

Biblioteca di **DIRITTO PROCESSUALE CIVILE**

Collana diretta da

S. Chiarloni - C. Consolo - G. Costantino - F.P. Luiso - B.N. Sassani

CARLO VITTORIO GIABARDO

**EFFETTIVITÀ DELLA
TUTELA GIURISDIZIONALE
E MISURE COERCITIVE
NEL PROCESSO CIVILE**
UN'INDAGINE DI DIRITTO COMPARATO



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

CAPITOLO PRIMO

IMPOSTAZIONE DEL TEMA DI INDAGINE E SCOPO DELL'ANALISI

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. Misure coercitive e tutela di condanna. – 2. Delimitazione del tema di indagine. Struttura e funzione delle misure coercitive nel processo civile. – 3. Scopo dell'analisi: la problematizzazione di un confronto. Le esperienze giuridiche oggetto della ricerca: giustificazione.

1. Osservazioni introduttive. Misure coercitive e tutela di condanna

«I trattati non sono altro che pezzi di carta! ¹». Ebbene, la stessa cosa potrebbe dirsi per le sentenze. L'affermazione è volutamente provocatoria, ma senza dubbio contiene un grano di verità. Salve, infatti, le ipotesi in cui la parola del giudice ha una valenza che i filosofi del linguaggio chiamerebbero *performativa* – capace cioè di trasformare di per sé il mondo esterno senza bisogno di ulteriori interventi², come accade emblematicamente nel caso della tutela costitutiva,

¹ Questa frase – che ben evoca l'irrilevanza di ciò che è, e rimane, soltanto parola – è attribuita al Cancelliere tedesco T. von Bethmann Hollweg, nel momento in cui venne decisa l'invasione del Belgio (1914), nonostante la dichiarata neutralità dello stesso.

² Come noto, nell'ambito della filosofia del linguaggio si definisce performativo (dall'inglese *to perform*) quell'enunciato che non descrive un fatto, bensì quello che, una volta proferito, lo pone direttamente in essere. Tipici i casi di frasi contenenti verbi quali *battezzare*, *ordinare*, *promettere*, *scommettere* e così via, nei quali, cioè, *dire è già fare*. Nel linguaggio corrente, si pensi ad es. alla frase “io ti perdono”: l'accadimento (il perdono) già si attua semplicemente e puramente col dire le parole. Nel contesto giuridico si ponga mente, ad es., alle parole proferite dall'ufficiale di stato civile con le quali si dichiarano i nubendi marito e moglie o con le quali colui che ha i poteri conferiti dal rettore dell'università dichiara lo studente dottore. Su questo fenomeno cfr., in via del tutto generale, AUSTIN, *How to Do Things with Words*, Oxford, 1962 (trad. it. a cura di PENCO-SBISÀ, *Come fare cose con le parole*, Genova, 1987) e, precedentemente, ID., *Performative Utterances*, in *Philosophical Papers*, Oxford, 1961, 220 ss. (tradotto in italiano da GIANFORMAGGIO, *Enunciati performativi*, in SCARPELLI (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976, 123 ss.). È evidente però – e va sottolineato con forza – che affinché l'effetto performativo si produca non è sufficiente la seppur esatta emissione delle parole, ma è altrettanto necessario il rispetto delle formalità stabilite (nei casi descritti, le parole, intuitivamente, devono provenire da chi è stato istituzionalmente investito del potere di proferirle, nel contesto previsto e con le modalità pre-

dove la situazione giuridica è creata, modificata o estinta direttamente dal giudice mediante l'atto conclusivo del processo³ – l'aspetto più caratteristico, l'essenza e la ragion d'essere dei provvedimenti di condanna sta tutta nella loro forza di tradursi in atto, nella loro capacità, una volta pronunciati, di incidere materialmente, concretamente ed effettivamente nella realtà circostante⁴.

scritte). Similmente, il giudice, nel caso della tutela costitutiva, mediante la sua parola espressa nei modi e nelle forme richieste dalle norme giuridiche processuali (e nei soli casi stabiliti dalla legge) crea (o modifica o pone nel nulla) egli stesso la situazione sostanziale, senza bisogno di ulteriori fasi. Non vi è, in pratica, cesura logica tra la pronuncia delle parole e il prodursi dell'effetto costitutivo (salvo vedere, poi, se questo effetto si produce solo con il passaggio in giudicato del provvedimento, oppure no; cfr., su questo problema, brevemente, la nota seguente). Per la riconduzione delle sentenze costitutive all'ambito degli atti performativi, da una prospettiva di teoria generale del diritto, cfr. CARCATERRA, *Le norme costitutive*, Milano, 1974, 76 ss. Per il punto di vista del processualista, v. la nota seguente. L'idoneità dei provvedimenti costitutivi a modificare automaticamente la realtà esterna è ben messa in luce anche dai loro nomi inglesi; essi vengono definiti *self-effectuating*, ossia "auto-realizzantesi" (così ZUCKERMAN, *On Civil Procedure. Principles of Practice*, Oxford, 2011, 1096) o, come dice la dottrina americana, *transformational* (FLEMING-HAZARD-LEUBSDORF, *Civil Procedure*, St. Paul, 2001, 30).

³ Nelle sole ipotesi previste dalla legge, ex art. 2908 c.c. Nel senso che la modificazione giuridica è realizzata direttamente dal provvedimento del giudice, la dottrina è pacifica (per tutti, MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, 158 ss., 173 ss.). L'argomento della tutela costitutiva, data la sua ampiezza teorica, non può che essere qui solo sfiorato. Cfr., comunque, CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, rist., Milano, 1993, 3 ss., spec. 24 ss. e 96 ss. (che ne teorizzava l'ammissibilità a partire dalla dottrina tedesca; cfr. LANGHEINEKEN, *Der Urteilsanspruch*, Leipzig, 1899, 90 ss., 220 ss.). V. poi le osservazioni di PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, già in *Riv. dir. proc.*, 1991, 60 ss. e ora ristampato in ID., *Le tutele giurisdizionali dei diritti. Studi*, Napoli, 2003, 195. Diverso il (tormentatissimo) problema del momento di produzione dell'effetto costitutivo, ossia se proprio già della sentenza di primo grado – come prevede, in generale, l'art. 282 c.p.c. – oppure se condizionato al passaggio in giudicato. Il tema non può essere qui affrontato. A favore del primo orientamento, cfr. comunque, anche per ulteriori riferimenti, IMPAGNATIELLO, *La provvisoria esecuzione e l'inibitoria nel processo civile*, Milano, 2010, spec. 195 ss. (in precedenza, ID., *Sentenze costitutive, condanne accessorie e provvisoria esecutività*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 751 ss.). La giurisprudenza, invece, sembra orientata nel senso opposto, in relazione a quei capi condannatori legati da un nesso di sinallagmaticità al capo costitutivo; v., con riferimento agli effetti di cui all'art. 2932 c.c., le puntualizzazioni di Cass. S.U., 22 febbraio 2010, n. 4059, che ha risolto un contrasto giurisprudenziale (in *Foro it.*, 2010, I, 2082, in *Riv. es. forz.*, 2010, 267 con nota adesiva di IUORIO, *La provvisoria esecutività della sentenza costitutiva e l'art. 282 e in Gusto proc. civ.*, 2010, 515 con nota critica di IMPAGNATIELLO, *Esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre e provvisoria esecutività della sentenza*).

⁴ Va precisato che la questione teoricamente più discussa – tra le molte che solleva il concetto di condanna – è piuttosto stabilire primariamente *che cosa* costituisca propriamente una condanna in senso tecnico, e cosa invece no. Come noto, le scuole di pensiero che da sempre si contendono il terreno sono due. Da un lato vi è chi, più tradizionalmente, ravvisa una "necessaria correlazione" tra condanna ed esecuzione forzata, nel senso che avrebbe senso parlare della prima solo ove fosse possibile (in astratto) la seconda. Così MANDRIOLI, *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 1342 ss.; ID., voce "Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare", in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, 553 ss.; ID., *L'azione esecutiva. Contributo alla teoria unitaria dell'azione e del processo*, Milano, 1955, *passim*, ma spec.

Tale osservazione ha natura del tutto generale; vale, cioè, qualsiasi sia il con-

