

Obbligo di fare... (e di non fare)

*Se pensi di poter fare una cosa falla.
Nell'azione c'è genialità, potenza, magia.*
Wolfgang Goethe

Secondo un'antica e consolidata concezione le **norme giuridiche**, cioè i “comandi” imperativi generali (rivolti a tutti i soggetti indistintamente) e astratti (idonei a disciplinare ogni caso si presenti nella realtà), sarebbero sempre suscettibili di **attuazione forzata** (coercizione) o sarebbero comunque garantite dalla previsione nell'ipotesi di una loro trasgressione, di una conseguenza in danno del trasgressore, chiamata “**sanzione**”¹. La minaccia della sanzione favorirebbe l'osservanza spontanea della norma, attraverso una forma di **costrizione psicologica** diretta a dissuadere dal tenere un comportamento antiggiuridico chi fosse intenzionato a violare le regole dell'ordinamento; infatti, molto spesso, accanto a norme “di condotta” (dette primarie), il legislatore prevede una “risposta” o “reazione” dell'ordinamento (c.d. norme sanzionatorie o secondarie), da attuare in caso di inosservanza del comportamento prescritto (es. in materia di obbligazioni “*Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno...*”, art. 1218 cod. civ.)².

Certamente la difesa dell'ordinamento non viene perseguita solo per mezzo di misure repressive o restaurative di una situazione preesistente illegittimamente violata, ma anche mediante regole **preventive**, di **vigilanza**, di **dissuasione**, e perfino attraverso norme che si limitano ad affermazioni di principio (“*Il figlio deve rispettare i genitori...*” art. 315 bis, comma IV, cod. civ.)³, che svolgono un'importante funzione “esemplare” (psicologico-pedagogica), indipendentemente dalla previsione di qualsiasi sanzione. Tuttavia, a ben vedere, secondo l'opinione di molti, il funzionamento essenziale di ogni ordinamento giuridico si basa quasi esclusivamente sulla dinamica “**regola/sanzione**”, soprattutto nelle organizzazioni statuali come quella italiana in cui il livello di senso civico, la coscienza della legalità, la consapevolezza di ciò che è giusto e ingiusto, hanno subito negli ultimi decenni un tale deterioramento da relegare il rispetto spontaneo delle norme ad un comportamento non dovuto a ragioni morali o etiche, ma al solo timore di vedersi infliggere una sanzione, conseguenza a sua volta non raramente poco efficace o addirittura inesistente, per i noti e cronici limiti e inefficienze di ogni livello e settore dell'apparato pubblico italiano. In ogni caso, l'ordinamento giuridico di una società politica moderna prevede sempre

¹ Cfr. Torrente A. - Schlesinger P. Manuale di Diritto Privato, XIII edizione, Giuffrè editore, Milano 1990, pp.11 e ss.

² Codice Civile, LIBRO QUARTO - DELLE OBBLIGAZIONI, Titolo I - Delle obbligazioni in generale (Artt. 1173-1320), Capo III - Dell'inadempimento delle obbligazioni, Articolo 1218 Responsabilità del debitore.

³ Codice Civile, LIBRO PRIMO - DELLE PERSONE E DELLA FAMIGLIA, Titolo IX - Della potestà dei genitori (Artt. 315-342), Capo I - Dei diritti e doveri del figlio. Articolo 315bis Diritti e doveri del figlio.

l'organizzazione di un apparato coercitivo, tendente ad assicurare, se occorresse anche con l'uso della forza, da un lato la salvaguardia, contro minacce esterne o interne, del c.d. "ordine costituito", e dall'altro **l'applicazione in concreto** delle conseguenze sanzionatorie previste in astratto da singole norme per il caso della loro violazione.

Per quanto riguarda questo specifico punto di vista, abbiamo già illustrato la natura e le funzioni dell'**organo giurisdizionale esecutivo** per eccellenza previsto dall'ordinamento italiano in materia di obbligazioni civili e commerciali, e cioè l'Ufficiale Giudiziario⁴, il quale risulterà l'esecutore anche di questa particolare forma di "**sanzione**" in risposta alla **non attuazione spontanea di un obbligo di fare o di non fare**⁵.

