



RICCARDO FRATINI

Astreintes e diritto del lavoro durante il covid-19

Sommario: 1. - Il Caso. - 2. -L'applicabilità delle misure coercitive indirette in sede cautelare. - 3. – La configurabilità di una misura coercitiva indiretta in sede cautelare nella materia di lavoro - 4. – Tutela risarcitoria anticipata cautelare per gli illeciti di danno. - 5 . – La misura coercitiva indiretta atipica per gli illeciti senza danno.

1. - Il caso di specie, di cui all'ordinanza in epigrafe, riguardava un lavoratore che si era visto rifiutare, durante il periodo del cd. *lockdown*, ossia la quarantena imposta dal governo su tutto il territorio nazionale a causa dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, la concessione della modalità di lavoro agile, che gli era dovuta ai sensi dell'art. 39, c. 2, del D.L. 18/2020 (poi anche "Cura Italia"), in quanto era affetto da patologia invalidante ai polmoni che lo rendeva soggetto particolarmente a rischio. Il provvedimento, dunque, ritenuti sussistenti i presupposti con motivazione molto puntuale ed esaustiva, intendeva accogliere la domanda del lavoratore, evidentemente fondata, trattandosi di ipotesi tipica contemplata dall'articolo citato.

Lo slancio argomentativo si concentrava, dal punto di vista processuale, sulla configurabilità di una condanna ad un *facere* infungibile in sede di provvedimento d'urgenza, ma si perdeva, invece, nella parte finale dell'ordinanza, quando il giudice, con l'intento di rafforzare la tutela, concedeva *de plano* lo strumento di coercizione indiretta ex art. 614*bis* cod. proc. civ. richiesto dal lavoratore nella misura di 50,00 euro per ogni giorno di inottemperanza (punto 8.1 dell'ordinanza).

Da ciò derivano i due temi su cui si cercherà di fare luce nei paragrafi che seguono: valutare per prima cosa se sia concedibile in astratto un provvedimento ex art. 614*bis* nel procedimento cautelare e, in seconda battuta, se sia comminabile una misura di coercizione indiretta nel particolare caso del procedimento cautelare in materia di lavoro.

2. – La prima questione, concernente la possibilità di applicare l'istituto alle ordinanze cautelari, ha destato l'attenzione degli studiosi sin dall'entrata in vigore dell'art. 614-*bis*.

In particolare, muovendo dalle peculiari caratteristiche di strumentalità, provvisorietà, temporaneità proprie della tutela in questione, parte della dottrina aveva negato che la misura coercitiva potesse corredare un comando cautelare del giudice civile¹.

A sostegno della tesi negativa si affermava, anzitutto, che la collocazione dell'art. 614-*bis* prima della disciplina del procedimento cautelare uniforme ostasse all'applicazione della misura all'interno dello stesso. Inoltre, si evidenziava la difficoltà nel ricondurre le misure cautelari ai provvedimenti condannatori² *tout court* in quanto, da un lato, inidonei

¹ Per la tesi negativa si vedano CHIZZINI, sub Art. 614 bis c.p.c., in BALENA-CAPONI-CHIZZINI-MENCHINI, (a cura di), La riforma della giustizia civile, Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009, 2009, 146, secondo cui i provvedimenti cautelari non sono riconducibili al tipo della condanna; BARRECA, L'attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare (art. 614-bis c.p.c.), in Ref, 2009, 508 e ss.; e TEDIOLI, Osservazioni critiche all'art. 614-bis cod. proc. civ., originariamente in NGCC, 2013, 67 e ss, ora anche in www.tedioli.com (che escludono dall'ambito di operatività dell'art. 614-bis c.p.c. anche gli interdetti possessori). In giurisprudenza nega la possibilità di applicare la misura coercitiva alle ordinanze cautelari, sul presupposto che l'attuazione delle stesse possa essere richiesta agevolmente e in tempi rapidi secondo le modalità stabilite dall'art. 669-duodecies c.p.c., Trib. Rieti 9 luglio 2013, in Nuova giur. civ. comm., 2013, 120, con nota di LUDOVICI.

² CONSOLO, GODIO, Commento all'art. 614-bis, in Commentario del codice di procedura civile, a cura di COMOGLIO, CONSOLO, SASSANI e VACCARELLA, Torino, VII, v. 1, 2014, 143, 154 ss.; la stessa limitazione dell'applicabilità della misura agli obblighi di fare e di non fare, poi estesa nel 2015 agli obblighi di consegna e rilascio, è stata oggetto di critiche. Sulla possibilità *de jure condendo* di estendere le misure anche alle sentenze dichiarative o costitutive si vedano SASSANI, Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto, Padova, 1989, passim, con particolare ma non esclusivo riferimento alla tutela impugnatoria; cfr. anche VACCARELLA, Il procedimento di repressione della condotta



al giudicato³ e, dall'altro, non suscettibili di esecuzione forzata, ma solo di mera attuazione secondo le modalità indicate dall'art. 669-*duodecies* c.p.c., il quale tra l'altro non opera alcun richiamo espresso alla misura coercitiva⁴.