297; ID., *Esecuzione forzata in forma specifica. Premesse e nozioni generali*, Milano, 1953, 67; ID., *Natura giurisdizionale e portata «sostitutiva» dell'esecuzione specifica*, in *Giur. it.*, 1986, IV, 7 ss.; CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980, 35, 135 ss., 167 ss.; MONTELEONE, *Condanna civile e titoli esecutivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 1075 ss.; ID., *Spunti per una revisione del concetto di sentenza di condanna come titolo esecutivo*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di Mazzamuto, Napoli, 1989, 166 ss.; ID., *Recenti sviluppi della dottrina dell'esecuzione forzata*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, 281 ss., anche in *Studi in onore di Tito Carnacini*, Vol. 2, Tomo II, Milano, 1984, 1486 ss. e ora ristampato in ID., *Scritti sul processo civile*, III (*L'esecuzione forzata, procedimenti speciali, arbitrato*), Roma, 2013, 199 ss.; ID., *Riflessioni sulla tutela esecutiva dei diritti di credito*, in *Studi in onore di E.T. Liebman*, III, Milano, 1979, 2421 ss. nonché, più di recente, ID., *Misure coercitive ed esecuzione forzata: attualità del pensiero di S. Satta*, in *Riv. es. forz.*, 2016, 543 ss. (laddove si richiama la celebre distinzione sattiana tra “situazioni giuridiche finali” e “situazioni giuridiche strumentali”; cfr. SATTA, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, Torino, 1950, 165 ss.; ID., *Commentario al codice di procedura civile*, III, Milano, 1966, 3 ss., ID., *Svolgimenti critici di una dottrina sull'esecuzione forzata*, in *Colloqui e soliloqui di un giurista*, Padova, 1968, 242 ss., e già anche in *Studi in onore di Antonio Cicu*, Milano, 1951); E.F. RICCI, voce “Accertamento giudiziale”, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987, 20 ss.; ANDOLINA, “Cognizione” ed “esecuzione forzata” nel sistema della tutela giurisdizionale, Milano, 1983, 6 ss.; più addietro, MONTESANO, *Condanna civile e tutela esecutiva*, Napoli, 1965, 19, 90; GARBAGNATI, *Azione e interesse*, in *Jus*, 1955, 316 ss. (e anche in *Scritti scelti*, Milano 1988, 67 ss.); ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955, 80 ss., 106 ss.; FURNO, *Condanna e titolo esecutivo*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1938, 106 ss.; LIEBMAN, *Le opposizioni di merito nel processo d'esecuzione*, Roma, 1936, 118. V. anche, con una sfumatura, CALAMANDREI, *La condanna*, già in *Studi in onore di Federico Cammeo*, Padova, 1933, 193 e ora in ID., *Opere giuridiche*, V, *La chiamata in garanzia e altri studi sul processo e sulle prove*, di recente ristampato per la Collana *Memoria del diritto*, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi Roma Tre, Roma, 2019, 483 ss., ma spec. 491 («la caratteristica della sentenza di condanna è trovata non tanto in quello che essa è, quanto in quello che essa prepara [...]. Sembra tuttavia che, pur tenendo presente questa necessaria correlazione che passa tra la sentenza di condanna e la esecuzione forzata che essa prepara, si possa trovare, anche considerandola in sé stessa, un carattere funzionale che le è proprio e che può forse servire meglio di quelli passati finora in rassegna a dare la sua definizione»). Nella dottrina tedesca, GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, Berlin, 1925, 116. Dall'altro lato, invece, vi è chi è propenso a adottare una nozione di condanna più allargata, comprensiva cioè di ogni provvedimento che contenga un ordine di adempiere obbligazioni od obblighi anche se non suscettibili di essere attuati in via secondaria. Tale ultima concezione si richiama alla nozione tedesca di *Leistungsurteil* che esprime l'idea di sentenza di condanna come mera “sentenza di prestazione”, contenente cioè un “ordine di esecuzione” (*Leistungsbefehl*) purchessia. Dal punto di vista di questa ultima ricostruzione, quindi, «si può e si deve dire [...] oltre che A è stato condannato a pagare 1000 marchi a B, anche che C è stato condannato a dipingere il ritratto di D, o che E è stato condannato ad adempiere il contratto di lavoro stipulato con F, o che G è stata condannata a convivere con H o a sposarsi con I» (tutte ipotesi, cioè, in cui il soccombente non potrebbe mai essere costretto, materialmente, a tenere forzatamente il comportamento finale); per questi esempi, in chiave assai critica, CHIARLONI, *Misure coercitive*, cit., 136. Nel senso di tale ultima concezione, e cioè dalla inesistenza della suddetta correlazione, PROTO PISANI, *L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, 620 ss., ID., *Appunti sulla tutela di condanna*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 1104 ss. e in *Studi in onore di E.T. Liebman*, Milano, 1979, III, 1667 ss.; ID., *Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria*, in *Foro it.*, 1983, 127 ss.; ID., *Attualità di Giuseppe Chiovenda*, *ivi*, 1995, V, 1 ss.; poi, più di

tenuto della sentenza di condanna. Nondimeno il rilievo acquista tutta la sua evidenza pratica nel caso in cui si tratti di tradurre in realtà provvedimenti che non abbiano a oggetto né la consegna di somme di denaro, o cose determinate solo nel genere, né beni specifici, bensì obblighi di fare – *specialmente* se non surrogabili dall'attività di un terzo – o doveri d'astensione o di cessazione (cd. inibitoria civile) – *specialmente* se non concretizzabili, per la loro natura, in opere materiali suscettibili in seguito di distruzione forzata⁵.

recente, ID., *Introduzione sulla atipicità dell'azione e la strumentalità del processo*, *ivi*, 2012, V, 1 ss.; ID., *Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo)*, *ivi*, 2010, V, 257; ID., *Condanna (e misure coercitive)*, *ivi*, 2007, V, 1 ss.; DENTI, «*Flashes*» su accertamento e condanna, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 255 ss. In precedenza, INVREA, *La sentenza di condanna*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1936, I, 30 ss. Nella dottrina tedesca, per tutti, KISCH, *Beiträge zum Urteilslehre*, Leipzig, 1903, 14 ss. Per approfondimenti sul dibattito, v. LUISO, voce «*Esecuzione forzata (esecuzione in forma specifica)*», in *Enc. giur. Treccani*, XIII, Roma, 1989. L'introduzione nel Codice di procedura civile italiano dell'art. 614 *bis* c.p.c. – all'analisi del quale sarà dedicato il Cap. VI – sembra aver risolto normativamente la questione in questo secondo modo, assumendo una nozione ampia di «condanna». Cfr. nel senso dell'ormai avvenuto superamento della necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata, già prima di questa introduzione, le notazioni di VULLO, *Obbligazioni infungibili, misure coercitive e superamento del principio di necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata*, in *Studium iuris*, 2003, 305 ss.; ID., *Esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 727; ID., *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, Torino, 2001, 241. Nella medesima linea, a maggior ragione dopo l'introduzione legislativa menzionata, TOMMASEO, *L'esecuzione indiretta e l'art. 614 bis c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 267 ss. e in precedenza ID., *Provvedimenti d'urgenza a tutela dei diritti implicanti un facere infungibile*, in *Studium iuris*, 1997, 1277 e ss. *Contra*, invece, pur dopo l'introduzione in parola, CHIARLONI, *L'esecuzione indiretta ai sensi dell'art. 614-bis c.p.c.: confini e problemi*, in *Il processo esecutivo*. Liber amicorum Romano Vaccarella, a cura di Sassani-Capponi-Storto-Tiscini, Milano, 2014, Cap. II, il quale, non attribuendo rilievo decisivo al testo dell'articolo, qualifica le sentenze aventi ad oggetto obblighi infungibili di fare o di non fare, che siano sprovviste di mezzi di coazione, come di *mero accertamento* (e quindi, ad es., inidonee all'iscrizione di ipoteca giudiziale), «quale che sia il linguaggio usato». Per una puntuale analisi anche dei riflessi pratici della questione, COSTANTINO, *Tutela di condanna e misure coercitive*, *ivi*, 911 (e anche in *Giur. it.*, 2014, 737 ss.).

⁵ Salvo vedere se, in questi casi specifici, possa parlarsi di condanna civile nel senso proprio del termine (cfr. la nota precedente), non potendo la sentenza inibitoria esser portata, tecnicamente, a esecuzione nelle forme di cui al Libro Terzo del c.p.c. (prima dell'introduzione dell'art. 614 *bis* c.p.c.). Come noto, storicamente, in Italia, i problemi relativi alla tutela inibitoria sono stati essenzialmente due, connessi tra loro, e cioè (1) la configurabilità o meno dell'azione inibitoria anche al di là delle ipotesi tipicamente già previste dalla legge (ad es., tradizionalmente, dagli artt. 7 ss. c.c. a tutela del nome e dello pseudonimo, dall'art. 10 c.c. a tutela dell'immagine o più di recente dall'art. 156 *bis* c.p.c. sull'uso del cognome del marito da parte della moglie, e via dicendo) e cioè a protezione di tutti gli interessi non patrimoniali oppure, con ancora più generalità, con valenza del tutto innominata, a tutela di *qualsiasi* interesse e quindi contro *qualsiasi* illecito, e (2) la possibilità di concepire, sempre in maniera atipica, una inibitoria con carattere preventivo, concedibile cioè anche prima della commissione della condotta illecita; e ciò non solo in via cautelare, come d'altronde è già possibile, ma con forma piena, principale e con valenza genuinamente decisoria. Tali possibilità, sebbene discusse, sembrano incontrare il favore maggioritario della dottrina più recente. Sull'azione inibitoria, in via del tutto generale, in senso positivo rispetto ai problemi

Come affermano i giuristi anglosassoni – forse in maniera imprecisa, ma senza dubbio con grande spirito pragmatico – in tutte queste ipotesi, senza un adeguato apparato di strumenti coercitivi in grado di orientare coattivamente i comportamenti della parte destinataria dell'ordine del giudice, il provvedimento di condanna (e, in ultima analisi, la funzione giurisdizionale stessa) sarebbe nullo altro che una «vuota illusione»⁶.