Per comprendere meglio l'argomento occorre prendere le mosse dalle norme sostanziali previste dal Codice Civile, che anzitutto all'art.2931 stabilisce "*Se non è adempiuto un obbligo di fare, l'avente diritto può ottenere che esso sia eseguito a spese dell'obbligato nelle forme stabilite dal codice di procedura civile*"⁶. Dunque la legge prevede una forma di **esecuzione forzata "in forma specifica"** affinché un diritto rimasto insoddisfatto venga attuato, coattivamente, per l'appunto, nella sua "identità specifica" in modo da assicurare al titolare del diritto stesso, se non proprio l'esatta prestazione che garantirebbe il suo completo soddisfacimento, quanto meno un risultato del tutto equivalente⁷. Alla luce della norma appare evidente che, oggetto dell'esecuzione per gli obblighi di fare, possono essere soltanto gli **obblighi di fare fungibili**⁸. In altri termini si deve prescindere dalla natura del diritto da cui scaturisce l'obbligo di fare o di non fare rimasto ineseguito (tutela del diritto di proprietà, tutela di un diritto obbligatorio, ecc.), ma ciò che rileva ai fini dell'esecuzione forzata è la **prestazione** dovuta, la quale deve poter essere realizzata in via coattiva indifferentemente dal soggetto obbligato o da un terzo, che si sostituisce al primo, nel caso in cui questi ometta di provvedere⁹. Questo modello risulta del tutto inutilizzabile quando la

⁴ Cfr. Alberto Monari "Quando arriva l'Ufficiale Giudiziario..." Kultunderground n.133-AGOSTO 2006 in <http://www.kultunderground.org/art/296>

⁵ Cfr. Pasquale Castoro: "Il Processo di Esecuzione nel suo aspetto pratico" XII edizione, Giuffrè editore, Milano 2013, pp.721 e ss

⁶ Codice Civile, LIBRO SESTO - DELLA TUTELA DEI DIRITTI, Titolo IV - Della tutela giurisdizionale dei diritti (Artt. 2907-2933), Capo II - Dell'esecuzione forzata, Sezione II - Dell'esecuzione forzata in forma specifica.

⁷ L'altra forma di esecuzione in forma specifica prevista dal nostro Codice di Procedura Civile è l'esecuzione per consegna o rilascio: cfr. Alberto Monari "Sfratto esecutivo..." Kultunderground n.169-AGOSTO 2009 in <http://www.kultunderground.org/art/1407>

⁸ Vedi la voce "Esecuzione forzata degli obblighi di fare o non fare" curata da Elisabetta Silvestri, in Enciclopedia, www.treccani.it.

⁹ Un esempio può essere l'obbligo di effettuare determinati lavori di ristrutturazione di una casa, in quanto esercitabile anche da persona diversa rispetto al debitore.

prestazione è **infungibile**: è tale la prestazione che risulta obiettivamente non eseguibile da un terzo, ma anche quella corrispondente ad un obbligo caratterizzato dall'*intuitus personae* (l'incarico professionale affidato ad una determinata persona), come pure la prestazione che implica una specifica "determinazione di volontà" dell'obbligato, che si traduca, ad esempio, nel compimento di un'attività negoziale di carattere fiduciario. Tradizionalmente la descrizione di ciò che rende un obbligo infungibile (e quindi, non attuabile coattivamente) si completa con un esempio di scuola, ossia il riferimento al celebre pittore che si è impegnato a realizzare un quadro, ma si sottrae all'adempimento dell'obbligo assunto. In questo caso il creditore non ha alcun interesse a che un quadro qualunque sia dipinto da un altro pittore, né, d'altro lato, è possibile imporre all'obbligato (magari ricorrendo alla forza) di realizzare la prestazione dovuta¹⁰.

L'art.2933 Cod. Civ. dispone ancora che "*Se non è adempiuto un obbligo di non fare, l'avente diritto può ottenere che sia distrutto, a spese dell'obbligato, ciò che è stato fatto in violazione dell'obbligo.*

Non può essere ordinata la distruzione della cosa e l'avente diritto può conseguire solo il risarcimento dei danni, se la distruzione della cosa è di pregiudizio all'economia nazionale".

Diversamente dalle obbligazioni di *facere* di cui sopra, qui non si pongono problemi di fungibilità, in quanto l'eventuale distruzione di quanto fatto, non adempiendo correttamente all'obbligo, viene senza dubbio posta in essere da un soggetto diverso rispetto al debitore. La disposizione in esame offre tutela alla parte assicurandole una concreta soddisfazione nell'ipotesi di **obblighi (positivi) di non facere** (si pensi all'esempio di colui che, tenuto a permettere il passaggio attraverso il proprio fondo in forza di un diritto di servitù, ne ostacola o impedisce l'esercizio ponendo un cancello o barriera sul varco), i quali risultano suscettibili di esecuzione in forma specifica solo a condizione che la loro violazione si sia tradotta nella creazione di un *quid novi*, che possa essere eliminato anche senza la collaborazione dell'obbligato¹¹. L'art. 2931 Cod. Civ.

