddetti termini.

4.2. La riduzione d'ufficio della penale manifestamente eccessiva quale argomento logico richiamabile a favore della possibilità di apporre d'ufficio un tetto massimo. L'estensione del principio di necessario equilibrio del rapporto contrattuale, ad opera del Giudice delle Leggi, alla caparra confirmatoria (seppur ricorrendo al diverso rimedio della sanzione della nullità parziale).

4.3. Il fondamento equitativo del potere del G.e. di fissare ex post di un limite massimo all'astreinte, determinata dal giudice del merito; così come dello stesso potere del giudice della cognizione di provvedere alla sua riduzione (ove non già coperta da giudicato)

4.4. Un argomento sistematico in favore del potere di fissare, anche ex officio, un tetto massimo ad una misura, aliunde irrogata: la posizione della giurisprudenza amministrativa

4.5. Argomento sistematico-evolutivo**4.6. La qualificabilità dell'eccessiva esosità della penale quale fatto sopravvenuto****4.7. Opponibilità dell'exceptio doli generalis (al di fuori dell'ambito contrattuale)**

5. Le criticità mosse alla soluzione favorevole e la non agevole sperimentazione di un' interpretazione costituzionalmente orientata.

6. Non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale per violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità ex art. 3 Cost.

6.1. Il divieto di vincoli perpetui quale declinazione dei principi de quibus**6.2. Ricostruzione dei principi alla luce della giurisprudenza costituzionale****6.2.1. Il principio di ragionevolezza****6.2.2. Il principio di proporzionalità****6.2.3. La peculiarità della disciplina del caso di specie**

6.2.4. I profili evidenziati dalla difesa dell'opponente, rappresentata dal Prof. V. Farina

7. Non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 42, comma 4, Cost., nonché dell'articolo 117 Cost., come integrato, quale norma interposta, dell'art. 1 del Protocollo 1 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU)

8. Non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale per violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale ex art. 24, 111 Cost. e 47 CDFUE, nonché dell'117 Cost., come integrato, quali norme interposte, dagli artt. 6 e 13 Cedu

9. Non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale per violazione del principio di uguaglianza ex art. 3 Cost..

10. Sintesi della questione**11. Quesito posto al vaglio della Corte Costituzionale****1. La fattispecie concreta**

L'opposizione a precetto nasce da un giudizio di natura cautelare, a seguito del quale, e' stata emessa una misura coercitiva indiretta al fine di indurre gli opposenti all'adempimento dell'obbligazione di consegna di una determinata documentazione medica, formata e acquisita nel corso dell'attuazione del rapporto professionale.

In particolare, consta ex actis che l'anno 2013 gli opposti chiedevano al Dott. A. T. (medico dentista), che accettava, di poter usufruire della sua opera professionale per la risoluzione di un problema dentario che affiggeva la loro figlia minore, L. M.. Veniva, quindi, effettuato un esame radiologico sull'apparato dentario della minore, in base al quale il suddetto professionista e la sua collaboratrice Dott.ssa R. S. (medico specialista odontoiatra) verificavano il tipo di cure di cui necessitava L. M..

Ebbe, poi, inizio, presso lo studio professionale, un lungo percorso terapeutico. Nel 2019, quando il ciclo terapeutico volgeva al termine, i genitori, ritenendo che le cure cui era stata

sottoposta la figlia M., non avessero prodotto l'esito sperato, si rivolgevano ad altro medico dentista, il Dott. G. M., per avere un nuovo consulto.

Con atto di diffida e costituzione in mora del 17.9.2021, gli opposti chiedevano al Dott. T. il risarcimento di tutti gli (asseriti) danni patiti e patienti – ancora in corso di accertamento - nonché di indicare la propria compagnia assicurativa per la responsabilità professionale.

Con nota in data 1.10.2021, il Dott. T. riferiva che le cure sulla minore, per quanto praticate presso il proprio studio, erano state eseguite, in piena autonomia, dalla Dott.ssa S., in quanto specialista, abilitata in ortodonzia, nei cui confronti li invitava a rivolgere le richieste risarcitorie.

Con nota, in data 11.10.2021, gli opposti reiterarono la richiesta di risarcimento dei danni nei confronti del Dott. T., estendendola anche nei confronti della Dott.ssa S..

Con nota del 12.10.2021, la Dott.ssa S. riferiva di aver avuto in cura L. M., presso lo studio del Dott. T., "esclusivamente per le cure odontoiatriche", invitandoli a rivolgere le richieste risarcitorie nei confronti del collega, "quale titolare dello studio, al quale si era rivolta la minore L. M., come paziente della struttura su menzionata.

Dovendo procedere, prima di agire giudizialmente, alla determinazione dei danni, subiti dalla loro figlia, con nota in data 3.2.2022, gli opposti chiedevano, al Dott. T. e alla Dott.ssa S., la restituzione delle radiografie eseguite prima dell'inizio del ciclo terapeutico cui era stata sottoposta L. M..

Con nota, in data 11.2.2022, il Dott. T. riferiva di non possedere i referti degli esami diagnostici, ribadendo che L. M. era stata "curata e trattata solo ed esclusivamente dalla Dr.ssa S..".

Con nota pec in data 15.2.2022, la Dott.ssa S. riferiva, invece, che "gli originali delle radiografie eseguite sulla minore M. L. [...] (era)no state restituite presso lo Studio T. in data 24/10/2019".

Premesso tale quadro fattuale, gli opposti adivano (con ricorso ex artt. 670 e-o 700 ed ex artt. 669 bis e 614 bis c.p.c., iscritto sub n. 1668/2022 r.g.) questo Tribunale, cui chiedevano di essere autorizzati, anche con decreto *inaudita altera parte*, a procedere al sequestro giudiziario delle radiografie in questione, con la contestuale determinazione, ai sensi dell'art. 614-bis c.p.c., di una somma di denaro per "ogni giorno" di ritardo nella esecuzione dell'adottando provvedimento.

Con decreto, emesso *inaudita altera parte*, in data 27.5.2022, questo Tribunale autorizzava gli opposti "a procedere al sequestro giudiziario delle radiografie eseguite su L. M....", fissando l'udienza del 7.7.2022 per i provvedimenti consequenziali.

Nelle more, gli opposti ponevano in esecuzione il decreto *inaudita altera parte* del 27.5.2022, eseguendo il sequestro sia presso lo studio del Dott. T., sia presso quello della Dott.ssa S..

Tuttavia, entrambi i tentativi risultavano infruttuosi in quanto i due professionisti dichiaravano di non essere in possesso delle radiografie di cui trattasi (v. verbale del sequestro eseguito nei confronti della Dott.ssa S., in atti).

Entrambi i medici si costituivano, poi, nel giudizio cautelare, ribadendo le medesime (e antitetiche) versioni, relative alla disponibilità della documentazione richiesta, già sostenute *ante causam*.

Con ordinanza resa in data 2-5.9.2022, **(v. doc. 1, in atti)**, questo Tribunale, sciogliendo la riserva, confermava la già concessa autorizzazione a procedere al sequestro giudiziario delle radiografie e, avendo constatato il perdurare dell'inadempimento nella riconsegna delle radiografie, condannava i resistenti al pagamento, in solido, della somma di euro 50,00 per ogni giorno di ritardo nella esecuzione dell'ordinanza stessa.

Avverso tale ordinanza proponevano reclamo sia la Dott.ssa S. (iscritto sub n. 2805/2022 r.g.), sia il Dott. T. (iscritto sub n. 2833/2022 r.g.).

Nell'attesa dell'adottando provvedimento collegiale (che avrebbe definito la fase cautelare), gli opposti introducevano il giudizio di merito (che pende sub n. 3474/2022 r.g. Tribunale Brindisi), avanzando, nei confronti dei due medici, la domanda di risarcimento danni, alla cui quantificazione avevano dovuto procedere senza poter disporre delle ridette radiografie.

Con provvedimento, in data 10.7.2023 (v. **doc. 2**), questo Tribunale rigettava entrambi i reclami, condannando i reclamanti al pagamento delle spese legali e confermando l'ordinanza del 25.9.2022, con cui i due medici erano stati condannati, in solido, al pagamento della somma di euro 50,00 per ogni giorno di ritardo nella esecuzione della medesima.

Sulla scorta degli accadimenti sin qui narrati ed in forza della ordinanza, resa da questo Tribunale, in data 2-5.9.2022, gli opposti hanno notificato, in data 20.7.2023, atto di precetto al Dott. T. e alla Dott.ssa S. **(v. doc. 3)**, intimando il pagamento della somma dovuta a titolo di *astreinte*, ossia per ogni giorno ritardo (a decorrere dal 5.9.2022 e sino al 20.7.2023) nella esecuzione della ordinanza medesima.

L'importo che veniva precettato era pari a 15917.06 ed era limitato al *quantum* maturato fino al giorno del precetto, senza che la parte manifestasse la volontà di limitare, nel futuro, la propria pretesa a quanto richiesto con l'attività precettizia.

Avverso il succitato precetto (soltanto) la Dott.ssa S. ha proposto opposizione, ai sensi dell'art. 615 c.c., con atto notificato in data 4.8.2023 **(v. doc. 4)**, citando gli opposti a comparire innanzi a questo Tribunale per l'udienza del 20.12.2023.

In particolare, l'opponente si doleva dell'assenza delle condizioni giuridiche richieste per una legittima attività precettizia.

Orbene, ritiene questo Giudice, ad una valutazione *prima facie*, che le ragioni formulate non possano essere accolte ed, in particolare, che non sia ammissibile una riduzione delle misure ex art. 614 bis cpc su istanza di parte o anche d'ufficio;

Dal contraddittorio con le parti, stimolato per l'udienza del 9 maggio, infatti, e' scaturito che in relazione al suddetto profilo esiste un precedente specifico della Suprema Corte. Con riferimento alla formulazione anteriore alla novella del 2022, il giudice di legittimità ha avuto modo di affermare che "*nell'opposizione all'esecuzione promossa in forza di un'ordinanza ex art. 614-bis c.p.c. (nella formulazione anteriore alle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 149 del 2022) non è consentito dedurre la scarsa importanza dell'inadempimento o del ritardo nell'adempimento con l'effetto di ottenere una riduzione del "quantum" della misura coercitiva,*

risolvendosi altrimenti quest'ultima in un'inammissibile modificazione della portata precettiva del titolo esecutivo giudiziale, permessa unicamente nel processo di cognizione e attraverso il rituale esperimento dei mezzi di impugnazione”(Cass. Sentenza n. 22714 del 26/07/2023).

Cio' induceva questo Giudice a sottoporre, in udienza, alle parti presenti il diverso, per quanto correlato, profilo relativo alla possibilità, per il Giudice dell'opposizione a precetto, non essendo stato fatto dal giudice della cautela o del merito, di predeterminare un tetto quantitativo massimo all'operare della misura pecuniaria irrogata ex art. 614 bis cpc.

2.La questione d'incostituzionalità: la contrarietà ai principi di uguaglianza, ragionevolezza, di proporzionalità dell'art 614 bis cpc, nella formulazione previgente alla riforma Cartabia, nella parte in cui non prevede la possibilità, da parte del Giudice dell'opposizione a precetto, di determinare ex post un tetto quantitativo massimo (o anche solo temporale) all'operare delle misure ex. 614 bis cpc (su istanza di parte o, come nel caso di specie, anche d'ufficio).

Parte opponente si oppone all'esigibilità della misura, negandone la liceità e la congruità sotto il profilo quantitativo.

Pacifiche risultano tutte le sopra esposte circostanze di fatto.

Rileva, a tal riguardo, questo Giudice che, come già evidenziato, la definizione della controversia presuppone la necessaria risoluzione di una complessa questione giuridica, che, peraltro, non risulta essere già stata risolta dalla Corte di cassazione, relativa al disposto di cui all'art. 614 bis cpc nella formulazione applicabile, *pro tempore*, alla fattispecie concreta, previgente alla riforma Cartabia, entrata in vigore dal 28 febbraio 2023.

La norma prevedeva che «Con il provvedimento di condanna all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. Il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle controversie di lavoro subordinato pubblico o privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409. Il giudice determina l'ammontare della somma di cui al primo comma tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile.».

Per contro, per effetto della riforma Cartabia, l'istituto e' stato dilatato alla fase esecutiva con implementazione dei poteri cognitivi del Ge, salvo, poi, comprendere se si tratti di cognizione sommaria, qual e' quella tipica dello stesso o con caratteri di pienezza.

E' stata, infatti, aggiunta la previsione per cui “Se non è stata richiesta nel processo di cognizione, ovvero il titolo esecutivo è diverso da un provvedimento di condanna, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza o ritardo nell'esecuzione del provvedimento è determinata dal giudice dell'esecuzione, su ricorso dell'avente diritto, dopo la notificazione del precetto. Si applicano in quanto compatibili le disposizioni di cui all'articolo 612”.

La finalità di tale previsione - ispirata a evidenti esigenze di semplificazione ed economia processuale - e' quella di evitare che il creditore, che si sia già provvisto di titolo esecutivo, debba attivare un giudizio di cognizione, al fine di conseguire una pronuncia, che, invece, a ben vedere, secondo taluna dottrina, sarebbe, fisiologicamente, rientrando nei poteri del Giudice dell'esecuzione quale Giudice chiamato all'attuazione del comando (giudiziale o negoziale) rimasto inadempito. Potere da esercitarsi, d'ufficio, oppure, ove investito di specifica istanza.

In tal senso, deporrebbero, invero, chiari indici sistematici come la stessa previsione di un potere simile in capo al Giudice dell'ottemperanza, in sede amministrativa (v. infra).

Invero, la nuova formulazione dell'art. 614bis del c.p.c., come novellata dalla riforma Cartabia, consente di avanzare la domanda di misure coercitive anche nel giudizio di esecuzione solo se non richiesta nel precedente processo di cognizione.

Ciò premesso, a venire, potenzialmente, in rilievo, sotto il profilo della compatibilità costituzionale dell'assetto normativo previgente, e' la possibilità o meno, da parte del Giudice dell'opposizione a precetto e, in generale, dell'esecuzione, di determinare *ex post* un tetto quantitativo massimo (o anche solo temporale) all'operare delle misure ex. 614 bis cpc su istanza di parte o, come nel caso di specie, anche d'ufficio. Cio', ogniqualvolta nè il giudice della cautela, nè quello del merito abbiano provveduto a predeterminare il sacrificio massimo imponibile all'obbligato.

Tale facoltà processuale, secondo un minoritario approccio interpretativo, dovrebbe ritenersi possibile alla stregua:

a) della profonda crisi della tradizionale distinzione - avente, invero, una sua intrinseca ragionevolezza - tra attività di tipo cognitorio e attività esecutiva così come del passaggio da un quadro interpretativo - nella vigenza del quale le opposizioni esecutive costituivano gli unici momenti cognitivi di un'attività esecutiva, congeniata non "per conoscere, ma per attuare un pensiero giuridico già definito". Ragione per cui, nell'ambito dell'economia complessiva dell'attività giudiziaria, l'attività accertativa veniva ad assumere un ruolo del tutto marginale - ad uno stadio evolutivo, contrassegnato da una vera e propria metamorfosi dell'azione esecutiva verso un modello poliforme in cui la componente cognitiva, seppur in una logica di strumentalità e nelle forme di un accertamento sommario e provvisorio, appare fortemente potenziata.

In via interpretativa, infatti, si ritiene in essere la transizione da un ruolo monolitico del G.e., quale mero esecutore di un comando già formato, ad una veste composita e duplice, non solo esecutiva, bensì anche di giudice con poteri cognitivi sommari, se non altro per tutte le questioni veicolabili dalle c.d. eccezioni in senso lato;

b) dell'applicazione, in via analogica, di quanto previsto dall'art. 1384 c.c., in materia di clausola penale; fattispecie rispetto alla quale quella in esame presenterebbe profili di affinità e che sarebbe espressione di un principio generale, a sua volta, fondato sull'osservanza del principio di buona fede oggettiva e di equità;

c) della generalità dell'ambito applicativo del principio equitativo, nella nuova dimensione operativa, conseguita dallo stesso, con l'evoluzione dell'ordinamento interno anche alla luce

dei principi costituzionali come quello solidaristico. La valorizzazione di tale clausola generale potrebbe legittimare il giudice del merito alla revisione, *ex officio*, di quanto disposto in sede cautelare, nonché il giudice dell'esecuzione alla quantificazione, seppur in via postuma, del massimo concretamente esigibile dall'obbligato, destinatario della misura;

d) della generalità dell'ambito applicativo del principio di buona fede oggettiva;

e) di stringenti argomenti sistematici che si vanno ad esplicitare, tra cui la posizione assunta dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (Ad. Pl. 2019, n.2);

f) della naturale vocazione del Giudice dell'esecuzione a conoscere delle vicende sopravvenute, specie, in fatto, rispetto al momento genetico del comando da eseguire.

Secondo taluni Autori, la verifica della sopravvenuta esorbitanza della misura sarebbe una prerogativa che compete fisiologicamente proprio al giudice dell'esecuzione, che è posto nelle condizioni di verificare gli effetti prodotti dalla misura, successivamente alla sua irrogazione e ciò potendo compiere una valutazione comparativa degli interessi in gioco, in relazione – eventualmente – anche al nuovo assetto degli stessi venutosi a delineare per effetto del decorso del tempo nonché della condotta concretamente tenuta dalle parti successivamente all'irrogazione della misura.

D'altronde, si afferma, è proprio il giudice dell'esecuzione che, come nella fattispecie concreta, a seguito del concreto e compiuto sviluppo della vicenda fattuale e del suo snodarsi nel tempo, può valutare la ragionevolezza e equità di una misura rimasta parzialmente indeterminata da parte del giudice della cautela (o del merito).

Ne', invero, tale funzione può essere, efficacemente, assunta dal giudice del correlato giudizio di merito, instaurato a seguito della definizione della fase cautelare e ai fini della conservazione della stabilità degli effetti della stessa.

Ciò, per due ordini di ragioni:

a) il destinatario della misura che ambisca alla fissazione, *ex post*, della durata temporale o dell'importo massimi, per poter conseguire la tutela agognata – indicando al giudice un importo complessivo dell'*astreinte*, che non sia eccedente rispetto al danno subito dal creditore – dovrebbe attendere la definitività dell'eventuale sentenza di merito che venga ad accogliere la richiesta risarcitoria della controparte. Come noto, infatti, e conformemente alla dogmatica processualistica tradizionale, le sentenze di tipo dichiarativo o costitutivo, ai fini della loro esecutività, richiedono il passaggio in giudicato.

Correlativamente, il tempo di attesa potrebbe essere inconcepibile con il principio di effettività della tutela giurisdizionale, in tal caso, coincidente con l'interesse al contenimento di una misura sanzionatoria di tipo patrimoniale che, diversamente, sarebbe destinata, ad incidere *sine die* sulla propria sfera patrimoniale;

b) per contro, il giudice dell'Esecuzione, investito attraverso lo strumento dell'opposizione a precetto o all'esecuzione, potrebbe già in sede di sospensiva arginare l'effetto dirompente, per la sfera giuridica dell'obbligato, della predetta misura coercitiva.

Dunque, secondo la suddetta dottrina, la richiesta di fissazione, *ex post*, della durata temporale o dell'importo massimi della misura, dovrebbe ritenersi pienamente ammissibile, anche nella logica di un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma processuale,

rispettosa del diritto di proprietà, quale valore di rango costituzionale ex art. 42 Cost. e che deve ritenersi preclusivo di qualunque misura che, traducendosi in un'aggressione sproporzionata della sfera giuridica e patrimoniale, assuma una portata sostanzialmente espropriativa della stessa.

Ciò, varrebbe anche per quanto concerne la possibilità di un rilievo d'ufficio, ma ciò, però, sempre che lo stesso non sia incompatibile con le richieste processuali dell'obbligato. Venendo in rilievo diritti e obblighi disponibili, non può escludersi, in astratto, che l'obbligato, nel costituirsi, nulla obietti circa l'illegittimità della misura coercitiva o, addirittura, esprima la volontà di soggiacere alla stessa per ragioni etiche o di altra natura.

2. Presupposti per l'ammissibilità del rinvio all'ill. ma Corte Costituzionale.

2.1. Perimetrazione della questione e rilevanza ai fini del caso di specie

Invero, la soluzione di siffatta questione e' propedeutica alla decisione della controversia, dovendo questo Giudice sondare la possibilità di un intervento *ex officio* su una penale che rischia di assumere una portata sproporzionata rispetto al danno inferto al destinatario della stessa, così come rispetto alla sua funzione di coercizione all'adempimento.

Infatti, a fronte di un danno non patrimoniale di tipo biologico, ancora in corso di quantificazione davanti al giudice del merito e, apparentemente, di entità non grave, i creditori della prestazione hanno precettato l'importo fin'ora maturato, pari ad euro .

Peraltro, la misura e' stata irrogata, cautelativamente, dal giudice del 700 c.p.c. e su di essa non e' disceso alcun giudicato né esplicito, né implicito, essendo il giudice di merito ancora in corso.

Inoltre, tale questione presenta gravi difficoltà interpretative, essendosi già manifestati contrastanti orientamenti sia in giurisprudenza sia in dottrina.

Si deve premettere che, come già evidenziato, tale questione e' distinta, per quanto affine, a quella relativa al potere di riduzione, da parte del Giudice dell'esecuzione, della penale, disposta, come in questo caso, dal giudice della cautela (o del merito).

Con riferimento alla fattispecie della riducibilità della penale, *aliunde* irrogata, da parte del giudice dell'esecuzione, come già evidenziato, in relazione alla formulazione della norma processuale anteriore alla novella del 2022, il giudice di legittimità ha avuto modo di affermare che *"nell'opposizione all'esecuzione promossa in forza di un'ordinanza ex art. 614-bis c.p.c. (nella formulazione anteriore alle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 149 del 2022) non è consentito dedurre la scarsa importanza dell'inadempimento o del ritardo nell'adempimento con l'effetto di ottenere una riduzione del "quantum" della misura coercitiva, risolvendosi altrimenti quest'ultima in un'inammissibile modificazione della portata precettiva del titolo esecutivo giudiziale, permessa unicamente nel processo di cognizione e attraverso il rituale esperimento dei mezzi di impugnazione"*(Cass. Sentenza n. 22714 del 26/07/2023).

In suddetto caso, già sottoposto al vaglio della Suprema Corte, veniva in rilievo il problema di un'eventuale rimodulazione del *quantum*, irrogato da parte del giudice dell'esecuzione, che, come evidenziato dalla Suprema Corte, ove ritenuta ammissibile, darebbe la stura ad una (illegittima) duplicazione della valutazione già espressa dal giudice del merito (o della fase interinale) e rientrante nella sua competenza funzionale. Ciò, peraltro, con effetti,

potenzialmente, non solo *ex nunc* ma anche *ex tunc*. Infatti, tale rivisitazione, laddove, per ipotesi, fosse ritenuta ammissibile, incidendo sulla misura della sanzione, possa intervenire anche con riguardo al momento genetico della stessa. Ciò, salvo considerare, quale circostanza ostativa a ciò, il legittimo affidamento, riposto dal creditore, sulla stabilità, almeno per gli effetti già prodotti, della misura coercitiva, costituendo gli stessi <<diritti quesiti>>.

Per contro, la diversa fattispecie - integrata nel caso di specie - che è incentrata sulla possibilità di una cristallizzazione *pro futuro* della pretesa sanzionatoria, *ex officio* o su istanza di parte (con la specificazione, ad opera del giudice dell'opposizione a precetto, di una durata o di un importo massimo, complessivamente, esigibile) sottende la mera precisazione di un precetto giurisdizionale che non viene travolto nella sua portata contenutistica, neanche solo in parte, ma solo integrato e specificato <<per il suo armonioso e virtuoso funzionamento>>.

In particolare, taluni Tribunali hanno ritenuto che il giudice dell'esecuzione non possa, in alcun modo, interferire su una misura eterodeterminata dal Giudice della cognizione, diversamente travalicando la sua <<vocazione istituzionale>> e ciò neanche sotto il profilo della possibilità di determinare *ex post* un importo massimo.

Inoltre, specie, quando la misura sia contenuta in un provvedimento definitivo perché passato in giudicato, si porrebbe un problema di violazione della *res iudicata*.

Invero, analogo problema viene posto per l'ipotesi - quale è quella del caso di specie - del giudicato cautelare, assistito da quella peculiare stabilità *rebus sic stantibus* che è propria dei provvedimenti cautelari, non più reclamabili o già passati al vaglio del Collegio (per essere dallo stesso confermati o rimodulati). Stabilità destinata a venire meno solo in presenza di un mutamento del quadro fattuale o giuridico che, per così dire, ha fatto da sfondo all'assunzione del provvedimento, come pure desumibile dalla disciplina in materia di revoca dei provvedimenti cautelari ex art. 669 *decies* c.p.c..

Dunque, il potere di riduzione del giudice dell'esecuzione sarebbe da ritenersi del tutto precluso anche in tale fattispecie, così come - profilo rilevante nella fattispecie concreta - in sede esecutiva, non sarebbe apponibile alcun limite massimo, in via postuma, all'*astreinte* irrogata in sede esecutiva.

Altri giudici, invece, si sono espressi limitatamente al già menzionato potere di riduzione, ammettendolo per la misura irrogata dal Giudice della cautela, ma in capo al Giudice investito del merito.

A tal riguardo, si è ritenuto che tale facoltà fosse esercitabile anche d'ufficio, se necessario, per cui il giudice di merito potrebbe, ad esempio, valutare la congruità e l'adeguatezza della penale disposta da una ordinanza cautelare ed eventualmente rideterminarla (v. *Tribunale Milano Sez. spec. Impresa*, 15/10/2019 secondo cui "Al giudice del merito chiamato ad applicare una penale disposta da una ordinanza cautelare per il caso di violazione dell'inibitoria all'utilizzo di un marchio, spetta il potere di valutarne la congruità e l'adeguatezza, con conseguente possibilità di sua rideterminazione").

Nondimeno, non constano pronunce che si siano interrogate sulla possibilità, a fronte di una misura coercitiva stabilita in sede di 700 cpc, di una fissazione *ex post* del suddetto limite quantitativo o temporale in sede esecutiva.

Per quanto concerne il formante dottrinale, invece, secondo taluni autori, nell'ipotesi di comminatoria di una misura coercitiva indiretta, verrebbe in rilievo una fattispecie analoga a quella di cui all'art. 1382 c.c. (rubricata come "clausola penale in caso d'inadempimento o di ritardo nell'adempimento"), in quanto il creditore sarebbe esonerato dalla prova di alcun danno e con il solo elemento di differenziazione, rappresentato dalla circostanza che, nell'ipotesi dell'art. 614 bis cpc, la somma è determinata dal giudice, non dalle parti nell'esercizio della loro autonomia.

La disamina della questione relativa al riconoscimento del potere, in capo al Ge, di un'eventuale modulazione *ex post* della durata o dell'importo massimo della misura, richiede una preliminare ricostruzione della disciplina in materia anche al fine di definire la natura giuridica e la *ratio* ispirativa dell'istituto.

2.2. Inquadramento dell'istituto

Come noto, con la Legge n. 69/2009, hanno fatto ingresso nell'ordinamento giuridico le misure di coercizione indiretta, che si appalesa come "l'unico strumento in grado di assicurare l'attuazione dei diritti a prestazioni infungibili e insurrogabili con le forme tradizionali di esecuzione forzata".

A tal riguardo, non è peregrino ricordare come il concetto di infungibilità sia stato inteso variamente in dottrina. Infatti, oltre all'infungibilità che discende dalla natura della prestazione (diversa dalla realizzazione di un'opera materiale, di cui si legge nell'art. 612 c.p.c.) o che si riconnette "all'interesse del creditore derivante dall'*intuitus personae*, o comunque all'obiettivo regolamento contrattuale", ulteriori elementi rivelatori della infungibilità erano "fatti derivare da divieti inderogabili dell'ordinamento (riduzione in schiavitù, soggezione al potere altrui, *status* familiari) o più in generale da sfere di autonomia e libertà non coercibili in quanto protette al più alto livello costituzionale".

Invero, la precedente formulazione della norma in termini di "*Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*", ne implicava l'applicabilità solo alle predette obbligazioni.

Si sosteneva, infatti, che trattandosi, come si avrà modo di spiegare, di una misura sanzionatoria e, dunque, di una "pena privata", avrebbero trovato applicazione il principio di tassatività e il suo corollario logico della necessità di un'interpretazione restrittiva della norma.