menzionati (oltre agli studi di PROTO PISANI ricordati *supra*, nt. precedente), cfr. FRIGNANI, voce “*Inibitoria (azione)*”, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 559 ss.; ID., voce “*Azione in cessazione*”, in *Noviss. Dig. it.*, Appendice, I, Torino, 1980, 639 ss.; RAPISARDA, *Profili della tutela civile inibitoria*, Padova, 1987, *passim*, ID., *Tutela preventiva, inibitoria cautelare ex art. 700 cod. proc. civ. ed inibitoria finale*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, 143 ss.; RAPISARDA-TARUFFO, voce “*Inibitoria*”, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1989; CAPONI, *L'efficacia della inibitoria nel tempo*, in *Foro it.*, 2002, 1442 (in nota a Cass. 14 giugno 2001, n. 8056). Più di recente, MOTTO, *Note per uno studio sull'azione di condanna nella giurisdizione civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 911 ss. Tra i civilisti, cfr. LIBERTINI, *Nuove riflessioni in tema di tutela civile inibitoria e di risarcimento del danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 385; poi, BELLELLI, *L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 607 ss. Per l'argomento secondo il quale sarebbe proprio la presenza dell'art. 614 *bis* c.p.c. che consentirebbe ora di parlare di “azione inibitoria generale”, TAVORMINA, *L'inibitoria collettiva a tutela dei consumatori. Mercato, concorrenza e deterrence*, in *Contr. e impr.*, 2009, 991 ss., ma spec. 1006-1007. Non mancano poi voci favorevoli a una estensione dell'inibitoria anche all'ambito contrattuale. Cfr., sul punto, il corposo lavoro di FRENDA, *Appunti per una teoria dell'inibitoria come forma di tutela preventiva dell'inadempimento*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 721 ss., la quale vede appunto nell'introduzione dell'art. 614 *bis* c.p.c. una «conferma di diritto positivo della legittimità dell'istituto della condanna inibitoria atipica e, dunque – [...] stante la concezione unitaria dell'inibitoria – [...] una conferma della legittimità di una condanna inibitoria atipica in campo contrattuale» (*op. cit.*, 771). Su questo problema, v. anche GATT, *La tutela inibitoria del diritto al contratto*, in *Studi in onore di C. M. Bianca*, III, Milano, 2006, 269 ss. *Contra*, però, ALBANESE, *Tutela preventiva del credito e diligenza nell'adempimento*, in GRISI (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, Napoli, 2019, 373 ss. In generale, più cauta rispetto alla configurabilità in via generale di una azione inibitoria, invece, BASILICO, *La tutela civile preventiva*, Milano, 2013, spec. 24 ss., poi 188 ss. che discute le varie posizioni; in precedenza, ID., *La denuncia di danno temuto: contributo allo studio della tutela preventiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 57 ss. Da ultimo, il problema è rimeditato anche da DI NARDO, *Profili sistematici dell'azione civile inibitoria*, Napoli, 2017. Nel diritto comparato, per il confronto puntuale con gli ordinamenti di *common law*, fondamentali e tuttora attuali gli studi di FRIGNANI, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Milano, 1974 e di MATTEI, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria. Contributo alla teoria dei diritti sui beni*, Milano, 1987. Va dato infine atto che il legislatore italiano (art. 1, comma 1, L. 12 aprile 2019, n. 31) ha recentemente introdotto il nuovo art. 840 *sexiesdecies* c.p.c. che disciplina l'azione inibitoria collettiva, il quale, in veste rafforzativa, prevede (comma 6) che «con la condanna alla cessazione della condotta omissiva o commissiva, il tribunale può, su istanza di parte, adottare i provvedimenti di cui all'articolo 614-bis, anche fuori dei casi ivi previsti» (enfasi nostra); sui caratteri specifici di questa azione, sulla quale non è possibile in questa sede dilungarci, PAGNI, *L'azione inibitoria collettiva*, in *Giur. it.*, 2019, 2329; STELLA, *La nuova azione inibitoria collettiva ex art. 840 sexiesdecies c.p.c. tra tradizione e promesse di deterrenza*, in *Corr. giur.*, 2019, 1453 ss.; in un quadro più ampio, GIUSSANI, *La riforma dell'azione di classe*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 1572 ss.

⁶ «*Without contempt power to put teeth in the court's order – afferma incisivamente DOBBYN, Injunctions in a Nutshell, Eagan, 1974, 216 – jurisdictional power would be an empty illusion*». L'affermazione potrebbe suonare discutibile perché, in via del tutto generale, si è sottolineato –

È da questa apparentemente banale osservazione che occorre partire per impostare il problema oggetto di questo studio: l'effettività della tutela giurisdizionale e le tecniche processuali (specificamente, le misure coercitive) che quell'effettività vogliono, appunto, garantire⁷.

A ben guardare, però, ci si rende presto conto che una qualche pur *vaga* funzione coercitiva che spinga il debitore soccombente in giudizio a conformarsi a quanto egli è tenuto è svolta, di fatto, dai più svariati istituti giuridici i quali, prospettando genericamente conseguenze sfavorevoli in capo a colui il quale vorrebbe sottrarsi a un obbligo (genericamente inteso), si trovano così a esercitare una pressione (altrettanto genericamente intesa) che tende a costringere all'obbedienza. In tal modo, il concetto di misura coercitiva verrebbe annacquato indebitamente fino a perdere sostanza concettuale e quindi utilità.

Come ebbe giustamente a rilevare a questo proposito il Chiarloni, «è forse difficile immaginare, nel campo del diritto, una funzione più vasta e generica di quella consistente nella prevenzione mediante intimidazione»⁸.

correttamente – come il processo di cognizione in quanto tale (e quindi anche la tutela di accertamento mero) dia sempre e per definizione un bene giuridico meritevole, ossia la certezza incontrovertibile sulla situazione giuridica dedotta, propria della cosa giudicata (cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, rist., Napoli, 1960, 181 ss., ma anche 41 ss.), la quale è idonea a fornire alle parti la norma per la loro futura condotta, garantendo così la «facilitazione della vita sociale mediante la eliminazione dei dubbi che intralciano il normale svolgimento dei rapporti giuridici» (così ID., *Azioni e sentenze di mero accertamento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, I, 31, ora in *Saggi di diritto processuale civile*, III, Milano, rist. 1993). In questo medesimo ordine di idee, a proposito delle inibitorie “puramente dichiarative”, anche CHIARLONI, *Misure coercitive*, cit., 221. Cfr., inoltre, le condivisibili affermazioni di MONTELEONE (seppur in uno studio che si sforza di dimostrare l'inaccettabilità di un sistema di misure coercitive nell'ordinamento italiano, *Recenti sviluppi nella dottrina dell'esecuzione forzata*, cit., 282) per il quale «la giurisdizione contenziosa dà anzitutto un bene fondamentale ed a sé stante: quello di eliminare la contestazione manifesta o latente e di fornire la certezza giuridica a mezzo della dichiarazione dei diritti e del passaggio in giudicato della sentenza. Inoltre nulla esclude, ed anzi è lecito attendersi, che il soccombente adempia spontaneamente alle statuizioni giudiziali» (richiamandosi qui a un precedente scritto dell'A., *Spunti critici in tema di obbligazioni*, in *Giur. di merito*, 1970, I, 438 ss.). Per il rilievo per cui «la cosa giudicata è sempre un bene giuridico apprezzabile», già ALLORIO, *Bisogno di tutela giuridica?* in ID., *Problemi di diritto. L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, I, Milano, 1957, 245 (e anche in *Jus*, 1954, 547 ss., a p. 557).

⁷ In generale, sul tanto fondamentale quanto multiforme rapporto tra effettività della tutela giurisdizionale e tecniche di esecuzione dei diritti v. fin da ora i due volumi a cura di MAZZAMUTO, *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989 che raccolgono gli Atti del Convegno svoltosi a Palermo, 22-24 ottobre 1987 e, a complemento, v. di recente le rimediazioni, gli sviluppi e gli aggiornamenti teorici nei contributi radunati in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, a cura di Grisi, Napoli, 2019.

⁸ CHIARLONI, *Misure coercitive*, op. cit., 123 (che cita, a questo proposito, Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, trad. it., Torino, 1966, 131, 132, per il quale «anche l'esecuzione forzata consiste nell'infliggere un male in modo coercitivo», cosicché «non esiste alcuna differenza fondamentale tra pena ed esecuzione forzata, poiché quest'ultima, sentita come un male dall'interessato, può avere un effetto preventivo, cosicché si può ricollegare la finalità preventiva a quella riparatoria»). V. anche quanto si dirà *infra*, in nota 11.

2. *Delimitazione del tema di indagine. Struttura e funzione delle misure coercitive nel processo civile*

Un chiarimento, quindi, s'impone.

È noto che gli istituti giuridici si definiscono congiuntamente secondo la loro funzione e la loro struttura. Tale contrapposizione – che è di teoria generale del diritto – non è null'altro se non quella tra lo scopo di un istituto e la sua propria modalità di azione, tra la finalità, da un lato, e la forma mediante la quale la prima è raggiunta, dall'altro: chiedersi quale sia la funzione significa domandarsi a che cosa un dato istituto serva, mentre chiedersi quale sia la sua struttura significa porre la domanda circa il come esso operi, con quali caratteristiche e quali effetti produca⁹.

Secondo questa logica, quindi, definiamo propriamente le misure coercitive nel processo civile come quei meccanismi che – (I) dal punto di vista della *funzione* – hanno come principale scopo istituzionale, apposito, specifico quello di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale, nel senso preciso di far sì che la parola del giudice, così come concretizzatasi in un provvedimento di merito, non rimanga – *per quanto possibile e per quanto opportuno*¹⁰ – appunto solo parola, ma si imponga alle parti come atto di autorità, e che – (II) dal punto di vista della *struttura* – agiscono, all'interno della tutela civile, tramite la previsione di conseguenze sfavorevoli sul patrimonio o sulla persona del soccombente, rendendo così quel conformarsi all'ordine del giudice più conveniente del suo discostarsi.

Questa duplice definizione – strutturale e funzionale – ci sembra la più adatta per delimitare rigorosamente il campo di indagine e quindi escludere innanzitutto dalla nostra analisi tutti quei meccanismi processuali che hanno sì una generica valenza coercitiva – nel senso generalissimo che minacciano conseguenze sfavorevoli nella sfera giuridica del soccombente – ma questo non è il loro fine primario né tantomeno istituzionale. Si pensi, con riferimento all'ordinamento italiano, alla notificazione dell'atto di precetto *ex artt.* 479 e 480 c.p.c. (la quale, prospettando un male, cioè l'esecuzione forzata, come imminente, può avere l'effetto di spingere il debitore ad adempiere spontaneamente) o, similmente, al-

⁹Su tale contrapposizione, dal punto di vista teorico-generale, cfr. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria generale del diritto*, Roma-Bari, 2014 (ed. or. 1977), Cap. IV (*Verso una teoria funzionalistica del diritto*), il quale separa lo studio di «come il diritto sia fatto» da «a che cosa serva» (ma v. già in precedenza CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, spec. 11 e 107). Essa si è poi affermata come classica nello studio degli istituti del diritto processuale civile.

¹⁰Questa locuzione che viene enfatizzata ora nel testo ricorrerà più volte nel corso della nostra analisi, a sottolineare il fatto che l'esigenza di costrizione della parte soccombente deve sempre tenere in conto ostacoli di ordine pratico (“per quanto possibile”) e morale (“per quanto opportuno”).

l'atto di pignoramento, all'iscrizione di ipoteca giudiziale *ex art.* 2818 c.c., o al sequestro. Tutti questi istituti processuali possono infatti essere visti anche come modi per esercitare una pressione psicologica, una coercizione psichica, sull'animo di chi ha perso il giudizio per indurlo a conformarsi *sua sponte*, quanto prima, a quanto statuito dal giudice; anzi, può ben accadere che nella pratica abbiano proprio questo effetto¹¹. Ciò non toglie, però, che questo non sia il loro scopo istituzionale.

