

---

Comitato scientifico:

*Simone ALECCI (Magistrato) - Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) - Costanzo Mario CEA (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina CHIARAVALLI (Presidente di Tribunale) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Mirella DELIA (Magistrato) - Lorenzo DELLI PRISCOLI (Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, Ufficio Studi presso la Corte Costituzionale) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Magistrato, Ufficio massimario presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Francesco FIMMANO' (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) - Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPIA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) - Francesca PROIETTI (Magistrato) - Serafino RUSCICA (Consigliere parlamentare, Senato della Repubblica) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di Corte di Appello) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato, Vice Capo dell'Ufficio legislativo finanze del Ministro dell'economia e delle finanze) - Antonella STILO (Consigliere Corte di Appello) - Antonio VALITUTTI (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.).*

---

## **Facere infungibile ed astreintes**

*L'istituto ex art. 614 bis c.p.c., introdotto con l' art. 49 L. n. 69 del 2009, nel sancire, infatti, sotto la rubrica "attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare", che "con il provvedimento di condanna il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento" e che "il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza", presuppone, per il riconoscimento della predetta tutela, che la condanna abbia ad oggetto un "facere infungibile" ovvero un "non fare", essendo essa una misura coercitiva indiretta per i predetti obblighi, mutuata dai modelli di esecuzione indiretta previsti da alcuni Stati Europei (astreints del diritto francese o contempt of Court anglosassone), riconosciuti applicabili anche dal Regolamento CE n. 44/2001 del 22.12.2000, e finalizzata alla coartazione della volontà del debitore, tale da indurlo ad adempiere il provvedimento di condanna al fine di evitare il pagamento di una somma di denaro per ogni giorno di ritardo nell'adempimento.*

*Considerata la natura e la finalità del predetto istituto, deve ritenersene insussistente il presupposto, con specifico riguardo all'obbligo di fare infungibile, allorché esso sia suscettibile di esecuzione forzata ai sensi degli artt. 612-614 c.p.c. (cfr Tribunale di Cagliari del 19.10.2009) ovvero sussistano, in quel caso, misure coercitive indirette peculiari, oppure nei casi di provvedimenti cautelari, nunciatori o possessori, in quanto non rientranti nel novero delle pronunce di condanna e suscettibili di mera attuazione.*

## **Tribunale di Cagliari, sezione seconda, sentenza del 20.04.2016**

*...omissis...*

XXXX

Fissata l'udienza con decreto del 19 ottobre 2010 , si è costituita in giudizio, con comparsa depositata in data 4 febbraio 2011, xxxx preliminarmente la nullità della domanda - sia per la mancata indicazione ex art. 163, terzo comma, n. 7, c.p.c. dell'avvertimento sulla decadenza ex art. 38 c.p.c. , sia perché non rientrante la controversia fra quelle indicate dall'articolo 702 bis c.p.c. in quanto necessitante di istruttoria non sommaria, e chiedendo il rigetto della domanda, sul presupposto che il bene fosse stato già trasferito, prima ancora della sentenza del 2005 resa ai sensi dell'art.2932 c.c., in sede di separazione consensuale, omologata in data 27 maggio 1991, che essa non occupasse l'immobile abusivamente e non fosse perciò tenuta a pagare i frutti e i danni, avendo eseguito opere di miglioramento fondiario che ne avevano incrementato il valore, e che il suo inadempimento, riferibile al verbale di separazione omologato, determinasse soltanto effetti obbligatori che avrebbero legittimato il ricorrente ad esperire azioni esecutive per il pagamento del credito, sicché essa non era tenuta a rilasciare il terreno di cui era comunque comproprietaria, fin dall'anno 1987, della quota della metà.

Con Provxxxxxxx 16 febbraio 2011 , è stato disposto il mutamento del rito e sono stati concessi in termini di cui all'articolo 183 c.p.c.

Ciò premesso, la domanda è parzialmente fondata e deve pertanto essere accolta per quanto di ragione..

E' intanto documentalmente provato che le parti, in sede di separazione consensuale omologata in data 27.5.1991, si fossero accordate davanti al Presidente del Tribunale, all'udienza del 22 novembre 1990, perché il S. cedesse alla P. la propria quota di ½ della proprietà del bene oggetto del presente giudizio al prezzo di 20 milioni di lire, da corrispondere all'atto della registrazione del verbale omologato dal Tribunale, ed è parimenti dimostrato che, con sentenza n. 259/2005 del 19 gennaio 2005, fosse stata dichiarata trasferita, per effetto della stessa, la quota di proprietà dell'attore, pari a ½, del medesimo terreno agricolo, subordinando il trasferimento al pagamento della somma di Euro 34.086,16 (L. 66 milioni), con gli interessi dalla data del 9 maggio 1991.