Tale soluzione non appare, tuttavia, appagante, in quanto il generico riferimento al «provvedimento di condanna» contenuto nell'art. 614-*bis*, rimasto invariato sul punto anche con la novella del 2015, se ragionevolmente interpretato, non si dovrebbe intendere nel senso di includere soltanto la condanna contenuta nella sentenza che abbia il carattere della definitività, ma piuttosto tutti i provvedimenti giudiziari a contenuto precettivo, cioè idonei ad imporre un certo contegno al loro destinatario.

La correttezza di una simile interpretazione è fatta palese dalla terminologia impiegata dal legislatore proprio nell'art. 614bis, il quale prescrive la penalità di mora «per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento» ed evoca, piuttosto che l'inerzia del debitore condannato, proprio la dimensione del c.d. cautelare anticipatorio, nel quale si delinea un comando da rispettare più che un accertamento anticipato. Non a caso la dottrina maggioritaria⁵ si è schierata a favore della pronuncia della misura coercitiva emessa nei provvedimenti cautelari di condanna a carattere anticipatorio.

Nel senso di una lettura estensiva della disposizione depone, poi, l'esigenza di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale in particolar modo, e forse più che nei provvedimenti definitivi, nell'ambito della cognizione anticipata che è propria di molti provvedimenti non definitivi, tra cui vale la pena di ricordare le ordinanze anticipatorie e quelle cautelari. L'applicazione della misura coercitiva a questo tipo di procedimenti svolge una duplice funzione: prima di

antisindacale, Milano, 1977, 171; MONTESANO, Limiti oggettivi di giudicati su negozi invalidi, in Riv. dir. proc., 1991, 19 e ss.

³ Evidenziava la necessità di un previo giudizio di merito Trib. Roma, ord. 2 febbraio 2017, con nota critica di COREA, dal 2.5.2017 in www.judicium.it. Cfr. anche CAPPONI, Ancora su astreinte e condanna civile, in Ref, 2017, 569 ss., parimenti di segno negativo.

⁴ Invero né il legislatore del 2009 né quello del 2015 hanno avuto cura di coordinare gli artt. 614-bis e 669-*duodecies* c.p.c. in punto di attuazione del provvedimento cautelare, dimenticanza che ingenera molteplici problemi applicativi: sul tema cfr. TRAPUZZANO, Le misure coercitive indirette. Come indurre il debitore ad adempiere, Cedam, 2012, 260 ss. In argomento si vedano anche le riflessioni di COSTANTINO, Tutela di condanna e misure coercitive, in Giur. it., 2014, 741, il quale osserva come il giudice cautelare può applicare una misura coercitiva attraverso le «modalità di attuazione» e la pronuncia dei «provvedimenti opportuni» ex art. 669-*duodecies* c.p.c., non essendo pertanto necessaria una applicazione diretta dell'art. 614-bis c.p.c.; CECHELLA, Il processo cautelare, Torino, 1997, 178, che già prima del 2009 aveva prospettato la facoltà per il giudice dell'attuazione del cautelare di associare alla propria pronuncia una misura compulsoria, in ragione degli ampi poteri a esso attribuiti; VULLO, L'attuazione dei provvedimenti cautelari, Torino, 2011, 245 ss.

⁵ In tal senso si vedano, ex multis, BOVE, La misura coercitiva di cui all'art. 614-bis c.p.c., cit., 784; AMADEI, Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili, cit., 352; GAMBINIERI, Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare, cit., 323; MAZZAMUTO, L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito, in Giur. it., 2010, 647; MERLIN, Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella L. 69/2009, in Riv. dir. proc., 2009, 1554 ss.; RECCHIONI, L'attuazione forzata indiretta dei comandi cautelari ex art. 614 bis c.p.c., in Riv. trim. dir. proc. civ., 2014, 1478; nonché, di più recente, VINCRE, Le astreintes a seguito della riforma del 2015, cit., 10; CAPPONI, Manuale di diritto dell'esecuzione civile, Torino, 2016, 42. Per la prevalente giurisprudenza di merito, specie con riguardo ai provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c., cfr. Trib. Verona 9 marzo 2010, in Giur. merito, 2010, 1857; Trib. Cagliari 19 ottobre 2009, in Foro it., 2011, I, c., 287, con nota di MONDINI; Trib. Palermo 27 marzo 2014, in www.ilcaso.it; Trib. Reggio Emilia 15 aprile 2015, in Giur. it., 2015, 2382, con nota di FRUS, La coercibilità indiretta della misura cautelare ed i rimedi a disposizione di chi la subisce; Trib. Milano 9 luglio 2015, in Foro it., 2015, I, c. 2926; Trib. Milano 26 maggio 2015, ivi, 2015, I, c. 2181; Trib. Genova 28 ottobre 2015, ivi, 2016, I, c. 1053, con nota di MONDINI, Note sui rimedi e controllo della misura coercitiva ex art. 614-bis c.p.c. concessa con ordinanza cautelare, e in Giur. it., 2016, 1129, con nota di BERTILLO, Sui rimedi avverso la condanna ex art. 614-bis c.p.c. emessa in sede cautelare.