In virtù del riferimento, nella definizione adottata, all'obbligo così come consacrato in un provvedimento *di merito*, resterà poi tendenzialmente esclusa dal presente studio, in via di principio (ma salvi ampi cenni, qualora necessario), l'elaborazione di una teoria onnicomprensiva dei mezzi coercitivi cd. endoprocessuali – e che potrebbero agire in ipotesi anche nei confronti di terzi – i quali hanno il compito di garantire non già direttamente l'effettività della tutela giurisdizionale, bensì quella (a questa ancillare) dei provvedimenti istruttori del giudice civile (funzione, quest'ultima, assolta peraltro sia dalla misura coercitiva dell'*astreinte* sia da quella del *civil contempt of court*, spesso – come si vedrà – insieme ad altre più specifiche sanzioni processuali)¹². Si pensi, sempre nell'or-

¹¹ Difatti la dottrina tedesca ricomprendeva questi e altri istituti sotto il concetto di *Nötigungstatbestand*, ossia “mezzi di coazione di fatto”; cfr. SCHMIDT, *Die Obliegenheiten, Studien auf dem Gebiet des Rechtszwanges im Zivilrecht*, Karlsruhe, 1953, 52 ss. (ricordato dal CHIARLONI, *Misure coercitive*, cit., 11 e in nota 15). Cfr. anche CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, rist. 1965, 239, il quale parlava, a questo proposito, di “esecuzione psicologica nel processo” (sempre ricordato anche dal CHIARLONI, *ibidem*). In un senso ancora più generico (ma, forse, troppo generico per aver un qualche valore euristico), lo stesso concetto di esecuzione forzata nella sua interezza potrebbe esser visto come una forma di induzione all'adempimento spontaneo. «Il rischio – chiosa a questo proposito il CHIARLONI – è di cadere nell'indistinzione della notte hegeliana, dove tutte le vacche sono nere» (*ibidem*, 123). Per l'argomentata esclusione di questi mezzi (ma più problematicamente con riferimento all'esecuzione per surrogazione) dal novero delle misure coercitive, CHIARLONI, *ult. op. cit.*, 10-11, poi 122 ss. (il quale – *ibidem*, 123 – però, come detto, cita e valorizza un passo del KELSEN, *Teoria pura del diritto*, cit., 132, dove quest'ultimo considera l'esecuzione forzata come una sanzione, con la conseguenza che, per il CHIARLONI, «la nota distintiva dell'esecuzione processuale indiretta non può essere costituita dalla caratteristica funzionale della compulsorietà, che è comune ad ambedue le specie di esecuzione», quanto, invece, «da una caratteristica strutturale, da definire in negativo», e cioè rilevando come «le misure di coazione [...] consistano nella minaccia di un male all'obbligato [...] diversa dalla minaccia del male racchiuso nell'intervento degli organi esecutivi», *ibidem*, 132, enfasi nostra; v. anche poi 161 ss.).

¹² Per l'analisi del tema dell'effettività dei provvedimenti istruttori, in un'ottica comparata, con importanti approfondimenti sul ruolo svolto in questo senso sia dal *contempt of court* sia dalle *astreintes*, cfr. la monografia di DONDI, *L'effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova, 1985, *passim*; in precedenza, ID., *L'astreinte endoprocessuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, 524 ss. Più di recente, FICCARELLI, *Esibizione di documenti e discovery*, Torino, 2004, spec. 102 ss. (per la soluzione francese) e 215 ss. (per la soluzione anglosassone). Anche in Germania sono previste sanzioni pecuniarie e financo eventualmente detentive per l'inottemperanza della parte o del terzo a un provvedimento istruttorio, *ex § 142 ZPO (Anordnung der Urkundenvorlegung*, disposizione relativa alla presentazione dei documenti) che richiama, al comma 2, le misure

dinamento italiano, alla possibilità (dal valore coercitivo molto debole) per il giudice di trarre argomenti di prova dal mancato consenso all'ordine di ispezione (art. 118, comma 2 c.p.c.) o dalla mancata esibizione di un documento (art. 210 c.p.c., che richiama l'art. 116, comma 2 c.p.c., possibilità che è, del resto, l'unica sanzione, e che appare sempre più inadeguata¹³) o ancora al dovere per il giudice di irrogare le sanzioni pecuniarie o di ordinare l'accompagnamento coatto nei confronti del testimone che non si presenta all'udienza (art. 255 c.p.c.).

Il riferimento formale alla *sedes materiae* del processo civile, infine, vale a escludere da questo lavoro la trattazione organica ed esaustiva di quelle vere e proprie pene che puniscono l'inesecuzione di un provvedimento del giudice come reato contro l'amministrazione della giustizia o contro l'ordine pubblico, e che vengono quindi irrogate dal giudice penale¹⁴.

compulsorie stabilite dal § 390 (*Folgen der Zeugnisverweigerung*) per il rifiuto di giurare o di testimoniare; sul punto, CAPONI, *Note in tema di poteri probatori delle parti e del giudice nel processo civile tedesco dopo la riforma del 2001*, in *Le prove nel processo civile. Quaderni dell'associazione italiana fra gli studiosi del processo civile* Atti del XXV Convegno nazionale (Cagliari, 7-8 ottobre 2005), Milano, 2007, 294 ss.; DI FAZZIO, *La riforma dell'esibizione di documenti nel processo civile tedesco*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 143 ss.

¹³ Criticamente, BESSO, *La prova prima del processo*, Torino, 2004, 168 ss. Si potrebbe sostenere che l'impossibilità di costringere la parte, anche mediante l'uso di misure coercitive, alla consegna del documento si ponga in contrasto con i principi del giusto processo, soprattutto tenendo a mente la differenza, su questo punto, con gli ordinamenti di *common law*; v. CHIARLONI, voce "Giusto processo (diritto processuale civile)", in *Enc. dir.*, Annali, II, 1, Milano, 2008, 403 ss., che ricorda BERTOLINO, *Giusto processo civile e verità. Contributo allo studio della relazione tra garanzie processuali e accertamento dei fatti nel processo civile*, Torino, 2010, *passim*. Nella tradizione di *common law*, infatti, gli ordini di *discovery* o *disclosure* sono severamente sanzionati con le misure del *contempt of court* (cfr., nell'ordinamento inglese, la CPR 31.23: *false disclosure statement*), il che sarebbe indicativo, fra l'altro, della maggior tensione verso la scoperta della verità nel processo civile angloamericano rispetto a quello italiano, in contrasto con la narrazione comune (anche considerando che colà le parti sono tenute a dire la verità, sia negli atti di causa sia nel corso delle testimonianze che queste possono esser chiamate a rendere; dovere anch'esso presidiato dalla sanzione del *contempt of court*; cfr. la CPR 32.14 che punisce il *false statement of truth*); così, ancora, CHIARLONI, *Riflessioni microcomparative su ideologie processuali e accertamento della verità*, in *Due iceberg a confronto: le derive di common law e civil law*, in *Quaderni della riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 101 ss., 115 (e anche in *Scritti in onore di Nicola Picardi*, a cura di Briguglio-Martino-Panarola-Sassani, Pisa, 2016, 583 ss.).

¹⁴ In Italia il primo riferimento è all'art. 388 del Codice penale, che punisce la mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice, e in particolare il comma 1° («Chiunque, per sottrarsi all'adempimento degli obblighi civili nascenti da provvedimento dell'autorità giudiziaria, o dei quali è in corso l'accertamento dinanzi l'Autorità giudiziaria, compie, sui propri o sugli altrui beni, atti simulati o fraudolenti, o commette allo stesso scopo altri fatti fraudolenti, è punito, qualora non ottemperi alla ingiunzione di eseguire la sentenza, con la reclusione fino a tre anni o con la multa da centotré euro a milletrentadue euro»), il comma 2, così come modificato dall'art. 2 del D.Lgs. 1° marzo 2018, n. 21 («La stessa pena si applica a chi elude l'ordine di protezione previsto dall'articolo 342 *ter* del codice civile ovvero un provvedimento di eguale contenuto assunto nel procedimento di separazione personale dei coniugi o nel procedimento di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio ovvero ancora l'esecuzione di un provvedimento del giudi-

3. *Scopo dell'analisi: la problematizzazione di un confronto. Le esperienze giuridiche oggetto della ricerca: giustificazione*

Nel corso di questo lavoro, il tema delle misure coercitive sarà studiato non dal punto di vista dogmatico (inteso nella valenza di metodo teso all'analisi in termini ricostruttivi e sistematici del diritto vigente), bensì nella sua dimensione comparatistica, la quale è, per definizione, *antisistemica*¹⁵.