L'iniziale formulazione non conteneva alcun riferimento, al fine di escluderli dalla propria portata applicativa, ai diritti della personalità. Nondimeno, prevedeva "una innovativa limitazione consistente nel potere del giudice di negare la comminatoria in caso di manifesta iniquità della stessa", formulazione fortemente criticata per la sua eccessiva genericità.

Nella vigenza dell'originaria formulazione della norma, autorevole dottrina aveva sollecitato la generalizzazione della portata operativa dell'*astreinte*, anche con riguardo ai titoli esecutivi, di natura stragiudiziale.

Con il D.l. n. 83/2015, convertito dalla Legge n. 132/2015, è stata novellata la rubrica, che si esprime – e così è, tutt'ora, anche a seguito della riforma Cartabia – in termini di "*Misure di coercizione indiretta*".

Al contempo, per effetto della predetta novella, e' stato precisato il novero delle obbligazioni cui l'istituto può trovare applicazione, ovvero tutti gli obblighi differenti da quelli pecuniari ovvero aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro.

Il riferimento e' alle obbligazioni di *facere* infungibili, così come a quelle di non fare, ascrivibili alla prima categoria, così come alla prestazione di consegna o di rilascio di cose e ad ogni altro provvedimento condannatorio ("diverso" da quelli relativi a somme di denaro) anche di "indole inibitoria".

Come evidenziato in dottrina, la novella assume rilievo nella misura in cui contribuisce a mutare del tutto sia "la fisionomia", sia "la *ratio* dell'istituto", elevandolo da "strumento residuale di tutela rispetto all'esecuzione forzata diretta, per i casi in cui essa non può operare", a "rimedio con essa concorrente, potendo essere utilizzato dal giudice anche a presidio di obblighi perfettamente fungibili e passibili di esecuzione nelle forme del codice di rito".

Per la sua importanza nella ricostruzione dell'istituto, appare utile precisarne, ulteriormente, l'ambito operativo.

Secondo la dottrina più accreditata, non sarebbe superabile il limite costituito dalla natura necessariamente "condannatoria" del provvedimento, per cui dovrebbero ritenersi escluse le sentenze dichiarative e costitutive. Nondimeno, e' stato osservato come, sotto il profilo della sua "ontologia e della sua dinamica funzionale", "la misura coercitiva non si attaglia esclusivamente a una pronuncia di condanna, ben potendosi immaginarla accessoria a una pronuncia costitutiva o di accertamento e finanche a un provvedimento endoprocedurale".

A tal riguardo, dubbia è l'ammissibilità della stessa in concorso con l'azione ex art. 2932 del c.c., quale ipotesi paradigmatica di esecuzione in forma specifica, in quanto volta ad assicurare al creditore il medesimo bene della vita agognato.

A tal riguardo, militano in senso favorevole, elementari esigenze connesse al principio di effettività della tutela.

Diversamente, infatti, l'interessato, per conseguire la tutela agognata, sarebbe costretto a attendere il passaggio in giudicato della sentenza costitutiva che abbia, eventualmente, accolto la domanda di pronuncia giurisdizionale, sostitutiva del consenso non manifestato nei termini convenuti.

Né, in senso contrario, appare utile richiamare la circostanza per cui l'obbligo di contrarre non si configura come infungibile, potendosi sempre richiedere una pronuncia del giudice che tenga luogo del contratto non stipulato spontaneamente dall'obbligato.

A tale obiezione e', agevolmente, replicabile che presupposto applicativo della norma - e, al contempo, suo limite - e' che si non si aneli all'esecuzione di un'obbligazione pecuniaria, quale tipico obbligo di genere, non rilevando, per contro, la sostituibilità della prestazione dovuta e non eseguita.

Peraltro, chiaramente, l'obbligazione di *datio* del consenso, estrinsecandosi in una manifestazione di volontà negoziale e non in una consegna materiale della *res*, non può considerarsi tale.

Peraltro, al fine di delimitare l'ambito operativo della norma, per scelta esplicita del legislatore, non possono venire in rilievo controversie di lavoro subordinato pubblico e privato, così come la misura risulta inapplicabile in relazione ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa ex art. 409 del c.p.c..

D'altronde, e' innegabile che le stesse afferiscano a obbligazioni di natura personalissima, oltre che, per taluni autori, di rango costituzionale, essendo indubbio che alcune tipologie di prestazione come quella artistica costituiscano strumento di estrinsecazione e affermazione della personalità umana ex art. 2 Cost..

Sotto il profilo della natura giuridica, come evidenziato in dottrina, tale forma rimediale, di cui si conoscono precedenti nell'ordinamento francese e tedesco, avrebbe natura sanzionatoria, sostanziandosi nell'imposizione, in capo all'obbligato, di una specie di penale per l'inadempimento in senso assoluto o l'adempimento tardivo di una pronuncia di condanna.

Ne' costituisce circostanza ostativa a tale qualificazione che la somma di denaro abbia quale beneficiario il creditore e non lo Stato, trattandosi di sanzione destinata a esplicare la sua funzione repressiva nei rapporti fra due privati, coincidenti con le parti del rapporto obbligatorio.

Invero, taluna dottrina ne rivendica una finalità composita e, sostanzialmente, duplice: "una funzione anzitutto *compulsoria*, ovvero tesa a stimolare l'adempimento alle statuizioni del provvedimento di condanna sotto pena del pagamento di una somma di denaro.....; in secondo luogo *sanzionatoria*, ove riguardata *ex post*, nella misura in cui, non essendosi realizzata la prima funzione, in mancanza di esatto adempimento da parte del soggetto tenuto, questi sarà chiamato a corrispondere alla controparte una somma di denaro".

Da ciò, come autorevolmente sostenuto, deriverebbe che quando il debitore destinatario della misura, perché inadempiente rispetto al comando giudiziale, ottenga, eventualmente, la riforma dello stesso, non potrebbe ripetere quanto pagato.

Diversamente, si afferma, verrebbe ad essere neutralizzata la funzione sanzionatoria che non avrebbe più modo di dispiegarsi in modo effettivo.

Invero, proprio la natura ancillare del provvedimento, irrogativo dell'*astreinte*, rispetto al titolo giudiziale caducato, dovrebbe indurre a considerare criticamente tale soluzione.

Sotto il diverso piano strutturale, la misura coercitiva di cui all'art. 614-*bis* c.p.c. ha una portata accessoria rispetto al provvedimento di condanna e ha essa stessa contenuto condannatorio.

Per quanto concerne l'ambito operativo della misura, pur dopo la novella del 2015, in una prospettiva *de iure ferendo*, si era prospettata – sollecitazione, poi, accolta, seppur con dei correttivi operativi, dalla riforma Cartabia - l'introduzione di una competenza concorrente del giudice dell'esecuzione.

Infatti, la circostanza che la misura dovesse essere irrogata contestualmente con la condanna impediva la "modulazione dell'*astreinte* rispetto ai fatti successivi alla sua irrogazione", da parte del Giudice dell'esecuzione.

In ultimo, si era proposto di attribuire a quest'ultimo anche il potere di procedere alla liquidazione della somma, anche quando l'irrogazione della misura fosse avvenuta da parte del giudice della cognizione, nell'ambito di un processo sommario in contraddittorio.

La legge delega sulla riforma del processo civile e il decreto legislativo n. 149 del 2022, che vi ha dato attuazione, come già evidenziato, hanno arginato solo in parte tali profili di criticità.

Come già evidenziato, per effetto della riforma Cartabia, l'istituto è stato dilatato alla fase esecutiva.

Orbene, la questione di legittimità è posta in relazione alla formulazione previgente, ma ritiene questo Giudice che l'analisi delle modifiche, apportate dalla riforma Cartabia, possa offrire elementi utili nella logica di un'interpretazione evolutiva della versione previgente, applicabile, *ratione temporis*, alla fattispecie concreta. In particolare, il riferimento è alla possibilità di formulare la richiesta di 614 bis cpc anche al di fuori dei termini perentori previsti per la formulazione di domande e eccezioni in senso stretto.

Ciò premesso, è stata aggiunta la previsione per cui *“Se non è stata richiesta nel processo di cognizione, ovvero il titolo esecutivo è diverso da un provvedimento di condanna, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza o ritardo nell'esecuzione del provvedimento è determinata dal giudice dell'esecuzione, su ricorso dell'avente diritto, dopo la notificazione del precetto. Si applicano in quanto compatibili le disposizioni di cui all'articolo 612”*.

Secondo la Relazione illustrativa, la nuova formulazione «è volta a porre rimedio ad una lacuna della normativa vigente che attribuisce al solo giudice» della cognizione il potere di irrogare la misura coercitiva, “così evitando di imporre all'avente diritto alla prestazione risultante da un titolo esecutivo stragiudiziale di instaurare un processo *ad hoc*. Lo stesso può ripetersi per il lodo arbitrale”.

Orbene, la nuova formulazione dell'art. 614bis del c.p.c., come introdotta dalla riforma Cartabia, consente di avanzare la domanda di misure coercitive anche nel giudizio di esecuzione. Ciò, sempre che la stessa non sia stata già richiesta nel precedente processo di cognizione.

Ciò vuol dire che, stando al tenore testuale della norma, la competenza del secondo all'assunzione del provvedimento è subordinata non alla mancata concessione da parte del giudice della cognizione, ma alla sua mancata richiesta da parte dell'interessato.

Ne consegue, logicamente, che il potere del giudice dell'esecuzione è inibito anche nell'ipotesi in cui la misura sia stata meramente richiesta al giudice della cognizione, ma tal ultimo l'abbia negata¹.

E' chiara la valenza preclusiva che il legislatore della riforma ha voluto accordare alle valutazioni del giudice del merito, anche in nome di quella competenza funzionale che esclude

¹ In tale ipotesi, pur essendo precluso l'intervento del giudice dell'esecuzione, l'omessa pronuncia sarà censurabile in sede di gravame, ove il grado di giudizio sia definito, oppure nello stesso giudizio, per il tramite degli strumenti a ciò previsti.

Sarà possibile conseguire la misura dal giudice del reclamo di cui agli articoli 183 ter, 3° comma, oppure, in relazione alle ordinanze pronunciate a norma degli articoli 186 bis, ter e quater, c.p.c., dallo stesso giudice che si sia incorso nella predetta omissione.

la proponibilità, davanti al giudice dell'esecuzione, delle questioni dedotte (o anche semplicemente deducibili) in sede di cognizione.

A fronte di un chiaro dato testuale, non pare condivisibile l'opzione esegetica che ritiene la misura applicabile dal giudice della esecuzione anche quando la misura sia stata ritualmente richiesta ma non concessa.

Si è affermato che, in tale ipotesi, non vi sarebbero ragioni giuridiche impeditive della competenza del G.E.. La ratio sarebbe quella di non ingenerare sovrapposizioni (cognitive e decisorie) tra il giudice della cognizione e quello dell'esecuzione e tale interferenza, del secondo, nella sfera del primo sarebbe da escludersi quando l'istanza al giudice della cognizione sia rimasta trascurata, a meno che non possa dirsi implicitamente rigettata.

Inoltre, in tale ipotesi nell'ipotesi di omissione di pronuncia, "non può formarsi il giudicato mancando una decisione neppure implicita".

Né, a tal riguardo, data l'insuperabilità del dato normativo, è sufficiente invocare l'esigenza di un'interpretazione costituzionalmente conforme (in funzione del diritto della parte all'effettività della tutela giurisdizionale e del principio della ragionevole durata del processo)".

D'altronde, vale anche in tale caso il generale principio dell'insuperabilità del dato testuale racchiusa nel noto brocardo per cui *in claris non fit interpretatio*. Dunque, il potere *de quo* viene riconosciuto anche in capo al giudice dell'esecuzione² "in chiave complementare" e non concorrente, rispetto al giudice della cognizione, implementando, in ogni caso, la soglia complessiva di effettività del sistema di tutela esecutiva³, quale corollario del più generale principio del giusto processo, che ha fondamento normativo costituzionale nell'art. 24, 111 Cost., nonché comunitario e convenzionale negli artt. 6, 13 Cedu e 47 CDFUE. In particolare, l'art. 13 della CEDU sancisce il diritto ad un ricorso effettivo a favore di ogni persona i cui diritti e libertà fondamentali siano stati violati.

A tal riguardo, sotto il profilo dell'ambito operativo temporale della norma, la novella permette di formulare richiesta al giudice dell'esecuzione in relazione a condanne che siano state emesse prima del 2009, sempre che il diritto di agire in via esecutiva non sia prescritto.

Data la sopra evidenziata complementarietà dei poteri, appare utile l'esatta individuazione del termine finale entro il quale la misura è richiedibile nel processo di cognizione.

Deve convenirsi con quella dottrina, secondo cui la richiesta di applicazione dell'art. 614 bis, 1° comma c.p.c. conosca quale momento consumativo del potere di farne richiesta la «precisazione delle conclusioni ... nei limiti degli atti introduttivi o a norma dell'art. 171 ter» (art. 189, 1° comma, n. 1, c.p.c.).

² L'ampia formulazione della norma, unitamente alla necessità di un'esegesi improntata al principio di effettività della tutela, inducono a ritenere che la misura sia richiedibile anche in sede di attuazione di un provvedimento cautelare, rimasto inadempito.

Ne costituisce circostanza ostativa il fatto che il giudice dell'attuazione venga a coincidere con quello che ha emesso il provvedimento di natura cautelare.

D'altronde, "la necessità costituzionale della ragionevole durata del processo impone (per i procedimenti cautelari) interpretazioni in grado di evitare il ricorso al processo a cognizione piena al solo scopo di ritardare il momento della realizzazione dell'obbligo da parte dell'avente diritto".

³ È evidente, come correttamente sottolineato in via interpretativa, come il giudizio di cognizione nel quale è richiedibile la misura coercitiva indiretta è anche quello arbitrale di cui agli articoli 816 ss. c.p.c., in materia di arbitrato rituale.

D'altronde, non si tratta che di un corollario logico della natura giurisdizionale di tale procedimento.

Per contro, per quanto concerne il *dies a quo*, non appare conforme ai superiori dettami costituzionali, la tesi di chi ritiene che se ne debba fare richiesta necessariamente nell'atto introduttivo.

Peraltro, sotto il profilo processuale e del raccordo con i principi generali che conformano l'autonomia processuale delle parti, secondo autorevole dottrina, la suddetta istanza non sarebbe idonea a ingenerare ne' una domanda nuova, né una modifica della domanda originaria, in quanto preordinata al conseguimento di una misura meramente strumentale al conseguimento del bene della vita originariamente dedotto in giudizio.

Il provvedimento irrogativo della misura, assunto dal giudice, avrebbe un rilievo meramente processuale o di rito, non essendo configurabile, per l'appunto, un diritto sostanziale a ottenere la misura coercitiva. Esso, infatti, non ha la funzione di definire un rapporto giuridico, assicurandone una regolamentazione, ma ingenererebbe "un nuovo rapporto obbligatorio la cui funzione è quella, strettamente processuale, di dare esecuzione indiretta alla pronuncia giudiziale".

D'altronde, l'aver la novella attribuito al giudice dell'esecuzione una competenza (non concorrente, ma alternativa) in materia, costituirebbe un'indiretta conferma della natura meramente strumentale e accessoria del provvedimento, al pari dell'istanza di conversione.

Tale tesi non e' stata priva di riscontri nella giurisprudenza di legittimità (CORTE DI Cassazione; sezione III, ordinanza del 23 marzo 2024, n. 7927; secondo cui "*Il provvedimento con il quale il giudice del merito, ex art. 614-bis c.p.c., concede (o nega) la misura coercitiva indiretta ha natura di provvedimento in rito. Tale inquadramento giustifica e dà fondamento alla cognizione piena della S.C. per inosservanza della norma processuale*").

Sulla base di tali premesse ricostruttive, nel processo di cognizione l'applicazione dell'art. 614 bis c.p.c. potrebbe essere domandata – naturalmente senza poter allegare nuove circostanze di fatto – nelle conclusioni contenute nelle note scritte depositate nel termine di cui all'art. 189, 1° comma, n. 1, c.p.c. e, per il procedimento semplificato, in quelle che il giudice invita a precisare a norma dell'art. 281 sexies c.p.c. quando rimette la causa in decisione (art. 281 terdecies c.p.c.).

Nella vigenza della disciplina anteriore alla novella e all'anticipazione delle preclusioni processuali, era, stato, correlativamente, affermato che poiché la richiesta di *astreintes* non veicola, nel processo, una nuova situazione soggettiva, ne' dilata l'oggetto del decidere, non vi sarebbero state preclusioni processuali alla sua proposizione fino alla precisazione delle conclusioni e, persino, in appello.

Inoltre, sotto il profilo del sindacato di legittimità e dei suoi limiti, lo stesso, vertendo sull'inosservanza della norma processuale che disciplina tali misure, potrebbe avere ad oggetto sia l'*an*, ovvero, la verifica dei presupposti necessari per l'esercizio del potere, sia la correttezza di tal ultimo, in punto di liquidazione dell'*astreinte*.

A tale riguardo, ciò che la S.C. può valutare non è il merito della valutazione operata dal giudice ma la motivazione e, dunque, il percorso ragionativo che sorregge il provvedimento "in quanto resa con riferimento concreto ai parametri di riferimento" previsti dall'art. 614-bis c.p.c.

Altri Autori, in ciò seguiti dalla giurisprudenza di legittimità, hanno visto, invece, nella misura *de qua* un provvedimento, preordinato alla tutela di un autonomo bene della vita, a sua volta, oggetto di uno specifico diritto soggettivo, con la conseguenza che la relativa istanza sarebbe soggetta alle preclusioni processuali applicabili alle domande nuove.

Sotto il profilo della tutela del diritto alla difesa ed, in particolare, di quello al contraddittorio processuale, i fatti, posti a fondamento della suddetta richiesta di tutela, dovrebbero essere oggetto di tempestiva allegazione, così da consentire così alla controparte l'esercizio delle proprie prerogative difensive; esercizio che sarebbe precluso, se la domanda potesse essere avanzata oltre il limite temporale di maturazione delle preclusioni processuali.

In tal senso, di recente, anche Cass. sezione III, ordinanza del 23 maggio 2024, n. 14461, secondo cui *“l’istanza volta ad ottenere la misura di coercizione indiretta ex art. 614-bis c.p.c. (nella formulazione anteriore alle modifiche apportate dal d.lgs. n. 149 del 2022) costituisce una vera e propria domanda giudiziale e, come tale, va avanzata prima della maturazione delle preclusioni assertive, poiché non consegue necessariamente alla pronuncia di condanna, a differenza delle spese di lite, e dev’essere determinata tenuto conto di circostanze di fatto – quali il valore della controversia, la natura della prestazione, il danno quantificato o prevedibile – che vanno tempestivamente allegare (e, se del caso, provate), così da consentire alla controparte una compiuta difesa, altrimenti impossibile se la richiesta fosse sottratta alle barriere preclusive del rito”*.

Invero, la nuova formulazione della norma, nella misura in cui riconosce la richiedibilità della misura in sede esecutiva, sembra offrire argomenti insuperabili ai fini della ricostruzione della misura quale mero strumento processuale, rilevante in rito e inidoneo ad ampliare il *thema decidendum*.

Al fine di comprimere la discrezionalità valutativa del giudice che ha natura, essenzialmente, tecnica, la novella, ampliando i criteri già previsti dal vecchio testo – ovvero il valore della controversia, la natura della prestazione dovuta, il danno quantificato o prevedibile e ogni altra circostanza utile – ha previsto in aggiunta quello del “vantaggio per l’obbligato derivante dall’inadempimento”. Ciò, però, senza prevedere una qualunque cornice edittale che possa fungere da limite massimo e minimo cui il giudice debba attenersi (comma 3).

Ciò, impregiudicato il diritto del creditore di agire in via risarcitoria per i pregiudizi, eventualmente, non compensati dalla misura.

Anche per l’ipotesi in cui la misura sia richiesta al giudice dell’esecuzione, ai fini della concreta commisurazione della penale, valgono i parametri fin dall’origine previsti dalla norma quale criteri conformativi del potere del Giudice della cognizione.

Ciò, per quanto la Cartabia sia intervenuta a specificare, traendo tale criterio commisurativo dall’indifferenziata formula di chiusura della norma, che si debba avere riguardo anche al “vantaggio per l’obbligato derivante dall’inadempimento”, ovvero all’utilità, tradibile da tal ultimo dal proprio inadempimento. D'altronde, come desumibile dalla Relazione illustrativa, data la finalità della norma che è quella di spronare all’adempimento, appare del tutto imprescindibile - anche nella logica di

un'analisi economica del diritto - porsi (anche) dall'angolo visuale del debitore. Ciò, al fine di verificare il tipo di valutazione da questi astrattamente esperibile, in termini di maggiore o minore convenienza dell'adempimento.

L'approccio e', evidentemente, quello della valorizzazione dell'agire razionale delle parti, secondo categorie e giudizi di matrice essenzialmente economica che sono quelle che conformano l'agire dell'*homo economicus*.

In questa prospettiva appare prioritario il riferimento all'*utilitas* traibile dal debitore dalla propria inerzia o dal proprio ritardo nell'adempimento delle prestazioni dovute.

Deve, invece, ritenersi subvalente il diverso criterio del danno che l'inadempimento medesimo e' idoneo a ingenerare.

Ciò, anche perchè l'esecuzione c.d. indiretta non può assurgere a rimedio sostitutivo del risarcimento del danno causato dall'inadempimento.

A tal riguardo, non può sottacersi la diversa opinione per cui "tale criterio" avrebbe fatto "assumere alla misura coercitiva indiretta anche il carattere di risarcimento punitivo, ora ritenuto compatibile col nostro ordinamento", ma non incondizionatamente.

Infatti, la configurazione di una finalità punitiva richiede, come ricordato dalle S.U. 05/07/2017 n° 16601, che esista un'espressa previsione legislativa che renda attuale alcune di quelle funzioni che, nella logica di un sistema polifunzionale, sono proprie dell'apparato rimediale risarcitorio⁴.

⁴ Secondo la predetta sentenza: "Nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poichè sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile". Dunque, non "è ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi. Il riconoscimento di una sentenza straniera che contenga una pronuncia di tal genere deve però corrispondere alla condizione che essa sia stata resa nell'ordinamento straniero su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa ed i limiti quantitativi, dovendosi avere riguardo, in sede di delibazione, unicamente agli effetti dell'atto straniero e alla loro compatibilità con l'ordine pubblico".

In relazione alle ipotesi tipiche di danno punitivo, giovi la seguente esemplificazione, come evocata dalle Sezioni Unite del 2017: in tema di brevetto e marchio, il R.D. 29 giugno 1127, n. 1939, art. 86, e R.D. 21 giugno 1942, n. 929, art. 66, abrogati dal D.Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, che ha dettato a tal fine le misure dell'art. 124, comma 2, e art. 131, comma 2; il D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, art. 140, comma 7, c.d. codice del consumo, dove si tiene conto della "gravità del fatto"; secondo alcuni, l'art. 709 ter c.p.c., nn. 2 e 3, introdotto dalla L. 8 febbraio 2006, n. 54, per le inadempienze agli obblighi di affidamento della prole; l'art. 614 bis c.p.c., introdotto dalla L. 18 giugno 2009, n. 69, art. 49, il quale contempla il potere del giudice di fissare una somma pecuniaria per ogni violazione ulteriore o ritardo nell'esecuzione del provvedimento, "tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile"; il D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, art. 114, redatto sulla falsariga della norma appena ricordata, che attribuisce analogo potere al giudice amministrativo dell'ottemperanza." Ha considerato "le ipotesi in cui è la legge che direttamente commina una determinata pena per il trasgressore: come - accanto alle disposizioni penali degli artt. 388 e 650 c.p. - l'art. 18, comma 14, dello statuto dei lavoratori, ove, a fronte dell'accertamento dell'illegittimità di un licenziamento di particolare gravità, la mancata reintegrazione è scoraggiata da una sanzione aggiuntiva; la L. 27 luglio 1978, n. 392, art. 31, comma 2, per il quale il locatore pagherà una somma in caso di recesso per una ragione poi non riscontrata; l'art. 709 ter c.p.c., n. 4, che attribuisce al giudice il potere di infliggere una sanzione pecuniaria aggiuntiva per le violazioni sull'affidamento della prole; o ancora il D.L. 22 settembre 2006, n. 259, art. 4, convertito in L. 20 novembre 2006, n. 281, in tema di pubblicazione di intercettazioni illegali".

L'ordinanza 9978/16 ha, invece, menzionato tra gli altri:

gli L. 22 aprile 1941, n. 633, art. 158, e, soprattutto, D.Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, art. 125, (proprietà industriale), pur con i limiti posti dal cons. 26 della direttiva CE (cd. Enforcement) 29 aprile 2004, n. 48 (sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale), attuata dal D.Lgs. 16 marzo 2006, n. 140 (v. art. 158) e la venatura non punitiva ma solo sanzionatoria riconosciuta da Cass. n. 8730 del 2011;

- il D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 187 undecies, comma 2, (in tema di intermediazione finanziaria); - "il D.Lgs. 15 gennaio 2016, n. 7 (artt. 3 - 5), che ha abrogato varie fattispecie di reato previste a tutela della fede pubblica, dell'onore e del patrimonio e, se i fatti sono dolosi, ha affiancato al risarcimento del danno, irrogato in favore della parte lesa, lo strumento affittivo di sanzioni pecuniarie civili, con finalità sia preventiva che repressiva". Entrambe le pronunce annettono precipuo rilievo alla L. 8 febbraio 1948, n. 47, art. 12, che prevede una somma aggiuntiva a titolo riparatorio nella diffamazione a mezzo stampa e al novellato art. 96, comma 3, c.p.c., che consente la condanna della parte soccombente al pagamento di una "somma equitativamente determinata", in funzione sanzionatoria dell'abuso del processo (nel processo amministrativo l' art. 26, comma 2, del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104).

In tal caso, pur a fronte di un *nomen iuris* non univoco, sarebbe, comunque, individuabile un solido argomento normativo.

Evidente e' la suggestione proveniente dal riferimento al danno cagionato (o cagionabile) dall'obbligato, nonché la sua idoneità ad evocare i criteri di risarcimento del danno ambientale e previsti per le altre ipotesi - eccezionali e di stretta interpretazione - di danno punitivo.

Peraltro, sotto il profilo della sua concreta applicazione, deve ritenersi che il criterio commisurativo *de quo* non si presti ad un'agevole applicazione, con la conseguenza che originerà, tendenzialmente, solo liquidazioni in via equitativa.

Altro profilo innovativo della nuova formulazione dell'art. 614 bis c.p.c. e' quello concernente il potere del giudice, investito della richiesta, di stabilire il *dies a quo* dal quale procedere al computo della somma dovuta, così come la durata massima della misura.

Si è previsto che questi non possa, ma *debba* indicare la decorrenza (così da assicurare al soccombente il tempo necessario ad adempiere) e, dall'altro, *possa* fissare il termine massimo di durata della misura "tenendo conto della finalità della stessa e di ogni circostanza utile" (comma 1); termine, decorso il quale, la misura coercitiva e' destinata a perdere effetti, non producendo più esborsi a carico del destinatario della stessa.

Come evincibile dal dato testuale, il potere di cui al primo segmento normativo ha natura vincolata, in contrapposizione alla portata meramente discrezionale di quello di indicare il termine finale che sancisce lo spirare giuridico della stessa.

Secondo un'autorevole e condivisibile dottrina, il legislatore della riforma si sarebbe limitato a consacrare, in norma formale e espressa, un principio già operante a livello ordinamentale.

Verrebbe in rilievo "una razionalizzazione dell'esistente, questi poteri essendo esercitabili anche nella vigenza del testo precedente dell'art. 614 bis c.p.c.", con chiare finalità deflative del contenzioso in materia.

Dunque, in sintesi, l'attuale formulazione della norma, per quanto abbia ribadito la tradizionale dicotomia fra giudizio della cognizione presupposto e giudizio esecutivo, radica una competenza comminatoria in capo al Giudice dell'esecuzione. Soprattutto, come evidenziato, la domanda di penale sembrerebbe sfuggire ai termini previsti per la proposizione di eccezioni e domande riconvenzionali e così deve ritenersi anche per le difese e le eccezioni volte a contrastarne o a mitigarne l'applicazione.