tutto quella di assicurare la conformità della realtà al dettato giudiziale, o quantomeno di sanzionare i soggetti che si rifiutino di conformarvisi, in modo tale da disincentivare il comportamento, fin troppo diffuso nella pratica, di ignorare gli ordini dell'autorità giudiziaria fino alla sentenza; in secondo luogo, vi è anche la rilevante funzione deflattiva, che consente un notevole risparmio di tempo e di costi per il complessivo sistema giustizia, dato che, una volta eseguito l'ordine cautelare, potrebbe ragionevolmente venire meno l'interesse della parte a proseguire il giudizio nella fase di merito.

La congruità della misura coercitiva indiretta ad un provvedimento cautelare risulta ancora più evidente se si pensa ai problemi, sollevati da qualche autore⁶, che delineano una possibile incompatibilità tra esecuzione forzata e coercizione indiretta. Infatti, la commistione tra funzione esecutiva e funzione cognitiva è comune al rimedio coercitivo indiretto ed a quello cautelare, il che li rende ancor più chiaramente compatibili.

È utile osservare, infine, che secondo alcuni autori⁷ l'intervenuto ampliamento dell'art. 614-bis a opera della novella del 2015 consentirebbe di superare ogni residuo dubbio circa l'applicabilità in ambito cautelare della misura coercitiva, aprendo al contempo la strada al suo utilizzo anche per le ordinanze concernenti obblighi fungibili.

La maggior parte della dottrina recente⁸, in ultimo, si è espressa in senso favorevole all'applicazione delle misure coercitive indirette nel procedimento cautelare, come infatti ha rilevato anche la sentenza, che, su questo primo punto, quindi, non può essere criticata.

3. – Ben più annosa è la seconda questione, che riguarda l'applicabilità dell'art. 614bis c.p.c., e più in generale di una misura coercitiva indiretta, nell'ambito di un procedimento cautelare che abbia ad oggetto una materia regolata dall'art. 409 c.p.c., visto il dato letterale della norma, su cui il giudice ha abilmente sorvolato, che espressamente esclude l'applicabilità del rimedio nella materia di lavoro⁹.

⁶ CAPPONI, Manuale di diritto dell'esecuzione civile, Torino, 2016, 38, cit.; sottolinea invece la sola diversità dei due procedimenti LIEBMAN, Unita del procedimento cautelare, in Riv. dir. proc., 1954, I, 248; DELLE DONNE, L'attuazione delle misure cautelari, Roma, 2012, 20 ss.; per una diversa impostazione, VULLO, L'attuazione dei provvedimenti cautelari, Torino, 2001, 88. ss., che ne sottolinea la comune identità funzionale.

⁷ Cfr., ad esempio, BALENA, Istituzioni di diritto processuale civile, III, Bari, 2016, 183. Sulla precedente limitazione della prescrizione ante-riforma si sono pronunciati molti, da diverse prospettive: LOMBARDI, Il nuovo art. 614-bis c.p.c.: l'astreinte quale misura accessoria ai provvedimenti cautelari ex art. 700 c.p.c., in Giur. merito, 2, 2010, 398 ss.; MAZZAMUTO, L'esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare, in Trattato di diritto privato, diretto da RESCIGNO, Milano, 2008, 326; MONTESANO, La tutela giurisdizionale dei diritti, Torino, 1994, 180; sui limiti dell'esecuzione specifica e sul concetto di fungibilità della prestazione, da intendersi in senso non già soggettivo ma oggettivo, ovvero in relazione alla natura dell'opus, v. VACCARELLA, Esecuzione forzata, in Ref, 2007, 7, secondo cui non è consentito desumere dall'esistenza di strumenti di attuazione esecutiva (quali che siano) "la possibilità o necessità di ampliare a dismisura l'ambito delle situazioni soggettive tutelabili in forma specifica", né di conseguire una siffatta tutela laddove tale possibilità non sussista"; v. altresì, in senso analogo, MONTELEONE, Misure coercitive ed esecuzione forzata: attualità del pensiero di S. Satta. Commento teorico-pratico al nuovo Titolo IV-bis ed all'art. 614-bis c.p.c., in Ref, 2016, 543.