¹⁰ Con broccardo latino i giuristi direbbero *nemo ad factum praecise cogi potest* (nessuno può essere costretto a compiere una azione). Il creditore avrà solo il diritto al risarcimento del danno.

¹¹ "...E' poi da osservare che, talvolta, quanto è stato compiuto in violazione di un obbligo, se nuoce alle ragioni del privato, può tuttavia recare utilità all'economia nazionale. In tali casi il diritto del singolo — del resto tutelato attraverso il risarcimento del danno — deve cedere all'interesse della collettività: ho pertanto disposto (art. 2933, secondo comma) che, se la distruzione della cosa è di pregiudizio all'economia nazionale, la distruzione non può essere ordinata. La disposizione s'informa al principio fondamentale della codificazione fascista che la tutela dei diritti subiettivi privati deve trovare il suo limite nella necessità di tutela delle esigenze della collettività e degli interessi generali". Dalla Relazione al Codice Civile del Ministro Guardasigilli Dino Grandi del 4 aprile 1942.

Oggi il pregiudizio all'economia nazionale si configura considerando le fonti di produzione e di distribuzione della ricchezza: perciò, ad esempio, può essere ordinata senza problemi la demolizione di un immobile edificato contrastando un divieto legale o contrattuale, sebbene persista la crisi in tema di alloggi.

richiama le norme processuali, per l'attuazione concreta dell'obbligo, contenute nel Codice di Procedura Civile, e cioè gli artt. dal **612** al **614 bis**¹².

“Chi intende ottenere l'esecuzione forzata di una sentenza di condanna per violazione di un obbligo di fare o di non fare, dopo la notificazione del precetto, deve chiedere con ricorso al giudice dell'esecuzione che siano determinate le modalità dell'esecuzione.

*Il giudice dell'esecuzione provvede sentita la parte obbligata. Nella sua ordinanza designa l'ufficiale giudiziario che deve procedere all'esecuzione e le persone che debbono provvedere al compimento dell'opera non eseguita o alla distruzione di quella compiuta”*¹³.

Il tenore letterale dell'art. **612 C.P.C.** lascia intendere che l'esecuzione forzata in forma specifica di cui stiamo parlando, possa avere luogo solo sulla base di una “**sentenza di condanna**”: in realtà l'espressione viene riferita ad ogni tipo di provvedimento (anche non di origine giurisdizionale), contenente una condanna a fare o non fare¹⁴. Questo presupposto sostanziale è l'elemento giuridico che determina il *quid faciendum*, ed è il titolo che deve essere portato a conoscenza del destinatario dell'obbligo, attraverso rituale notificazione, affinché questi possa **spontaneamente** adempiere senza costringere la controparte a ricorrere all'uso della forza¹⁵. Il momento iniziale del procedimento coincide con la presentazione del **ricorso** al Giudice dell'Esecuzione con cui la parte istante chiede che siano determinate le **modalità di esecuzione**¹⁶; il Giudice deve innanzitutto attuare il **contraddittorio** (naturalmente quel contraddittorio con portata e funzioni limitate tipico del processo esecutivo in generale), disponendo l'audizione delle parti; dopo averle sentite, pronuncia l'**ordinanza** contenente le modalità dell'esecuzione, designa l'**Ufficiale Giudiziario** ed i terzi incaricati del compimento delle operazioni necessarie per l'attuazione del provvedimento, stabilendo **come tale attuazione debba avvenire**. A questo riguardo, si è posto il

¹² Codice di Procedura Civile, LIBRO TERZO - DEL PROCESSO DI ESECUZIONE, Titolo IV - Dell'esecuzione forzata di obblighi di fare o di non fare (Artt. 612-614bis).

¹³ Art.612 Codice Procedura Civile, Provvedimento.