ce civile, ovvero amministrativo o contabile, che concerna l'affidamento di minori o di altre persone incapaci, ovvero prescriva misure cautelari a difesa della proprietà, del possesso o del credito») e il comma 3, aggiunto dall'art. 9, D.Lgs. 11 maggio 2018, n. 63 («La stessa pena si applica a chi elude l'esecuzione di un provvedimento del giudice che prescriva misure inibitorie o correttive a tutela dei diritti di proprietà industriale»). Il secondo riferimento è all'art. 650 c.p., che punisce l'inosservanza di un provvedimento legalmente dato dall'Autorità («Chiunque non osserva un provvedimento legalmente dato dall'Autorità per ragione di giustizia [...] è punito, se il fatto non costituisce un più grave reato, con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda fino a duecentosei euro»). Sull'origine e la *ratio* dell'art. 388 c.p. cfr. la risalente, ma ancora utile, monografia del VASSALLI, *La mancata esecuzione di un provvedimento del giudice. Contributi all'interpretazione dell'art. 388 del Codice penale*, Torino, 1938 (ricca, peraltro, di spunti e ragionamenti anche di carattere civilistico). Nonostante la diversità di presupposti applicativi, e quindi struttura, funzione e ambito delle due disposizioni penali rispetto alle misure coercitive civili, a partire dagli anni Settanta del secolo scorso non è mancato chi (e non senza buone ragioni), in un'ottica *de iure condito*, ne aveva proposto la valorizzazione in chiave compulsoria generale e atipica, in assenza di altri e più appropriati mezzi forniti dalla legislazione civile, richiamando per analogia le previsioni di legge che facevano espresso riferimento alle norme penali (cfr., ad es., l'art. 28, comma 4 e 5 dello «Statuto dei lavoratori» che tuttora si riferisce all'art. 650 c.p. nel caso in cui il datore di lavoro non ottemperi all'ordine di cessazione e rimozione degli effetti dell'attività antisindacale). Per questa valorizzazione, autorevolmente, PROTO PISANI in vari scritti, quali *L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale*, cit., 620 ss.; ID., *Appunti sulla tutela di condanna*, cit., 1104 ss., salvo poi abbandonare il (solo) riferimento all'art. 650 c.p. in successive riflessioni (ID., *L'attuazione dei provvedimenti di condanna*, in *Foro it.*, 1989, 177 ss. e anche in *Processo e tecniche di attuazione*, cit., 1989, 39 ss. ma spec. 54). Sul punto, nel dibattito dell'epoca, v. anche FRIGNANI, *Considerazioni di un civilista sull'applicabilità dell'art. 388 c.p. alle inibitorie*, in *Indice pen.*, 1970, 367 ss.; ALESSANDRI, *Il problema delle misure coercitive e l'art. 388 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 154; PEDRAZZOLI, *Tutela penale dell'ordine del giudice e restaurazione dei diritti sindacali nell'art. 28 statuto dei lavoratori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, 851 ss. Proprio la profonda diversità di *rationes* e presupposti tra le norme penali e l'esigenza coercitiva aveva però portato la dottrina maggioritaria a respingere queste interpretazioni, paventando una «criminalizzazione surrettizia» dell'indebitamento civile e quindi lo scivolamento dell'ordinamento italiano verso derive illiberali (CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, cit., 176 ss.). Naturalmente, con l'entrata in vigore dell'art. 614 bis c.p.c. il dibattito sul punto ha meno ragion d'essere. Cfr., comunque, per l'esame di alcuni aspetti attuali del fenomeno dopo le riforme che hanno interessato l'art. 388 c.p., e per la sottolineatura di alcune buone ragioni, FABIANI, *Attualità della tutela penale al servizio dell'effettività della tutela civile dopo la riforma dell'art. 388 c.p.*, in *Riv. es. forz.*, 2011, 535; CONTE, *Tutela penale del diritto di credito. Sviluppi giurisprudenziali*, in *Giur. it.*, 2012, 1635 e anche ID., *Provvedimento cautelare ex art. 700 c.p.c. e tutela penale (con un cenno allo ius ritentionis)*, *ivi*, 2014, 1897.

¹⁵ Questo punto metodologico verrà argomentato *amplius infra*, Cap. II, Par. 3. Cfr. fin da ora le considerazioni di DENTI, *Sistematica e post-sistematica nell'evoluzione delle dottrine del processo*, già in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 469 ss., ora in *Sistemi e riforme. Studi sulla giustizia civile*, Bologna, 1999, 13 ss.

Ciò comporta che più che a una esaustiva ricostruzione dei problemi concettuali, prima, e di quelli tecnici e pratici, dopo, dell'intero campo dell'esecuzione indiretta, questo lavoro, al contrario, mira alla chiarificazione del significato complessivo dei poteri coercitivi del giudice alla luce delle rispettive tradizioni giuridiche considerate e dei valori a queste sottesi. E questo – forse – anche a costo di qualche incompletezza nell'analisi normativa e interpretativa delle singole disposizioni rilevanti: è nostra ferma opinione, infatti, che «dal punto di vista dell'indagine comparativa» l'essenziale non è descrivere un istituto appartenente a un ordinamento straniero nei suoi infiniti dettagli operativi, quanto «coglierne i principi fondamentali, gli aspetti problematici, le tendenze evolutive»¹⁶.

L'indagine verrà condotta prendendo in considerazione da un lato il modello di *common law* (come sviluppatosi in Inghilterra, con qualche – peraltro non rara – incursione nell'esperienza statunitense, laddove questa se ne discosti notevolmente o ne appaia interessante l'analisi), al quale sarà data grande importanza (Cap. IV, Sezione I e II), e dall'altro quello di *civil law*, così come concretizzatosi nel modello francese delle *astreintes* (Cap. V) e, con riferimento al diritto italiano, nella misura coercitiva generale di cui all'art. 614 *bis* c.p.c., introdotta dalla L. 18 giugno 2009, n. 69 (Cap. VI)¹⁷.

La giustificazione della scelta degli ordinamenti si basa, essenzialmente, sul fatto che l'innovazione di cui all'art. 614 *bis* c.p.c. viene assai spesso accostata dalla dottrina (con variabile ricchezza argomentativa) da un lato al *civil contempt of court* angloamericano e dall'altro all'*astreinte* francese: accostamento, questo, che – seppur reca in sé buone ragioni (che questo lavoro intende peraltro sottolineare) – deve necessariamente essere *problematizzato*. Deve esser dato cioè non come scontato o evidente, ma trattato come autentico problema di indagine¹⁸.

¹⁶ L'insegnamento è espresso, seppur in altro contesto, da VARANO, *Organizzazione e garanzie della giustizia civile nell'Inghilterra moderna*, Milano, 1973, 115.

¹⁷ È su questa norma che il lavoro – nella parte relativa al modello italiano – intende soffermarsi. Pertanto, né le misure coercitive speciali già presenti nella legislazione italiana – introdotte da tempo oppure più recentemente, a tutela di posizioni giuridiche sentite come particolarmente importanti (vuoi per il loro significato economico, vuoi per il fatto di riferirsi a diritti della personalità) – così come la misura coercitiva nel processo amministrativo (di cui all'art. 114, comma 4, lett. e, c.p. amm.) non verranno fatte oggetto di specifica e puntuale analisi, ma verranno incorporate nel corso delle considerazioni che seguiranno, ove utile o necessario (cfr., ad es., i cenni a questo ultimo istituto, Cap. VI, Par. 5). Inoltre, sulla ragionata esclusione, in questa indagine, del modello tedesco, cfr. *infra*, nota 19.

¹⁸ Per questo approccio, cfr. i penetranti rilievi di diritto comparato di TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 142 ss. poi ribaditi, dopo l'introduzione dell'art. 614 *bis* c.p.c., in ID., *Note sull'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare*, in *Giur. it.*, 2014, 744 ss. Per l'enfasi delle differenze del modello inglese di misure coercitive rispetto ai modelli continentali cfr. anche EL. SILVESTRI, *Problemi e prospettive di evoluzione nell'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare*, in *Riv. dir. proc.*, 1981, 49 ss.; ID., *Rilievi compa-*

Mi spiego. I modelli di coazione indiretta nel panorama comparato presentano tante e tali differenze sotto diversi profili (non solo tecnico-operativi, ma anche, soprattutto, istituzionali e culturali) che si potrebbe aver l'impressione di star accostando istituti giuridici che poco hanno a che fare tra di loro. In particolare, a essere nient'affatto ovvio e scontato è proprio l'accostamento della misura coercitiva italiana al modello inglese del *civil contempt of court* (e parimenti l'accostamento di quest'ultimo alle *astreintes* francesi), assai diverso dalle soluzioni continentali, e non solo per la macroscopica differenza che questo, nella sua forma più estrema, prevede l'incarcerazione del soccombente recalcitrante¹⁹.

ratistici in tema di esecuzione degli obblighi di fare e di non fare, in *Riv. dir. civ.*, 1988, 533 ss.; TARUFFO-SILVESTRI, voce "Esecuzione forzata: misure coercitive", in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, XIII, 1; CHIARLONI, *Misure coercitive*, cit., spec. 238 ss.; ID., *Ars distinguendi e tecniche di attuazione dei diritti*, in *Processo e tecniche di attuazione di diritti*, I, cit., 183 e seg.; VARANO, voce "Contempt of court", in *Dig. disc. pub.*, sez. pen., III, Torino, 1989, 108 ss.; FRIGNANI, *L'injunction nella common law*, cit., (ma già ID., *Il «contempt of court» quale sanzione per l'inesecuzione dell'«injunction»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 112). V. anche DONDI, *Tecniche di esecuzione nell'esperienza statunitense*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., I, 249 ss. Di recente, valorizza le differenze tra i modelli anche VAGNI, *Obligations To Do or Not To Do and Indirect Coercion Against the Debtor: Comparative Remarks*, in CALZOLAIO-SERRAND (a cura di), *Le contrainte en droit. The Constraint in Law. Echanges franco-italiens, French-Italian Exchanges*, Zurigo, 2017, 261; per il medesimo accostamento di cui nel testo, nella letteratura francese, REMIEN, *L'astreinte et l'Europe*, in DEUMIER (et al.) a cura di, *Mélanges en l'honneur de Pascal Ansel*, Paris, 2021, 841 ss. Più indietro nel tempo, cfr. anche il fondamentale, profondo e sfortunatamente poco ricordato contributo di PEKELIS (processualcivilista italiano poi naturalizzato statunitense), *Legal Techniques and Political Ideologies: A Comparative Study*, in 41, *Michigan Law Rev.*, 1943, 665 (v. anche nella traduzione italiana, con ampio saggio iniziale, a cura di DONDI, *Una pagina di Pekelis rivisitata*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1982, 143 ss.), le cui considerazioni verranno riprese ampiamente nel Capitolo conclusivo di questo lavoro.