Mette conto citare anche l'art. 28 del d.lgs n. 150/2011 sulle controversie in materia di discriminazione, che dà facoltà al giudice di condannare il convenuto al risarcimento del danno tenendo conto del fatto che l'atto o il comportamento discriminatorio costituiscono ritorsione ad una precedente azione giudiziale ovvero ingiusta reazione ad una precedente attività del soggetto leso volta ad ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento. E ancora, si vedano l'art. 18 comma secondo dello Statuto dei lavoratori, che prevede che in ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto; il D.Lgs. n. 81 del 2015, art. 28, comma 2, in materia di tutela del lavoratore assunto a tempo determinato e la anteriore norma di cui alla L. n. 183 del 2010, art. 32, commi 5, 6 e 7, che prevede, nei casi di conversione in contratto a tempo indeterminato per illegittimità dell'apposizione del termine, una forfettizzazione del risarcimento. L'elenco di "prestazioni sanzionatorie", dalla materia condominiale (art. 70 disp. att. c.c.) alla disciplina della subfornitura (L. n. 192 del 1998, art. 3, comma 3), al ritardo di pagamento nelle transazioni commerciali (D.Lgs. n. 231 del 2002, artt. 2 e 5) è ancora lungo. Non è qui il caso di esaminare le singole ipotesi per dirimere il contrasto tra chi le vuol sottrarre ad ogni abbraccio con la responsabilità civile e chi ne trae, come le Sezioni Unite ritengono, il complessivo segno della molteplicità di funzioni che contraddistinguono il problematico istituto.

E' indubbio che tale conformazione dell'istituto possa incidere sull'interpretazione della stessa, nella formulazione previgente.

4. Possibilità di un'interpretazione costituzionalmente conforme: gli argomenti a favore della soluzione favorevole alla possibilità, per il giudice dell'esecuzione, ove già non fatto dal giudice del merito, di determinare *ex post* un tetto quantitativo o temporale, massimo, all'operare delle stesse

Ciò premesso, la norma, come già evidenziato, nella sua nuova formulazione, conseguente alla novella, non prevede espressamente la possibilità, per il giudice dell'esecuzione, ove già non fatto dal giudice del merito, di determinare *ex post* un tetto quantitativo (o temporale) massimo all'operare delle stesse.

Si limita a prevedere come lo stesso possa:

1) irrogare la misura, solo ove la stessa non sia stata già richiesta nell'eventuale giudizio di merito presupposto e sempre che il titolo esecutivo sia diverso da un provvedimento di condanna;

2) fissare, al momento dell'irrogazione, un termine di durata della misura, tenendo conto della finalità della stessa e di ogni circostanza utile. Tale potere non e' espressamente riferito al Giudice dell'esecuzione, ma si desume da un'interpretazione combinata del primo e del secondo comma; l'uno volto a conformare l'esercizio del potere di irrogazione da parte del giudice del merito; l'altro, preordinato a sancire la legittimazione sussidiaria del Ge, rispetto al Giudice del merito.

Come già evidenziato, però, taluna dottrina ha ritenuto che, nondimeno, il potere di fissazione *ex post* di un limite massimo, pur in difetto di un'espressa previsione abilitante, fosse ammissibile.

In tal senso, deporrebbero una pluralità di ragioni testuali, logiche e sistematiche.

4.1. La clausola generale *rebus sic stantibus* e la rilevanza delle sopravvenienze. La qualificabilità della esorbitanza della somma maturata nei suddetti termini.

In primis, deve richiamarsi quell'orientamento dottrinale che ritiene operativa, anche in materia di misure coercitive, la clausola generale, *rebus sic stantibus*, che e' alla base della possibilità – nel contesto dell'ordinamento interno - di richiedere una modifica giudiziale di un qualunque provvedimento di volontaria giurisdizione (come quello regolativo delle condizioni di separazione), così come, in relazione all'ordinamento internazionale, della facoltà di recedere dello Stato dagli impegni assunti con altri soggetti del diritto internazionale⁵.

Si ritiene che, ogniqualevolta vi sia un rapporto di durata, il provvedimento giurisdizionale che lo vada a regolare, dettandone la disciplina, possa essere oggetto di mutamenti e variazioni contenutistiche e ciò quando si registri una modifica delle condizioni (fattuali e giuridiche) che hanno presieduto alla sua assunzione.

La sua stabilità contenutistica sarebbe, dunque, condizionata risolutivamente all'invarianza delle predette condizioni.

⁵ In relazione a tal ultimo aspetto, a venire in rilievo, secondo la migliore dottrina internazionalistica, e' una causa di estinzione atipica o, comunque, rinveniente il proprio fondamento nel diritto internazionale consuetudinario, anche se trasposta nel Trattato di Vienna sui trattati del 1969

A tal riguardo, si sostiene, espressamente, che “un principio generale dell’ordinamento è quello per il quale — il giudicato opera *rebus sic stantibus*, sicché la statuizione che lo contiene può essere modificata per fatti successivi alla sua formazione”. .

Ciò premesso, come già evidenziato, presupposto per la revisione della regola giurisdizionale, non consacrata in una sentenza di merito passata in giudicato, e’ la configurabilità di una sopravvenienza.

Se ne rinviene conferma in specifiche previsioni normative:

a) nell’art. 669 *decies* c.p.c. per cui *“Salvo che sia stato proposto reclamo ai sensi dell’articolo 669-terdecies, nel corso dell’istruzione il giudice istruttore della causa di merito può, su istanza di parte, modificare o revocare con ordinanza il provvedimento cautelare, anche se emesso anteriormente alla causa, se si verificano mutamenti nelle circostanze o se si allegano fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare. In tale caso, l’istante deve fornire la prova del momento in cui ne è venuto a conoscenza. Quando il giudizio di merito non sia iniziato o sia stato dichiarato estinto, la revoca e la modifica dell’ordinanza di accoglimento, esaurita l’eventuale fase del reclamo proposto ai sensi dell’articolo 669-terdecies, possono essere richieste al giudice che ha provveduto sull’istanza cautelare se si verificano mutamenti nelle circostanze o se si allegano fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare. In tale caso l’istante deve fornire la prova del momento in cui ne è venuto a conoscenza. Se la causa di merito è devoluta alla giurisdizione di un giudice straniero o ad arbitrato, ovvero se l’azione civile è stata esercitata o trasferita nel processo penale, i provvedimenti previsti dal presente articolo devono essere richiesti dal giudice che ha emanato il provvedimento cautelare, salvo quanto disposto dall’articolo 818, primo comma”*;

b) nel 2° comma dell’art. 283 c.p.c. – introdotto proprio dalla Riforma Cartabia – in virtù del quale l’istanza di sospensiva dell’efficacia esecutiva o dell’esecuzione della sentenza impugnata «può essere proposta o riproposta nel giudizio di appello se si verificano mutamenti nelle circostanze che devono essere specificamente indicati nel ricorso, a pena d’inammissibilità».

Ovviamente, se il provvedimento, contenente la misura di cui all’art. 614 bis c.p.c. e emanato in sede cognitiva, non sia ancora definitivo, revoca o modifica potranno essere richieste al giudice della cognizione, con il reclamo (articoli 183 ter e 669 terdecies c.p.c.) o anche in sede di gravame della sentenza.

Nell’ipotesi in cui il provvedimento non sia più tangibile, l’istanza di revoca o modifica non potranno essere presentate al giudice dell’esecuzione⁶, ma, quando il provvedimento giurisdizionale non sia ancora, definitivo, tale potere processuale sarebbe esercitabile, anche *ex officio*.

⁶ E’ discusso se nel potere di revoca o di modifica debba essere annoverato quello di rinnovare la misura al suo scadere o di circoscriverne l’efficacia temporale. Si ritiene, non vietato (perciò consentito) dall’art. 614 bis c.p.c. e coerente con la sua ratio, di rinnovare la misura allo spirare del termine di durata previsto, così come quello di circoscriverne l’efficacia nel tempo.

Ovviamente, deve ritenersi che tale principio operi limitatamente ai provvedimenti che si proiettino nel tempo e che non assumano efficacia di giudicato, almeno inteso in senso stretto, come quelli, per l'appunto, di natura cautelare, quale è quello del caso di specie.

Laddove, invece, il provvedimento sia assistito dal crisma del giudicato formale, perché emesso a seguito di un giudizio a cognizione piena, affermarne la rivedibilità ingenererebbe un'evidente aporia logica. Ciò, salvo assumere la configurabilità di giudicati cedevoli o relativi che, invero, appare una costruzione, di per sé, "barocca" e priva di linearità logica oltre che essere in contrasto con il generale principio di certezza del diritto (che lo stesso giudice comunitario ha ritenuto essere presidio di civiltà giuridica) e di tutela del legittimo affidamento.

Orbene, secondo tale prospettazione teorica, il giudice dell'esecuzione, in difetto di un giudicato, potrebbe, in ogni caso, ritenere che la sopravvenuta esorbitanza dell'importo rispetto agli interessi da tutelare costituisca una modifica delle circostanze che il giudice della cognizione (piena o sommaria) abbia posto a fondamento della sua determinazione; con la conseguente possibilità di apporvi un limite massimo.

4.2. La riduzione d'ufficio della penale manifestamente eccessiva quale argomento logico richiamabile a favore della possibilità di apporre d'ufficio un tetto massimo. L'estensione del principio di necessario equilibrio del rapporto contrattuale, ad opera del Giudice delle Leggi, alla caparra confirmatoria (seppur ricorrendo al diverso rimedio della sanzione della nullità parziale).

In secondo luogo, secondo taluni Autori, accogliendo la ricostruzione della misura coercitiva quale speciale clausola penale o quale penale *sui generis*, sarebbe applicabile l'art. 1384 c.c.⁷ che subordina l'applicabilità della riduzione della stessa alla circostanza che l'obbligazione principale sia stata eseguita in parte oppure che la prestazione sia manifestamente sproporzionata, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento.

Si ritiene che, ammettendo l'operare del potere di riduzione, anche *ex officio*, dell'entità della misura coercitiva, in tal caso, praticabile solo dal giudice della cognizione, dovrebbe ritenersi *a fortiori* che lo stesso possa determinare *ex post* un tetto quantitativo massimo all'operare delle stesse. E quando ciò non sia accaduto, analogo potere dovrebbe riconoscersi in capo al giudice dell'esecuzione.

D'altronde, se la novella del 2022 ha riconosciuto il potere per il Ge di irrogare, per la prima volta, l'*astreinte*, non può ragionevolmente escludersi che lo stesso possa porre un tetto massimo a quella irrogata, *aliunde*, ovvero in sede di cognizione.

Ciò, secondo il principio, logico prima che giuridico, secondo cui <<nel più sta il meno>>, ovvero, il riconoscimento di un potere di una certa ampiezza e latitudine, implica la tacita attribuzione anche di una facoltà a contenuto più ristretto, idealmente, ricompresa nella prima.

⁷ Dispone espressamente che "la penale può essere diminuita equamente dal giudice(1), se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l'ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento".

Invero, la trasposizione in relazione alla misura coercitiva del regime proprio della clausola penale, impone la ricostruzione della natura di entrambe al fine di vagliarne l'eventuale accostabilità sotto il profilo funzionale.

Come già evidenziato, plurime sono le teorie che sono state ventilate con riguardo alla seconda.

E' stata elaborata una prima tesi che sostiene la natura, essenzialmente, risarcitoria della penale, di predeterminazione del danno e di esonero dalla relativa prova in un'ottica chiaramente semplificatoria, in relazione alla quale l'intervento del giudice assume una funzione correttiva e di riequilibrio contrattuale.

Tale ricostruzione muove dalla considerazione per cui l'opposta qualificazione in termini di pena avrebbe contrastato con il principio per cui, nel nostro ordinamento, sono da ritenersi bandite le pene private, essendo il potere sanzionatorio prerogativa esclusiva dello Stato e, più esattamente - dato l'attuale assetto dell'ordinamento costituzionale - dei pubblici poteri centrali e locali.

E', infatti, indubbio che il nostro ordinamento sia ispirato, dopo la novella costituzionale del 2001, al principio pluralista e che lo stesso sia connotato da un sistema di governo multilivello e affidato al dialogo fra più enti territoriali di pari dignità costituzionale.

E' chiaro che l'adesione a tale ricostruzione e' idonea a rendere difficilmente accostabili i due istituti, essendo inequivoco che l'*astreinte*, per la preminente opzione interpretativa, non assolve mai ad una funzione risarcitoria, ovvero di compensazione del pregiudizio subito dal creditore.

Ciò, salvo che si acceda alla tesi ricostruttiva per cui l'introduzione, quale criterio commisurativo della stessa, dell'*utilitas* tratta dal debitore, sarebbe idonea ad attrarre la stessa nell'alveo del risarcimento del danno c.d. punitivo.

La sovrapposizione delle due fattispecie rimediali diviene agevole ove, invece, si opti per la ricostruzione in termini sanzionatori, nel qual caso l'intervento giudiziale sarebbe preordinato a garantire l'adeguatezza e la congruità della sanzione.

Invero, esiste, come noto, anche una terza ricostruzione in relazione alla natura della penale che distingue tra:

- clausola penale c.d. "pura" (con funzione meramente preventiva di coazione all'adempimento e, successivamente, punitiva);
- la clausola penale "non pura" (quella nella quale le parti, con dichiarazione espressa, hanno introdotto la funzione di liquidazione del danno indipendentemente dalla prova di esso).

Nell'ipotesi di clausola penale "non pura", la parte non inadempiente potrebbe non domandare l'adempimento della prestazione dedotta nella penale e preferire il risarcimento integrale del danno. Ciò, in virtù di un'applicazione analogica dell'art. 1385, comma 3, cc.

A tal riguardo, si rende opportuna una breve disamina dell'istituto.

Al fine di comprendere se la riduzione della misura coercitiva indiretta possa avvenire anche d'ufficio, potrebbe essere richiamate le stesse considerazioni svolte dalla Suprema Corte in materia di clausola penale.

Al momento dell'entrata in vigore del codice civile del 1942, la giurisprudenza della Corte di Cassazione era concorde nell'affermare che il potere del Giudice di ridurre la penale non potesse essere esercitato d'ufficio, sebbene talvolta si fosse affermato che la richiesta di riduzione della penale dovesse ritenersi implicita nell'affermazione di nulla dovere a tale titolo.

Invero, con il passare del tempo, e' venuto emergendo un altro orientamento, che, al fine di mitigare il rigore del dato normativo, ha affermato che l'istanza di riduzione della penale potesse ritenersi implicita nella deduzione difensiva di non dovere alcunchè a tale titolo.

Tale tesi è stata, successivamente, oggetto di revisione critica ad opera della sentenza n. 10511/1999 della Corte di Cassazione, che ha, invece, ritenuto che la penale potesse essere ridotta *ex officio*, anche in assenza di una sollecitazione delle parti in tal senso⁸.

Tale opzione esegetica si è fondata su due distinte ragioni:

1. *la prima relativa "al riscontro nella giurisprudenza, che fino ad allora aveva negato il potere del giudice di ridurre d'ufficio la penale, di taluni cedimenti, individuati nel fatto che, in alcune delle pronunzie, l'ossequio al principio tradizionale appariva solo formale, poiché si giungeva talvolta a ritenere la domanda di riduzione implicita nell'assunto della parte di nulla dovere a titolo di penale ovvero l'eccezione relativa proponibile in appello";*

2. *la seconda fondata "sull'osservazione che l'esegesi tradizionale non appariva più adeguata alla luce di una rilettura degli istituti codicistici in senso conformativo ai precetti superiori della Costituzione, individuati nel dovere di solidarietà nei rapporti intersoggettivi (art. 2 Cost.), nell'esistenza di un principio di inesigibilità come limite alle pretese creditorie (Corte cost. n. 19/1994), da valutare insieme ai canoni generali di buona fede oggettiva e di correttezza (artt. 1175, 1337, 1359, 1366, 1375 c.c.)."*

La Suprema Corte, a Sezioni Unite, con la pronuncia del 13 settembre 2005 n. 18128, componendo il contrasto interpretativo al riguardo, ha optato per tale ultima soluzione.

A tale esito, e' pervenuta tentando di superare le critiche mosse dalla tesi tradizionale, contraria alla riducibilità d'ufficio.

La tesi "negazionista" invocava il generale principio c.d. dispositivo che conformerebbe anche la fattispecie di cui all'art. 1384 c.c., secondo cui il giudice non può pronunciare se non nei limiti della domanda e delle eccezioni proposte dalle parti.

Dal punto di vista processuale, pertanto, si era affermato (Cass., sez. lav., 19 aprile 2002 n. 5691) che la richiesta di riduzione ad equità doveva tenere conto delle preclusioni processuali previste nel contesto dei diversi riti, con la conseguenza, ad esempio, che, nel processo del lavoro, la domanda doveva essere avanzata soltanto nel ricorso introduttivo o nella comparsa di risposta, oppure nel primo atto difensivo successivo al verificarsi di fatti sopravvenuti idonei ad incidere sull'ammontare della penale.

Orbene, secondo le Sezioni Unite, *"il giudice che riduca l'ammontare della penale, al cui pagamento il creditore ha chiesto che il debitore sia condannato, non viola(va) in alcun modo la*

⁸ Questo nuovo orientamento non aveva però trovato, inizialmente, seguito nella successiva giurisprudenza della Corte, che (fatta eccezione per Cass., sez. I, 23 maggio 2003 n. 8188) aveva ribadito l'orientamento tradizionale, con le sentenze n. 5324/03, n. 8813/03, n. 5691/02, n. 14172/00.

prima proposizione del richiamato art. 112 c.p.c., atteso che il limite postogli dalla norma (era), in linea generale, che egli non può condannare il debitore ad una somma superiore a quella richiesta, mentre può condannarlo al pagamento di una somma inferiore”.

Peraltro, l'art. 112 c.p.c., nel disporre che il Giudice non può pronunciare d'ufficio su eccezioni che possono essere proposte soltanto dalle parti, lasciava intendere che vi sono, oltre alle eccezioni proponibili soltanto dalle parti, anche eccezioni che non lo sono e, in quanto tali, rilevabili d'ufficio.

Se così è, allora, il problema della riducibilità della penale non era risolto dal riferimento all'art. 112 c.p.c. e dalla verifica della sua osservanza, ma dalla risposta al quesito se la riduzione della penale sia oggetto di una eccezione che può essere proposta soltanto dalla parte.

A tal riguardo, giova ricordare che le eccezioni in senso stretto rappresentano un *numerus clausus*, essendo tutte le altre riconducibili al potere di rilevazione del giudice adito.

Ciò premesso, secondo le Sezioni Unite, l'art. 1384 c.c. non conteneva alcun riferimento all'imprescindibilità dell'eccezione della parte, quale presupposto per l'attivazione del potere di riduzione.

Peraltro, in alcune pronunce, l'ossequio al principio tradizionale appariva solo formale, poiché si giungeva talvolta a ritenere la domanda di riduzione implicita nell'assunto della parte di nulla dovere a titolo di penale ovvero l'eccezione relativa proponibile in appello (Cass., sez. III, 30 marzo 1984 n. 2112; Cass., sez. II, 26 gennaio 1982 n. 519; Cass., sez. III, 26 giugno 1981 n. 4157)⁹.

Il secondo argomento storico, invocato dall'orientamento maggioritario, era quello per cui la riduzione della penale sarebbe posta a tutela di un interesse individuale e particolare, quello del debitore a non subire un eccessivo sacrificio della propria sfera giuridica; ragione per cui a tal ultimo sarebbe stata rimessa la decisione del riequilibrio della penale.

Orbene, per la Suprema Corte anche questo argomento si fondava su un assioma non dimostrato e cioè che l'istituto della riduzione della penale fosse predisposto nell'interesse della parte debitrice.

In particolare, “una affermazione di questo tipo appar(iva) contraddetta dall'osservazione che la penale «può» ma non «deve» essere ridotta dal giudice, avuto riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento”.

Da ciò si desumeva che:

- a) non esisteva un diritto del debitore alla riduzione della penale;
- b) il criterio che il Giudice doveva utilizzare per valutare se una penale fosse eccessiva aveva natura oggettiva, atteso che non era previsto che il Giudice dovesse tenere conto della posizione soggettiva del debitore e del riflesso che sul suo patrimonio la penale potesse avere, ma solo dello squilibrio tra le posizioni delle parti, mentre il riferimento all'interesse del

⁹ Tale orientamento, invero, poteva essere considerato superato dalle successive pronunce (Cass., sez. III, 27 ottobre 2000 n. 14172), che avevano aderito all'orientamento più rigoroso, secondo cui la riduzione ad equità la penale (per manifesta eccessività o sopravvenuta onerosità) non poteva ritenersi implicitamente contenuta nella deduzione di non dovere nulla a titolo di penale (trattandosi di deduzione incompatibile con l'istanza di riduzione).

creditore aveva la sola funzione di indicare lo strumento per mezzo del quale valutare se la penale sia manifestamente eccessiva o meno.

Ne discendeva, logicamente, che, pur sostanzandosi la riduzione della penale in un provvedimento che rende in concreto meno onerosa la posizione del debitore e che deve essere adottato tenuto conto dell'interesse che il creditore aveva all'adempimento, il potere di riduzione appariva attribuito al Giudice non per la tutela dell'interesse della parte tenuta al pagamento della penale, ma, piuttosto, a tutela di un interesse che lo trascendeva e di natura sovraindividuale¹⁰.

Infine, il Supremo Collegio ha ritenuto non determinante neppure l'argomento per cui il giudice, nell'esercizio dei poteri equitativi diretti alla determinazione dell'oggetto dell'obbligazione della clausola, non dispone di altri parametri di giudizio rispetto alla verifica dell'equilibrio raggiunto dalle parti stesse, nelle preventiva determinazione delle conseguenze dell'inadempimento.

E ciò sia con riguardo al momento genetico sia in relazione all'attuazione concreta del rapporto.

Ha affermato, infatti, che questo argomento non appariva decisivo, considerando che la mancata allegazione (o la impossibilità di riscontri negli atti acquisiti) della eccessività della penale può rendere in concreto maggiormente difficoltoso l'accertamento della medesima, ma non costituisce, di per sé, circostanza preclusiva dell'esercizio officioso del potere del giudice.

A tal proposito, richiamava ciò che accade in tema di nullità del contratto, che il Giudice può dichiarare d'Ufficio purché risultino dagli atti i presupposti della nullità medesima (Cass. n. 4062/87), senza che per l'accertamento della nullità occorran indagini di fatto per le quali manchino gli elementi necessari (Cass. n. 1768/86, 4955/85, 985/81), e più di recente Cass. n. 1552/04, secondo cui *“La rilevabilità d'Ufficio della nullità di un contratto prevista dall'art. 1421 c.c. non comporta che il Giudice sia obbligato ad un accertamento d'ufficio in tal senso, dovendo invece detta nullità risultare “ex actis”, ossia dal materiale probatorio legittimamente acquisito al processo, essendo i poteri officiosi del Giudice limitati al rilievo della nullità e non intesi perciò ad esonerare la parte dall'onere probatorio gravante su di essa”*.

Secondo le Sezioni Unite, il potere conferito al giudice dall'art. 1384 c.c. di ridurre la penale manifestamente eccessiva era da considerarsi fondato sulla necessità di correggere l'esercizio dell'autonomia privata, mediante l'attivazione di un potere equitativo che ristabilisca un congruo temperamento degli interessi contrapposti, valutando l'interesse del creditore

¹⁰ Del resto il nostro ordinamento conosce altri casi in cui l'intervento equitativo del Giudice pur risolvendosi in favore di una delle parti in contesa non è tuttavia predisposto specificamente per la tutela di un suo interesse.

Si pensi all'ipotesi in cui una delle parti abbia chiesto il risarcimento del danno in forma specifica; il Giudice, in questo caso, anche se l'esecuzione specifica sia possibile, ha tuttavia il potere di disporre che il risarcimento avvenga per equivalente “se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore” (art. 2058 c.c.). È un potere che il Giudice può esercitare pacificamente d'ufficio avuta presente l'obiettivo difficoltà che il debitore può incontrare nell'eseguire la prestazione risarcitoria; la difficoltà, appunto perché obiettiva, non riguarda però la situazione economica del debitore, ma piuttosto l'esecuzione stessa della prestazione.

Si pensi ancora al potere attribuito al Giudice di liquidare il danno con valutazione equitativa se lo stesso non può essere provato nel suo preciso ammontare (art. 1226 c.c.), pacificamente esercitabile indipendentemente dalla richiesta delle parti.

all'adempimento, cui ha diritto, tenendosi conto dell'effettiva incidenza di esso sull'equilibrio delle prestazioni e sulla concreta situazione contrattuale.

Ciò, a tutela di un interesse superiore all'osservanza di un generale principio di equilibrio che ha un fondamento essenzialmente equitativo.

Secondo il Supremo consesso, la legge, quindi, nel riconoscere l'autonomia contrattuale delle parti, ne sanciva i limiti operativi. La verifica dell'osservanza del rispetto di tali ultimi è demandato al Giudice, che non può riconoscere tutela al diritto fatto valere, se esso si fonda su un contratto il cui contenuto non sia conforme alla legge ovvero sia diretto a realizzare interessi che non appaiono meritevoli secondo l'ordinamento giuridico.

L'intervento del Giudice, in tali casi, è indubbiamente esercizio di un potere officioso attribuito dalla legge.

Lo stesso articolo 1384 c.c.m secondo la Suprema Corte, doveva considerarsi mero momento di emersione formale di tale principio generale che avrebbe portata inderogabile e sarebbe, comunque, a imporsi all'autonomia delle parti.

Se nel nostro ordinamento non fosse stato previsto e disciplinato l'istituto della clausola penale e, tuttavia, le parti avessero introdotto in un contratto una clausola con tale funzione, il Giudice, chiamato a pronunciarsi in ordine ad una domanda di condanna del debitore al pagamento della penale pattuita per effetto dell'inadempimento, avrebbe dovuto formulare, d'ufficio, un giudizio sulla validità della clausola; giudizio che avrebbe potuto avere esito negativo, ove fosse stato ravvisato un contrasto dell'accordo con principi fondamentali dell'ordinamento, ad esempio per il fatto che la penale doveva essere pagata anche se il danno non sussisteva.

In questo caso, vi sarebbe stato un controllo d'ufficio sulla tutelabilità dell'accordo delle parti e, ove il controllo si fosse concluso negativamente, la tutela, programmata dall'ordinamento, non sarebbe stata accordata.

Nel nostro diritto positivo, questo controllo non è necessario perché l'istituto è riconosciuto e disciplinato dal legislatore che ha effettuato una valutazione, di tipo preventivo, generale e astratta circa la liceità della fattispecie (art. 1382 e segg. c.c.).

Le Sezioni Unite hanno invocato, inoltre, la necessità di un'esegesi costituzionalmente orientata della norma, secondo cui tale potere giudiziale di riduzione della penale potrebbe essere esercitato d'ufficio. E ciò sia con riferimento alla penale manifestamente eccessiva, sia con riferimento all'ipotesi in cui la riduzione avvenga perché l'obbligazione principale sia stata in parte eseguita, giacché in quest'ultimo caso, la mancata previsione da parte dei contraenti di una riduzione della penale in caso di adempimento di parte dell'obbligazione, si traduce comunque in una eccessività della penale se rapportata alla sola parte rimasta inadempita.

La Suprema Corte ha invocato i principi conformatori della stessa costruzione costituzionale, ovvero:

a) il dovere di solidarietà nei rapporti intersoggettivi (art. 2 Cost.);

b) il principio generale di inesigibilità come limite (esterno) alle pretese creditorie (C. cost. n. 19/94), fondato sui canoni generali di buona fede

oggettiva e di correttezza (art. 1175, 1337, 1359, 1366, 1375 c.c.) e suscettibile di fondare il ricorso ad un'eccezione o anche ad un'azione di accertamento dell'eventuale superamento di tale limite.

Con riguardo a tale principio di inesigibilità, richiamato dalle SS UU, esso trova riscontro in talune pronunce della Corte Costituzionale¹¹.

Questo principio di inesigibilità era già stato affermato anche dalle supreme magistrature, ordinaria e amministrativa¹².

Peraltro, tale principio non è applicabile soltanto nell'ambito dell'ordinamento giuridico statale¹³.

Secondo le S.u. del 2005, si rende, pertanto, necessaria una lettura della norma di cui all'art. 1384 c.c. che meglio rispecchi l'esigenza di tutela di un interesse oggettivo fondato sui principi costituzionali richiamati.