¹⁴ La riforma del 2005 del Codice di Procedura Civile ha riscritto l'art. 474, n. 1, nella parte in cui prevede che tra i titoli esecutivi debbano essere annoverati anche gli “atti” ai quali la legge conferisce espressamente efficacia esecutiva, ricomprendendo, così, tra i **titoli esecutivi** che possono attivare l'**esecuzione forzata degli obblighi di fare o non fare** anche i **processi verbali di conciliazione** conclusi con l'intervento o con l'omologazione del Giudice. Soluzione che, almeno con riferimento alla conciliazione stragiudiziale, pare confermata dalla disciplina generale in tema di mediazione e conciliazione, laddove si dispone che il verbale di raggiunta conciliazione, se omologato dal Presidente del Tribunale, costituisce **titolo esecutivo** sia per l'espropriazione, sia per l'esecuzione forzata in forma specifica (art. 12, co. 2, d.lgs. 4.3.2010, n. 28).

¹⁵ Anche in questo caso, infatti, la preventiva notificazione di **titolo esecutivo** e di **precetto** (atto di parte con cui si chiede formalmente al soggetto tenuto -c.d. debitore- di attuare il contenuto imposto dal titolo), costituiscono l'**adempimento indefettibile** per poter attivare l'esecuzione forzata.

¹⁶ Competente inderogabilmente è il Tribunale del luogo in cui l'obbligo deve essere eseguito ex art. 26, ult. co., c.p.c.; dal momento di presentazione del ricorso **si interrompe il termine di 90 giorni** (decorrente dal momento della notifica del precetto), per iniziare l'esecuzione forzata a cura della parte istante.

problema di determinare entro quali limiti possa esplicarsi il potere del Giudice di fissare “le modalità dell’esecuzione”: per l’opinione prevalente l’ordinanza ha una funzione **integrativa del titolo esecutivo**, tale da consentire che siano superati eventuali profili di incertezza o di genericità del titolo stesso, non potendosi affidare la concreta determinazione delle modalità alla parte interessata¹⁷. Il **contenuto** dell’ordinanza, nella realtà dell’esperienza forense concreta, è spesso **molto generico**, proprio per dare all’Ufficiale procedente, e ai tecnici e ausiliari nominati che lo affiancano, la massima flessibilità nell’affrontare e risolvere le imprevedibili difficoltà che si possono presentare durante la fase attuativa. Anche la “designazione” dell’Ufficiale Giudiziario raramente si riferisce alla scelta di uno specifico Funzionario da parte del Magistrato, limitandosi il Giudice ad indicare un addetto all’Ufficio NEP (Notifiche Esecuzioni e Protesti) del Tribunale di competenza: l’individuazione concreta dell’incaricato sarà conseguente alle regole di distribuzione della competenza sul territorio, vigenti internamente ad ogni singolo Ufficio. Quindi è compito della **Cancelleria** comunicare il provvedimento alle parti e all’Ufficiale Giudiziario designato, anche se questo adempimento non costituisce la vera e propria “fase di impulso”, nel senso che spetterà alla parte richiedente attivarsi, attraverso il proprio legale, e consegnare all’UNEP il titolo, il precetto e tutti gli atti e documenti utili all’esecuzione inseriti nell’apposito fascicolo, già formato dal cancelliere del Giudice dell’Esecuzione.

L’art. **613** C.P.C. dispone che l’Ufficiale Giudiziario “...può farsi assistere dalla **forza pubblica** e deve chiedere al giudice dell’esecuzione le opportune disposizioni per eliminare le difficoltà che sorgono nel corso dell’esecuzione. Il giudice dell’esecuzione provvede con decreto¹⁸”. La *ratio* dell’articolo consiste nel garantire l’attuazione della tutela esecutiva concessa, in quanto fornisce all’Ufficiale Giudiziario i mezzi per risolvere e superare una serie di difficoltà e di resistenze che potrebbero insorgere durante il procedimento esecutivo, idonee a paralizzare l’esecuzione, pregiudicando le aspettative del creditore procedente.

¹⁷ In altre parole, mentre il titolo esecutivo indica il risultato concreto che deve essere ottenuto, l’ordinanza del Giudice dell’esecuzione precisa le modalità con cui quel risultato deve essere raggiunto. L’ordinanza è revocabile e modificabile dal Giudice che l’ha pronunciata; è suscettibile di opposizione agli atti esecutivi (v. Cass., 17.5.2007, n. 11586; Cass., 1.2.2000, n. 1071), ma acquista natura sostanziale di sentenza e diviene, quindi, appellabile, quando disponga che le opere siano eseguite con **modalità contrastanti, modificanti, eccedenti il titolo** o, comunque, idonee ad incidere su posizioni di diritto soggettivo, oppure quando pronunci sulla conformità al titolo di opere che l’obbligato affermi di aver già eseguito spontaneamente o, ancora, quando decida questioni sull’esistenza del diritto di procedere all’esecuzione o sulla portata sostanziale del titolo (v. Cass., 15.7.2009, n. 16471; Cass., 8.10.2008, n. 24808).