¹⁹Più corretto sembrerebbe quindi l'accostamento delle misure compulsorie inglesi a quelle tedesche (*Zwangsstrafen*) disciplinate dai § 888 (per gli obblighi di fare infungibili, *Nicht vertretbare Handlungen*) e 890 (per gli obblighi di non fare o tollerare, *Erzwingung von Unterlassungen und Duldungen*) della *Zivilprozessordnung*. Queste prevedono, oltre che l'applicazione di una multa (*Zwangsgeld*), anche l'irrogazione di una pena detentiva (*Zwangshaft*) non superiore ai sei mesi. Si noti che il beneficiario della somma di denaro è lo Stato e non la parte a favore della quale l'ordine è stato pronunciato, dal che si potrebbe ricavare che il fondamento delle misure coercitive sia la difesa dell'onore del potere giudiziario e non tanto, o non solo, l'interesse del creditore all'esecuzione della sentenza. L'accostamento tra il sistema anglosassone e quello tedesco di coazione all'adempimento, peraltro, non deve sorprendere, dal punto di vista della tradizionale classificazione tra sistemi di *civil law* e *common law* (lo rilevava già addietro, proprio a questo proposito, DAWSON, *Specific Performance in France and Germany*, in 57, *Michigan Law Rev.*, 1959, 495 ss., e così anche il GOLDSCHMIDT, *Las astreintes, las sanciones por contempt of court y otros medios para conseguir el cumplimiento de las obligaciones de hacer y de no hacer*, in *Scritti giuridici in onore della Cedam*, I, Padova, 1936, 77; cfr. poi CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, cit., 88, in nota 105; più di recente, nello stesso senso, TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, cit., 146). Le misure compulsorie tedesche, infatti, rappresentano uno schema a sé, una anomalia quasi nel contesto continentale. A giudizio del CHIARLONI (*ult. op. cit.*, 93), non sono altro che un «residuo semif feudale», la attuale «eredità del tardivo dissolvimento dei rapporti e dei valori tipici dell'ordinamento feudale», il che comporta, ancora oggi, un «evidente [...] disa-

Quello che occorre non sottovalutare, ma anzi enfatizzare, è il fatto che il modello del *civil contempt of court* – evocativamente: “*oltraggio alla corte*” – differisce, assai più profondamente, dal punto di vista della *filosofia processuale* sottostante, soprattutto con riferimento al ruolo storicamente svolto dalle corti di *common law* e al particolare modo d'intendere l'autorità del giudice nella società: il che non può non costringere il comparatista a interrogarsi sulla legittimità e sul senso di questo confronto.

Chi si è occupato, in particolare, della storia del potere di *contempt* ha messo difatti in luce come quest'ultimo sia un istituto che «*occupies so accepted a place in Anglo-American law that questions are less addressed to whether or not the power should exist than to what extent it can be exercised and what are its limitations*». Ma, allo stesso tempo, «*to the non-common lawyer the contempt power is a legal technique which is not only unnecessary to a working legal system, but also violative of basic philosophical approaches to the relations between government bodies and people*»²⁰.

Ecco, in due brevi frasi, descritta tutta la *problematicità* del confronto: tanto il *contempt of court* è cruciale nell'amministrazione della giustizia nei paesi della tradizione anglo-americana, al punto da essere un dato acquisito, ovvio, naturale, quanto esso è estraneo, e persino per certi versi *incomprensibile*, nei sistemi di *civil law*.

gio diffuso nella dottrina di fronte al compito di introdurre nelle sue moderne categorie concettuali un istituto che non si lascia inquadrare in alcune di esse proprio per il fatto di essere un relitto di tempi in cui quelle categorie mancavano di contorni precisi» (*ult. op. cit.*, 96). Nonostante una certa parentela concettuale e strutturale con le misure coercitive anglosassoni, va detto però che l'estensione di quelle tedesche è molto più limitata rispetto al *civil contempt of court*, che – come si vedrà *amplius* – è potere generale e “innato” delle corti di *common law*. Le *Zwangsstrafen*, invece, come detto, sono testualmente previste soltanto per gli obblighi di fare infungibili e per comportamenti di omissione e tolleranza. Inoltre, in linea con i principi generali, possono essere pronunciate soltanto qualora la prestazione infungibile «*wenn sie ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängt*» (§ 888, comma 1) cioè “dipenda unicamente dalla volontà del debitore” (con il che si vuole dire che sono escluse dall'alveo di applicabilità tutte quelle attività che presuppongono una specifica attitudine, ispirazione o talento artistico innato e personale, per le quali, insomma, la “buona volontà” non basta, e che per questa ragione non possono né devono essere coartate). Infine, per espressa previsione legislativa (§ 888, comma 3) non è eseguibile coattivamente la condanna a dare attuazione a un contratto di servizio (*Verurteilung zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrag*). L'importanza generale di queste disposizioni, seppur grande sotto il profilo sistematico, non deve essere quindi sopravvalutata dal punto di vista pratico nel quadro complessivo del sistema tedesco, anche tenendo conto della progressiva trasformazione dell'obbligo del giudice, quanto alla loro applicazione, in un potere sostanzialmente discrezionale (così, di recente, CHIARLONI, *Esecuzione indiretta. Le nuove misure coercitive ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c.*, in *Libro dell'anno del Diritto*, 2012, Treccani, *online*). Per una approfondita analisi del modello tedesco, unita ad ampie considerazioni di carattere comparatistico, cfr. REMIEN, *Rechtswirklichkeit durch Zwangsgeld: Vergleich – Vereinheitlichung – Kollisionsrecht*, Tubingen, 1992, *passim*.

²⁰ GOLDFARB, *The History of Contempt Power*, in *Washington Univ. Law Quart.*, 1961, 1, 2.

È proprio questa constatazione – sulla quale questo lavoro intende insistere – che deve destare l'interesse del comparatista e alla quale bisogna avvicinarsi con la dovuta consapevolezza; ecco perché è necessario, nel prossimo capitolo, un *excursus* metodologico che consenta di muoverci con agio su un terreno tanto scivoloso, ma altrettanto intellettualmente stimolante, come quello dell'analisi comparata degli istituti giuridici, e segnatamente degli istituti giuridici processuali (Cap. II).

Senza dubbio, però, la problematizzazione di questo confronto non è il solo scopo della nostra indagine. A partire dalla sottolineatura delle differenze si vuole giungere a una spiegazione culturalmente fondata delle misure coercitive, in grado cioè di fornire una giustificazione delle diversità di impostazione e quindi di funzionamento, nel quadro di una divergenza storicamente motiva nel concepire la funzione giurisdizionale. Il raffronto qui operato tra diversi sistemi e modi d'intendere i poteri coercitivi nel processo civile non ha, quindi, come fine la semplice completezza descrittiva. Più profondamente, esso intende sussumere sotto un concetto unificante – come si vedrà, quello del principio di effettività della tutela giurisdizionale (Cap. III) – le diverse manifestazioni storicamente determinatesi delle misure coercitive, enfatizzandone le difformità esistenti e cercando di giustificarle poi alla luce di più vaste considerazioni circa le impostazioni di fondo dei vari sistemi considerati e circa il ruolo, la figura e l'autorità del giudice (Cap. VII).

In fin dei conti, lo scopo del diritto comparato in quanto scienza è principalmente (anche se non unicamente) quello conoscitivo: è in primo luogo un'avventura intellettuale, più che un mezzo orientato a scopi pratici, quali la riforma del proprio diritto (anche se saremo di certo gli ultimi ad affermare che una cosa esclude l'altra)²¹. È questa la prospettiva fatta propria in questo lavoro²².

²¹ Per il rilievo che la comparazione nel campo del diritto processuale civile, soprattutto in Italia, è sempre stata più orientata al riformismo, o comunque ha perseguito obiettivi di politica del diritto, invece di venire incontro a un puro desiderio conoscitivo, DENTI, *Diritto comparato e scienza del processo*, in SACCO (a cura di), *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano, 1980, 213, 214.

²² Come ebbe a dire Rodolfo Sacco: non si sarebbe raggiunta la luna senza lo studio dell'astronomia; ma ciò non significa che lo studio delle stelle serva solo a questo («[O]n n'aurait pas atteint la lune sans l'astronomie. Mais l'astronomie n'a pas attendu la possibilité d'atteindre la lune pour s'engager dans la mesure des distances qui séparent les planètes de notre système», SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, 1991, 5).

CAPITOLO SECONDO

MISURE COERCITIVE E DIRITTO PROCESSUALE COMPARATO. CONSIDERAZIONI METODOLOGICHE

SOMMARIO: 1. Brevi riflessioni sul problema del metodo nel diritto comparato. Il diritto comparato tra pluralità e unità. – 2. Impostazione dell'indagine. I tre piani dell'edificio comparatistico. – 3. Diritto comparato e diritto processuale civile: cultura, politica del diritto, ideologia e storia. Rilevanza per lo studio delle misure coercitive. – 4. Il momento valutativo dell'analisi comparativa. Brevi note critiche.

1. *Brevi riflessioni sul problema del metodo nel diritto comparato. Il diritto comparato tra pluralità e unità*

La constatazione fatta in precedenza circa l'impostazione e la finalità di questo studio rende necessarie alcune precisazioni più ampie di carattere metodologico relative alla ricerca comparatistica in generale e a quella nell'ambito del diritto processuale civile in particolare, con riferimento sia alla ragion d'essere della comparazione sia al suo oggetto. È infatti il metodo adottato che orienta la scelta degli aspetti che verranno presi in considerazione e che dà quindi forma alle riflessioni che seguiranno.

I cultori del diritto comparato – si sa – hanno una vera e propria *infatuazione* per le questioni metodologiche¹. Anzi, il diritto comparato stesso, a un certo

¹Le opere che si occupano *ex professo* dei vari metodi utilizzati nella comparazione giuridica, sia in veste riepilogativa sia critica, sono innumerevoli. Cfr., da ultimo, la raccolta *Comparative Law Methodology* a cura di Adams-Husa-Oderkek, Cheltenham-Northampton, 2017; SIEMS, *Comparative Law*, Cambridge, 2018, (2 ed.), spec. 15 ss. (Cap. intitolato *The Comparative Legal Method*); *The Method and Culture of Comparative Law. Essays in Honour of Mark Van Hoecke*, a cura di Adams-Heribaut, Oxford, 2014; *Methods of Comparative Law*, a cura di Monateri, Cheltenham-Northampton, 2012; *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, a cura di van Hoecke, Oxford, 2004. Per un'analisi critica del passato e per il confronto con le nuove tendenze, HUSA, *Methodology of Comparative Law: From Paradoxes to Flexibility?*, in *Rev. int. dr. comp.*, 2006, 1095 ss. Per una visione d'insieme storico-generale, JALUZOT, *Méthodologie du droit comparé: bilan et prospective*, *ivi*, 2005, 29 ss. Scriveva il grande giurista tedesco RADBRUCH, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Stuttgart, 1958, 253 che «*Wissenschaften, die sich mit ihrer eigenen Me-*

punto della sua travagliata esistenza accademica, è stato considerato essere, e ridursi a, null'altro che un problema di metodo².