Proprio il suddetto principio viene evocato in supporto della tesi favorevole alla possibilità, per il giudice della cognizione, di predeterminare *ex ante* il tetto massimo delle misure coercitive; nonché, per quello dell'esecuzione, di procedere, sia su istanza di parte sia *ex officio*, ad una determinazione *ex post*.

Invero, ritiene questo Giudice remittente che forti dubbi sorgono in relazione alla possibilità che ciò possa avvenire anche in presenza di una volontà di segno opposto (ed espressa) dell'obbligato che ben può scegliere, per una qualunque ragione, di soggiacere ad una sanzione sproporzionata e di prestarvi adesione.

Peraltro, il principio di necessario equilibrio del rapporto contrattuale, o meglio di non eccessiva sproporzione delle prestazioni legate da un vincolo sinallagmatico, sposato con riguardo alla clausola penale, e' stato trasposto anche in materia di caparra confirmatoria.

¹¹ L'art. 2 del d.l. 25 settembre 1987, n. 393, convertito nella legge 25 novembre 1987, n. 478, disponeva l'esonero dall'obbligo risarcitorio di cui all'art. 1591 c.c. in favore del conduttore di immobile non abitativo nell'ipotesi di comprovata insussistenza della difficoltà di reperire altro immobile idoneo".

La Corte Cost. (sentenza n. 22 del 1989) aveva qualificato tale previsione come una figura di temporanea inesigibilità della prestazione restitutoria, disposta dalla legge impugnata in esito a un bilanciamento degli interessi in gioco commisurato alla "grave difficoltà per il conduttore, dipendente da circostanze estranee alla sua volontà, di trovare un altro immobile adatto alle sue necessità di lavoro"¹¹.

La Corte aveva ritenuto la norma costituzionalmente illegittima, nella parte in cui non consentiva al locatore di dare la prova dell'insussistenza dei presupposti per l'esonero dal risarcimento, consistente nella dimostrazione che il conduttore avrebbe potuto acquisire la disponibilità di un altro immobile con l'ordinaria diligenza.

Anche successivamente, la il Giudice delle Leggi (sent. 3 febbraio 1994 n. 19) ha riconosciuto l'esistenza di un principio di inesigibilità come limite superiore alle pretese creditorie (v. sent. n. 149 del 1992). L'interesse del creditore all'adempimento degli obblighi dedotti in obbligazione deve essere inquadrato, infatti, nell'ambito della gerarchia dei valori comportata dalle norme, di rango costituzionale e ordinario, che regolano la materia in considerazione. E quando, in relazione a un determinato adempimento, l'interesse del creditore entra in conflitto con un interesse del debitore tutelato dall'ordinamento giuridico o, addirittura, dalla Costituzione come valore preminente o, comunque, superiore a quello sotteso alla pretesa creditoria, allora l'inadempimento, nella misura e nei limiti in cui sia necessariamente collegato all'interesse di valore preminente, risulta giuridicamente giustificato.

¹² La giurisprudenza ricordata dal giudice *a quo* relativamente all'art. 98, terzo comma, del testo unico sull'edilizia economia e popolare, ancorché riguardante una materia diversa da quella qui in contestazione, è certamente espressiva dello stesso principio là dove, pur nel silenzio della legge, ammette che l'occupazione iniziale dell'alloggio possa essere omessa "per giustificati motivi" senza comportare pregiudizio all'assegnazione dello stesso. Non v'è dubbio che il caso di una persona, che non può assolvere alla condizione posta dalla legge per continuare a beneficiare del contributo pubblico sul mutuo edilizio, consistente nell'occupazione effettiva, continuativa e stabile della propria abitazione, a causa dell'esigenza di assistere in altra città il proprio padre gravemente ammalato e incapace di una vita autonoma, rientri fra le ipotesi di contemperamento con un superiore dovere di solidarietà sociale, qualificato come "inderogabile" dagli artt. 2 e 29 della Costituzione, in grado di costituire una ragionevole giustificazione dell'inadempimento del predetto onere.

¹³ Coinvolgendo categorie e valori di rilevanza costituzionale e trattandosi di un principio generale concernente i rapporti obbligatori come tali, esso deve avere applicazione universale nell'ordinamento giuridico e non può, dunque, essere trascurato neppure nell'interpretazione della legge regionale o (come nel caso deciso dalla C. Cost.) delle Province autonome.

Infatti, con un'ordinanza (Ord. 2.4.2014 n. 77), il Giudice delle Leggi si è pronunciato, nuovamente, sulla questione di legittimità costituzionale del secondo comma dell'art. 1385 c.c. *«nella parte in cui non dispone che - nelle ipotesi in cui la parte che ha dato la caparra è inadempiente, l'altra può recedere dal contratto, ritenendo la caparra e nella ipotesi in cui, se inadempiente è invece la parte che l'ha ricevuta, l'altra può recedere dal contratto ed esigere il doppio della caparra - il giudice possa equamente ridurre la somma da ritenere o il doppio da restituire, in ipotesi di manifesta sproporzione o ove sussistano giustificati motivi»*.

La questione è stata dichiarata inammissibile dalla Corte Costituzionale, la quale ha evidenziato come ai sensi dell'art. 1385 c.c. non operi alcun automatismo di attribuzione della caparra in favore del contraente, rimasto adempiente. E ciò, anche laddove ricorra una manifesta sproporzione, in quanto gli effetti contrattuali sono, sempre, eterointegrati dalle norme di legge, con carattere imperativo e imponentisi all'autonomia negoziale, con conseguente interferenza sull'assetto di interessi, programmato dalle parti.

In particolare, a venire in rilievo, in chiave integrativa, è la buona fede contrattuale di cui all'art. 1375 c.c. che, come noto, rinviene il proprio fondamento costituzionale nel principio solidaristico di cui all'art. 2 Cost.

Dunque, In ipotesi di evidente sproporzione, continua la Corte, il Giudice è legittimato a rilevare *ex officio* la nullità *ex art.* 1418 c.c. della clausola contrattuale, introduttiva, nel regolamento contrattuale, della caparra confirmatoria, derivando tale radicale sanzione dal contrasto della regola negoziale con l'art. 2 Cost. (che pone l'adempimento dei dovere inderogabile di solidarietà), che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce vis normativa, «funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale nella misura in cui non collida con l'interesse proprio dell'obbligato» (Corte di cassazione n. 10511 del 1999; ma già n. 3775 del 1994 e, in prosieguo, a Sezioni unite, n. 18128 del 2005 e n. 20106 del 2009).

Tale pronuncia mutua le conclusioni cui era pervenuta una precedente ordinanza del Giudice delle Leggi (ord. 248/2013) sulla medesima questione, pervenendo a generalizzare il principio per cui il regolamento contrattuale deve essere ispirato ad un equilibrio che non risulti, gravemente, alterato in favore di una delle parti e in danno dell'altra.

Da notare, però, come l'estensione del principio di necessario equilibrio del rapporto contrattuale, ad opera del Giudice delle Leggi, alla caparra confirmatoria sia avvenuto, ricorrendo al diverso rimedio della sanzione della nullità parziale.

Ciò, peraltro, nel contesto di un'operazione esegetica che ha attribuito alla buona fede oggettiva, una funzione, eccezionalmente, invalidatoria, a fronte di un suo consueto utilizzo in chiave di mera eterointegrazione del rapporto contrattuale.

4.3. Il fondamento equitativo del potere del G.e. di fissare *ex post* un limite massimo all'*astreinte*, determinata dal giudice del merito; così come dello stesso potere del giudice della cognizione di provvedere alla sua riduzione (ove non già coperta da giudicato)

In ogni caso, deve ritenersi che la riduzione rinvienga il proprio fondamento nel principio equitativo, quale *ratio decidendi* – ricorribile solo in difetto di una previsione di legge, già

idonea a regolare la fattispecie concreta- che, secondo un illustre Autore, “assicura il saggio bilanciamento degli interessi in gioco dando a ciascun uomo il suo senza sottrarre quanto spetta agli altri”. Essa, infatti, “significa ricerca d’equilibrio tra situazioni antagonistiche”.

Il richiamo della stessa assume ancora più rilievo in virtù del ruolo, attualmente, rivestito dalla equità nell’ambito delle fonti del diritto, quale principio, al pari di molti altri, non più relegato ad una funzione di mero supporto dell’esegesi, ma dotato di una funzione, per così dire, “normopoietica”, ovvero di fonte regolativa di tutte le fattispecie non espressamente disciplinate.

E ciò al di là della circostanza che la stessa possa operare secondo lo schema dell’equità *secundum legem*, sia, cioè, espressamente richiamata dal titolo contrattuale o dalla legge.

Invero, l’equità, nell’attuale assetto ordinamentale, sembra aver assunto una triplice configurazione: 1. quella di criterio interpretativo del regolamento contrattuale o anche solo negoziale; 2. quella di fonte eterointegrativa del contratto o del negozio in virtù della clausola generale di cui all’art. 1374 c.c.; 3. quella di strumento di disciplina della fattispecie concreta, seppur in una chiave di residualità rispetto alla norma di legge ordinaria (o costituzionale, ove direttamente precettiva).

In particolare, tal ultima funzione troverebbe la propria ragion di essere nella preesistenza dell’equità e, dunque, del c.d. diritto naturale - quale insieme di regole necessariamente generali e, tendenzialmente, onnicomprensive perché innate ai rapporti umani - rispetto al diritto positivo; diritto positivo che dovrebbe sempre ambire a recepire la prima, quale condizione per la sua stessa valida formazione e cogenza.

La legge formale deve (o meglio, dovrebbe), sempre, “rispettare i diritti naturali (ossia i diritti innati e non «posti») dell’uomo e deve nello stesso tempo piegarsi di fronte agli ideali di equità allo scopo di evitare che il *summum ius* degradi in *summa iniuria*”.

D’altronde, come sottolineato dalla già menzionata dottrina, e’ indubbio che l’equità non possa non “compenetr(are) il diritto; il diritto senza equità è come un corpo che non si lascia vibrare dall’anima; il valore sostanziale del diritto è ravvisabile quando realizzi un ordine sociale giusto”.

Ciò, anche perché “il diritto non è un «ordine cieco», ma è «ordine cosciente», ossia un ordine ancorato ai valori della umanità, tolleranza, coerenza e giustizia”.

Invero, nel codice civile, le norme che fanno espresso riferimento all’equità sono scarse, o, comunque, poche.

Esse sembrano fondarsi su due principi comuni, che sono, probabilmente, in parte, suscettibili di una revisione critica: 1. il giudizio secondo equità è diverso da quello secondo stretto diritto e consente di temperarne il rigore applicativo, ovvero di coniare una regola decisoria che tenga conto di tutte le circostanze del caso di specie; 2. il ricorso all’equità è possibile solo se la stessa norma di diritto positivo lo consenta, con previsione espressa, dovendosi altrimenti fare applicazione della regola di stretto diritto.

In taluni casi, come rilevato da acuta dottrina il ricorso allo strumento equitativo può discendere, in via implicita, dal richiamo alla categoria di uno strumento rimediale, intrinsecamente, fondato sullo stesso quale deve intendersi quello indennitario di cui all’art. 1381 e 2047 c.c.

Infatti, “l’indennizzo, a differenza del risarcimento del danno da inadempimento contrattuale, costituisce un *minus* negli stessi termini in cui l’indennità dovuta dall’amministrazione espropriante al proprietario rappresenta una prestazione monetaria che non copre il valore di mercato del bene. Sotto il profilo della concreta commisurazione, “l’indennizzo, tenuto conto delle circostanze concrete, non deve necessariamente eguagliare l’intero pregiudizio sofferto dalla vittima” e “la quantificazione della somma dovuta dall’obbligato giustifica l’uso di criteri equitativi, i quali sciolgono il diritto vivente dalla morsa dell’art. 1223 c.c.”.

Da ciò la dottrina tradizionale trae il corollario per cui il ricorso all’equità, anche in sede interpretativa, dovrebbe avere natura eccezionale. Paradigmatica di questa logica di funzionamento delle norme in materia di equità è l’articolo 1374 c.c., che disciplina le fonti di integrazione del contratto, menzionando l’equità unitamente alla legge e agli usi normativi quali possibili fonti del regolamento contrattuale. Ciò, secondo un ordine non casuale ma, secondo la interpretazione più accreditata, preordinato a individuare una vera e propria gerarchia in virtù della quale l’(eventuale) operare della prima esclude quello della seconda.

Riferimenti all’equità sono contenuti anche in ambito processuale, ma anche nella disciplina delle trattative precontrattuali così come dell’esecuzione del contratto, assumendo la stessa in ogni sede una peculiare vocazione funzionale.

L’art. 1371 c.c. prevede che, in caso di impossibilità di determinare il significato del regolamento contrattuale, sarebbe possibile far ricorso all’*equo temperamento* degli interessi delle parti.

Anche in tal caso il ricorso all’equità è residuale, perché subordinato all’inadeguatezza delle altre regole interpretative, dettate dal Codice, e deve mirare all’obiettivo di conservare un ragionevole equilibrio fra le reciproche prestazioni dedotte in contratto.

Accanto all’equità in funzione interpretativa, si può richiamare l’equità c.d. correttiva che implica la possibilità di rimodulare la penale ex art. 1384 c.c.). Previsioni analoghe sono contenute anche da altri articoli in tema di mandato (artt. 1733, 1736 c.c.), agenzia (ex artt. 1749, 1751 c.c.), mediazione (ex art. 1755 c.c.).

La progressiva emersione del generale principio equitativo trova conferma anche nelle seguenti ipotesi normative. L’art. 7, comma 1, d.lgs. 231/02, in materia di ritardi del pagamento nelle transazioni commerciali, prevede la nullità delle clausole inique nei casi ivi enumerati (sebbene in tale ambito la parte protetta sia il creditore, considerato come *partie faible* rispetto all’imprenditore suo debitore (siamo nel campo dei c.dd. contratti d’impresa);

a) l’intera disciplina dettata all’art. 1526 c.c. ha una inequivocabile matrice equitativa. Prova ne sia che l’antecedente normativo di tale regola è dato dalla *Abzahlungsgesetz (AbzG)* del 18 maggio 1894. Essa innalzò un argine, tanto rivoluzionario quanto pionieristico – estraneo alla logica formale e valutativa della pandettistica tedesca della prima metà dell’Ottocento –, alla diffusione di condizioni generali di contratto fissanti, in caso di inadempimento del compratore-*particulier*, pene contrattuali “strangolatorie” o patti di incameramento delle rate già pagate e destinate a rappresentare un’anticipazione del valore di scambio della cosa compravenduta, allorché l’attuazione della

Invero, deve, però, ritenersi che l'equità possa operare anche senza la necessità della mediazione delle suddette clausole o principi, il ricorso (surrettizio) alle quali denota il timore, anche solo implicito, di sfruttare, in maniera piena, le potenzialità applicative dell'istituto.

Depongono, in tal senso, una serie di indizi normativi, spesso, rinvenienti dalla disciplina comunitaria o di derivazione comunitaria.

Si pensi al diritto del consumatore, qualificato espressamente come fondamentale, «alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali concernenti beni e servizi», di cui all'art. 1, comma 2, della legge 30 luglio 1998, n. 281, recante la disciplina dei diritti dei consumatori.

La norma è stata inserita nel codice del consumo nell'art. 2, comma 2, lettera e), con l'eliminazione della locuzione «concernenti beni e servizi», ciò «al fine di ampliare la originaria portata della normativa e conferirle un valore generale».

Nota è il dibattito sulla portata effettiva o meramente declamatoria e simbolica della norma¹⁴, così come quello relativo al contenuto del suddetto diritto all'equità contrattuale, se, cioè, ristretto all'equilibrio giuridico ovvero dei diritti e dei doveri derivanti dal contratto o se esteso ai profili economici e, dunque, alla proporzionalità del valore delle prestazioni¹⁵.

Pertanto, si è pure sostenuto che «il diritto all'equità contrattuale segnerebbe il «superamento» dell'alternativa tra equilibrio normativo ed equilibrio economico, con conseguente riduzione della stessa ad una superfetazione normativa o ad una categoria concettuale priva di utilità.

Orbene, la suddetta norma, nella logica di un'interpretazione sistematica e evolutiva, deve considerarsi previsione non settoriale ma espressione di un principio generale, quello equitativo, già immanente al sistema, o, comunque, in via di formazione¹⁶.

Altra norma, espressione del generale principio della necessità, per l'interprete - in difetto di una regolamentazione legislativa espressa - di perseguire la giustizia del caso concreto, nella composizione degli interessi ad esso sotteso, è l'art. 9 della legge n. 192 del 1998 di cui, da taluni, viene postulata un'applicazione generalizzata, talvolta, in via diretta, ma, più spesso e condivisibilmente, in via analogica¹⁷.

Analogia anch'essa «non facile», in considerazione della poca frequenza statistica di uno stato di vera e propria necessità economica in capo dal consumatore, e, peraltro, solo quando a venire in rilievo sia il conseguimento di servizi pubblici essenziali.

Sono forse maturi i tempi per una rivisitazione dei tradizionali limiti al principio equitativo, quali narrati dalla manualistica classica.

¹⁵ Ciò, nel presupposto delle profonde interconnessioni esistenti fra i due piani, quale desumibile anche dalla sindacabilità della clausola relativa all'adeguatezza del corrispettivo, e, quindi, relativa all'equilibrio economico, ove «intrasparente»¹⁵.

¹⁶ Né sono accoglibili quei tentativi di ricostruzione dell'istituto che muovono dall'accostamento della stessa - almeno per quanto concerne il diritto contrattuale dei consumatori, al principio di uguaglianza - la giustizia del caso concreto essendo concetto distinto da quello dell'eguale ripartizione dei sacrifici economici o delle situazioni giuridiche attive o passive.

E la giustizia del caso concreto, in tale specifico ambito materiale, deve intendersi come «giustizia nella determinazione dell'equilibrio dello scambio» di cui deve essere presidiata l'adeguatezza economica dello scambio¹⁶. Il summenzionato art. 2, inoltre, consente di ritenere che l'equità, nell'ordinamento vigente, connotato da un sistema rimediale multilivello per l'innestarsi di regole di protezione di provenienza comunitaria, possa operare non solo in presenza di una norma a ciò abilitante, ma, ogniqualvolta, tale operare non sia precluso da una norma, destinata a regolare diversamente la fattispecie.

¹⁷ Né, al fine di dilatare l'ambito operativo della norma, sembra sufficiente - nella logica di una interpretazione costituzionalmente orientata - richiamare il principio di uguaglianza, assoggettando il non imprenditore- consumatore al medesimo regime dell'imprenditore quando il primo si trovi nelle medesime condizioni di debolezza del secondo.

(In difetto di una disciplina di diritto positivo), l'equità può essere, cioè, invocata dall'interprete non solo *secundum*, ma anche *praeter legem*, quale clausola che consente all'ordinamento di smussare le sue asperità per piegarsi alle esigenze specifiche del caso concreto e, talvolta, assumendo la portata di fonte oggettiva del diritto¹⁸.

Nondimeno, anche accettando tale ricostruzione dei limiti operativi della equità in termini più elastici, non può sovvertirsi il principio per cui la stessa non può contrastare con la regola di stretto diritto.

Per quanto concerne le modalità, metodologiche, di svolgimento del giudizio equitativo, mediante il rinvenimento della regola della fattispecie, come evidenziato da Autorevole dottrina, "il diritto equo va inteso con senso pragmatico: esso, infatti, non si adegua a specifici indirizzi filosofici o ad un *ethos* trascendentale ma, sull'abbrivio della ragione ponderante, assicura il saggio bilanciamento degli interessi in gioco dando a ciascun uomo il suo senza sottrarre quanto spetta agli altri".

Dunque, equità "significa ricerca d'equilibrio tra situazioni antagonistiche" e ciò ne denota l'intima relazione con un altro principio generale che è quello di ragionevolezza.

Ed essendo la ragionevolezza della composizione degli interessi in gioco la sostanza e il fine ultimo del giudizio equitativo, lo stesso incontra dei limiti - operativi e contenutistici - precisi.

Infatti, "deve essere ben chiaro che la ricerca dei valori attorno ai quali è edificato lo Stato di diritto... non può essere compromessa dalla c.d. *aequitas cerebrina* di chi antepone la propria nozione di giusto al *Wesengehalt* qualificante la legislazione".

Ciò, perché "equità non equivale ad arbitrio assoluto o all'assenza di qualsivoglia vincolo legalitario". L'equità, per contro, per assumere a divenire parametro oggettivabile, deve essere ancorata ai principi ordinamentali quali quelli di ragionevolezza e proporzionalità.

Principi generali del diritto che "non costituiscono il risultato di aride generalizzazioni o di formalistiche acrobazie teoretiche, ma offrono la somma dei «criteri di valutazione costituenti il fondamento dell'ordine giuridico e aventi una funzione genetica rispetto alle singole norme".

Dunque, si può affermare che "la decisione di equità è un atto sempre secondo diritto ma non necessariamente applicativo della legge positiva", ovvero di norme puntuali, ma, per l'appunto, di quelle clausole generali che sono i principi.

Delineate le suddette premesse ricostruttive, per taluna dottrina, dovrebbe ritenersi che ben possa il giudice dell'esecuzione intervenire sulla misura coercitiva, modulandola in senso contenitivo, ogniqualvolta la sua applicazione ingeneri conseguenze patrimoniali contrarie a equità.

Ciò, avendo riguardo a quel generale principio equitativo che impone la ricerca della giustizia del caso di specie, valorizzandone e ponderandone tutte le caratteristiche concrete.

4.4. Un argomento sistematico in favore del potere di fissare, anche ex officio, un tetto massimo ad una misura, aliunde irrogata: la posizione della giurisprudenza amministrativa

¹⁸ Cfr. G. Ferraro, *La giustizia equitativa*, Giuffrè, 1978, pag. 10.

La possibilità per il G.e. di fissare, anche *ex officio*, un tetto massimo ad una misura, *aliunde* irrogata (e non ancora cristallizzata) rinverrebbe. peraltro, conferma, a livello sistematico, in quanto affermato da parte della giurisprudenza amministrativa in materia di riduzione dell'*astreintes*, irrogate dal giudice della cognizione.

L'Adunanza Plenaria è stata chiamata a pronunciarsi su un peculiare profilo dell'istituto della c.d. *astreinte*, declinata, con la pronuncia n. 15/2014, quale “*misura coercitiva indiretta a carattere pecuniario, inquadrabile nell’ambito delle pene private o delle sanzioni civili indirette, che mira a vincere la resistenza del debitore, inducendolo ad adempiere all’obbligazione sancita a suo carico dall’ordine del giudice*” risolvendosi in un “*meccanismo automatico di irrogazione di penalità pecuniarie in vista dell’assicurazione dei valori dell’effettività e della pienezza della tutela giurisdizionale a fronte della mancata o non esatta o non tempestiva esecuzione delle sentenze emesse nei confronti della pubblica amministrazione e, più in generale, della parte risultata soccombente all’esito del giudizio di cognizione*”.

Con la sentenza 9 maggio 2019, n. 7, il supremo consesso amministrativo ha affrontato la questione che agitava gli interpreti relativa alla modificabilità o meno del criterio di quantificazione statuito dal giudice di merito; e ciò in forza di una vistosa iniquità a cui l'applicazione di esso avrebbe condotto.

Il giudice amministrativo –tratteggiando le differenze intercorrenti tra l’atteggiarsi dell’istituto in sede di giudizio civile e il giudizio amministrativo e individuandole nell'applicabilità delle stesse, in questo secondo, anche alla condanne aventi ad oggetto obbligazioni pecuniarie - ha ritenuto modificabile il criterio statuito in sentenza, ogniqualvolta vi siano sopravvenienze fattuali o giuridiche.

In particolare, l'Adunanza Plenaria ha enucleato i seguenti principi:

1. è possibile, in sede di c.d. “ottemperanza di chiarimenti”, modificare la statuizione, relativa alla penalità di mora contenuta in una precedente sentenza d’ottemperanza, ove siano comprovate sopravvenienze fattuali o giuridiche che dimostrino, in concreto, la manifesta iniquità in tutto o in parte della sua applicazione;

2. salvo il caso delle sopravvenienze, non è in via generale possibile la revisione *ex tunc* dei criteri di determinazione della *astreinte* dettati in una precedente sentenza d’ottemperanza, sì da incidere sui crediti a titolo di penalità già maturati dalla parte beneficiata. Tuttavia, ove il giudice dell’ottemperanza non abbia esplicitamente fissato, a causa dell’indeterminata progressività del criterio dettato, il tetto massimo della penalità, e la vicenda successiva alla determinazione abbia fatto emergere, a causa proprio della mancanza del tetto, la manifesta iniquità, quest’ultimo può essere individuato in sede di chiarimenti, con principale riferimento, fra i parametri indicati nell’art. 614 bis c.p.c., al danno da ritardo nell'esecuzione del giudicato.

E’ proprio tale seconda ipotesi che potrebbe sovvenire per il caso di specie.

In applicazione analogica del principio enucleato dall’adunanza plenaria, e’ stato ritenuto che il giudice dell’esecuzione civile possa fissare un tetto massimo all’importo dovuto a titolo di *astreintes*, quando a ciò non abbia provveduto il giudice della cognizione e, dunque, neppure esista un giudicato sul punto.

Tale ordine di considerazioni parrebbe, peraltro, avvalorato dalla nuova formulazione della norma codicistica. Infatti, se al giudice dell'esecuzione compete la fissazione *ex novo* delle misure coercitive, non sembra <<trascendentale>> la scelta di riconoscere allo stesso il potere di determinare l'importo massimo di una misura già previamente irrogata dal Giudice della cognizione.

4.5. Argomento sistematico-evolutivo

Nel senso di un potere di integrazione e specificazione (e non anche di modifica) della misura ex art. 614 bis c.p.c., da parte del giudice dell'esecuzione, deporrebbe anche la metamorfosi conosciuta dal processo esecutivo, da strumento di mera attuazione del comando alla nuova veste cognitoria:

Gli approdi recenti della giurisprudenza di legittimità denotano una vera e propria metamorfosi del processo esecutivo.

In particolare, deve ritenersi che si vadano attenuando anche alcuni principi che hanno contraddistinto il processo esecutivo fin dal suo ingresso nell'ordinamento giuridico, quando aveva la connotazione di strumento di attuazione del comando, rimasto inadempito, sia esso di fonte stragiudiziale, sia esso di matrice giudiziaria.

Il riferimento è ai caratteri dell'autonomia, dell'astrattezza e dell'autosufficienza, propri del titolo esecutivo.

Appare, decisamente, in crisi anche la tradizionale distinzione - avente, invero, una sua intrinseca ragionevolezza - tra attività di tipo cognitorio e attività esecutiva, che implicava il riconoscimento agli organi esecutivi di una funzione di mera traduzione nella realtà della regola <<scolpita>> dal titolo esecutivo.

L'ultimo dei suddetti connotati distintivi ovvero l'autosufficienza, nella logica della separazione fra il momento dell'accertamento e quello dell'esecuzione, veniva intesa come l'idoneità del titolo esecutivo a consentire, legittimandola, l'azione esecutiva. Ciò, attribuendo al possessore dello stesso, il diritto, in un certo qual modo, incondizionato, di ottenere l'attivazione dell'ufficio esecutivo, su cui, dal suo canto suo, sarebbe gravato il dovere di tutelare la pretesa giuridica soggettiva (normalmente, coincidente con il diritto) incorporata nel titolo.

Ciò, in un contesto in cui il G.E., di norma, non avrebbe potuto accertare l'effettiva esistenza della stessa, fatta eccezione per l'ipotesi in cui non fosse a ciò legittimato dalla proposizione di rituale opposizione all'esecuzione (peraltro, fino ad un recente passato, esperibile *sine die*).

Nella vigenza della suddetta disciplina, le opposizioni esecutive costituivano gli unici momenti cognitivi di un'attività esecutiva congeniata non "per conoscere, ma per attuare un pensiero giuridico già definito".

Nell'ambito dell'economia complessiva dell'attività giudiziaria, l'attività accertativa veniva ad assumere un ruolo del tutto marginale e, comunque, servente alla definizione delle controversie, veicolate a mezzo delle c.d. opposizioni esecutive.

Altro carattere che si riteneva consustanziale alla vicenda esecutiva era quello relativo all'astrattezza del titolo, da intendersi quale inidoneità dello stesso ad essere condizionato, nella sua funzione e vitalità, dal rapporto sottostante.