⁸ Tra i tanti, si vedano i lavori di COREA, Sull'astreinte accessoria a provvedimento cautelare, in www.judicium.it; VULLO, Procedimenti cautelari in generale, in Commentario del codice di procedura civile, a cura di CHIARLONI, Bologna, 2017, 212; CAPPONI, Manuale di diritto dell'esecuzione civile, cit., 38; CONSOLO, Spiegazioni di diritto processuale civile, I, Torino, 2012, 78; LUISO, Diritto processuale civile, III, Milano, 2015, 244; MAZZAMUTO, La comminatoria di cui all'art. 614-bis cod. proc. civ. e il concetto di infungibilità processuale, in Europa dir. priv., 2009, 971; MONTELEONE, Misure coercitive ed esecuzione forzata, cit., 551; D'AMICO, Sull'applicabilità dell'art. 614 bis c.p.c. ai provvedimenti cautelari, in Riv. dir. proc., 2014, 713 ss.; LOMBARDI, Il nuovo art. 614 bis cod. proc. civ.: l'astreinte quale misura accessoria ai provvedimenti cautelari ex art. 700 cod. proc. civ., in Giur. merito, 2010, 398 ss.;

⁹ Con la lapidaria affermazione "le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle controversie di lavoro subordinato pubblico e privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409"



In questa materia, infatti, non potrebbe valere l'argomento principe, utilizzato dalla maggior parte della dottrina, relativo alla natura "anticipatoria" del provvedimento cautelare ex art. 700 c.p.c., che, come noto, può anticipare tutti quei provvedimenti che potrebbero essere oggetto del giudizio *funditus*. Tuttavia, per contrario, difficilmente si potrebbe dire che il provvedimento possa anticipare una condanna che il giudice non potrebbe comminare, per espressa previsione di legge, nel giudizio di merito.

L'esclusione è stata spiegata in dottrina¹⁰ come connessa alla specificità del contratto di lavoro quale contratto di durata, in cui l'effetto dissuasivo dell'inottemperanza alla condanna sarebbe già incorporato nella disciplina speciale dei rimedi ordinari risarcitori, come nell'licenziamento retto dall'art. 18 Stat. Lav.¹¹ oppure nella disciplina della *mora credendi* nel rapporto di lavoro¹².

D'altronde, nel rito del lavoro, altre voci avevano sollevato il problema della necessità dell'*astreintes*, ben prima dell'introduzione del 614bis¹³, osservando come, nella materia già richiamata del licenziamento, l'atto di recesso illegittimo non estingueva il rapporto e, quindi, i giudici ben avrebbero potuto ricorrere all'art. 700 c.p.c. per attuare l'obbligo del datore di lavoro di cooperare all'adempimento, contemporaneamente riconoscendo e liquidando il danno derivato dal verificarsi dell'allontanamento e, dall'altro lato, costringendo all'adempimento specifico il datore riottoso, pur in assenza di specifiche *astreintes*¹⁴ quali quelle contemplate per il sindacalista illegittimamente¹⁵.

Non spiegava l'autore come dovesse avvenire tale costrizione, se non per effetto del risarcimento del danno comminato, che ovviamente in parte svolge anche una funzione sanzionatoria-deterrente¹⁶. Tuttavia, è certo come

¹⁰ VALLEBONA, La misura compulsoria per la condanna incoercibile, in *Mass. Giur. Lav.*, 2009, 7, 568;

¹¹ Cass. S.U. 15 marzo 1982 n. 1669, *Foro It.*, 1982, I, 985, con nota di PROTO PISANI e in *Giust. civ.*, 1982, I, 1825, che attribuiva al pagamento delle retribuzioni anche una funzione di misura coercitiva indiretta patrimoniale dell'ottemperanza all'ordine di reintegrazione. Lo stesso concetto è espresso anche da MAZZAMUTO, La comminatoria di cui all'art. 614-bis cod. proc. civ. e il concetto di infungibilità processuale, cit.;

¹² LISO, Osservazioni sulla mora del creditore nel rapporto di lavoro, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.* 1974, 1062 ss.;

¹³ PEDRAZZOLI, La tutela cautelare delle situazioni soggettive nel rapporto di lavoro, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, 1020 ss.;

¹⁴ La ricostruzione è richiamata anche da PAGNI, L'evoluzione del diritto processuale del lavoro tra esigenze di effettività e di rapidità della tutela, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 75 ss.;

¹⁵ Sul punto confronta VALLEBONA, Istituzioni di diritto del lavoro, vol. II, Wolters Kluwer, 2018, 615 ss.;