¹⁸ Le difficoltà a cui la norma si riferisce si identificano con quelle di carattere tecnico o pratico, che potrebbero insorgere nel corso della esecuzione. Si escludono quelle prettamente giuridiche che invece darebbero luogo ad un’eventuale opposizione all’esecuzione o agli atti esecutivi (615 e 617 C.P.C.). Il decreto con cui il Giudice risolve le difficoltà, tecniche e materiali, è privo di contenuto decisorio e ha natura prevalentemente ordinatoria, non è suscettibile né di appello (Cass., 18.3.2003, n. 3979), né di ricorso straordinario per cassazione ex art. 111, co. 7, Cost. (Cass., 10.10.2003, n. 15176).

Quanto alle **spese** del procedimento, secondo l'art. **614** C.P.C. alla loro liquidazione provvede il **Giudice dell'Esecuzione** mediante decreto ingiuntivo, su richiesta del creditore procedente, che presenta la nota delle spese anticipate (comprese i diritti e gli onorari di difesa), vistata dall'Ufficiale Giudiziario¹⁹.

Un ultimo accenno al problema dell'impossibilità, o forte difficoltà, di assicurare tutela esecutiva ai diritti cui corrispondono obblighi aventi ad oggetto prestazioni di **fare** (o di **non fare**) **infungibile**, che sembra aver trovato una soluzione nel nuovo strumento previsto dall'art. **614 bis** C.P.C., introdotto dall'art. 49, co. 1, L. 18.6.2009, n. 69²⁰. La norma stabilisce che, su richiesta dell'avente diritto, il Giudice, nel disporre la condanna dell'obbligato ad un fare infungibile o ad un non fare, pronunci a suo carico un'ulteriore condanna accessoria, fissando la somma da lui dovuta *“per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento”*. La norma, quindi, introduce una **misura coercitiva patrimoniale** di carattere generale, al fine di incentivare l'adempimento spontaneo degli obblighi che non risultano facilmente coercibili. Nel determinare la somma dovuta per ogni violazione, il Giudice dovrà tenere conto di alcuni parametri come il valore della controversia, la natura della prestazione, il danno quantificato o quello prevedibile, le condizioni personali e patrimoniali delle parti, accanto ad ogni altra circostanza utile. Tali parametri vorrebbero rappresentare un limite all'ampia discrezionalità del Magistrato giudicante.

Per concludere, le norme che il Codice dedica a questa forma di esecuzione forzata, poche se messe a confronto, ad esempio, con l'articolata disciplina dettata per le diverse ipotesi di espropriazione, potrebbero erroneamente far ritenere che si tratti di un procedimento di rilevanza marginale. All'opposto l'esperienza recente ha dimostrato che esiste un ampio ventaglio di casi in cui la realizzazione effettiva di diritti, anche di primaria importanza, presuppone necessariamente l'attuazione spontanea, o più spesso coattiva, **di obblighi di fare o di non fare**: di qui, l'esigenza di verificare in che misura questo modello di esecuzione sia utilizzabile per garantire al creditore *“per quanto è possibile praticamente ... tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire”*, secondo la celebre formula del grande processualcivilista Chiovenda.

Alberto Monari

*La cosa più deliziosa non è non avere nulla da fare.
È avere qualcosa da fare e non farla. Marcel Achard*

¹⁹ Il Giudice dell'Esecuzione ha competenza funzionale, senza limiti di valore, anche per l'eventuale opposizione proposta avverso il decreto di liquidazione delle spese (v. Cass., 3011.2010, n. 24260; Cass., 11.11.2003, n. 16936); con tale opposizione, peraltro, potrà contestarsi unicamente la congruità delle spese o la loro effettiva anticipazione, mentre eventuali vizi dell'esecuzione dovranno essere fatti valere soltanto con l'opposizione di merito o formale, a seconda dei casi (v. Cass., 3.12.2009, n. 25394).

²⁰ Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 140 del 19 giugno 2009 - Supplemento ordinario n. 95