Già le pronunce a Sezioni Unite del 2012¹⁹, in punto di integrazione giudiziale del titolo esecutivo da parte del G.e., avevano iniziato a erodere progressivamente tali principi, alimentando un ancora non sopito dibattito interpretativo.

In particolare, la sentenza n. 11067 del 2.07.2012 attribuiva al giudice dell'esecuzione, nell'ipotesi di (obiettive e non superabili) incertezze interpretative nella ricostruzione dell'obbligo posto da una sentenza, il potere di integrare con elementi extratestuali il precetto giudiziale. Ciò, però, subordinatamente al fatto che i dati di riferimento, con cui effettuare l'eterointegrazione del titolo giudiziale, potessero essere tratti da documenti, a loro volta, ritualmente acquisiti al processo che aveva condotto alla formazione del titolo giudiziale.

D'altronde, e' innegabile che le suddette pronunce, nel garantire l'eseguibilità di comandi sia sostanziali sia giudiziali, affetti da una genetica genericità, abbiano assicurato l'osservanza del principio di effettività della tutela, il cui fondamento e' da ricercarsi sia a livello costituzionale negli artt. 24 e 113 Cost., sia sovranazionale negli artt. 6 e 13 CEDU e 47 Cost..

Si attua, dunque, il passaggio da un ruolo monolitico del G.e. quale mero esecutore di un comando già formato ad una veste duplice, non solo esecutiva, bensì di giudice della cognizione, se non altro per tutte le questioni veicolabili dalle c.d. eccezioni in senso lato. E ciò con poteri di cognizione, di norma, solo sommari; talvolta, di cognizione piena, quando lo stesso sia investito del merito di un'opposizione esecutiva, o quando lo stesso proceda al rilievo d'ufficio di una causa estintiva o del difetto delle condizioni stesse per procedere ad esecuzione.

Anche di recente, in virtù dell'obbligo generale di recezione del diritto unionale - che, come noto direttamente applicabile, unitamente alle sentenze della Corte di Giustizia, che ne eterointegrano il contenuto precettivo - si e' assistito ad un'ulteriore erosione della distinzione concettuale tra attività cognitiva e esecutiva.

Distinzione, secondo la dogmatica tradizionale, afferente al c.d. ordine pubblico processuale e come tale inderogabile.

Di essa rappresentava logico corollario l'impossibilità - assoluta e incondizionata - per il giudice dell'esecuzione di sindacare la legittimità del titolo esecutivo, specie se di formazione giudiziale, facendo valere fatti anteriori al conseguimento della sua definitività. Fatti che risultavano azionabili esclusivamente davanti al giudice della cognizione.

Del suddetto principio si e' imposto, però, il superamento al fine di tutelare quella libertà negoziale del consumatore che, nella logica dell'ordinamento comunitario, non rileva, di per sé, ma quale bene strumentale o intermedio, la cui garanzia si impone per assicurare l'assetto concorrenziale del mercato, in quanto unico modello di organizzazione che possa assicurarne un'adeguata competitività.

Si discute, peraltro, se tale eccezione valga per la sola disciplina consumieristica oppure sia estendibile ad ogni ipotesi in cui venga in rilievo una violazione della disciplina comunitaria.

Si e' affermato, in dottrina, che la nuova formulazione dell'art. 614 bis c.p.c., nella parte in cui prevede che il G.e. dell'esecuzione possa irrogare l'*astreinte*, non avrebbe fatto che

¹⁹ sentenze nn. 11066 e 11067 del 2012.

positivizzare una tendenza, già insita nel sistema, nel senso dell'attribuzione al Giudice dell'esecuzione di sempre maggiori poteri cognitivi, meramente sommari o anche a cognizione piena, ma pur sempre strumentali alle finalità dell'esecuzione.

D'altronde, e' indubbio, che il g.e. adito ai fini dell'emanazione di una misura coercitiva, e' tenuto a svolgere un'attività istruttoria, volta all'accertamento della ricorrenza dei presupposti di cui all'art. 614-*bis* c.p.c.. Dunque, lo stesso, come sottolineato da Autorevole dottrina, e' gravato di "una vera e propria attività cognitiva (seppure informale e semplificata) che sfocerà nell'adozione di un provvedimento di condanna".

4.6. La qualificabilità dell'eccessiva esosità della penale quale fatto sopravvenuto

Secondo una certa angolazione ricostruttiva, la mancanza di un tetto massimo implica il pericolo che la penale possa diventare, con il passare del tempo, eccessivamente onerosa, se non addirittura esosa, e tale circostanza e' qualificabile quale fatto sopravvenuto.

Come noto, per principio interpretativo consolidato, in sede di opposizione sia esecutiva sia pre-esecutiva (per l'ipotesi in cui l'*actio* esecutiva non sia ancora iniziata), promossa sulla base di un titolo esecutivo di formazione giudiziale, e', in generale, preclusa la spendita di eccezioni in senso stretto, fondate su fatti di natura impeditiva, modificativa o estintiva anteriori cronologicamente, quanto alla loro venuta ad esistenza, alla definitività del decreto ingiuntivo o del diverso provvedimento giurisdizionale opposto.

Pertanto, eventuali fatti estintivi o modificativi del diritto azionato con un titolo di formazione giudiziale che si siano verificati anteriormente alla formazione del titolo stesso - e, dunque, come tali dedotti o anche, semplicemente, giuridicamente deducibili - non possono essere fatti valere con opposizione all'esecuzione, dovendo essere oggetto di specifiche eccezioni nel giudizio di merito che ha portato all'emissione del titolo esecutivo.

Si pensi, in particolare, all'eccezione di compensazione legale, i cui presupposti di liquidità, esigibilità e coesistenza siano venuti ad esistenza dopo la scadenza dei termini per l'opposizione a decreto ingiuntivo oppure dopo il maturare delle preclusioni processuali nel giudizio di opposizione (v. *ex multis*, Cass. 17 febbraio 2011, n. 3850, secondo cui «[...] il titolo esecutivo giudiziale non può essere rimesso in discussione dinanzi al giudice dell'esecuzione ed a quello dell'opposizione per fatti anteriori alla sua definitività, in virtù dell'intrinseca riserva di ogni questione di merito al giudice naturale della causa in cui la controversia tra le parti ha avuto o sta avendo pieno sviluppo ed è stata od è tuttora in via di esame *ex professo* o comunque in via principale»).

In tal senso, depongono non solo ragioni di carattere logico e di economia processuale, ma anche la necessità di conservare una cesura netta fra le vicende giuridiche inerenti al giudizio presupposto e l'esecuzione del provvedimento, conclusivo dello stesso. Ciò, in virtù di un principio di "competenza" intesa in senso lato, per cui della valida formazione del provvedimento portato a esecuzione è (o può essere) investito unicamente il giudice cui è devoluto il gravame o l'impugnativa promossa avverso lo stesso.

Principio di "competenza" che, peraltro, si interseca anche con il diverso principio, pure ispirato ad esigenze di economia processuale, del deducibile (valevole) come dedotto.

Esigenze, tali ultime, meritevoli di tutela secondo la logica e i valori ispiratori dell'ordinamento giuridico multilivello quale deve considerarsi quello italiano in conseguenza dell'eterointegrazione da parte del livello di tutela comunitario, nonché delle sollecitazioni provenienti dalla CEDU.

È indubbio che l'attuazione, in via coattiva, del *decisum* e la tempestività della tutela siano due corollari logici indefettibili di quel diritto all'effettività della tutela giurisdizionale che rinviene il proprio fondamento oltre che nell'art. 24 Cost., anche negli artt. 6 e 13 CEDU e 47 CDFUE.

Peraltro, considerato l'attuale stadio dell'evoluzione interpretativa interna, trovando applicazione la regola del deducibile come dedotto, deve ritenersi che l'impossibilità di azionare vizi del titolo di formazione giudiziale valga non solo per quelli concretamente dedotti nel giudizio c.d. presupposto, ma anche per quelli che lo erano sulla base di un criterio di normalità statistica e di diligenza (di fatto, rimasto inosservato);

Nondimeno, in sede esecutiva, possono essere dedotti nuovi fatti giuridici, non esistenti prima della scadenza del termine per la proposizione dell'opposizione (o del gravame) e in grado di estinguere o modificare (in tutto o anche solo in parte) il rapporto in contestazione.

D'altronde, venendo alla fattispecie concreta, e' evidente come la fissazione di un tetto massimo costituisca naturale prerogativa del Ge, in quanto giudice delle c.d. sopravvenienze fattuali e giuridiche. Infatti, solo il Ge può apprezzare l'eventuale esorbitanza dell'importo raggiunto dalla misura rispetto agli interessi che la stessa e' preordinata a tutelare, provvedendo a comparare gli stessi con quello antagonista a che la sfera giuridica dell'obbligato non sia esposta a un sacrificio sproporzionato.

Gli effetti patrimoniali della misura sono destinati a proiettarsi naturalmente nel futuro e le parti, in sede di cognizione, sono, spesso, sprovviste di idonei elementi valutativi da sottoporre all'attenzione del Giudice, investito della richiesta di *astreinte*.

Così il giudice investito della controversia non e', di norma, nelle condizioni di predeterminare l'entità massima, raggiungibile dalla misura. Si pensi, a titolo esemplificativo, all'ipotesi in cui il giudice della cognizione, al fine di determinare la misura della stessa, voglia – compiendo un'operazione esegetica contrastata da chi, condivisibilmente, sostiene che l'*astreinte* non possa svolgere un ruolo di surrogazione dello strumento risarcitorio tradizionale e azionato nelle debite forme - commisurare la pretesa risarcitoria al danno cagionato o cagionabile dall'inadempiente. Non essendovi, al momento dell'irrogazione dell'*astreinte*, alcun accertamento del danno, diverrebbe impossibile ricorrere a tale criterio commisurativo.

Così, in generale, se il giudice della cognizione volesse ancorare la massima soglia raggiungibile dalla misura coercitiva in base alle specifiche modalità della condotta dell'obbligato, dovrebbe, tendenzialmente, fare riferimento - sulla base di un giudizio, necessariamente, predittivo e prognostico - a circostanze future, non agevolmente governabili, con conseguente incertezza dei prescelti parametri dei riferimento.

Vi e', peraltro, dottrina che assume, più radicalmente, che la misura coercitiva sarebbe una misura tipica del giudice dell'attuazione del comando (stragiudiziale o giudiziale) come denota

anche la previsione di simile competenza in capo al giudice dell'ottemperanza, in sede amministrativa.

Peraltro, nel senso che la stessa debba avere necessariamente (e indefettibilmente) un termine massimo di durata depone il generale principio di temporaneità di ogni vincolo obbligatorio che costituisce corollario della tradizionale avversione dell'ordinamento per i vincoli perpetui.

4.7. Opponibilità dell'*exceptio doli generalis* (al di fuori dell'ambito contrattuale)

a. Rapporti fra abuso del diritto, da un lato, e buona fede e correttezza, dall'altra

Orbene, in disparte le superiori considerazioni, potrebbe ritenersi che, nella condotta del beneficiario dell'*astreintes* che decida di avvalersi di una clausola che sia divenuta manifestamente iniqua, siano ravvisabili gli estremi dell'abuso del diritto e, quindi, della condotta contraria a buona fede oggettiva e correttezza. Principi che conformano e innervano il nostro ordinamento, così come affermato dalla Suprema Corte, con orientamento oramai costante.

Peraltro, buona fede e correttezza avrebbero, secondo la prevalente e preferibile ricostruzione teorica, un fondamento costituzionale.

Precisamente, il principio *de quo* – il quale, secondo la Relazione ministeriale al Codice Civile, “richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore” – opera come un criterio di reciprocità e, una volta collocato nel quadro di valori introdotto dalla Carta Costituzionale, deve essere inteso come una specificazione degli “inderogabili doveri di solidarietà sociale” dettati dall'art. 2 Cost..

La sua rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge (Sez. L, Sentenza n. 4057 del 16/02/2021; Sez. 3, Ordinanza n. 24691 del 05/11/2020; Cass. n. 12310/1999).

Essa si sostanzia in un generale obbligo di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto dal generale dovere extracontrattuale del “*neminem laedere*”, ma trova, tuttavia, un suo limite precipuo nell'impossibilità che il comportamento preteso dalle parti contrattuali (o, in genere, dai consociati, ove non legati da un rapporto negoziale) possa comportare un apprezzabile sacrificio a carico delle stesse (o degli stessi).

In altri termini, la buona fede oggettiva ha assunto valenza di fonte di obblighi ulteriori rispetto all'obbligo di prestazione riveniente dal contratto, che si pongono in posizione ancillare rispetto a quest'ultimo, assicurando la realizzazione dell'assetto di interessi prospettato dalle parti.

E ciò in virtù del combinato disposto degli art. 1375 e 1175 c.c.. che, dettati in materia contrattuale, si considerano espressione di un principio generale volto a conformare la condotta dei consociati anche al di fuori della sede contrattuale, tanto da considerare lo stesso quale una declinazione del più generale dovere del *neminem laedere*.

Sotto il profilo operativo, dunque, la buona fede - anche se, testualmente, riferita al momento esecutivo del contratto - integra gli obblighi derivanti dal contratto e, quindi, arricchisce il rapporto o, in alternativa, il divieto del *neminem laedere*, venendo ad assumere la funzione di regola obiettiva che concorre a individuare il comportamento dovuto, imponendo una condotta non prestabilita e ciò in dipendenza delle circostanze concrete di attuazione del rapporto o di quelle che connotano la singola vicenda in cui si consuma l'illecito aquiliano.

Dunque, la clausola generale di buona fede ha assunto nel dibattito giurisprudenziale un'importanza sempre crescente, evolvendosi da mero criterio per la valutazione delle condotte a vero e proprio strumento di integrazione degli obblighi nascenti dal contratto in capo alle parti, attraverso l'individuazione di ulteriori condotte a tenersi, ad opera delle stesse.

Peraltro, in relazione a tale principio, e' frequente il riferimento all'istituto della *Verwirkung* (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 10549 del 03/06/2020; Cass. Sez. 3, Sentenza n. 10182 del 04/05/2009; Cass. Sez. 3, Sentenza n. 5240 del 15/03/2004).

Come noto, la Corte di Cassazione ritiene, infatti, che l'abuso del diritto rappresenti uno dei criteri rivelatori della violazione del principio di buona fede oggettiva.

Intervenendo sul rapporto tra abuso del diritto e buona fede, ha affermato la configurabilità della figura dell'abuso del diritto in tutte le ipotesi in cui siano tenute condotte contrarie al principio di buona fede oggettiva e di correttezza

Tale orientamento è stato sostenuto per la prima volta in una sentenza della Suprema Corte degli anni Sessanta in cui la disposizione concernente la buona fede è stata considerata idonea a reprimere l'abuso del diritto soggettivo (Cass., 15 novembre 1960, n. 3040)

Le pronunce più recenti si muovono nello stesso solco: recentemente la Corte ha confermato che i principi di buona fede oggettiva e di divieto dell'abuso del diritto si integrano a vicenda: la buona fede rappresenta un canone generale cui riferire i comportamenti delle parti, anche di un rapporto privatistico (Cass. Civ., Sez. VI, 21 luglio 2020, n. 15436).

A dimostrazione della vitalità e delle potenzialità operative del principio *de quo*, la Suprema Corte è giunta a valorizzare il principio di buona fede fino all'esplicita affermazione secondo cui anche il decorso di un "termine" legale (nella vicenda esaminata si trattava di quello del precetto) non determina necessariamente l'effetto sfavorevole previsto dalla legge, allorché "in concreto", accertate le "circostanze rilevanti nella singola fattispecie" vi sia un comportamento adempiente ("pagamento in un termine ragionevole") della parte obbligata.

Da ultimo, ad essa viene riconosciuta una funzione disapplicativa della regola negoziale o, comunque, di paralisi della singola pretesa azionata da una delle parti del rapporto.

La conseguenza che, di norma, l'ordinamento riconnette alla sua violazione e' quella dell'insorgere di un obbligo a contenuto risarcitorio, con le precisazioni che si vanno a svolgere.

b. Fondamento normativo del principio dell'abuso del diritto

Quanto al fondamento normativo del principio dell'abuso del diritto, come noto, nel nostro Codice non esiste una norma che sanzioni, in via generale, l'abuso del diritto. Ciò, per quanto si ancori lo stesso, in materia proprietaria e di rapporti di vicinato, al divieto di atti emulativi ex art. 833 c.c., quale ipotesi paradigmatica di deviazione dell'esercizio di un diritto dal suo scopo tipico, ovvero da quello cristallizzato dalla norma attributiva dello stesso.

Nondimeno, in via interpretativa, come già evidenziato, costituisce oramai dato acquisito quello per cui l'abuso è configurabile "quando il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà furono attribuiti" (Cass. III Civile, 18 settembre 2009, n. 20106).

Invero, il principio de quo ha conosciuto una positivizzazione, a livello sovranazionale ed, in particolare, comunitario, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, all'art. 54 ("Divieto dell'abuso del diritto").

Peraltro, dopo l'entrata in vigore (nel 2009) del Trattato di Lisbona, esso ha il medesimo valore giuridico dei trattati comunitari e delle norme comunitarie direttamente applicabili, perché sufficientemente determinate nel loro contenuto precettivo, godendo della c.d. primazia sulle norme interne.

Ciò premesso, elementi costitutivi dell'abuso del diritto sono i seguenti: 1) la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto; 2) la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; 3) la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico od extragiuridico; 4) la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte (v. *expressim*, Cass. n. 20106, 2009, cit.).

Per contro, come noto, la verifica giudiziale del carattere abusivo o meno della condotta prescinde dal dolo e dalla specifica intenzione di nuocere alla propria controparte contrattuale o, in genere, ad un terzo: elementi questi tipici degli atti emulativi, ma non delle fattispecie di abuso di potere contrattuale o di dipendenza economica.

Ricorrendo tali presupposti, ricorrendo una certa traiettoria argomentativa, sarebbe consentito al giudice di merito sindacare e dichiarare inefficaci gli atti compiuti in violazione del divieto di abuso del diritto (v., *expressim*, Cass. n. 20106, 2009, cit.).

La tutela riconosciuta al contraente che ha subito l'abuso del diritto è, infatti, l'*exceptio doli generalis*, che attribuisce al titolare la possibilità di opporsi ad un'altrui pretesa o eccezione, astrattamente fondata ma che, in realtà, costituisce espressione di uno scorretto esercizio di un diritto, volto al soddisfacimento di interessi non meritevoli di tutela per l'ordinamento giuridico.

Tale rimedio è fruibile in caso di condotte sleali anche se non fraudolente e rappresenta, pertanto, un rimedio di natura oggettiva, a tal fine essendo sufficiente la prova della mera conoscenza o della conoscibilità della contrarietà alla correttezza del comportamento posto in essere.

Orbene, declinando tali categorie con riferimento al caso di specie, considerando come abusiva la richiesta di una penale, anche dopo che la stessa, per il suo ammontare complessivo e perché comminata *sine die*, diventi contraria a buona fede oggettiva, potrebbe

ritenersi prefigurabile il ricorso all'*exceptio doli generalis*, con conseguente paralisi degli effetti (di preordinazione all'esecuzione) del precetto intimato.

In tal senso deporrebbe anche l'attuale e già menzionata tendenza interpretativa ad estendere l'ambito operativo della buona fede (oggettiva) al di fuori del suo alveo fisiologico, che è quello dei rapporti di natura negoziale, facendone, al contempo, un criterio integratore del più generale dovere del *neminem laedere*.

Ad essa viene riconosciuta, infatti, anche la vocazione a porsi quale parametro cui commisurare la liceità del comportamento di un soggetto nei confronti di un altro, al quale il primo non sia legato da un precedente vincolo negoziale.

5. Le criticità mosse alla soluzione favorevole e la non agevole sperimentazione di un'interpretazione costituzionalmente orientata.

Invero, questo Giudice remittente non ritiene che gli argomenti invocati, possano indurre, con sufficiente solidità, ad un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma, sottoposta al vaglio dell'Ecc. ma Corte. E ciò, in considerazione delle seguenti considerazioni:

1. l'univoco dato testuale dell'art. 614 bis cpc, *illo tempore* applicabile alla fattispecie concreta, che prevedeva il potere d'irrogazione dell'*astreinte* solo in capo al giudice della cognizione e non anche a quello dell'esecuzione. Dunque, il legislatore del 2009, con il modulare l'originaria formulazione della norma, sembrava ribadire la netta cesura fra fase cognitoria e fase esecutiva, in parte ribadita anche dalla riforma Cartabia. Né, alla stregua delle suddette coordinate normative, il potere del GE di intervenire sulla misura <<eterodata>> poteva ritenersi insito nel sistema perché sarebbe stata necessaria un'espressa previsione a ciò legittimante.

Invero, per quanto estraneo al presente *thema decidendum*, la questione non pare essere stata risolta alla stregua del novello dato testuale della norma che sembra precludere un intervento del Giudice dell'esecuzione in materia di 614 bis c.p.c., al di fuori dell'ipotesi in cui il Giudice della cognizione nulla abbia stabilito al riguardo e, dunque, secondo una logica di evidente sussidiarietà o, comunque, di rigorosa alternatività.

Infatti, come già evidenziato, la nuova formulazione dell'art. 614bis del c.p.c., come novellata dalla riforma Cartabia, consente di avanzare la domanda di misure coercitive anche nel giudizio di esecuzione solo se non richiesta nel precedente processo di cognizione.

Ciò, vuol dire che, in virtù del dato testuale della norma, la competenza del GE all'assunzione del provvedimento è subordinata non alla mancata concessione da parte del giudice della cognizione, ma alla sua mancata richiesta, al primo, da parte dell'interessato.

Dunque, anche a voler ritenere, come già prospettato, che la nuova formulazione dell'art. 614 bis si limiti a evocare poteri già insiti nel sistema, così come evolventisi, la stessa esprime la volontà di tenere separate le competenze in materia dei due giudici della cognizione e della esecuzione;

2. la non invocabilità della soluzione prescelta dalla giurisprudenza amministrativa in virtù dei penetranti poteri di cognizione che sono riconosciuti al Giudice dell'ottemperanza amministrativa, nella logica di un sindacato che è destinato a estrinsecarsi in relazione ad una realtà giuridica, non statica, ma dinamica, qual è l'esercizio del potere amministrativo,

esercitabile negli spazi non coperti dal giudicato amministrativo. Sindacato, peraltro, naturalmente, destinato a confrontarsi con il fenomeno delle sopravvenienze in fatto e in diritto. Inoltre, al Giudice dell'ottemperanza, in virtù dell'oramai categoria del giudicato a formazione progressiva, e' riconosciuto il potere non solo di attuare, ma anche di integrare e precisare il precetto giurisdizionale da portare a esecuzione proprio al fine di consentire l'adattamento della regola giudiziale alle suddette sopravvenienze (rilevanti solo se non successive alla notifica della sentenza alla parte interessata);

3. la tendenziale assolutezza del principio di separazione fra il momento dell'accertamento e quello dell'esecuzione, rispondente ad un principio di ordine pubblico processuale, derogabile solo per effetto di una specifica previsione normativa o per effetto della prevalenza del diritto comunitario su quello nazionale, come in materia di clausole abusive;

4. l'inidoneità del rimedio della revoca o modifica del provvedimento cautelare di cui all'art. 669 *decies cpc* a far fronte al problema in esame. E ciò in quanto la sopravvenuta esorbitanza della penale non potrebbe essere configurabile, per la sua configurazione ontologica, quale modifica delle circostanze iniziali.

Trattasi, infatti, a bene vedere, non di un mutamento del quadro fattuale che ha presieduto all'emanazione del provvedimento e che, dunque, ha costituito parte integrante della base cognitoria, assunta a fondamento del provvedimento, ma di un aspetto diverso, ovvero di una sopravvenienza di natura fattuale per così dire <<estrinseca>>, perché non inerente al fatto storico che ha mosso alla propria determinazione il giudice cautelare, bensì alle conseguenze che l'ordinamento, per il tramite della statuizione giudiziale, ricollega al fatto ed, in particolare, alla modulazione quantitativa della misura irrogata, in conseguenza dell'accertamento fattuale compiuto.

Sotto altro aspetto, trattasi di un profilo - quella della entità massima richiedibile e irrogabile - che si correla alla durata temporale della misura; aspetto tal ultimo che era suscettibile di essere ponderato già nel momento genetico, di emissione del provvedimento e che, dunque, esula dal concetto di modifica del quadro fattuale.

In tal senso, e' richiamabile anche Tribunale Verona, 04/08/2001, secondo cui *"il semplice decorso del tempo, in quanto elemento già valutabile da parte del giudice che ha emesso il provvedimento cautelare o eventualmente del giudice del reclamo, i quali possono limitare nel tempo la durata di un'inibitoria, non costituisce di per sè mutamento nelle circostanze che legittimi il ricorso per revoca o modifica ex art. 669 decies c.p.c."*;

5. la difficoltà di applicare il principio di buona fede oggettiva al di fuori dell'esecuzione di un contratto o di un negozio e, quindi, dell'ambito negoziale. D'altronde, l'art. 1374 c.c. che disciplina le fonti di integrazione del contratto, menzionando la legge, gli usi normativi e l'equità, quali possibili fonti del regolamento contrattuale, e' una norma che inerisce alla materia del contratto.

Così gli art. 1375 c.c. e 1175 c.c. concorrono alla disciplina dello <<statuto normativo contrattuale>> e non sarebbero applicabili al di fuori del suo alveo genetico.

Inoltre, l'effetto tipico dell'*exceptio doli* e' quello di paralisi della pretesa azionata che viene per così dire <<sterilizzata>> e, anche ad ipotizzare che la buona fede oggettiva possa

rilevare quale fonte di responsabilità aquiliana, appare arduo riconoscere alla stessa un ruolo diverso da quello risarcitorio e, in particolare, di carattere invalidatorio.

Nel caso di specie, a venire in rilievo è, invece, la richiesta di dare attuazione ad un provvedimento giurisdizionale di cui la parte istante è beneficiaria;

6. la non qualificabilità dell'eccessiva esosità della penale quale fatto sopravvenuto che sarebbe idoneo a superare la tradizionale preclusione alla cognizione del Giudice dell'esecuzione di circostanze dedotte (o, semplicemente, deducibili) davanti al Giudice della cognizione.

A ben vedere, si obietta, lo squilibrio dell'ammontare complessivo della penale maturata rispetto all'interesse debitorio da tutelare, non costituirebbe una circostanza fattuale idonea a stravolgere il quadro fattuale posto a fondamento del provvedimento. Ciò, anche per la sua intrinseca componente valutativa che ne impedirebbe l'ascrizione al novero dei fatti in senso stretto;

5. la non estendibilità del principio equitativo al di là delle ipotesi in cui lo stesso è espressamente richiamato, non potendosi, peraltro, prescindere dall'esistenza di un'espressa previsione di legge che ne legittimi il ricorso.

Dunque, ritiene sommariamente questo Giudice che non sia agevolmente sperimentabile la possibilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata.

Da ciò la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale nei termini che si vanno a precisare.

6. Non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale per violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità ex art. 3 Cost.

6.1. Il divieto di vincoli perpetui quale declinazione dei principi de quibus

Invero, la mancata previsione dell'apponibilità, anche d'ufficio, di un tetto massimo, appare in contrasto con il principio di ragionevolezza - declinazione del correlato principio di eguaglianza ex art. 3 Cost. -, così come con il principio di proporzionalità delle sanzioni, quali - secondo una certa opzione ricostruttiva - dovrebbero ritenersi anche le misure coercitive indirette.

D'altronde, deve ritenersi irragionevole e sproporzionato qualunque vincolo - quale parrebbe essere quello di specie - con caratteristiche di perpetuità'.

Una tale tipologia di vincolo - per le ragioni che si va ad esplicitare e che si differenziano a seconda dei valori di riferimento - parrebbe porsi in contrasto anche con il principio di libertà negoziale di cui è, unanimemente, riconosciuto l'ancoraggio costituzionale all'art. 42, comma 2, Cost.; nonché con la tutela che l'ordinamento, a vari livelli, riconosce al diritto dominicale. È evidente, infatti, come una penale eccessiva vada potenzialmente ad incidere anche sulla sfera patrimoniale dell'obbligato, venendo lo stesso esposto al pericolo di un'esecuzione mobiliare o immobiliare.