¹⁶ Sul punto si veda Cass. SU 5 luglio 2017, n. 16601, in *Guida al dir.*, 2018, 5, 24; in *Foro It.*, 2017, I, 2613, con nota di richiami di D'ALESSANDRO, con nota di SALVI, Le funzioni della responsabilità civile e il volto italiano dei danni punitivi, in *Foro It.*, 2018, I, 2504 e con nota di PARDOLESI, PALMIERI, I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile., in *Foro It.*, 2017, I, 2630; con nota di PONZANELLI, Le Sezioni Unite sulla delibazione di sentenze straniere di condanna a danni punitivi e di CARRATO, Danni punitivi: semaforo verde per il loro riconoscimento nell'ordinamento italiano, entrambi in *Quotidiano giuridico*, 2017, Banca dati De Jure; PONZANELLI, Le sezioni unite sui danni punitivi tra diritto internazionale privato e diritto interno, in *Nuova Giur. Civ.*, 2017, 10, 1413; con nota di CONSOLO, Riconoscimento di sentenze, specie usa e di giurie popolari, aggiudicanti risarcimenti punitivi o comunque sopracompensativi, se in regola con il nostro principio di legalità (che postula tipicità e financo prevedibilità e non coincide pertanto con il, di norma presente, due *process of law*), in *Corriere Giur.*, 2017, 8-9, 1042; con nota di DI MAJO, Risarcimento anche con funzione punitiva - principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva, in *Giur. It.*, 2017, 8-9, 1787; con nota di BRIZZOLARI, Danni punitivi, dall'ordinamento americano a quello italiano, in *GiustiziaCivile.com*, 31 OTTOBRE 2017; BRIGUGLIO, Danni punitivi e delibazione di sentenza straniera: turning point « nell'interesse della legge », in *Resp. Civ. e Prev.*, 2017, 4, 1198; con nota di BENATTI, Benvenuti danni punitivi... o forse no!, in *Banca, borsa, tit. cred.*, fasc. 5, 2017, pag. 575; con nota di MONATERI, Le sezioni unite e le funzioni della responsabilità civile, in *Danno e resp.*, 2017, 437. Cfr. anche MONATERI, Le sezioni unite e le molteplici funzioni della responsabilità civile, in *Nuova giur. civ.*, 2017, 1410; DE NOVA, Le nuove frontiere del risarcimento del danno: i *punitive damages*, in *Jus Civile*, 2017, 5, 388, in http://www.juscivile.it/fascicoli/5_2017.pdf;



l'esigenza di una tutela di questo genere fosse avvertita anche nella materia di lavoro già prima della riforma¹⁷ che ha introdotto le misure coercitive indirette.

Resta il fatto, però, che, nonostante gli auspici, l'unica misura coercitiva indiretta resta quella prevista dall'art. 18 Stat. Lav. per il licenziamento del sindacalista¹⁸, mentre in tutti gli altri casi, come correttamente rilevava la prima voce citata¹⁹, la tutela della posizione debole del creditore nell'obbligazione infungibile viene affidata ai soli rimedi ordinari, che assorbono, tra le finalità, anche quella coercitiva, essendo già idonei di per sé a soddisfare tale esigenza. Infatti, nella fase di merito, le più rilevanti figure di obbligazioni giuridicamente infungibili non necessitano di una misura coercitiva indiretta, nella misura in cui il risarcimento del danno funge già da elemento deterrente. Ciò in ragione della particolare natura dell'obbligazione di lavorare, per sua natura infungibile e legata al tempo dell'adempimento. Infatti, da un lato il decorso del tempo rende impossibile la prestazione lavorativa ed estingue l'obbligazione che non viene adempiuta se il creditore è in mora²⁰, dall'altro, negli illeciti di danno, la continuazione dell'illecito durante il rapporto di lavoro aumenta il danno patito dal lavoratore se la condotta lesiva non cessa. In presenza di queste condizioni, dunque, i principali illeciti che generano obbligazioni giuridicamente infungibili nel rapporto di lavoro (reintegrazione²¹, demansionamento, trasferimento, adibizione a mansioni superiori²²) vedono nei rimedi ordinari una misura sufficiente a svolgere una funzione anche coercitiva, nella misura in cui l'autore dell'illecito che produce il danno o non adempie all'obbligo è consapevole che protrarre la sua condotta avrà l'effetto di aumentare la sua responsabilità contrattuale verso il lavoratore²³.

¹⁷ Oltre a quelle già citate nelle note precedenti, si veda tra tutte CAPPONI, *Astreintes nel processo civile italiano?*, in *Giust. Civ.*, 1999, 157;

¹⁸ Sul punto si veda NASCOSI, *Le misure coercitive indirette nel sistema di tutela dei diritti in Italia e in Francia*, Jovene ed., 2019, 225 ss.;

¹⁹ VALLEBONA, *La misura compulsoria per la condanna incoercibile*, cit.;

²⁰ LISO, *Osservazioni sulla mora del creditore nel rapporto di lavoro*, cit.;

²¹ Sulla infungibilità della reintegrazione, DE STEFANO, *L'esecuzione indiretta: la coercitoria, via italiana alle "astreintes"*, in *Corriere Merito*, 2009, 12;

²² Per un prospetto riassuntivo degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in materia di coercibilità dell'ordine di reintegra del lavoratore, cfr. LOMBARDI, *Coercibilità dell'ordine cautelare di reintegra del lavoratore nei confronti del datore di lavoro pubblico*, in *Giur. Merito*, 2007, 677;