Valgano, qui, le seguenti considerazioni generali.

Uno dei problemi principali che affligge maggiormente chi si accinge a intraprendere un'indagine di diritto comparato riguarda come riuscire a far sì che la comparazione avvenga fruttuosamente senza, per così dire, *appiattare* le peculiarità dei singoli istituti presi in considerazione. È evidente, infatti, che affinché si possa comparare, gli elementi che si considerano devono essere sì differenti, ma non così tanto da essere privi di una qualche relazione tra loro³.

Vi è, in definitiva, una costante tensione tra *differenza* e *relazione*.

Con riguardo al primo termine (*differenza*) occorre evidenziare un aspetto che può apparire a prima vista ovvio, ma che è ricco di implicazioni operative: e cioè che fare comparazione significa assumere i sistemi o gli istituti giuridici alieni nella loro irriducibile e radicale alterità, nell'autentico rispetto delle loro singolarità. Senza alterità, la comparazione stessa non avrebbe motivo d'esistere. «*Comment, d'ailleurs, le comparatiste lui-même pourrait-il exister sans l'autre?*», si chiede provocatoriamente Pierre Legrand, il comparatista che più di altri ha

thodenlehre zu beschäftigen Anlaß haben, kranke Wissenschaften zu sein», ossia che le scienze che si occupano del loro proprio metodo sono scienze *malate*. Riferire questo stato di cose al diritto comparato sembra essere divenuta un'affermazione comune; v., per tutti, VALCKE, *Comparative Law as Comparative Jurisprudence: The Comparability of Legal Systems*, in *American Journal of Comp. Law*, 52, 2004, 713. Cfr. anche SOMMA, *Al capezzale del malato? Riflessioni sul metodo comparatistico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 401.

² Il riferimento è alla diatriba, oggi decisamente superata, tra il diritto comparato inteso come mera metodologia, il cui contenuto sarebbe ridotto a quello delle singole discipline interne, come la parola tedesca *Rechtsvergleichung* (ossia “comparazione giuridica” e non “diritto comparato”) sembrerebbe suggerire, oppure – come oggi si tende a ritenere con pressoché unanimità di vedute – come scienza vera e propria, autonoma e avente un proprio specifico oggetto di studio. Sul punto, v. GORDLEY, *Is Comparative Law a Distinct Discipline?*, in 46, *American Journal of Comp. Law*, 1998, 607 ss.

³ Poiché la complessità del problema non consente di affrontarlo nello spazio di una nota, mi limito qui a richiamare le considerazioni di VALCKE, *Reflections on Comparative Law Methodology*, in ADAMS-BOMHOFF (a cura di), *Practice and Theory in Comparative Law*, Oxford, 2012, 22 la quale, a proposito della difficoltà nel confrontare tra loro istituti giuridici stranieri pur nel rispetto delle reciproche differenze, afferma che mentre «*It is indeed possible, despite the common saying, to bring together apples and oranges, subsume them for an instant under the common category of “fruits”, and compare them in terms of weight, colour, shape, or sugar content without for that matter undermining their distinctiveness as apples and oranges*», le cose sono molto più complesse per quanto riguarda il mondo del diritto, il quale è «*primarily an intellectual rather than physical object. It is institutional, a deliberate creation of the human intellect, with the result that there is no obvious mechanical criterion [...] with which to measure and compare it*»; per di più, «*it is not even clear what elements or dimensions of law should be used as the particular objects of comparison*». Della medesima A., e sul medesimo tema, v. anche *Comparative Law as Comparative Jurisprudence*, cit., 713. La questione è discussa anche da ÖRÜCÜ, *Comparability: Theories and Presumptions*, in *The Enigma of Comparative Law. Variations on a Theme for the Twenty – First Century*, Leiden-Boston, 2004, 19 ss.

particolarmente insistito su questo punto metodologico⁴. E difatti egli – in una serie di articoli assai densi – nel corso degli anni ha esposto chiaramente e persuasivamente come la preoccupazione principale del comparatista debba essere l'esaltazione delle differenze più che l'affannosa ricerca delle convergenze. Non l'uniformizzazione o l'armonizzazione delle regole a tutti i costi, bensì far emergere ciò che è diverso, e poi giustificarlo, rappresenta l'essenza della comparazione⁵.

Con riguardo al secondo termine (*relazione*), è innegabile che debba esserci un qualche punto di contatto, di convergenza, che renda possibile la comunicazione tra le diverse culture o tradizioni giuridiche; perché ci possa essere dialogo, occorre, in qualche modo, che le lingue siano *traducibili* l'una nell'altra.

La comparazione richiede, quindi, allo stesso tempo *pluralità* e *unità*⁶.

Pluralità nel senso che – come Pierre Legrand afferma ancora con grande radicalità – la comparazione giuridica deve avere per definizione un effetto *moltiplicatore*, deve cioè rivelare e sprigionare la straordinaria ricchezza e varietà dei problemi e delle soluzioni culturalmente determinate⁷.

Unità, invece, nel senso che l'incontro di (almeno) due modi di pensare e di intendere l'esperienza giuridica comporta un costante sforzo di avvicinamento, di ricerca di un terreno comune. Nella consapevolezza però, beninteso, che tra i termini del discorso vi è sempre irriducibilità e *incommensurabilità*: il che non significa affatto che gli ordinamenti siano tra loro essenzialmente incomparabili (e quindi che fare diritto comparato sarebbe una impresa votata al fallimento), ma soltanto che tra i sistemi giuridici – espressione di una cultura, esattamente

⁴LEGRAND, *Le droit comparé*, Paris, 2011, 96. Per il rilievo che «[a] planet with one culture would be an impoverished habitat (and a world in which comparatists have very little to do)», GRAZIADEI, *The Functionalist Heritage*, in LEGRAND-MUNDAY (a cura di), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge, 2003, 114.

⁵Senza pretesa di completezza, cfr. LEGRAND, *Jameses at Play: A Tractation on the Comparison of Laws*, in 65, *American Journal of Comp. Law*, 2017, 1; ID., *Siting Foreign Law: How Derivada Can Help*, in 21, *Duke Journal of Comp. and Int'l Law*, 2011, 595 ss.; ID., *Foreign Law: Understanding Understanding*, in 6, *Journal of Comparative Law*, 2011, 67 ss.; ID., *On the Singularity of Law*, in 47, *Harvard Int'l Law Journal*, 2006, 517 ss.; ID., *The Same and the Different*, in *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, cit., 240 ss.; ID., *The Impossibility of Legal Transplants*, in *Maastricht Journal Eur. & Comp. Law*, 1997, 111 ss. In generale, sulla "filosofia del diritto comparato" di Pierre Legrand, v. da ultimo, GORDLEY, *Comparison, Law, and Culture: A Response to Pierre Legrand*, in *American Journal of Comp. Law*, 2017, 133 (numero speciale intitolato *What We Write About When We Write About Comparative Law: Pierre Legrand's Critique in Discussion*).

⁶VALCKE, *Comparative Law as Comparative Jurisprudence*, cit., 720 («comparability requires unity and plurality»).

⁷LEGRAND, *Le droit comparé*, cit., 104: «la comparaison n'aura pas un effet unificateur, mais bien multiplicateur. Aussi le promoteur de l'unification du droit est tout le contraire du comparatiste (prétendre se consacrer aux études juridiques comparatives et à l'internationalisation du droit, c'est s'embourber dans une contradiction [...])».

come lo è il linguaggio – non vi è una *misura* in comune mediante la quale stabilirne una gerarchia oggettiva⁸.

Ciò è confermato non solo quando si comparano culture tra loro distanti, ma anche ogniquale volta la comparazione giuridica avvenga tra sistemi di *civil law* e *common law*, cioè le due grandi famiglie della Tradizione Giuridica Occidentale⁹. Proprio qui, anzi, bisogna stare attenti a scorgere facili somiglianze laddove, a uno sguardo più approfondito, non ci sono. Di conseguenza, l'affermazione (assai ricorrente) per la quale vi sarebbe una *graduale convergenza* tra questi due sistemi – seppur per certi versi innegabile¹⁰ – non andrebbe enfatizzata oltremodo, pena la perdita di identità dell'uno e dell'altro. Infatti, *civil law* e *common law* rimangono profondamente diversi dal punto di vista delle cornici concettuali, delle premesse teoriche e del modo soggiacente di concepire la giuridicità, soprattutto per quanto riguarda i sistemi processuali e il modo di pensare e gestire l'amministrazione della giustizia¹¹.

⁸ LEGRAND, *ult. op. cit.*, 75; ID., *La comparaison des droits expliquée à mes étudiants*, in LEGRAND (a cura di), *Comparer les droits, résolution*, Paris, 2009, 209 ss. Sul problema dell'incommensurabilità delle tradizioni giuridiche, soprattutto in un'ottica critica nei confronti dei rapporti *Doing Business* della Banca Mondiale, i quali pretendono stilare gerarchie tra diversi sistemi giuridici sulla base di criteri puramente economici (e quindi ritenuti oggettivi), cfr. le considerazioni di GAMBARO, *Misurare il diritto?*, in ANTONIOLLI-BENACCHIO-TONIATTI (a cura di), *Le nuove frontiere della comparazione, Atti del Primo Convegno Nazionale della Società Italiana per la Ricerca nel Diritto Comparato, Milano, 5-7 maggio 2011*, Trento, 2012, 3 ss. In precedenza, in un'ottica generale, cfr. l'influente saggio di GLENN, *Are Legal Traditions Incommensurable?* in 49, *American Journal of Comp. Law*, 2001, 133. Da ultimo, sul problema, ANTONIOLLI, *The Magic of Numbers. Elucubrazioni sparse in tema di misurazione del diritto*, in MATTEI-CANDIAN-POZZO-MONTI-MARCHETTI (a cura di), *Un giurista di successo. Studi in onore di Antonio Gambaro*, Milano, 2017, 37 ss. Sull'effetto dei rapporti *Doing Business* e dei loro criteri di classificazione sulle dinamiche del processo civile, CAPONI, *Doing Business come scopo del processo civile?*, in *Foro it.*, 2015, V, 10 ss.