Ebbene, nonostante risulti dalla stessa dicitura letterale del verbale di separazione consensuale in atti come il bene oggetto di causa fosse stato già trasferito in proprietà esclusiva alla convenuta in quella sede, avendo il S. all'epoca dichiarato "di cedere alla sig.ra P. M. B., la piena proprietà della propria quota, pari a ½, del terreno agricolo...", al prezzo di vendita convenuto in "L. 20.000.000" che la P. si era impegnata a corrispondere al marito "all'atto della registrazione del verbale omologato dal tribunale", deve ritenersi che tale atto dispositivo sia stato superato dalla successiva sentenza del 2005, con la quale lo stesso è stato implicitamente interpretato nel senso di un preliminare di compravendita e non di un'effettiva cessione avente effetti reali in virtù del consenso traslativo ai sensi dell'art. 1376 c.c. , con la conseguenza che correttamente l'attore ha agito fondando la sua pretesa sulla base della sentenza e non dell'accordo assunto anni prima dalle parti.

Alla stregua del dispositivo della pronuncia in esame, a mente del quale il trasferimento del bene è stato sottoposto a condizione sospensiva del pagamento

della somma di Euro 34.086,16, può dunque sostenersi che l'efficacia traslativa del bene non possa dirsi avvenuta, essendo pacifico tra le parti che la dazione della somma di denaro non è effettivamente avvenuta, sebbene debba contestualmente considerarsi come, in pendenza della condizione sospensiva, il contratto a prestazioni corrispettive produca comunque i suoi normali effetti e vincoli i contraenti al puntuale ed esatto adempimento delle obbligazioni rispettivamente assunte, rendendo la condizione incerto il negozio, ma rimanendo fermo e irrevocabile il vincolo negoziale.

Ed è sulla base di tale considerazione che può sostenersi l'ammissibilità della risoluzione di un contratto divenuto inefficace per il mancato avveramento della condizione derivante dall'inadempimento dell'obbligo della parte di comportarsi, in pendenza della condizione, secondo buona fede e di astenersi dal pregiudicare gli interessi dell'altro contraente, compiendo quanto sia necessario per la verifica dell'evento condizionante (cfr Cass. 19.6.2014, n. 14006).

Derivando dunque il mancato avveramento della condizione dal comportamento omissivo della convenuta nel pagamento del prezzo, può oggi sostenersi che sussistano i presupposti per la risoluzione del rapporto contrattuale, potendosi considerare la condotta posta in essere dalla stessa contraria al principio di buona fede e ai doveri di lealtà e correttezza di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.

Per quanto detto, deve disporsi la risoluzione del rapporto contrattuale intercorrente tra le parti, avente ad oggetto la cessione da parte di S.B. in favore di P.M.B. della quota di proprietà, pari a  $\frac{1}{2}$ , del terreno agricolo ubicato in agro di Uta, località Coddu Su Mattoni, distinto in catasto al F. 18, mappale 66, della superficie complessiva di are 59 e centiare 40, confinante con proprietà xxx e strada vicinale Coddu Su Mattoni.

Deve altresì accogliersi la domanda avente ad oggetto il rilascio della quota di  $\frac{1}{2}$  del predetto terreno da parte dell'xxxx., della cui restante quota di  $\frac{1}{2}$  è rimasta comproprietaria.

In merito, si osserva preliminarmente come colui il quale abbia acquistato il possesso di un fondo a titolo di esecuzione anticipata di un contratto preliminare non sia possessore di esso, bensì detentore qualificato (cfr Cass. 22.3.2011, n. 6489), e come, venuto meno il titolo in base al quale quella detenzione si è estrinsecata (ad esempio per effetto della dichiarazione di risoluzione del contratto), egli sia tenuto alla sua riconsegna.

È evidente poi che la restituzione del bene alla comunione non può non intendersi nel senso di imporre al comproprietario, che avesse avuto le altrui quote in detenzione qualificata, l'obbligo di riconsegnare agli altri comproprietari le loro quote ideali, reintegrandoli nella facoltà di far uso della cosa comune secondo il loro diritto e di disporre della propria quota, in ossequio alla disciplina generale di cui articoli 1102 e 1103 c.c. (cfr. Cass. 27.3.2014 n. 7197).

La P. dunque, cessati gli effetti del contratto preliminare di vendita in conseguenza della sua risoluzione, come oggi dichiarata, deve essere condannata alla restituzione al comproprietario xxxxxxxx. della sua quota, reimmettendolo nel compossesso del bene, garantendogli tutti i diritti che da esso derivano, compreso l'utilizzo della cosa comune e la possibilità di percepirne i frutti e di disporne, entro i limiti della quota medesima.

E' invece infondata la domanda attorea, avente sostanzialmente ad oggetto la condanna della convenuta, ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c., al pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza del provvedimento adottato,

ovvero per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione del provvedimento stesso, e deve pertanto essere rigettata.

L'istituto ex art. 614 bis c.p.c., introdotto con l' art. 49 L. n. 69 del 2009, nel sancire, infatti, sotto la rubrica "attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare", che "con il provvedimento di condanna il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento" e che "il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza", presuppone, per il riconoscimento della predetta tutela, che la condanna abbia ad oggetto un "facere infungibile" ovvero un "non fare", essendo essa una misura coercitiva indiretta per i predetti obblighi, mutuata dai modelli di esecuzione indiretta previsti da alcuni Stati Europei (astreints del diritto francese o contempt of Court anglosassone), riconosciuti applicabili anche dal Regolamento CE n. 44/2001 del 22.12.2000 , e finalizzata alla coartazione della volontà del debitore, tale da indurlo ad adempiere il provvedimento di condanna al fine di evitare il pagamento di una somma di denaro per ogni giorno di ritardo nell'adempimento.