²³ In questo senso VALLEBONA, *La misura compulsoria per la condanna incoercibile*, cit., ritiene che sia corretta la decisione del legislatore di escludere la materia di lavoro dall'applicazione del 614bis. La scelta dell'esclusione è condivisa anche dalla legislazione belga, ma non da quella francese, nella quale si distingue anzitutto tra *astreinte* provvisoria (che necessita di successiva liquidazione) e definitiva; il cui ambito di applicazione è stato esteso non solo a condanne non suscettibili di esecuzione forzata ma anche a quelle aventi ad oggetto *facere* fungibili o somme di denaro; è pronunciabile anche d'ufficio dal giudice (*Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution*, art. 33 ss.). Sul tema, TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette*, cit., 31; D'ALESSANDRO, *La condanna ex art. 614-bis nello spazio giudiziario europeo*, in AA.VV., *Il processo esecutivo, Liber amicorum Romano Vaccarella*, a cura di CAPPONI, SASSANI, STORTO, TISCINI, Torino 2014, 936 e ancora VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione europea*, cit., 749. In Germania, invece, la misura coercitiva indiretta prevista in base al par. 888, c. 3, ZPO non si applica nell'ipotesi di condanna a prestare servizi ("*Diese Vorschriften kommen im Falle der Verurteilung zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrag nicht zur Anwendung*"), a salvaguardia della libertà personale del lavoratore specie subordinato, dal momento che il debitore è tenuto al compimento dell'atto sotto la minaccia di una sanzione pecuniaria (*Zwangsgeld*) - suscettibile di convertirsi in una misura limitativa della libertà personale (*Zwangshaft*) nell'eventualità in cui la somma non possa essere riscossa - o di una sanzione detentiva. Tra i due sistemi astrattamente possibili della condanna-indennizzo (cioè a favore del creditore), vigente nel sistema francese, e della condanna-pena (cioè a favore dell'erario), in essere in Germania, il legislatore della l. n. 69 del 2009 sembra, dunque, aver optato per il primo sistema essendo evidente, anche se la norma non lo dice esplicitamente, che la somma di denaro debba andare a favore del creditore. In senso conforme, VENTURA, *L'esecuzione forzata riformata*, a cura di MICCOLIS e PERAGO, Torino, 2009. Cfr. sul



Sui casi contemplati, quindi, è corretto il ragionamento secondo il quale una misura coercitiva indiretta sarebbe pensabile anche nel diritto del lavoro, purché abbia caratteristiche diverse da quelle proprie del 614bis²⁴: fungendo soltanto da anticipazione della condanna risarcitoria, da venire riassorbita in quest'ultima a seguito del successivo giudizio di accertamento, in modo tale da anticipare la tutela, ma senza duplicare le voci di condanna utilizzando due diverse misure (risarcimento e sanzione) per la medesima funzione coercitiva.

punto anche PILLONI, La circolazione comunitaria delle astreintes (anche quando la sanzione pecuniaria e' destinata allo stato e non al creditore), in *Int'l Lis*, 2013, 1, 36.

²⁴ Sul punto chiaramente DONZELLI, Sanzioni civili pecuniarie punitive e giusto processo, in *GC*, 2019, 2, 373, che rileva correttamente come il dato sistematico di primario rilievo consiste nel fatto che, anche quando – come ad esempio nell'art. 614-bis c.p.c. – il giudice nella determinazione dell'ammontare della somma dovuta tiene conto del danno quantificato o prevedibile, la funzione del rimedio non è risarcitoria, bensì propriamente coercitiva, in quanto la somma stabilita si cumula a quella che la parte potrà ottenere come risarcimento del danno eventualmente subito. L'autore rileva correttamente anche il nodo gordiano del problema di una diversa concezione risarcitoria della misura coercitiva indiretta: attribuire una funzione anche o solo riparatoria alla somma di denaro imposta ex art. 614-bis c.p.c. (o ai sensi delle altre norme che contemplano misure coercitive a contenuto pecuniario) determinerebbe un consistente ridimensionamento della portata deterrente della misura. Tale qualificazione, infatti, consentirebbe al debitore di attivarsi dopo l'inadempimento, eventualmente anche in sede di opposizione all'esecuzione, per ottenere l'accertamento negativo del diritto al risarcimento della controparte e dimostrare che nulla o meno (rispetto a quanto ex ante stabilito dal giudice) gli è dovuto. Sulla funzione non riparatoria della sanzione pecuniaria imposta come misura coercitiva, v., con specifico riferimento all'art. 614-bis c.p.c., CONSOLO, Una buona “novella” al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale, in *Corr. giur.*, 2009, 742; CONSOLO, Spiegazioni di diritto processuale civile, I, Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto processuale, Torino, 2017, 76; F. TEDIOLI, Osservazioni critiche all'art. 614 bis cod. proc. civ., in *Nuova giur. civ. comm.* 2013, II, 76 ss.; AMADEI, Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 349; GODIO, L'astreinte e la giurisprudenza di merito: un primo bilancio su alcuni profili operativi, in *Corr. giur.*, 2011, 1125; COSTANTINO, Tutela di condanna e misure coercitive, cit., 741; GAMBOLI, Le misure di coercizione indiretta ex art. 614 bis c.p.c., in *Giur. it.*, 2016, 1286, nota 35; MONTELEONE, Misure coercitive ed esecuzione forzata: attualità del pensiero di S. Satta, cit., 552 ss.; MAZZAMUTO, La comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale, cit.; MAZZAMUTO, L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito, cit.; implicitamente anche MERLIN, Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella L. 69/2009, cit., che si occupa della spinosa questione riguardante il cumulo della domanda ex art. 614-bis c.p.c. con quella relativa alla condanna al risarcimento del danno futuro; diversamente orientati, ossia a favore della duplice funzione della misura, deterrente e compensativa al contempo, DE SANTIS, Contributo allo studio della funzione deterrente del processo civile, Napoli, 2018, 218 s., 238, con riguardo alle misure coercitive in cui la somma di denaro va a beneficio del creditore; nonché, in precedenza, con riguardo all'art. 614-bis c.p.c., LOMBARDI, Le modifiche apportate dalla l. n. 69 del 18 giugno 2009 in materia di processo di esecuzione, in *Giur. mer.*, 2009, 2087 ss.; La funzione non risarcitoria delle misure coercitive è chiaramente colta anche da Cass. civ., 15 aprile 2015, n. 7613, in *Danno e resp.*, 2015, 1155 ss., con nota di CORSI, Il sì della Suprema Corte all'astreinte straniera e con nota di GIUGLIANO, Compatibilità delle astreintes con l'ordine pubblico italiano, entrambe in *Riv. dir. proc.*, 2016, 243 ss.;