⁹ L'approfondimento dei caratteri di questa Tradizione esula dallo scopo della presente trattazione. Sul significato e sul ruolo giocato da questa nozione cfr., per tutti, GAMBARO, *Western Legal Tradition*, in NEWMAN (a cura di), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, London, III, 1998, 687 ss.

¹⁰ Il dibattito sulla convergenza tra ordinamenti di *common law* e *civil law* è, come noto, molto acceso. Senza pretesa di completezza, e in via del tutto generale, cfr. MARKESINIS, *The Gradual Convergence: Foreign Ideas, Foreign Influences and English Law on the Eve of the 21st Century*, Oxford, 1994, *passim*. In senso assai critico su questa tendenza, specie con riguardo ai tentativi di codificazione e armonizzazione europei del diritto civile, cfr. le dure prese di posizione di LEGRAND, *European Legal Systems are not Converging*, in *Int'l & Comp. Law Quart.*, 1996, 52 ss. e ID., *Against a European Civil Code*, in *Modern Law Rev.*, 1997, 44 ss. In precedenza, sul tema, già MERRYMAN, *On the Convergence (and Divergence) of the Civil Law and the Common Law*, in *New Perspectives for a Common Law of Europe*, a cura di Cappelletti, Leyden-Sijthoff, 1978, 195 ss. (ma anche in 17, *Stanford Journal of Int'l Law*, 1981, 357 ss.).

¹¹ Da ultimo, per la condivisibile constatazione del fatto che i sistemi processuali *non* convergono, cfr. CONSOLO, *Il diritto processuale civile e la sua universalità nobilmente servente*, in ID., *Passeggiate e passacglie sul confine tra diritto civile e processuale*, Milano, 2015, 530 ss., secondo il

In altre parole: lo studioso di *civil law* deve avere in mente, e mai dimenticare, che quando parla di *common law* – come ben diceva uno dei padri fondatori del diritto comparato, Henri Lévy-Ullmann – è sempre “a casa altrui”¹².

2. Impostazione dell'indagine. I tre piani dell'edificio comparatistico

Com'è possibile, quindi, coniugare rispetto dell'alterità e possibilità di dialogo?

Per sciogliere questo problema, in questa indagine intendiamo procedere, pur con alcuni distinguo, lungo la traiettoria suggerita da Mauro Cappelletti e contenuta in quello che non sarebbe azzardato definire come il *manifesto* per ogni studio comparato sulla giustizia civile¹³.

quale «è un dato di esperienza che sia la pratica sia – ed ancor più – gli studi sul processo civile differiscono non poco nelle principali “famiglie giuridiche”» e che «quanto mostrato da R. Sacco [nel volume *Il diritto tra uniformazione e particolarismi*, Napoli, 2011, *nda*] [...] – ossia che, almeno in alcuni settori, *frameworks* concettuali diversissimi danno luogo poi a regole operazionali abbastanza convergenti – non vale dunque (o vale qui molto più limitatamente) nel campo del diritto processuale» (ivi, 532 – 533). ID., *Ascendenze tra gli stili e i sistemi di diritto processuale civile nel XX secolo e ragioni della loro tutt'ora difficile «osmosi»*, in *Riv. it. scienze giuridiche*, 2015, 128 ss., a 131: «nel campo processuale tutta una serie di fattori (cultura, lingua, credenze, geografie economiche, propensioni rituali, *last but not least* valori e riflessi deontico-religiosi, etc.), che nel XIX secolo si sarebbero unitariamente designati come *Volksgeist*, giocano un ruolo stagliatamente maggiore che in altri rami del diritto». Per il dibattito su convergenze e divergenze con specifico riferimento al processo civile, cfr. TARUFFO, *Aspetti fondamentali del processo civile di civil law e di common law*, in *Foro it.*, 2001, V, 345 ss. Sul punto si veda anche la raccolta di saggi *Common Law, Civil Law and the Future of Categories*, a cura di Walker-Chase, Toronto, 2010 (Atti del Congresso della *International Association of Procedural Law, Osgoode Hall Law School*, Toronto, 2009). In senso parzialmente differente, soprattutto richiamando l'opera di integrazione a livello europeo, v. però TROCKER, *Il processo civile in prospettiva comparatistica: recenti tendenze evolutive*, in *Rass. forense*, 2006, 1465 ss. e ID., *Un nuovo “ius commune”? Protagonisti e itinerari della formazione del diritto processuale civile europeo*, in *Studi in onore di Remo Martini*, III, Milano, 2008, 781 ss. In precedenza, già NORMAND, *Il ravvicinamento delle procedure civili nell'Unione europea*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 695 ss.

¹² «Dans le droit anglais [...] nous ne sommes pas chez nous, nous ne nous sentons pas chez nous [...] avec le droit anglais, nous n'arrivons pas à nous sentir dans notre maison, nous, des juristes!»; LEVY-ULLMANN, *Comment un Français d'aujourd'hui peut-il aborder utilement l'étude du droit anglais et du droit anglo-américain?*, Paris, 1911, 11.

¹³ Il riferimento è a CAPPELLETTI, *Metodo e finalità degli studi comparativi sulla giustizia*, in *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee. Studi di diritto giudiziario comparato*, Bologna, 1994, 11 ss. Ho già avuto occasione di discutere questa proposta metodologica nell'ambito dello studio delle misure coercitive; *si vis*, GIABARDO, *Mauro Cappelletti's Methodology in Comparative Civil Justice and the Coercive Powers of Courts as a Case Study*, in *Approaches to Procedural Law: The Pluralism of Methods*, a cura di Cadet-Hess-Requejo Isidro, *Studies of the Max Planck Institute for International, European and Regulatory Procedural Law*, Luxembourg, Baden-Baden, 2017, 67 ss.

Questo percorso, essenzialmente, si snoda attraverso tre tappe, tre momenti logicamente distinti:

I) la ricerca del problema, del bisogno o dell'istanza sociale (spesso di natura pregiuridica) a cui un dato intervento normativo intende dar risposta;

II) l'analisi della risposta, cioè della soluzione data dal diritto, intesa a risolvere quel problema;

III) la ricerca delle ragioni (di carattere *extra* giuridico) che appaiano in grado di spiegare non tanto le similitudini, ma, per le ragioni viste prima, soprattutto le differenze tra le soluzioni adottate in risposta al medesimo problema¹⁴.

A ognuno di questi tre passaggi sarà dedicata una parte di questa indagine.

Per quanto riguarda il primo punto, quindi, quello che davvero è necessario per dare significato alla ricerca comparatistica non è affatto l'omogeneità delle soluzioni adottate (le quali, anzi, possono essere anche molto lontane tra loro), bensì la «comunanza, o somiglianza, del problema o bisogno sociale alla cui soluzione l'intervento giuridico, normativo o di altra natura, è inteso», e che viene definito come il *tertium comparationis* (ossia termine di confronto)¹⁵.

Se, per usare una metafora, si concepisse l'analisi comparatistica come un edificio da costruire, la ricerca di questo bisogno o problema sociale, (che, nel caso delle misure coercitive, vedremo essere l'esigenza che la tutela giurisdizionale sia *effettiva*) ne costituirebbe le fondamenta, senza le quali l'intera costruzione non potrebbe poggiare su una solida base.

In questo presupposto è evidente la fortissima analogia con le prescrizioni metodologiche del *funzionalismo* (del quale Mauro Cappelletti stesso era, del resto, un grande ammiratore¹⁶), il cui assunto portante è che solo istituti che adempiono allo stesso compito, o alla stessa *funzione* appunto, possono essere utilmente confrontati¹⁷.

¹⁴In realtà le tappe della comparazione per Mauro Cappelletti sono sei: oltre alle tre menzionate, bisogna aggiungere la ricerca delle grandi tendenze evolutive, la valutazione oggettiva delle soluzioni, e infine la predizione di svolgimenti futuri (CAPPELLETTI, *op. cit.*, 18 ss.). Salvo il momento valutativo – che non si ritiene di adottare, per le ragioni che si diranno *infra* nel testo, Par. 4 – gli altri elementi verranno integrati nel prosieguo dell'indagine.

¹⁵CAPPELLETTI, *op. cit.*, 16.

¹⁶Anche se Cappelletti rivendica l'assoluta originalità del proprio metodo (v. ID. *op. cit.*, 11: «[s]i tratta di una proposta del tutto personale, un tentativo metodologico mai prima d'ora messo da me per iscritto, anche se esso riflette lo schema dentro il quale sempre ho condotto le mie ricerche comparative»). Per la qualifica di Mauro Cappelletti come «*an adept of functionalism*» e per l'inclusione della sua opera tra quelle basate sul metodo funzionale, v. GRAZIADEI, *The Functionalist Heritage*, cit., 109.

¹⁷Sul metodo funzionale nel diritto comparato, v. innanzitutto la classica esposizione a opera di ZWEIGERT, KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato, I, Principi fondamentali*, Milano, 1992, 37 ss. (1^{ed} 1971); in precedenza, però, v. già ZWEIGERT, *Des solutions identiques par des voies différentes (quelques observations en matière de droit comparé)*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1966, 5 ss., e prima ancora ID., *Méthodologie du droit comparé*, in *Mélanges Jacques Maury*, Parigi, 1960, 579 ss. Cfr. anche le