L'inammissibilità dei vincoli perpetui - in particolare quelli che limitano il diritto di proprietà ma anche la sfera patrimoniale o negoziale delle parti - risponde ad un principio consolidato nell'ordinamento italiano, basato sulla necessità di evitare restrizioni eccessive e indefinite nel

tempo alle facoltà di godimento e disposizione dei beni, così come della sfera personale dei soggetti dell'ordinamento.

Più in generale, questo principio emerge da diverse norme ma anche dal panorama interpretativo, essendo molteplici le pronunce che pervengono a dichiarare l'invalidità di clausole negoziali che siano preordinate a creare vincoli di durata illimitata, specialmente se inerenti a beni immobili.

Ne è evidente la motivazione giuridica.

Il diritto di proprietà, sancito, come noto, dall'articolo 42 della Costituzione – quale valore di rango anche sovranazionale – implica la conservazione della possibilità per il proprietario di disporre liberamente del bene, godendone e alienandolo. Vincoli di carattere perpetuo tendono a limitare eccessivamente questa libertà, svuotando il diritto del suo contenuto effettivo e venendosi a configurare, in alcuni casi, come una sorta di "espropriazione senza indennizzo".

Inoltre, da un punto vista sociale, vincoli perpetui impediscono l'adattamento a nuove situazioni, generando rigidità e ostacolando il progresso economico e sociale.

Dunque, il nostro ordinamento giuridico, pur riconoscendo la possibilità di costituire vincoli, li subordina alla temporaneità, evitando così situazioni di stallo e di perpetua compressione dei diritti individuali.

Costituiscono esempi paradigmatici di tale principio:

a) le servitù irregolari. Sebbene sia possibile costituire servitù a favore di persone (servitù irregolari), il vincolo non può essere perpetuo, ma deve essere temporaneo o legato alla durata della vita del beneficiario;

b) i vincoli urbanistici. Anche in materia urbanistica, i vincoli imposti su immobili, sebbene necessari per la pianificazione del territorio, devono avere una durata limitata nel tempo e non possono essere perpetui.

c) convenzioni e contratti:

Le clausole che prevedono vincoli perpetui in contratti o convenzioni, come ad esempio accordi di cessione di immobili connotati dall'impressione agli stessi di vincoli di destinazione, sono considerate nulle. Anche in via interpretativa, sono frequenti i riferimenti al principio in esame (Cfr. Corte appello Milano, n. 366, del 01/02/2012).

Come evidenziato dalla difesa dell'opponente, lo stesso ha origini autorevoli e datate anche a livello interpretativo.

Chiamata a pronunciarsi sulla questione relativa all'onere testamentario di consentire in perpetuo l'utilizzo di un immobile da parte della locale parrocchia, la S.C.²⁰ (estensore Torrente) stabilì che la disposizione controversa, «se configurata come un'obbligazione

²⁰ Così Cass., 20.4.1950, n. 1056, in *Giur. it.*, 1950, I, 1, 642 ss., e in *Foro it.*, 1950, I, 529 ss.: L'inaammissibilità di tale rapporto è tradizionalmente fatta discendere dall'esigenza, immanente nell'ordinamento, di «*impedire la dissociazione in perpetuo della proprietà dal suo contenuto economico*» l'utilità economica del diritto di proprietà, che la legge vuole «pieno ed esclusivo» (art. 832 cod. civ.), rappresenta la ragione stessa della sua tutela giuridica, sicché l'ordinamento non potrebbe, riconoscendo un vincolo perpetuo tale da comprimere quella utilità, privare di oggetto la relativa tutela, conservandola a uno stadio puramente formale e avallando una dissociazione strutturale e non meramente contingente tra il diritto e il relativo contenuto economico (così anche Cass., 30.7.1984, n. 4530, sez. III). Per usare le parole di Andrea Torrente, estensore di questa notissima sentenza che rappresenta il *leading case* nella materia in esame, «*Non si sa perché l'ordinamento giuridico dovrebbe riconoscere questo esangue diritto costretto ad alimentarsi nei secoli soltanto della sua vacuità*» (Cass., 20.4.1950, n. 1056, cit.).

*personale a carattere perpetuo», doveva ritenersi «nulla, anche se si parli di obbligazione reale (...), in quanto disintegra in perpetuo il diritto di proprietà dal suo contenuto economico». Essa fu invece «salvata» mediante la qualificazione di essa, non già come una *obligatio propter rem*, che non si sottrae, in quanto rapporto obbligatorio vero e proprio, alla regola della temporaneità, bensì, accogliendo la soluzione prospettata da autorevole dottrine (F. Salvi, *Perpetuità di un diritto di godimento?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, 192 ss. in particolare p. 201 ss.) come «attributiva di un diritto d'uso, naturalmente limitato al tempo massimo stabilito dalla legge».*

In materia d'invalidità di un vincolo obbligatorio perpetuo, è ritornata la Corte di Cassazione affermando: <<*Nel nostro sistema positivo è inammissibile un vincolo obbligatorio, destinato a durare all'infinito, senza che sia possibile al debitore o ai suoi successori la possibilità di liberarsene*>> (Cass. sez. II, 30/07/1984, n. 4530. Sulla stessa scia si è posta sempre la giurisprudenza di legittimità allorché più di recente (Cass., 20.9.1995, n. 9975) ha affermato la nullità dei contratti atipici istitutivi di obbligazioni destinate a durare indefinitamente nel tempo, in quanto non meritevoli di tutela ai sensi dell'ordinamento giuridico.

Pertanto, nel caso di specie, il sequestro giudiziario con finalità probatorie aveva esaurito il suo compito, in quanto nel giudizio di merito si era già proceduto al conferimento dell'incarico peritale sulla base della documentazione per come rinvenuta e consegnata.

Detto principio è stato di recente ribadito da Corte d'appello Bari sez. I, 07/07/2022, n. 1148 secondo cui: <<*Nel nostro ordinamento, vige il principio della generale inammissibilità delle obbligazioni perpetue, il quale non consente ai soggetti la possibilità di vincolarsi ad vitam, giustificandosi, per converso, la perpetuità del diritto soltanto dove non si ponga un problema di soggetti vincolati a tempo indeterminato, come nella fattispecie del diritto di proprietà*>>.

In sintesi, l'invalidità dei vincoli perpetui è un principio fondamentale del nostro ordinamento giuridico che mira a garantire la libertà e la flessibilità nella gestione dei beni, evitando restrizioni eccessive e dannose per il singolo e per la società nel suo complesso.

E' evidente come lo stesso rinverga il proprio fondamento costituzionale nel principio di ragionevolezza, ma, al contempo, nei principi di tutela della proprietà e di libertà dell'iniziativa economica ex art. 41 Cost, comma 2, di cui la libertà negoziale costituisce logico corollario.

Nel caso dell'*astreintes*, a venire in rilievo sembrerebbe essere, in particolare, tale primo profilo. Ciò, specie per la già evidenziata potenziale attitudine della stessa a incidere sulla sfera dominicale del debitore inadempiente, nella prospettiva tanto di un'esecuzione mobiliare, quanto di un'esecuzione immobiliare.

6.2. Ricostruzione dei principi alla luce della giurisprudenza costituzionale

6.2.1. Il principio di ragionevolezza

Tornando ai principi di cui all'art. 3 Cost. cui sopra, sotto il profilo del rispetto del primo di essi, proprio di recente, autorevole dottrina ha affermato che "l'attuale controllo di

costituzionalità è totalmente pervaso dal metodo della ragionevolezza: è un controllo di ragionevolezza”²¹.

D'altronde, a fronte dell'indubbio dinamismo interpretativo indotto dal principio *de quo*, e' innegabile l'indispensabilità di tale categoria e la sua correlazione con quello di proporzionalità: ragionevole e' qualunque opzione esegetica sia idonea a realizzare un equo contemperamento degli interessi in gioco, imponendone un sacrificio non sproporzionato. E, nel caso di specie, gli stessi coincidono, da un lato, con l'esigenza del debitore di non subire esecuzioni sproporzionate rispetto alla consistenza quantitativa della pretesa creditoria azionata; dall'altro, con l'interesse del creditore a conservare lo strumento processuale, astrattamente preordinato alla sua attuazione coattiva²².

In ciò e' evidente la stretta connessione tra ragionevolezza e equità cui, senza dubbio, nell'attuale assetto ordinamentale e interpretativo, devono riconoscersi spazi operativi ben più ampi di quelli consegnati dalla tradizione giuridica che vedeva l'equità confinata alle ipotesi in cui il legislatore avesse consentito espressamente il ricorso ad essa (c.d. equità *secundum legem*).

Ragionevolezza e equità sono clausole generali che consentono all'ordinamento – unitamente ai principi personalistico e solidaristico ex art. 2 Cost. - di adattarsi alla molteplicità e novità delle istanze di tutela, provenienti dal corpo sociale così come dal tessuto costituzionale, smussando il rigore del diritto positivo e assicurandone la tenuta costituzionale. Oppure, più semplicemente, possono risultare idonei ad assicurare un equilibrato bilanciamento fra valori confliggenti, individuando, di volta in volta, modalità di composizione adeguate alla fattispecie di cui si imponga la definizione giudiziale.

Invero, la ricerca di un contemperamento - equo e, dunque, ragionevole - degli interessi in gioco, con conseguente valorizzazione delle caratteristiche delle singole fattispecie (astratte) poste all'attenzione del Giudice delle Leggi, e' a fondamento di molteplici recenti sentenze delle Corte adita.

Così, in Corte cost. n. 88 del 2023, in cui veniva in rilievo un reato di lieve entità commesso da un immigrato che avrebbe comportato l'esclusione del rinnovo del permesso di soggiorno per lavoro, la Corte ha valorizzato l'argomento fondato sulla non opportunità di sradicare lo straniero dal luogo in cui ha costruito significativi rapporti sociali, lavorativi e familiari.

L'applicazione, secondo criteri di automaticità, della previsione normativa, sindacata in punto di costituzionalità, avrebbe originato un esito, oggettivamente, iniquo.

Da ciò la necessità di considerare gli elementi, connotativi della specifica situazione di fatto, tra i quali il tempo trascorso dalla commissione del reato, il percorso rieducativo compiuto dal suo autore, il suo radicamento nel tessuto sociale.

²¹ Invero, vi e' stato chi, stigmatizzando il ricorso a tale parametro, ha affermato che “la giurisprudenza sulla ragionevolezza appare ormai del tutto ingovernabile, in quanto si è negli anni trasformata in una sorta di valutazione circa la ingiustizia della legge o che trattasi di una nozione “inafferrabile nel suo contenuto”.

²² Il principio di ragionevolezza e', peraltro, ispiratore costante dell'attività esegetica come in materia probatoria come dimostra l'approdo delle Sezioni Unite, n. 13533 del 2001, in materia di prova dell'inadempimento, nella responsabilità contrattuale, e che rinviene il proprio fulcro nel criterio, chiaramente ispirato al principio di ragionevolezza, della vicinanza alla fonte della prova come criterio di distribuzione e selezione dell'onere della prova in relazione alle parti del rapporto contrattuale.

Ispirata a evidenti esigenze equitative è anche la soluzione fatta propria da Corte cost. n. 177 del 2023, in cui l'ill.ma Corte adita e' pervenuta ad escludere che sia ammissibile la consegna in esecuzione di un mandato di arresto europeo di una persona, quando questa versi in gravi condizioni di salute. Seguendo una concorrente traiettoria argomentativa e richiamando la giurisprudenza sovranazionale, ha evidenziato come l'esecuzione suddetta originerebbe in un trattamento disumano e degradante, come tale vietato dall'art. 4 della Carta dei diritti dell'Unione.

Dello stesso tenore e' anche la n. 178 del 2023, secondo cui l'art. 18-bis, c. I, lett. c), l. n. 69 del 2005 deve considerarsi illegittimo "nella parte in cui non prevede che la corte d'appello possa rifiutare la consegna di una persona ricercata cittadina di uno Stato terzo, che legittimamente ed effettivamente abbia residenza o dimora nel territorio italiano e sia sufficientemente integrata in Italia, nei sensi precisati in motivazione, sempre che la corte d'appello disponga che la pena o la misura di sicurezza sia eseguita in Italia".

E' richiamabile anche Corte cost. n. 86 del 2024, in materia di rapina impropria, aggravata dalla pluralità degli autori, concernente beni di esiguo valore economico, ha giudicato irragionevole il minimo edittale di "notevole asprezza" previsto per la fattispecie *de qua*,

E ciò non perché lo stesso sia considerato in sé e per sé, bensì in relazione al frutto del reato suddetto.

Il Giudice delle Leggi invoca il concetto di "valvola di sicurezza", che sarebbe costituzionalmente imposta al fine di consentire al giudice *a quo*, che se ne duole, di poter far luogo all'applicazione di un trattamento punitivo congruo e, dunque, equo, in rapporto alla specificità del caso di specie. Ciò, specie, in virtù dei principi di "individualizzazione" e, quindi, necessaria personalizzazione della pena e della finalità rieducativa di quest'ultima.

Al giudice *de quo* deve essere consentito di poter riconoscere giuridico rilievo a circostanze di fatto aventi natura oggettiva, come le modalità di commissione del reato, l'età e le condizioni psico-fisiche della vittima, la reiterazione della condotta criminosa, l'entità del danno, e via dicendo.

Medesima *ratio* ispirativa parrebbe essere quella della Corte cost. n. 91 del 2024, intervenuta in relazione alla produzione di materiale pedopornografico, laddove parimenti la censura investiva la mancata previsione dell'attenuante per i fatti criminosi di lieve entità.

Con la sent. n. 122 del 2014, poi, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del disposto di cui all'art. 2-*quiquies*, c. 1, lett. a), D.L. n. 151 del 2008, che negava i benefici ai superstiti delle vittime della criminalità organizzata, se parenti o affini entro il quarto grado di soggetti nei cui riguardi sia in corso un procedimento per l'applicazione ovvero sia applicata una misura di prevenzione, di cui alla legge n. 575 del 1965 e successive modifiche, ovvero di soggetti nei cui confronti sia in corso un procedimento penale per uno dei delitti di cui all'art. 51, c. 3-bis, c.p.p. La Corte ha dichiarato l'irragionevolezza della norma *de qua*, che penalizza, irragionevolmente, proprio le persone maggiormente meritevoli che, pur legate da vincoli di parentela o affinità a soggetti appartenenti alla criminalità organizzata, ne abbiano preso le distanze.

Nondimeno, chi richieda elargizioni o assegni vitalizi, deve fornire la prova della estraneità all'organizzazione criminale, così come di tenere "una condotta di vita antitetica al codice di comportamento delle organizzazioni malavitose".

Dunque, evocando, ancora una volta, la necessità di un accertamento *case by case*, il giudice è chiamato ad "una penetrante verifica" della sussistenza delle condizioni previste dalla legge e dell'adempimento del "rigoroso onere probatorio imposto al beneficiario".

Anche al di fuori della materia penale, peraltro, risultano essere non poche le ipotesi nelle quali la Corte ha posto a fondamento l'equità, come esigenza di un ragionevole contemperamento degli interessi in gioco e, dunque, indirettamente, il principio di ragionevolezza. A titolo esemplificativo, si v. la sent. n. 183 del 2023, in materia di regime applicabile ai minori dati in adozione e ai loro rapporti con la famiglia di origine.

L'ill.ma Corte adita ha voluto distinguere fra legami, di natura legale formale, con la famiglia suddetta, recisi per effetto dell'adozione, e i legami affettivi che, invece, possono e devono essere preservati ogniqualevolta ciò sia consigliato dal preminente interesse del minore. Da ciò, l'enucleazione del diritto secondo cui l'identità del minore non risulta "compatibile con modelli rigidamente astratti e con presunzioni assolute, del tutto insensibili alla complessità delle situazioni personali".

6.2.2. Il principio di proporzionalità

Così non può sottacersi come, nel contesto decisorio del giudice delle Leggi, abbia assunto un'importanza primaria anche il principio di proporzionalità.

Concepito in origine nell'alveo del diritto amministrativo prussiano⁹, successivamente estesosi in altri ambiti del diritto tedesco, ha fatto ingresso, da ultimo, nel giudizio di legittimità costituzionale in materia di diritti fondamentali, ponendosi quale strumento fondamentale del giudizio di bilanciamento.

Per esigenze di economia espositiva, deve precisarsi che il giudizio di proporzionalità, in sede di sindacato di legittimità, si articola in quattro diversi momenti:

- quello di "legittimità", volto ad accertare che la norma sindacata sia conforme all'impianto costituzionale;
- il secondo traduentisi in una valutazione sub specie del profilo dell'efficienza, ovvero della relazione (quantitativa e qualitativa) tra mezzi-fini, così da verificare che sia stata garantita una "connessione razionale" tra i mezzi cui sia ricorso il legislatore e gli obiettivi perseguiti;
- l'accertamento della "necessità" della scelta legislativa, ovvero della sua imprescindibilità e (eventualmente) non differibilità;
- la quarta fase è quella della "proporzionalità in senso stretto" preordinato a verificare che l'obiettivo avuto di mira sia stato perseguito, recando il minor sacrificio possibile di altri diritti o interessi costituzionalmente protetti;

Come acutamente sottolineato, tal ultima momento è quello più complesso, esigendo che "il giudice spalanchi lo sguardo delle sue valutazioni, fino a proiettarsi sull'impatto effettivo della legislazione sottoposta al suo esame: ciò richiede una conoscenza del dato di esperienza reale che la legge disciplina, che supera di gran lunga il dato giuridico positivo, strettamente inteso".

E' "in questa dimensione esperienziale" che il giudice e' chiamato a ciò in cui si sostanzia ogni operazione esegetica ovvero una valutazione comparativa degli interessi in gioco, spesso, di segno contrastante e, dunque, conflittuali.

Questa nozione di proporzionalità di origine tedesca, in cui e' evidente la genesi del pensiero di Robert Alexy, risulta di particolare diffusione sulla scena internazionale.

Orbene, il principio di proporzionalità è spesso evocato dal Giudice delle Leggi, insieme al principio di ragionevolezza o, qualche volta, quale concetto sovrapponibile a questo secondo; non essendo infrequente l'affermazione per cui il principio di proporzionalità «rappresenta una diretta espressione del generale canone di ragionevolezza»¹¹.

Come acutamente evidenziato dalla dottrina costituzionalista, accade spesso che la Corte "effettui una valutazione di congruenza e adeguatezza del mezzo rispetto al fine"¹²; così come da tempo è entrato nei giudizi della Corte costituzionale il bilanciamento dei valori, che molto si avvicina alla fase della "proporzionalità in senso stretto", specie nei casi che riguardano i diritti fondamentali¹³.

Una delle ipotesi che appare maggiormente idonea a richiamare quella complessità diacronica che il test di proporzionalità assume al di fuori del contesto italiano, è rappresentata dalla sentenza in materia mandato di arresto europeo, in cui il Giudice delle Leggi Corte ha affermato che: «Il divieto di discriminazione sulla base della nazionalità consente sì di differenziare la situazione del cittadino di uno Stato membro dell'Unione rispetto a quella del cittadino di un altro Stato membro, ma la differenza di trattamento deve avere una giustificazione legittima e ragionevole, sottoposta ad un rigoroso test di proporzionalità rispetto all'obiettivo perseguito [...]»¹⁴.

Il principio di proporzionalità, al pari di quello di ragionevolezza ed equità, costituiscono oramai *ratio decidendi* del giudice ordinario di merito e di legittimità, conformandone costantemente l'attività esegetica. Ciò, ovviamente, nell'amministrazione di quegli spazi di discrezionalità che gli sono lasciati dal dettato normativo.

Così costituisce parametro frequente ai fini del vaglio di costituzionalità delle leggi ordinarie, rimesse all'attenzione del Giudice delle Leggi.

6.2.3. La peculiarità della disciplina del caso di specie

Orbene, venendo al caso di specie, con riguardo alla ragionevolezza della disciplina *de qua*, la dottrina ha stigmatizzato la mancata regolamentazione di un momento processuale, specificatamente, deputato alla liquidazione della pena.

In ciò, non esiste contiguità con il modello francese che, invece, si fonda sul riconoscimento della facoltà per le parti di rivolgersi al giudice dell'esecuzione.

Ne consegue che la sua liquidazione, seppur indirettamente, è stata, irragionevolmente, affidata allo stesso creditore su cui incombe l'onere di specificare l'importo maturato nell'atto di precetto, con conseguente alimentazione del contenzioso in sede di opposizione all'esecuzione.

Invero, in via interpretativa, vi è anche chi ritiene di sovvenire a tale carenza dell'apparato rimediabile, prefigurato dal legislatore, riconoscendo al creditore la facoltà e, al contempo, l'onere di adire il giudice del c.d. giudizio presupposto per conseguire una liquidazione *ex*

post dell'ammontare dovuto, con conseguente aggravamento dell'iter procedurale necessario per conseguire l'agognata tutela.

Ciò, nel (discutibile) presupposto teorico che difetti quel requisito di necessaria liquidità, prescritto ai fini della validità di ogni titolo provvisto di efficacia esecutiva; efficacia che, però - come evidenziato da autorevole dottrina -, l'art. 614-bis c.p.c. riconosce, espressamente, alla misura *de qua* fin dal suo momento genetico.

Per contro, al giudice dell'esecuzione non è stato riconosciuto un ruolo "più consono alla sua natura, ovvero quello di liquidare l'importo della somma dovuta quando l'inottemperanza al provvedimento di condanna si è già manifestato, sì da tarare la penalità alla luce del concreto evolversi dei rapporti".

Dunque, attualmente, l'art. 614-bis c.p.c. non prefigura una fase liquidatoria del provvedimento emesso dal giudice della cognizione insieme alla condanna.

Evidenzia, invece, la difesa dell'opponente come "il giudizio d'efficacia dell'*astreinte* deve essere un giudizio razionale da parte del giudice, dovendo verificare se sussiste in concreto un nesso tra l'impiego della misura e il raggiungimento del fine, contestualizzando nella realtà patrimoniale del debitore, che ovviamente muta caso per caso, la misura coercitiva da adottarsi, verificando il nesso fra mezzo e scopo, rendendola così un mero giudizio di efficacia". Nondimeno, non consentendo la norma l'apposizione di un limite temporale o quantitativo massimo, la misura risulta "applicabile *sine die*", dando luogo ad "una obbligazione a carattere sanzionatorio sproporzionata rispetto all'originaria obbligazione inadempita".

Inoltre, se è vero che le Sezioni Unite della Corte di cassazione (Cassazione civile sez. un., 05/07/2017, n.16601²³) hanno riconosciuto la polifunzionalità della responsabilità civile, alla quale sono interne anche finalità sanzionatorie e deterrenti; nondimeno, la pronuncia ha indicato, quali condizioni di delibabilità delle pronunce di condanna ai *punitive damages*, oltre alla necessità che esse siano emesse « *sulla scorta di basi normative adeguate, che rispondano ai principi di tipicità e prevedibilità* » (Cass. Sez. Un. civ., 5 luglio 2017, n. 16601) anche il rispetto del principio di proporzionalità (espresso dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea). Ora, se nella ricostruzione della Corte la proporzionalità è riferita al rapporto « *tra risarcimento riparatorio-compensativo e risarcimento punitivo e tra quest'ultimo e la condotta censurata* » (Sez. Un. civ., 5 luglio 2017, n. 16601), il principio in esame sembra più in generale esprimere l'esigenza che non si attribuisca al danneggiato « *un rimedio risarcitorio che non gli compete perché del tutto privo di connessioni significative con la sua sfera giuridica sia sostanziale che processuale* ».

6.2.4. I profili evidenziati dalla difesa dell'opponente, rappresentata dal Prof. V. Farina

Secondo la difesa dell'opponente, alla luce delle considerazioni, che precedono, e avuto riguardo all'attuale stato della normativa che riconosce al G.E. solo la possibilità, ove non sia << *stata richiesta nel processo di cognizione, ovvero il titolo esecutivo* >> sia << *diverso da*

²³ <<Nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile.>>.

un provvedimento di condanna>> << la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza o ritardo nell'esecuzione del provvedimento>> sia << determinata dal giudice dell'esecuzione, su ricorso dell'avente diritto, dopo la notificazione del precetto>>, sembrerebbe ricorrere la violazione sia del principio di proporzionalità che di ragionevolezza.

Come, condivisibilmente, evidenziato dalla difesa dell'opponente, “la proporzionalità evoca, sul versante dello scrutinio di costituzionalità, una correlazione del mezzo rispetto al fine, nel senso che, tra strumento normativo regolatore, e realizzazione del fine che con esso si intende perseguire, l'opera di “bilanciamento” deve condurre ad un “equilibrato” componimento dei sacrifici”.

La Corte “ha affermato che l'automatismo della sanzione, ricorrente nel caso di specie nella sua staticità e perduranza, *“offende quel principio di proporzione che è alla base della razionalità che domina il principio di eguaglianza e che postula l'adequatezza della sanzione al caso concreto (Sentenza n. 297/1993 (Granata))”*.

Dunque, evidenzia parte opponente, come “il principio di proporzionalità sembr(i) idoneo, di concerto con il canone di ragionevolezza ricavabile dall'art. 3 Cost., a limitare la facoltà del legislatore ordinario di prevedere spostamenti patrimoniali ingiustificati o, comunque, sproporzionati”.

Sotto questo aspetto, un risarcimento punitivo o una sanzione – a seconda della ricostruzione che se ne voglia accogliere – che si protraggano *“sine die* per come confezionat(i) dal legislatore, (paiono) non rispettos(i) di tali parametri e, quindi, non alien(i) ad una censura di incostituzionalità”.

D'altronde, adottando una prospettiva risarcitoria, “la Consulta.....ha a più riprese dichiarato l'incostituzionalità di norme che, ponendo un massimale alla responsabilità di determinati soggetti, ammettevano la possibilità di un ristoro inferiore al danno e dunque sottocompensativo. Ad opinione della Corte, infatti, tale limitazione non assicurava né l'equo contemperamento degli interessi in gioco né il razionale perseguimento degli obiettivi pur insindacabilmente prefissati dal legislatore, ponendosi così in contrasto con il principio di ragionevolezza ricavabile dall'art. 3 Cost. (Corte cost., 6 maggio 1985, n. 132, in Foro it., 1985, I, 1585; Corte cost., 22 novembre 1991, n. 420, ivi, 1992, I, 642)”.

Di recente, in tal senso, e' richiamabile Corte Costituzionale, che con la sentenza n. 118/2025, ha dichiarato incostituzionale il limite massimo di sei mensilità previsto dal Decreto Legislativo n. 23 del 2015 per i lavoratori dipendenti delle piccole imprese, c.d. sotto soglia, ossia quelle che occupano fino a 15 dipendenti per ogni sede o unità produttiva o Comune, e comunque non più di 60 dipendenti in totale

Secondo la Corte, tale limite fisso e invalicabile di sei mensilità di retribuzione che il datore di lavoro e' tenuto a corrispondere al dipendente ove il licenziamento sia riconosciuto illegittimo è incostituzionale perché:

- preclude al giudice di commisurare il rimedio risarcitorio alla gravità del caso concreto;
- ha l'effetto di rendere l'indennità risarcitoria inadeguata e non congrua in rapporto al danno che il lavoratore potrebbe aver realmente subito;

- dato l'importo basso, neutralizza la funzione deterrente della sanzione nei confronti del datore di lavoro.

Sottolinea, sempre, l'opponente come, "almeno in linea teorica, quindi, ben potrebbe la Corte estendere il proprio vaglio anche alle norme che, specularmente, prevedono dei risarcimenti ultracompensativi. I parametri applicabili in punto di proporzionalità (e ragionevolezza), infatti, sono esattamente i medesimi".

Inoltre, sotto il profilo del rispetto del principio di proporzionalità, "il ricorso a risarcimenti ultracompensativi per il perseguimento di finalità regolatorie generali determina il riconoscimento, a beneficio del danneggiato, di un rimedio totalmente privo di relazione con le modalità con cui la sua sfera giuridica è stata intaccata".

Tale evenienza si è concretizzata nel caso di specie, "ove il danneggiato della mancata estensione della prova rischia di conseguire con *l'astreinte*, di più di quello che potrà (eventualmente) conseguire ove la domanda risarcitoria venisse accolta".

Ciò, "non sembra ammissibile nel nostro ordinamento, nel quale la responsabilità civile, anche alla luce dei principi costituzionali, appare improntata, più che al perseguimento dell'efficienza di sistema, alla tutela dei diritti secondo logiche di giustizia". Sottolinea ancora la difesa dell'opponente, come "i risarcimenti sanzionatori siffatti assegnano ai danneggiati che agiscono in giudizio un premio per essersi fatti carico di una esigenza sociale di dissuasione, delegando una funzione pubblica a un soggetto privato, che diviene una sorta di cacciatore di taglie, come puntualmente rilevato dalla dottrina.