Si tratta, tuttavia, di prospettive *de jure condendo*, mentre, allo stato, per quanto concerne la fase di merito appare pacifico che in questo ambito una misura coercitiva diversa dall'art. 18, c. 14, Stat. Lav.²⁵ non sussiste, dato che l'art. 614 bis espressamente esclude la materia, nonostante le numerosissime critiche alla scelta esposte in dottrina²⁶.

Da ciò deriva quindi, pacificamente, che il richiamo a quest'ultima norma contenuto nell'ordinanza in epigrafe è un richiamo improprio, non potendosi di certo concedere, come già detto, nel cautelare quanto non sarebbe mai possibile concedere nella successiva ed eventuale fase di merito.

Resta, tuttavia, l'interrogativo posto dalla fattispecie concreta oggetto del giudizio: ossia quale tutela offrire al lavoratore contro l'illecito di puro pericolo costituito dalla violazione dell'obbligo di legge di stipulare un patto di lavoro agile. La natura dell'obbligo, infatti, distingue l'obbligazione in esame da quelle analizzate precedentemente, nella misura in cui i rimedi ordinari non approntano una tutela sufficiente avverso il pericolo per la salute del lavoratore²⁷. Appare su questo punto condivisibile il breve ragionamento operato nell'ordinanza, secondo cui il ritardo nella collocazione in *smart working* assumeva un evidente connotato di urgenza durante l'emergenza epidemiologica, dato il pericolo per la salute del lavoratore. Vale la pena di rilevare che in questo caso il danno non si aggrava con il protrarsi della condotta lesiva, ma vi è solo il pericolo di un danno, in quanto il lavoratore o contrae il virus oppure non lo contrae e non vi sono vie di mezzo. Quindi, la norma contenuta nell'art. 39 di Cura Italia tutela una fattispecie di pericolo volta ad evitare il contagio, in quanto nel caso di specie rimettere la tutela al momento in cui il danno si sia già causato sarebbe inutile. Le diverse condizioni, quindi, fanno fuoriuscire questa ipotesi particolare dal novero delle azioni per le quali i rimedi ordinari appronterebbero una tutela sufficiente e, di conseguenza, non può che ritenersi corretto, almeno in astratto, il ragionamento del giudice che individua nella misura coercitiva indiretta l'unico rimedio utile affinché il lavoratore possa ottenere una tutela effettiva del suo diritto prima che il danno si produca.

L'alternativa, non priva di problematiche²⁸, sarebbe costituita dall'eccezione di inadempimento conseguente all'accertamento del diritto in sede cautelare, ma qui si pone allo stesso modo il problema fattuale che il lavoratore in media è poco avvezzo a tale rimedio, che gli comporta una specie di "all-in" procedimentale: se decide di non andare a lavorare, probabilmente venire licenziato ed in seguito può solo sperare di ottenere la tutela reale per motivo ritorsivo alla sua legittima eccezione d'inadempimento.

²⁵ Sul punto si veda la nota di SCOFFERI, Non far lavorare il sindacalista reintegrato costa il doppio, in *Diritto & Giustizia*, 2014, 16, il quale afferma che il diritto del lavoratore a svolgere la propria attività, e non solo a percepire la relativa retribuzione, è concetto che si basa sulla stessa Costituzione, che qualifica il lavoro quale strumento - non solo di sostentamento ma - di accrescimento della professionalità e di affermazione dell'identità del lavoratore a livello sia individuale che nel contesto sociale. In base a questi principi, ottemperare all'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro non può significare limitarsi a pagare la retribuzione, bensì «ripristinare il rapporto nella sua pienezza, consentendo l'esercizio dell'attività lavorativa».