Considerata la natura e la finalità del predetto istituto, deve ritenersi insussistente il presupposto, con specifico riguardo all'obbligo di facere infungibile, allorquando esso sia suscettibile di esecuzione forzata ai sensi degli artt. 612-614 c.p.c. (cfr Tribunale di Cagliari del 19.10.2009) ovvero sussistano, in quel caso, misure coercitive indirette peculiari, oppure nei casi di provvedimenti cautelari, nunciatori o possessori, in quanto non rientranti nel novero delle pronunce di condanna e suscettibili di mera attuazione.

Soltanto allorquando l'obbligo di fare/non fare sia realizzabile esclusivamente con il concorso insostituibile della volontà/attività del soggetto che vi è tenuto ovvero in presenza di situazioni di vantaggio il cui godimento sia assicurato dall'adempimento di fare o non fare a carattere continuativo o periodico, possono dirsi sussistenti i requisiti di legge, essendo la condanna in tali casi diretta non solo ad eliminare gli effetti della violazione compiuta, ma anche ad assicurarne l'adempimento futuro (vedi sentenza Tribunale Cagliari citata).

Orbene, essendo la condanna della convenuta oggi pronunciata suscettibile di esecuzione forzata, deve escludersi che, nel caso in esame, sussista il presupposto sancito dall'art. 614 bis citato per l'adozione della misura richiesta.

Né può dirsi che essa sia fondata su un obbligo di non fare, non soltanto perché nessuna condanna per il futuro è stata oggi pronunciata e neppure richiesta, così mancando il presupposto stesso dell'astreint previsto dal legislatore, ma anche perché, se anche detta domanda e conseguente indiretta pronuncia fosse considerata sussistente, l'obbligo in questione sarebbe privo comunque del connotato della infungibilità.

Si ritiene infatti di dover aderire a quell'orientamento che àncora la concedibilità della misura, anche per gli obblighi di non fare, al requisito dell'infungibilità, in contrasto con quello che, rifacendosi alla rubrica della norma e al suo tenore letterale (cfr Tribunale di Varese del 16.2.2011), ritiene invece non necessario in tali casi il predetto presupposto.

Quest'ultimo orientamento appare infatti non rispondente alla finalità punitiva e coercitiva della norma, giacché negli obblighi di non fare fungibili, la cui violazione determina un mutamento della realtà circostante, è sempre possibile ottenere la distruzione del predetto mutamento e il conseguente ripristino della situazione iniziale,

con reintegrazione del diritto violato, nelle forme di cui all'art. 612 c.p.c. , sicché concedere tale misura in tali ipotesi determinerebbe un indebito arricchimento del beneficiario, diversamente da quanto accade nelle ipotesi di obblighi di non fare infungibili la cui eventuale trasgressione produce conseguenze materialmente non eliminabili con il ripristino in forma specifica, ma soltanto risarcibili.

Non avendo perciò l'attore chiesto alcuna condanna per eventuali violazioni future e non essendovi stata perciò alcuna pronuncia in tal senso, la quale non sarebbe neanche configurabile come infungibile, la domanda proposta ex art. 614 bis c.p.c. deve ritenersi infondata e dunque da rigettare.

Quanto infine alla domanda risarcitoria, deve ritenersi che, stante la comproprietà del bene in capo alla convenuta e la sussistenza di un titolo per la sua, quantomeno parziale, detenzione, nessun illecito sia ravvisabile nel caso in esame, dovendosi per contro regolamentare i reciproci rapporti di dare e avere in sede di divisione, mediante quantificazione dei frutti.

Le spese del giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza e devono essere poste a carico della convenuta nella misura di  $\frac{3}{4}$ .

p.q.m.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni altra istanza disattesa o assorbita, così dispone:

1. dichiara la risoluzione del contratto, avente ad oggetto la cessione da parte di Sxxxxxx. in favore di P.xx quota di proprietà, pari a  $\frac{1}{2}$  del terreno agricolo ubicato in agro di Uta, località Coddu xxxxx in catasto al F. 18, mappale 66, della superficie complessiva di are 59 e centiare 40, confinante con proprietà P.G., proprietà xx e strada vicinale Coddu Su Maxxxni;
2. condanna P.M.B. al rilascio in favore xxx. della quota di  $\frac{1}{2}$  dell'immobile di cui al precedente capo 1);
3. rigetta la domanda risarcitoria e quella proposta ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c.;
4. xxx. alla rifusione, in favore di Sxxx delle spese del giudizio che liquida in complessivi Euro 2.979,00 oltre accessori di legge.

Sentenza resa ex articolo 281 sexies c.p.c., pubblicata mediante lettura alle parti presenti ed allegazione al verbale.

Così deciso in Cagliari, il 20 aprile 2016.

Depositata in Cancelleria il 20 aprile 2016.