Tale aspetto "non è sfuggito alla Corte di Cassazione della Francia (luogo di nascita dell'istituto). Una recente pronuncia[Cass. 2° civ., 20 janv. 2022, n. 19-23721 in <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id.>] ha invocato sul punto l'applicazione in materia della CEDU e del suo protocollo n.1, in quanto *l'astreinte* impone, nella fase della sua liquidazione, una condanna pecuniaria al debitore dell'obbligazione, che è dunque suscettibile di incidere su un interesse sostanziale di quest'ultimo, nonostante non esista alcuna normativa che pregiudichi il diritto degli Stati di emanare le leggi che ritengano necessarie per assicurare il pagamento di imposte, contributi o sanzioni. Pertanto, il Giudice di legittimità Francese, con la pronuncia del 2022, ha affermato che, se è pur vero che *l'astreinte* non costituisce di per sé una misura contraria ai requisiti del protocollo n. 1 della CEDU in quanto prevista dalla legge e tende, nell'obiettivo di una buona amministrazione della giustizia, a garantire l'effettiva esecuzione delle decisioni giudiziarie entro un tempo ragionevole, si impone al giudice chiamato a liquidare la misura, in caso di inadempimento totale o parziale dell'obbligazione, di tenere conto delle difficoltà incontrate dal debitore nell'adempimento e della sua volontà di rispettare l'ingiunzione. In definitiva, il giudice che decide sulla liquidazione di un'*astreinte* deve valutare la proporzionalità della violazione dei diritti patrimoniali del debitore alla luce dello scopo legittimo che il creditore persegue".

Tornando al vaglio alla stregua del principio di ragionevolezza, evidenzia ancora la difesa dell'opponente, come "nota è la riconduzione del principio di ragionevolezza nell'ambito di quello di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 della Costituzione. Ha affermato La Corte costituzionale(sentenza n. 89 del 1996): <<Il giudizio di eguaglianza,, è in sé un giudizio

di ragionevolezza, vale a dire un apprezzamento di conformità tra la regola introdotta e la “causa” normativa che la deve assistere: ove la disciplina positiva si discosti dalla funzione che la stessa è chiamata a svolgere nel sistema e ometta, quindi, di operare il doveroso bilanciamento dei valori che in concreto risultano coinvolti, sarà la stessa “ragione” della norma a venir meno, introducendo una selezione di regime giuridico priva di causa giustificativa e, dunque, fondata su scelte arbitrarie che ineluttabilmente perturbano il canone dell'eguaglianza>>enti, che possono avere indotto il legislatore a formulare una specifica opzione: se dall'analisi di tale motivazione scaturirà la verifica di una carenza di “causa” o “ragione” della disciplina introdotta, allora e soltanto allora potrà dirsi realizzato un vizio di legittimità costituzionale della norma, proprio perché fondato sulla “irragionevole” e per ciò stesso arbitraria scelta di introdurre un regime che necessariamente finisce per omologare fra loro situazioni diverse o, al contrario, per differenziare il trattamento di situazioni analoghe>>.

Il sindacato *de quo* sembra riflettersi anche sul piano funzionale della norma, chiamando l'interprete ad una operazione di “ermeneusi teleologica” non facile, soprattutto in presenza di prassi legislative nelle quali abbondano “norme intruse”, norme sintatticamente ambigue, norme pletoriche o, addirittura, norme contraddittorie. Ciò premesso, “l'attribuzione patrimoniale, infatti, appare giustificata quando la sanzione è funzionale a garantire l'interesse del soggetto a cui spetta il provento della stessa. E l'esistenza di questo rapporto tra interesse e rimedio che assicura la proporzionalità (e, dunque, la ragionevolezza) di quest'ultimo, non diversamente da quanto accade in tema di penale (cfr. art. 1384 c.c.)”.

Ciò premesso, a giudizio di questo remittente, non è manifestamente infondata la questione di incostituzionalità della norma, sotto il profilo del rispetto dei principi di ragionevolezza Cost e di proporzionalità ex art. 3 Cost., specie, se si consideri che il debitore si può trovare esposto in sede esecutiva ad un sacrificio, di gran lunga superiore rispetto al danno cagionato, con effetti sostanzialmente espropriativi della propria sfera giuridica.

Dunque, l'assenza di un limite massimo all'*astreinte* (e l'impossibilità di chiedere la fissazione dello stesso al Giudice dell'esecuzione) possono comportare a un'eccessiva penalizzazione del debitore, soprattutto se l'obbligo non viene adempiuto in tempi ragionevoli.

E l'irragionevolezza della norma deriva, peraltro, anche dall'impossibilità, o, meglio, dall'oggettiva e rilevante difficoltà, per il debitore inadempiente di richiedere una predeterminazione del massimo della misura, concretamente esigibile, al giudice della cognizione che, peraltro, non può valutare *ex ante* un eventuale profilo di esorbitanza che può manifestarsi e apprezzarsi solo in sede esecutiva.

Dunque, imporre al destinatario della misura di richiedere che la stessa sia tarata nei massimi fin da subito appare sproporzionato rispetto ai suoi doveri di diligenza processuale.

7. Non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 42, comma 4, Cost., nonché dell'articolo 117 Cost., come integrato, quale norma interposta, dell'art. 1 del Protocollo 1 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU)

Il diritto di proprietà, sancito, come noto, dall'articolo 42 della Costituzione – quale valore di rango anche sovranazionale - implica la conservazione della possibilità per il proprietario di disporre liberamente del bene, godendone e alienandolo. Vincoli di carattere perpetuo tendono a limitare eccessivamente questa libertà, svuotando il diritto del suo contenuto effettivo e venendosi a configurare, in alcuni casi, come una sorta di "espropriazione senza indennizzo".

Una tale tipologia di vincolo parrebbe porsi in contrasto anche con la tutela che l'ordinamento, a vari livelli, riconosce al diritto dominicale. E' evidente, infatti, come una penale eccessiva vada potenzialmente ad incidere anche sulla sfera patrimoniale dell'obbligato, venendo lo stesso esposto al pericolo di un'esecuzione mobiliare o immobiliare.

Vulnus che, data la natura polistrutturata della tutela del *dominium*, nel contesto di un ordinamento multilivello, quale il nostro, viene a tangere una pluralità di disposizioni.

In particolare, l'art.1 Protocollo 1 della Convenzione Europea prevede che: “1. *Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale.*

2. *Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende.*”

La prima previsione ha portata generale e prescrive la tutela dei beni della persona, la seconda si riferisce alle condizioni che possono legittimare la privazione della libertà e la terza, invece, concerne il riconoscimento allo Stato il potere di normare le facoltà di godimento dei beni, conformando lo stesso secondo l'interesse generale.

In particolare, la terza ipotesi contempla provvedimenti meno incisivi di quello privativo della proprietà e ad assicurare il pagamento di tasse ed imposte.

Invero, la Convenzione adotta un concetto di “bene” peculiare e proprio solo del sistema convenzionale, funzionale all'applicazione della procedura, concetto autonomo dalla legislazione nazionale.

La nozione convenzionale, infatti, comprende sia i “beni esistenti” sia i diritti patrimoniali, categoria che include anche i crediti in relazione ai quali il ricorrente può sostenere di avere una situazione giuridica qualificabile come “aspettativa legittima” (e, quindi, sia i diritti “*in rem*” che quelli “*in personam*”), nonché beni immobili e mobili (si pensi alla proprietà intellettuale, alle licenze commerciali, alle clientele professionali ecc.).

Ciò posto, la circostanza che la legislazione di un singolo Stato non riconosca che un particolare interesse sia un “diritto patrimoniale” non preclude una diversa e opposta qualificazione alla stregua dell'articolo 1 del Protocollo n. 1.

Orbene, al fine di superare il vaglio di compatibilità convenzionale –l'ingerenza dello Stato deve soddisfare alcuni requisiti: è necessaria la presenza di una *base legale* che abbia giustificato l'interferenza stessa; tale base legale - se esistente – *deve avere un scopo legittimo*; in ultimo, qualora venisse accertato anche lo scopo legittimo della norma giustificatrice, si valuterà se *l'autorità nazionale competente lo abbia perseguito in maniera necessaria e proporzionale*.

In sintesi, dunque, il giudice deve verificare se, nel caso concreto, siano stati osservati i principi di legalità, necessità e di proporzionalità, già menzionati.

Oltre ai suddetti requisiti summenzionati, ogni limitazione, apposta al diritto di proprietà – in qualunque forma si attui che se di perdita, restrizione o altre interferenze - deve essere giustificata dall'interesse pubblico o dall'interesse generale.

Le due espressioni sono contemplate dal primo e secondo comma dell'art. 1 Protocollo n. 1 e sono equipollenti sotto il profilo semantico.

Invero, la Convenzione non definisce i due concetti, perché la Corte riconosce in proposito agli stati un margine di apprezzamento.

In base al sistema di protezione stabilito dalla Convenzione, difatti, spetta alle autorità nazionali compiere l'iniziale valutazione dell'esistenza di un problema di interesse pubblico che giustifichi misure di privazione della proprietà o di ingerenza nel pacifico godimento di "beni".

In particolare, nel caso della protezione della proprietà, tale margine è legato alla considerazione di interessi politici, sociali, economici o di altro genere (si pensi alla protezione dell'ambiente, all'equilibrio del bilancio generale dello stato, alla fissazione delle priorità nell'impegno delle risorse pubbliche disponibili).

Ciò posto, si comprende come detta discrezionalità statale diventa ampia quando si tratta di interventi di grande portata legislativa, quali quelli per la realizzazione di politiche sociali o per la regolamentazione delle conseguenze dovute al cambiamento di un regime politico o, ancora, nell'adozione di misure finalizzate a tutelare le risorse finanziarie pubbliche o di una differente assegnazione di fondi o nel contesto di misure di austerità sollecitate da un'importante crisi economica.

Si badi bene, tuttavia, che ciò non vuol dire che tutto quello che viene ricondotto - nei vari periodi storici - dalle autorità nazionali nel concetto di "pubblica utilità" non sia in alcun modo sindacabile e, quindi, valutabile convenzionalmente solo perché rientrante nel margine di apprezzamento statale riconosciuto dalla Convenzione. Anche in tali casi, difatti, sussiste il limite rappresentato dalla manifesta irragionevolezza dell'intervento dello stato²⁴.

Cio' premesso, la mancata previsione dell'apponibilità, anche d'ufficio, di un tetto massimo, appare in contrasto oltre che con l'art. 42, comma 4, Cost., in materia di diritto di proprietà, nonché con l'articolo 117 Cost., come integrato, quale norma interposta, dall'art. 1 del Protocollo 1 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), nonché dell'articolo 6 che garantisce il diritto a un processo equo.

²⁴ Ed ancora, per finire, la Convenzione richiede agli stati agenti un'ulteriore responsabilità in materia di proprietà. Invero, difatti, il dovere dello Stato di astenersi dall'interferire nel godimento dei beni non esaurisce il contenuto della norma in oggetto, difatti, per come interpretato dalla Corte EDU, dall'art. 1 protocollo 1 derivano, per le autorità nazionali, tanto *obblighi negativi* quanto *positivi*.

Questo perché solo con la previsione di misure anche positive può essere realizzata una concreta ed effettiva, quindi piena, protezione della proprietà: alle autorità nazionali non è fatto solo divieto di interferenze illegittime e non giustificate, ma dato anche l'obbligo di collaborare attivamente al fine di assicurare l'effettivo esercizio del diritto garantito dalla Convenzione (si pensi, ad esempio, alle misure di protezione della proprietà privata).

Peraltro, tali obblighi permangono in capo allo Stato anche quando si tratta di rapporti tra privati o tra società, in particolare quando sussiste un nesso diretto tra le misure che un ricorrente può legittimamente attendersi dalle autorità e l'effettivo pacifico godimento dei suoi "beni". Per tal ragione, si parla di *effetto orizzontale* delle misure positive.

Per principio interpretativo consolidato, le sanzioni sproporzionate possono configurare una violazione della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), in particolare, dell'articolo 1 del Protocollo 1, che tutela il diritto di proprietà.

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU) valuta la proporzionalità delle sanzioni, considerando la gravità della violazione, le conseguenze per l'individuo e la finalità della sanzione.

Sotto il profilo della violazione dell'articolo 1 del Protocollo 1 CEDU, rubricato come Protezione della proprietà, le sanzioni di natura pecuniaria, in particolare, possono interferire sul diritto di proprietà, ogniqualvolta impediscano, illegittimamente perché sproporzionate, l'utilizzo della proprietà per le sue finalità tipiche oppure la sanzione sia così elevata da compromettere il patrimonio del sanzionato.

8. Non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale per violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale ex art. 24, 111 Cost. e 47 CDFUE, nonché dell'117 Cost., come integrato, quali norme interposte, dagli artt. 6 e 13 Cedu

La disciplina nazionale, nella misura in cui non consentirebbe di liberarsi da un vincolo proiettato indirettamente nel tempo, sembrerebbe porsi in contrasto anche con il principio di effettività della tutela giurisdizionale che ha fondamento normativo costituzionale ex art. 24, 111 Cost., nonché comunitario e convenzionale ex artt. 6, 13 Cedu e 47 CDFUE.

Il tradizionale diritto di azione, quale situazione giuridica cui riconoscere diretta e immediata precettività - e non più da ricostruirsi in chiave meramente programmatica - implica non solo la garanzia dell'accesso alla tutela giurisdizionale, ma che siano apprestate idonee forme di garanzia processuale.

Tale diritto si è dotato di altre basi giuridiche in conseguenza dell'evoluzione ordinamentale e dello stratificarsi di altri livelli di tutela a livello sovranazionale che ne hanno, al contempo, arricchito la portata contenutistica e le potenzialità operative.

Alcune di esse, come noto, non rilevano, direttamente, nel nostro ordinamento, quali parametri di commisurazione della validità delle norme interne, svolgendo, però, il ruolo di norme interposte ai fini del vaglio di costituzionalità; altre godono, invece, di tale peculiare condizione giuridica, riassumibile nel concetto di diretta applicabilità e di primazia rispetto al diritto nazionale.

Al novero delle prime sono riconducibili le norme della Cedu, che anche dopo l'approvazione del Trattato di Lisbona, che ha comunitarizzato la Carta di Nizza, sono improduttive di effetti diretti nei singoli sistemi nazionali, rilevando, comunque, indirettamente, quale contenuto precettivo idoneo a sostanziare i c.d. principi generali del diritto comunitario.

Alle seconde sono, invece, ascrivibili le norme dettate dalla Cdfue.

In particolare, sotto il primo versante, è richiamabile l'art. 13 della CEDU sancisce il diritto ad un ricorso effettivo a favore di ogni persona i cui diritti e libertà fondamentali siano stati violati.

Di recente, lo stesso, a livello di legislazione ordinaria, e' stato codificato dall'art.1 c.p.a., secondo cui lo stesso *"deve assicurare una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo"*.

Il principio *de quo* assume un rilievo primario nel sistema processuale sia nazionale sia sovranazionale, rappresentando non solo un vincolo destinato a orientare e, a volte, anche a conformare le scelte del legislatore, nel modulare gli strumenti di tutela a presidio della sfera giuridica dei singoli, ma anche uno dei parametri cui deve attenersi il Giudice, nella ricostruzione della portata precettiva delle norme, al fine di consentire la massimazione del risultato di tutela, conseguibile da chi lo abbia investito di una determinata controversia.

Nel caso di specie, e', altresì, configurabile la violazione dell'articolo 6 Cedu che garantisce il diritto a un processo equo, da intendersi quale meccanismo processuale idoneo a consentire al ricorrente o all'attore il conseguimento dell'anelata tutela, se ne ricorrano i presupposti; così come al convenuto di difendersi adeguatamente.

Invero, il principio del giusto processo ha conosciuto, inizialmente, a livello interpretativo, una declinazione in termini di mera adeguatezza delle regole processuali in termini di parità delle armi e di ragionevole durata, così come di terzietà e imparzialità del giudice, investito della controversia.

Si e' affermato, condivisibilmente, che *"il suo potenziamento pertanto, all'interno del processo unionale, richiede da un lato la garanzia di un accesso ragionevolmente agevole alla tutela giurisdizionale, da realizzarsi attraverso la previsione di titoli di giurisdizione uniformi e dall'altro, la garanzia di un'efficacia non meramente domestica dell'accertamento compiuto dal giudice, cioè la possibilità di far valere ovunque in Europa le posizioni giuridiche oggetto di tale accertamento"*.

Solo, successivamente, anche grazie alla virtuosa sinergia - sotto il profilo interno allo stesso sistema Cedu, con l'art. 13 e sotto quello esterno con le pronunce della Cge - il principio ha iniziato ad abbracciare l'idea della stessa idoneità della singola vicenda processuale a consentire l'effettiva soddisfazione del bene della vita anelito.

Costituisce, seppur indirettamente, indizio sintomatico di tale modifica del profilo funzionale della norma, la stessa formulazione dell'art. 111 Cost. introdotto dalla l. Cost. 1 del 1999 proprio per dare attuazione, a livello costituzionale, al principio convenzionale del giusto processo.

Dispone, infatti, l'art.111 che *"la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata"*.

D'altronde, lo stesso art. 6 Cedu ha, fin dall'inizio, adottato una formulazione ispirata ad una concezione, prettamente formale, del giusto processo cui era estranea la (diversa) prospettiva finalistica e sostanziale.

Come già evidenziato proprio il dialogo con la corte di Giustizia ha consentito l'assunzione di una diversa prospettiva di tutela che esulasse dal dato meramente formale processuale.

A tal riguardo, giova richiamare la Sentenza CEDU del 06/03/2025, secondo cui *"in materia di diritto a un processo equo. Viola l'art. 6, comma 1, CEDU, sotto il profilo del diritto di adire un*

tribunale, la mancata esecuzione - entro un tempo ragionevole - di sentenze di varie autorità giurisdizionali interne emanate in favore del ricorrente.

Orbene, il principio di effettività, con riferimento alla CEDU (Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo), implica che le norme e i mezzi di ricorso nazionali non devono rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti sanciti dalla Convenzione, inclusi quelli relativi a un equo processo.

Dalla disamina della giurisprudenza della CEDU emerge, incontestabilmente, che il diritto a un equo processo non può considerarsi osservato in presenza di una disciplina fatta solo di garanzie formali, ma richiede anche che tali garanzie siano effettivamente utilizzabili e che i rimedi offerti siano in grado di riparare le violazioni che abbiano a consumarsi.

Ciò premesso, e' evidente come non sia equa, né ragionevole, una disciplina processuale che non consenta al Ge di apporre un limite massimo all'*astreinte* irrogata in sede di cognizione.

Sotto il profilo delle norme sovranazionali dotate del crisma della diretta applicabilità e della *primaute*, il principio di effettività rinviene il proprio fondamento espresso nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, secondo cui "ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo".

Come, condivisibilmente, evidenziato, <<dal punto di vista oggettivo, tale norma è funzionale a garantire il raggiungimento degli scopi perseguiti dall'Unione europea nel singolo settore di intervento ed è sancito nell'art. 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, dove si prevede: "gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione">>. Sotto il distinto piano soggettivo, "il principio di effettività rafforza i diritti riconosciuti dalle direttive ai singoli cittadini dell'Unione sul piano sostanziale, ma ha anche una dimensione processuale, oggi ancor più accentuata, a seguito dell'approvazione della Carta di Nizza e della sua equiparazione ai trattati. L'art. 47 della Carta ha fatto assurgere il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva al rango di diritto fondamentale".

9. Non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale per violazione del principio di uguaglianza ex art. 3 Cost..

Si sono già evidenziati gli approdi interpretativi del Giudice delle Leggi e della Corte di Cassazione, in materia di tutela dell'equilibrio contrattuale e di poteri di rimodulazione *ex officio* (come per la clausola penale), così come di operare della sanzione della nullità (parziale, come in materia di caparra confirmatoria).

Il disconoscere la possibilità di una determinazione *ex post* del massimo esigibile, a titolo di penale, rischierebbe di creare un'evidente disparità di trattamento, rispetto alle predette ipotesi, con conseguente violazione dell'art 3 Cost..

D'altronde, e' innegabile l'assimilazione, sotto il profilo ontologico, di tali tipologie di fattispecie. Tutte appaiono preordinate a consentire al giudice, investito della controversia, ove ravvisi un evidente squilibrio dei pesi e sacrifici economici gravanti sulle parti, un intervento riequilibratore che avviene in modo più pregnante in materia di clausola penale e caparra confirmatoria, incidendo sulla misura originariamente prevista dalle parti o, persino, escludendo la debenza della prestazione programmata; solo *ab extrinseco*, invece, nell'ipotesi della misura coercitiva indiretta, limitandosi il giudice dell'opposizione a precetto.

Questo Giudice e' consapevole di come la possibilità di ricercare, in via officiosa, un equilibrio postumo delle prestazioni contrattuali (come nel caso di clausola penale e caparra confirmatoria) o, in generale, dei pesi gravanti sulle parti di un rapporto, per effetto di un provvedimento giudiziale o normativo (come nel caso delle misure coercitive indirette), rappresenti un profilo controverso.

Ciò, specie quando avvenga *ex officio*.

Il raffronto fra le due tipologie di fattispecie, nonostante la loro diversità ontologica, non e' priva di utili spunti ricostruttivi, se non altro, per la loro analogia funzionale.

Sotto il primo profilo ovvero quello dell'equilibrio fra prestazioni di natura contrattuale, l'ordinamento sembrerebbe, di norma, circoscrivere l'intervento giudiziale alle ipotesi di patologia del procedimento formativo della volontà delle parti, così come di espressa tipizzazione normativa come accade in materia di usura.

Invero, a tali ipotesi espresse devono essere aggiunte quelle emerse in sede interpretativa la cui portata rispetto ai principi tradizionali non e' ancora, perfettamente, definita.

Non e' , cioè, chiaro se il rapporto fra principio (inammissibilità di un controllo d'ufficio, con finalità riequilibratorie) e deroga (ammissibilità di siffatto sindacato) si sia invertito o si avvii, comunque, ad essere superato.

E' il problema, più generale, dell'equilibrio delle prestazioni e della loro congruità e dell'eventuale ricerca di un equilibrio oggettivo, ad opera del Giudice, che dovrebbe portare a sostituire ai valori contrattuali, non un l'esito di un proprio personale convincimento, bensì i c.d. valori di mercato.

È, altresì, la questione del rapporto tra mercato e regolazioni del mercato e quindi, tra libertà negoziale, solidarietà ed equità, che pongono limiti alla libertà negoziale. La libertà negoziale non è un valore che può ritenersi assoluto, ma, interagendo e dovendo essere temperata con altri valori, ha

una portata relativa. I controlli del giudice, cui la stessa soggiacerebbe, secondo la dottrina più moderna, sarebbero due, di cui il primo oramai dato acquisto del bagagliaio giuridico e l'altro più controverso:

- I) causale
- II) contenutistico.

In entrambi i casi, si parla di controllo, destinato a estrinsecarsi sull'assetto originario del contratto, ovvero esistente al momento della stipulazione, al fine di verificare se lo stesso:

- I) fosse sorretto da una causa originaria, idonea
- II) avesse un contenuto adeguato ed equilibrato²⁵.

Prendendo le mosse dalla causa, il nostro ordinamento ha una conformazione di tipo causale ed è perciò diverso da esperienze come quella tedesca, così come dai sistemi di Common Law, dall'UNIDROIT, dal Codice Europeo dei Contratti, dai principi del diritto uniforme dei contratti.

Gli stessi, infatti, non sono retti dal principio causalistico, e si fondano sull'idea per cui è sufficiente, per produrre un effetto vincolante, il nudo patto, il *nudum pactum*.

Se la volontà è stata espressa ed è sorretta da una volontà non viziata, ciò è sufficiente al fine di giustificare l'effetto obbligatorio, o traslativo.

Tali esperienze, volendo tutelare il principio di certezza dei rapporti giuridici, si fondano sulla considerazione che le indagini causali siano caratterizzate da eccessiva complessità, abbiano natura introspettiva e siano, per loro natura, opinabili e, dunque, in grado di destabilizzare il rapporto giuridico e incide sull'efficienza del mercato.

L'ordinamento italiano, modellandosi su quello francese, accoglie, invece, il principio di necessaria causalità del contratto, espressamente enunciato nel codice civile, agli artt. :

a) l'art. 1325 n. 2, secondo cui la causa rappresenta un elemento costitutivo del contratto; b) l'art. 1343, secondo cui il contratto è affetto da nullità se la causa è illecita; c) l'art. 1344, per cui il contratto è nullo se la causa è fraudolenta, d) l'art. 1418, secondo il contratto è nullo se la causa manca oltre che se è illecita; e) l'art. 1411, in virtù del quale il contratto a favore di terzo è nullo nella parte relativa al trasferimento al terzo del diritto, se la causa non ha una giustificazione adeguata avuto riguardo all'interesse dello stipulante; f) l'art. 1322, in materia di contratti atipici, fissa la regola della nullità e della non meritevolezza del contratto se non c'è un interesse giuridico meritevole di considerazione; g) l'art. 2645ter: in relazione al c.d. negozio di destinazione, positivizza il principio della causalità rafforzata, che deve essere addirittura sovraindividuale o socialmente utile, vista la rilevanza del vincolo.

Anche l'art. 1376 c.c., che parrebbe essere ispirato ad una logica consensualistica pura (per cui la proprietà si trasferisce per effetto del consenso legittimamente manifestato), deve essere letto unitamente all'art. 1325 c.c., in virtù del quale il consenso dev'essere legittimo ed è tale se è un contratto che abbia una causa idonea a giustificare il trasferimento.

²⁵ Tale sindacato, inerendo al momento genetico, non va confuso con quello che può essere svolto alla luce di sopravvenienze che incidano sui presupposti iniziali della stipulazione, delle c.d. sopravvenienze perturbatrici, idonee a sconvolgere il programma negoziale, o a interferire sullo stesso, alla luce di eventi imprevisi al momento della pattuizione. Si tratta di sopravvenienze tipiche, come la eccessiva onerosità, l'impossibilità sopravvenuta, ma anche quelle atipiche, come la presupposizione, come il difetto sopravvenuto della causa del negozio, come lo squilibrio sopravvenuto

L'ordinamento italiano del '42 si reggeva su un approccio paternalistico, ponendosi il problema delle ragioni che muovono i contraenti a stipulare.

La volontà libera, che, nei sistemi di *common law*, è sufficiente ai fini del prodursi dell'effetto traslativo, dev'essere sorretta da una causa, osteggiandosi gli spostamenti patrimoniali che risultino privi di giustificazione, com'è evidente anche dalla norma sull'arricchimento senza causa, artt. 2041 e 2042 c.c.²⁶.

Ciò premesso, si deve tornare a affrontare il problema se l'equilibrio sia in sé è valutabile dal giudice a prescindere dal fatto che sia configurabile un problema di libertà e, quindi, di volontà libera e di causalità (ragionevole causa del singolo contratto negoziale).

Come evidenziato da autorevole dottrina, sono individuabili tre fasi dell'evoluzione giurisprudenziale.

In un primo momento, si afferma il principio per cui il concetto di contratto, necessariamente giusto, è incompatibile con il nostro ordinamento giuridico perché categoria sostanzialmente eversiva del principio dell'autonomia privata giusta il quale sono le parti a decidere se il contratto è giusto per i loro interessi.

Se le parti hanno deciso in modo libero, con volontà non viziata e sulla base di una causa adeguata, la scelta di convenienza è insindacabile e insostituibile dal giudice.

Questa impostazione della generale irrilevanza, salvo eccezioni normative specifiche e di stretta interpretazione, si fonda su varie ragioni:

- a. l'argomento di natura economica che richiama il Liberismo economico che, a sua volta, si ricollega al principio di libertà e l'impossibilità di un sindacato che la limiti;
- b. l'argomento dogmatico: il contratto è espressione della signoria della volontà, quale volontà sovrana, che non concilia con nessuna forma di tutela;
- c. l'argomento sistematico: alcune norme del c.c., al contrario, dimostrano che il problema della giustizia rimarrebbe estraneo al codice, in quanto problema destinato a rilevare sul piano etico e non giuridico.

²⁶ In relazione al principio di causalità, deve ricordarsi quanto segue:

i) lo stesso è generale e vale per tutti i negozi, anche se espresso in modo esplicito per il solo contratto. Vale per tutti i contratti – tipici/atipici, gratuiti/onerati, formali/non formali – e anche per tutti i negozi diversi dal contratto, com'è reso evidente dall'art. 1324 c.c., che per i negozi unilaterali rinvia alle norme compatibili sul contratto, tra cui c'è indubbiamente la norma sulla causalità. In questo, per esempio, ci differenziamo dal sistema anglosassone, che collega la causa alla forma, per cui reputa necessaria la *consideration*, solo quando non c'è una forma pubblica, mentre laddove questa c'è, essendoci il controllo notarile, assorbe il problema causale. Il problema della forma non sostituisce, ma lascia impregiudicato il problema della causa. Il principio di necessaria causalità trova una deroga parziale solo nei titoli di credito, negli artt. 1992 e ss. c.c.;

ii) Il principio di causalità è inderogabile: non solo è generale, ma è anche imperativo, cioè le pattuizioni che stabiliscano che l'effetto giuridico si produrrà, nonostante la mancanza di causa, quindi negozi che svincolino la validità del negozio dal problema causale sono chiaramente illeciti, perché contrari alla norma imperativa non derogabile che impone la causa. Si può non stipulare un contratto attraverso l'intento giuridico negativo (=un accordo tra gentiluomini), ma se lo si stipula non si può derogare alle norme imperative del contratto. Un contratto senza causalità non è un contratto valido a prescindere dalla volontà delle parti;

iii) Non solo il principio di causalità è generale e non è derogabile dalle parti, ma non è neppure derogato dall'ordinamento giuridico. Tranne in parte i titoli di credito, che però hanno una disciplina legata alla letteralità e alle modalità di circolazione che li rende non comparabili con il contratto in generale, non esiste alcun ipotesi normativa che preveda questo precetto: questo contratto è valido ed efficace definitivamente, nonostante l'assenza di una causa. Non c'è nessuna ipotesi in cui il Legislatore svincoli la validità e l'efficacia definitiva del contratto dal problema della causa. È come se il legislatore avesse percepito il valore costituzionale del principio causale e quindi l'impossibilità di derogarlo in pieno, anche per gli atti di legge. Ci sono dei temperamenti e delle deroghe parziali del principio causale, ma non delle deroghe di carattere assoluto, né eccezioni di natura radicale.

Si pensi, in particolare, agli artt.: 1447 c.c. in materia di rescissione per lesione e 1815 c.c. sull'usura. Entrambe le norme, dando rilievo, eccezionalmente, allo squilibrio, confermano la generale irrilevanza dello stesso. Peraltro, l'art. 1447 c.c. fa riferimento solo ad alcuni contratti, quelli a prestazioni corrispettive, ad uno squilibrio *ultra dimidium* qualificato e soprattutto ad uno squilibrio che discende, eziologicamente, da una condizione soggettiva di particolare vulnerabile.

Quindi, se ne deduce l'indiretta conferma dell'irrilevanza dello squilibrio inteso in senso oggettivo. Le stesse considerazioni sono mutuabili per l'usura 1815 c.c.

Prima della riforma del 2006, l'usura si profilava quale fattispecie di soggettivo, sia a fini penali, sia ai fini civili e il mutuo usurario, si configurava quando c'era un approfittamento dello stato di bisogno che era idoneo a cagionare un interesse usurario.

Le suddette considerazioni (liberismo economico, la signoria della volontà, la previsione di norme confermatrice della irrilevanza dello squilibrio oggettivo e in generale), hanno indotto gli interpreti a ritenere che, salvi casi eccezionali di stretta interpretazione, lo squilibrio sia quello soggettivo, che quello oggettivo, sono irrilevanti e non valutabili dal giudice come criterio di controllo dell'autonomia negoziale.

Alla seconda fase hanno dato la stura, a livello interpretativo, la sentenza a SS.UU. del 13 settembre 2005 n. 18128 in materia di clausola penale ex art. 1384 c.c., così come la normativa interna di recepimento della Direttiva n. 93 in tema di consumatore.

Come già evidenziato, le ragioni che hanno indotto al superamento della tesi tradizionale dell'insindacabilità della libertà sotto il profilo della giustizia economico-normativa del programma sono le seguenti:

a) il principio costituzionale di solidarietà che consente di affermare che un contratto iniquo possa soggiacere a sanzione anche in difetto di una norma espressa che ne preveda il divieto o stabilisca una sanzione. Il principio di solidarietà è un principio generale dell'ordinamento costituzionale, dotato di immediata precettività nei rapporti fra privati e osta a regolamenti contrattuali che producano squilibri ingiusti, sproporzionati e inammissibili;

b) la buona fede civilistica, che è la categoria contrattuale attraverso cui opera la solidarietà, che implica il divieto che un contratto assuma un contenuto contrario alla buona fede oggettiva, e, dunque, ad una logica di correttezza e di tutela degli interessi della controparte;

c) il superamento, anche alla luce delle interferenze comunitarie, del principio interpretativo secondo cui le parti sarebbero libere di tutelare, da sé, i propri interessi, cioè avrebbero il potere di decidere liberamente ciò che è giusto e conveniente per la propria sfera giuridica. Il contratto giusto presuppone la piena libertà del contraente. Se il contraente fosse veramente libero, si potrebbe dire che ciò che è giusto o no lo decide il contraente e l'ordinamento, in un sistema liberale, si limita a prendere atto della sua conclusione. Emerge, quindi, la consapevolezza che, non solo nelle ipotesi previste dalla legge di vizi della volontà, di rescissione o di usura, si può assistere ad una compressione della libertà che rende l'autonomia contrattuale non piena e non effettivamente libera, ma sono ravvisabili una serie di casi che ineriscono ai contratti asimmetrici in senso ampio, in cui l'asimmetria informativa, economica

e professionale rende il soggetto potenzialmente meno idoneo rispetto alla controparte a tutelare il suo interesse;

c1) l'avvaloramento di tale superamento da parte dei referenti normativi:

1. la direttiva che tutela il consumatore proprio perché è un contratto asimmetrico, qualificando nulle le clausole inique ovvero destinate a produrre uno squilibrio significativo;
2. la normativa nazionale di recepimento di questa direttiva: il cod. cons. agli artt. 33 e ss.;
3. la normativa di altri ordinamenti: il BGB considera nulli o inefficaci i contratti stipulati dalla parte con volontà viziata da inesperienza o immaturità, dalla mancanza di discernimento, dalla debolezza della volontà, dall'inferiorità – casi, questi, molto più ampi rispetto a quelli tipizzati dal nostro Legislatore;
4. la *soft law* come i *Principi Unidroit* fanno riferimento all'evidente sproporzione nei contratti asimmetrici che renderebbe applicabile la sanzione della nullità.

Questa fase esita nelle pronunce che superano il principio della insindacabilità, salve eccezioni tassativamente espresse dello squilibrio, sia economico, di valore tra le prestazioni, sia normativo, di regole e precetti.

In questa fase si pone il problema dell'individuazione delle condizioni della rilevanza.

Una sentenza della Cass., in materia di compravendita a prezzo vile e irrisorio, del 2015 n. 22567, conclude con una soluzione mediana: se non è più vero che lo squilibrio è sempre irrilevante, non è vero neanche che è irrilevante di per sé.

È rilevante solo quando a venire in rilievo siano contratti asimmetrici e solo quando, nel corso della procedura contrattuale, la parte forte del rapporto ha abusato della propria posizione per porre in essere un regolamento iniquo.

È un abuso che non deve essere, necessariamente, di tipo psicologico. Ciò, in quanto non bisogna dimostrare il dolo, ma può operare oggettivamente.

La circostanza che, in presenza di una situazione asimmetrica fra le parti, la parte forte abbia conseguito un vantaggio iniquo denota l'esistenza di un abuso oggettivo, funzionale, che non necessita di indagini psicologiche troppo complesse, come dimostra il cod. cons. che esclude la rilevanza della buona o cattiva fede proprio nella disciplina degli artt. sui contratti del consumatore.

Quanto alle ragioni invocate a sostegno di questa tesi mediana, possono richiamarsi:

1. il principio di libertà negoziale: laddove si pervenisse ad affermare che, nel contratto tra due soggetti, che hanno deciso liberamente, il giudice possa valutare se i termini dello scambio sono proporzionati oppure no, allora l'autonomia negoziale sarebbe destinata ad essere atrofizzata.

L'ammissione di un sindacato della giustizia contrattuale, teso a vagliare la ragionevolezza contrattuale in relazione ai contrasimmetrici tra parti uguali si pone in evidente antitesi rispetto al contenuto stesso della libertà contrattuale.

Inoltre, verrebbe in rilievo una soluzione giudice-centrica che determinerebbe una sorta di <<giuristocrazia>>, in quanto si attribuirebbe al giudice un potere incontrollato in relazione ad ogni

contratto e ciò sulla base di giudizi meramente soggettivi, opinabili e, quindi, potenzialmente arbitrari, verrebbe sacrificato oltremodo il principio di certezza dei rapporti e dei traffici giuridici.

A tal riguardo, si evidenzia che se il sindacato deve essere sull'ingiustizia oggettiva e cioè sull'ingiustizia in quanto tale, al fine di valutare se il contratto è adeguato e giusto o meno, vi è la necessità di rivenire un parametro oggettivo che almeno per lo squilibrio economico, sia idoneo ad assicurare dei criteri di valutazione per distinguere la sproporzione minima tollerabile rispetto a quella in qualche misura intollerabile. Per contro, l'ammissione di un controllo sulla ingiustizia oggettiva, non ancorato ad un parametro oggettivo crea una sostanziale impossibilità di giudizi attendibili e controllabili *ex post*.

D'altronde, in tal senso, depone anche la disciplina in materia di usura: nel momento in cui il legislatore speciale l'ha oggettivizzata, espungendo dalla fattispecie incriminatrice l'approfitto dello stato di bisogno, ha fissato un parametro oggettivo che è il superamento del tasso-soglia. La stessa disciplina comparata, internazionale, i principi *unidroit*, i principi europei dei contratti, non danno mai rilievo alla *gross disparity* in quanto tale, ma a quella derivante da una condizione di debolezza e di vulnerabilità. Condizioni che possono essere anche atipiche, perché non riducenti ai vizi di volontà tipizzati e ricomprendono gli *status*, come la minore età o la condizione di lavoratore rispetto al direttore o al datore di lavoro; le relazioni fiduciarie in ambito familiare, scolastico, medico; i vizi incompleti della volontà; la debolezza informativa. In ogni caso, si deve trattare di giudizi di carattere asimmetrico riguardanti contratti asimmetrici²⁷.

La terza fase è quella del riconoscimento della rilevanza generalizzata dello squilibrio (che diverrebbe sindacabile dal giudice in relazione a tutti i contratti, non solo per quelli asimmetrici, con un sindacato che riguarda l'ingiustizia in sé e non solo l'ingiustizia come frutto di una procedura viziata di formazione della volontà).

A venire in rilievo sono, in particolare, le Ordinanze n. 248 del 2013 e n. 13 del 2014 Corte Cost., SS. UU. C. Cass. n. 9140 del 2016 sulla *claims made* ulteriormente puntualizzata nel 2017 n. 10509 e infine SS.UU. n. 4224 del 2017.

²⁷ Questa seconda fase, si conclude con il porsi il problema di quale sia la sanzione che l'ordinamento giuridico dà a un contratto ingiusto frutto di un procedimento iniquo in un contratto asimmetrico.

In disparte le fattispecie tipiche, per le quali la legge offre una soluzione espressa (v. l'art. 33 che qualifica come nulli i contratti limitatamente alle clausole che determinano uno squilibrio normativo ed eccezionalmente economico), la soluzione che viene prefigurata si fonda sul binomio responsabilità-inefficacia. Si esclude, per contro, la nullità perché l'art. 1418, co. 1 c.c. non è estensibile alle violazioni procedurali e, quindi, quando risulti violata una norma comportamentale. Si ritiene che l'art. 36 del cod. cons., che sancisce la nullità delle clausole di cui all'art. 33 cod. cons., sia una norma dalla portata eccezionale e, come tale, non suscettibile di applicazione analogica.

Invero, a tal riguardo, sono individuabili delle ipotesi in cui la disparità dà luogo a mancanza di causa, dunque una nullità sul piano causale.

Quindi, sotto il profilo dell'apparato rimediabile, la regola sarebbe:

a) la responsabilità precontrattuale, per i danni patiti dal contraente debole per aver stipulato un contratto meno favorevole di quello che avrebbe altrimenti stipulato. Dunque, sarebbe prefigurabile una responsabilità precontrattuale da contratto valido; b) laddove la tutela risarcitoria non sia efficace, perché il problema riguarda l'*an* più che il contenuto economico, lo squilibrio normativo più che quello valoristico, o vi sia una difficoltà di prova del danno risarcibile, è prefigurabile il ricorso all'inefficacia ex bona fide.

La dottrina si è espressa in termini di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di buona fede oggettiva che deve ritenersi violato dal contraente che abbia imposto un regolamento iniquo. Tale forma rimediabile si sostanzia in un diniego di tutela rispetto a comportamenti scorretti e, quindi, nell'inesigibilità della prestazione contrattuale, nella parte in cui prevede delle prestazioni inique. L'iniquità è, dunque, un profilo che il giudice deve stigmatizzare, ma solo se si tratta di una ingiustizia procedurale, registrata in relazione a dei contratti asimmetrici.

Queste pronunce, pur diverse in relazione alla materia cui afferiscono se in campi diversi, introducono un concetto nuovo: l'equità contrattuale sarebbe un valore generale che il giudice deve tutelare a prescindere dall'asimmetria delle parti e di eventuali processi perturbativi della volontà. Ciò in quanto a rilevare, alla luce dei precetti costituzionali di solidarietà, sarebbe anche la mera *substantial injustice*.

Le Sezioni Unite, in materia di *claims made*, del 2016 e del 2017, hanno affermato che, se la clausola *claims made* di carattere spurio(=che limita l'indennizzo agli infortuni che, non solo siano accorsi, ma anche denunciati nel corso della vigenza contrattuale) non è di per sé nulla, in concreto può diventare tale laddove produca uno squilibrio significativo di carattere irragionevole, perseguendo un interesse ingiusto e sproporzionato e producendo una incontrollata soggezione dell'assicurato nei confronti della assicurazione, così violando i principi di solidarietà e parità e di non prevaricazione.

Infine, SS.UU. del 2017, con riferimento alla clausola nel contratto di concessione per la derivazione d'acqua che imponeva il pagamento del canone anche durante il periodo di non utilizzabilità, per motivi oggettivamente impossibilitanti all'uso della fonte idrica, hanno ritenuto che si tratti di una clausola iniqua, sperequata che deroga la corrispettività della concessione e che trasforma il contratto atipico commutativo, in un contratto aleatorio che lede l'art. 41 Cost.

Quindi, tutte le suddette sentenze danno rilevanza alla ingiustizia in quanto tale e utilizzano come parametri di valutazione, addirittura principi costituzionali fondamentali, come la solidarietà, la parità, la non prevaricazione, l'equità, l'iniziativa economica.

Tale orientamento non ha mancato di destare plurime critiche:

❖ il sovvertimento radicale del principio di autonomia privata. A tal riguardo, e' stato affermato che è difficile immaginare qualcosa di più contrastante con il principio di autonomia privata rispetto al precetto dell'ingiustizia contrattuale, sindacabile in base a valori che, secondo taluna dottrina, sarebbero di rilievo costituzionale;

❖ il venir meno delle certezze dei rapporti giuridici: con conseguente "deriva da Common Law", che attribuisce al giudice il compito, sostanzialmente sovrano, tipico di quei sistemi. Padolesì afferma che l'art. 2 Cost. diventa in un qualche modo un apriscatole giuridico, che entra nel contratto e impone un contenuto conforme a buona fede.

❖ il superamento della distinzione tra norme di comportamento e norme sull'atto: se la *substantive justice* implica una valutazione in termini di giustizia sostanziale, allora sono prefigurabili norme sul comportamento, la cui violazione determina un divieto dell'atto ingiusto e, quindi, una causa di nullità.

Invero, le ipotesi venute al vaglio del giudice di legittimità e di quello delle Leggi, sembrano connotarsi per il carattere qualificato della soglia di proporzione che legittima l'intervento giudiziale. Deve, infatti, ricorrere un'iniuria manifesta, ovvero eclatante e tale da esigere una ricomposizione.

Dunque, pur nella sua generalizzazione l'intervento giudiziale non può prescindere dalla verifica di tale soglia di gravità della sproporzione.

Invero, secondo questo Giudice remittente, non esistono valide ragioni logiche per ritenere che tale ordine di considerazioni sia estendibile anche alle ipotesi in cui la proporzione debba essere vagliata

con riguardo non alle prestazioni convenute dalle parti, ma ai sacrifici imposti *aliunde*, ad esempio, come nella fattispecie concreta, per effetto di un provvedimento giudiziale o, in generale, di un *factum principis* (come nel caso di un'ipotetica sopravvenienza normativa).

Quanto alla possibilità di poter prescindere da un'istanza in tal senso della parte interessata, affermata, per la prima volta, dalle già menzionate Sezioni Unite del 2005 e ribadita dalla Corte Costituzionale nel 2014, con riguardo alle prestazioni contrattuali, si ritiene di non poter prescindere dai correttivi che si vanno a enucleare.

In particolare, deve ritenersi che quando, come nel caso di specie, le difese della parte interessata non siano incompatibili con l'intervento giudiziale, tale sindacato officioso debba essere assicurato. Ciò, anche a prescindere dall'esistenza di una formale istanza di parte.

Si pensi anche all'ipotesi in cui, a prescindere dalle richieste di tutela formulate, sia stata, comunque, compiuta attività assertiva e di prova ad opera delle parti che sia utile a consentire l'esercizio di tale potere officioso. Ciò, nella premessa che proprio l'assolvimento di tale onere processuale, ad opera delle parti, costituisce condizione per la pronuncia *ex officio*, non potendo il Giudice, come noto, far uso della propria scienza privata.

In tal senso, è richiamabile anche Tribunale Ancona sez. II, 19/08/2019, n.1457, secondo cui *“In tema di clausola penale, il potere di riduzione ad equità, attribuito al giudice ex art. 1384 c.c., a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento, può essere esercitato d'ufficio, ma l'esercizio di tale potere è subordinato all'assolvimento degli oneri di allegazione e prova, incombenti sulla parte, circa le circostanze rilevanti per la valutazione dell'eccessività della penale, che deve risultare ex actis ossia dal materiale probatorio legittimamente acquisito al processo, senza che il giudice possa ricercarlo d'ufficio”*.

Specularmente, l'autonoma iniziativa giudiziale, in materia di riequilibrio contrattuale, dovrebbe ritenersi preclusa quando sia manifestata (espressamente o tacitamente) una volontà contraria alla stessa.

Orbene, *mutata mutandis*, deve ritenersi che, anche nella fattispecie concreta di intervento volto ad assicurare la proporzionalità non di una prestazione, liberamente convenuta, ma del sacrificio imposto, *ope iudicis*, lo stesso non possa, comunque, attuarsi in contrasto con la volontà della parte a ciò interessata.

10. Sintesi della questione

Come evidenziato dalla difesa dell'opponente, solo a seguito della riforma del 2022, la nuova formulazione dell'art. 614-bis c.p.c. - inapplicabile nel caso di specie, *ratione temporis* - ha previsto che, nell'applicazione della misura coercitiva indiretta, il giudice, che ha emesso il provvedimento, *<< può>*, ma non deve, *<< fissare un termine di durata della misura, tenendo conto della finalità della stessa e di ogni circostanza utile>>*.

La vecchia formulazione della norma, applicabile, invece, *ratione temporis*, nulla prevedeva al riguardo.

Nondimeno, né la norma previgente né la nuova - conservando una rigida dicotomia fra fase della cognizione e fase dell'esecuzione - consentono al GE di fissare un tetto massimo o un termine finale di durata della misura all'*astreinte*, irrogata dal Giudice della cognizione.

Infatti, tale facoltà parrebbe concessa - e solo dalla novella - in alternativa, al giudice della cognizione - ovvero a quello che abbia emesso la misura in sede cautelare o che tale misura abbia a emettere *ex novo* o a confermare in sede di merito - oppure a quello dell'esecuzione, senza alcuna possibilità che il secondo possa intervenire, seppure solo in chiave specificativa e integrativa e non correttiva, sull'operato del secondo.

Nel caso di specie, il giudice del cautelare, in sede di emissione dell'ordinanza, assunta il 02.09.2022, non fissava un limite temporale di operatività della misura, superato il quale si potesse (e dovesse) prendere atto della sua esorbitanza sopravvenuta²⁸.

Si è creata, quindi, una situazione paradossale - peraltro, non eccezionale, ma suscettibile di riproporsi anche in altre fattispecie -: *l'astreinte* - sia che la si ricostruisca in termini risarcitori, sia che la si consideri come finalizzata a sanzionare l'inadempimento di un'obbligazione di consegna rientrando nell'adempimento del contratto di prestazione d'opera professionale - permetterebbe al creditore di conseguire, anzitempo, quanto richiesto nel successivo giudizio di merito, con domanda di risarcimento per equivalente derivante dalla violazione contrattuale o, persino, di conseguire una misura economica *sine die* e, per sua stessa natura, sproporzionata.

Ciò, peraltro, senza che sia in qualche modo previsto che, nell'ipotesi in cui, come quella di cui al caso di specie, venga ad essere riconosciuta al creditore, una tutela risarcitoria per equivalente, la sanzione irrogata sia destinata a cessare di operare per il futuro.

Peraltro, la possibilità di un'interpretazione costituzionalmente conforme non sembra agevolmente praticabile per le ragioni già espresse.

Ciò sembra doversi escludere, nonostante il tentato richiamo ai principi generali di:

1. buona fede oggettiva che sembrerebbe ristretta all'ambito negoziale;
2. equità, secondo molti, richiedente, per la sua operatività, un'espressa previsione di legge;
3. della generale rilevanza delle sopravvenienze e della correlata clausola *rebus sic stantibus*.

Ciò, in considerazione della difficoltà di qualificare, nei suddetti termini, l'esorbitanza della somma maturata, sulla base di una misura, periodica, fin dall'origine predefinita e conosciuta dal destinatario,. Da ciò, al contempo, la non invocabilità dell'art. 669 *decies* cpc, in materia di revoca delle misure cautelari.

Tale assetto regolatorio parrebbe, ad una valutazione preliminare e di non manifesta infondatezza, quale è tenuto questo Giudice, porsi in contrasto:

- 1) coi richiamati principi costituzionali di ragionevolezza e di proporzionalità, per l'evidente esorbitanza del sacrificio economico inferto al destinatario della misura;
 - a1) nonchè di uguaglianza, l'ordinamento prevedendo, in altre sedi normative (come quella della caparra confirmatoria e della penale) in presenza di un sacrificio patrimoniale manifestamente sproporzionato, forme di riequilibrio, variamente modulate, peraltro, disponibili anche d'ufficio;
 - b) sotto il profilo della tutela *del dominium*, con l'art. 42, comma 4, Cost. e - data la valenza di diritto personale, fondamentale, della Persona cui lo stesso viene elevato dal sistema convenzionale - con

²⁸ Va precisato però che alla data di emissione non risultava ancora in vigore la riforma di cui all'art. 3, comma 44, d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, con effetto a decorrere dal 30 giugno 2023 e con applicazione ai procedimenti instaurati successivamente a tale data.

l'articolo 117 Cost., come integrato, quale norma interposta, dell'art. 1 del Protocollo 1 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU). Infatti, una penale sproporzionata e *sine die* espone la sfera patrimoniale del destinatario della stessa – e, dunque, i beni di tal ultimo – al pericolo di un'esecuzione forzata, sia mobiliare sia immobiliare, con compressione ingiusta dell'oggetto del suo *dominium*;

c) con gli artt. 24, 113 Cost., 6, 13 CEDU e 47 Cost, che positivizzano, a vari livelli, il principio di effettività della tutela. Infatti, lo strumentario processuale attuale non consentirebbe al Giudice dell'esecuzione di porvi rimedio d'ufficio al sacrificio sproporzionato cui è esposto il destinatario della misura, ponendo alla misura un tetto massimo (né quantitativo né temporale).

11. Quesito posto al vaglio della Corte Costituzionale

Sulla base di quanto sinora esposto, dunque, ritiene questo Tribunale che siano configurabili le condizioni richieste ai fini del rinvio al Giudice delle leggi.

Occorre, quindi, procedere al rinvio pregiudiziale degli atti – per la risoluzione della questione di diritto sopra illustrata – al Giudice delle Leggi, al quale la presente ordinanza deve essere immediatamente trasmessa (con comunicazione alle parti).

Dunque, il quesito che si vorrebbe sottoporre al Giudice delle Leggi è quello relativo all'eventuale contrarietà ai principi di ragionevolezza e di proporzionalità della previgente formulazione dell'art 614 bis cpc, applicabile *ratione temporis*, nella parte in cui non prevede la possibilità, da parte del Giudice dell'esecuzione, di determinare *ex post* un tetto quantitativo massimo (o anche solo temporale) all'operare delle misure ex. 614 bis cpc su istanza di parte o, come nel caso di specie, anche d'ufficio. Ciò, ogniqualvolta una fissazione *ex ante* non sia avvenuta né ad opera del giudice della cautela, né del giudice del merito (e sempre che non esista un giudicato in relazione a tale profilo). Ove, infatti, esista una pronuncia passata in giudicato con riguardo all'entità massima della misura coercitiva esigibile, qualunque interferenza da parte del giudice dell'opposizione darebbe luogo ad una violazione della *res iudicata*.

Si chiede all'ill. ma Corte di valutare e dichiarare tale profilo d'incostituzionalità, sempre, che l'ill.ma Corte adita non ritenga ammissibile – come pure prospettato dalla suesposta dottrina minoritaria, non del tutto condivisa da questo Giudice – un'esegesi della norma che consenta al Giudice dell'opposizione all'esecuzione di determinare un tetto quantitativo massimo (o anche solo temporale) all'operare delle misure ex art. 614 bis cpc (su istanza di parte o, come nel caso di specie, anche d'ufficio).

A tale remissione consegue la necessità di sospendere il procedimento (nonconfigurandosi peraltro, almeno allo stato, alcuna necessità di compiere atti urgenti, né attività istruttorie non dipendenti dalla soluzione della questione oggetto del rinvio pregiudiziale), sino alla determinazione da parte del Giudice delle Leggi ed alla successiva riassunzione.

P. Q. M.

Il Tribunale Ordinario di Brindisi, pronunciando nel giudizio in epigrafe meglio indicato:

1. Visti gli artt. 134 della Costituzione, 1 della legge cost. 9 febbraio 1948, n. 1, e 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87 dichiara rilevante nel caso di specie e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 614 bis c.p.c. con riferimento:

- a) all'art. 3 della Costituzione, con particolare riferimento ai principi di uguaglianza, ragionevolezza e proporzionalità;
- b) all'art. 42, comma 4, Cost. e - data la valenza di diritto personale, fondamentale, della Persona cui lo stesso viene elevato dal sistema convenzionale - all'articolo 117 Cost., come integrato, quale norma interposta, dell'art. 1 del Protocollo 1 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU);
- c) agli artt. 24, 113 Cost., 6, 13 CEDU e 47 Cost;

2. dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale, perché: *“voglio dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 614 bis cpc - nella formulazione applicabile, pro tempore, alla fattispecie concreta - nella parte in cui - legittimando un vincolo sine die e, quindi, perpetuo - non prevede, da parte del Giudice dell'opposizione a precetto, l'esercizio, su istanza di parte o d'ufficio, del potere di determinare un tetto quantitativo massimo (o anche solo temporale) all'operare delle misure ex art. 614 bis cpc. Ciò, nell'ipotesi in cui tale fissazione non sia già avvenuta, ex ante, da parte del giudice della cautela, oppure da parte dal giudice del merito (e sempre che non esista un giudicato sul punto)”*;

3. sospende il procedimento sino alla restituzione degli atti da parte della successivamente alla definizione della questione;

4. ordina che, a cura della Cancelleria, la presente ordinanza sia notificata alle parti in causa ed al Presidente del Consiglio dei ministri e comunicata ai Presidenti della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica.

Brindisi, 28 luglio 2025.