²⁶ CARRATTA, Tecniche di attuazione dei diritti e principio di effettività, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 1; CARRATTA, in MANDRIOLI-CARRATTA, Come cambia il processo civile, Torino, 2009, p. 99 ss.; PAGNI, L'evoluzione del diritto processuale del lavoro tra esigenze di effettività e di rapidità della tutela, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 75; ZUCCONI GALLI FONSECA, Misure coercitive fra condanna e tutela esecutiva, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 389; PROTO PISANI, Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo), in *Foro it.*, 2010, V, 257 ss.; DE ANGELIS, La nuova generale misura coercitiva (art. 614 bis c.p.c.) e le controversie di lavoro, in *Foro it.*, 2011, I, 18 ss.; alcuni hanno addirittura paventato l'applicazione anche al settore del diritto del lavoro con la sola limitazione della sua non applicabilità in caso di condanna a prestare lavoro autonomo o subordinato, nel tentativo di aggirare l'esclusione. Cfr. CIPRIANI-CIVININI-PROTO PISANI, Una strategia per la giustizia civile nella quattordicesima legislatura, in *Foro it.*, 2001, V, c. 81 ss.;

²⁷ Sulle problematiche sollevate dai pericoli riguardanti salute e sicurezza dei lavoratori e dalla loro relazione con la tutela cautelare, si veda MAZZAMUTO, La comminatoria di cui all'art. 614-bis cod. proc. civ. e il concetto di infungibilità processuale, cit.;

²⁸ Ad esempio, esclude del tutto la possibilità di un'azione ex art. 700 c.p.c. di mero accertamento PAGNI, L'evoluzione del diritto processuale del lavoro tra esigenze di effettività e di rapidità della tutela, cit., 75.



La misura coercitiva indiretta emessa direttamente nel giudizio cautelare sarebbe sicuramente “più idonea” a tutelare il suo diritto, come prescrive lo stesso art. 700 c.p.c., ma, dato che l’art. 614bis non si può applicare, occorre discutere se sia ipotizzabile un simile provvedimento di coercizione indiretta a prescindere dall’applicazione del 614bis.

4. – Occorre distinguere, per rispondere alla domanda, tra ipotesi in cui il danno si sia già prodotto ed ipotesi in cui il danno non vi sia, ma vi sia solo l’illecito.

Infatti, nelle ipotesi in cui dalla condotta lesiva potrebbe prodursi un danno con il passare del tempo (le ipotesi più rilevanti sono quelle già enunciate di licenziamento, mansioni, mora del creditore, mobbing, danno da malattia professionale) il giudice potrebbe ragionevolmente anticipare la tutela risarcitoria, mediante una condanna in futuro, avendo poi il condannato, per conseguenza, la possibilità, nel successivo giudizio di merito o di opposizione all’esecuzione, di dimostrare che il danno liquidato in anticipazione e nella forma dell’*astreintes*, cioè quale risarcimento per il ritardo nell’ottemperanza all’ordine di fare infungibile, risulta eccessivo, in quanto si è prodotto in misura minore o non si è prodotto affatto.

D’altronde l’anticipazione della tutela risarcitoria, poi rivalutata in sede di merito, non è nuova nella giurisprudenza cautelare, che si è trovata ad applicare, anche se ormai in epoca risalente, persino la tutela reintegratoria in via cautelare²⁹. Il principio non è distante: il giudice applica la tutela reintegratoria come anticipazione del merito (condanna alla reintegrazione, mentre nel caso in commento si trattava di una condanna a concedere il lavoro agile), che viene corroborata dalla condanna in futuro a corrispondere la retribuzione come effetto dell’ordine di fare infungibile. Così, se tale soluzione è stata ritenuta ammissibile nel licenziamento, dovrebbe essere pacificamente ammissibile anche nelle altre ipotesi di obblighi di fare infungibile in cui il danno si sia già prodotto al momento del ricorso cautelare e, in tale senso, la condanna in futuro nella sede cautelare consente di anticipare la tutela risarcitoria nella forma che il giudice ritiene più opportuna, anche liquidando una somma per il ritardo, con il correttivo, però, che mancando una specifica prescrizione di misura coercitiva indiretta, la somma sarà corrisposta a puro titolo risarcitorio e, pertanto, assorbita dal danno successivamente accertato o, se questo è minore o inesistente, diminuita o annullata, con conseguente restituzione dell’indebito.

Tale soluzione troverebbe una concreta attuazione pratica soprattutto nelle ipotesi di illecito continuativo in cui una tutela cautelare è opportuna per evitare l’aggravarsi del danno.

5. - La casistica esemplificata dall’ordinanza in commento, invece, anch’essa grandemente interessata da reali esigenze cautelari, che tuttavia emergono, in una diversa fase, quando il danno ancora non si è prodotto ed il lavoratore intende evitare che si produva, piuttosto che evitare di aggravarlo.

In questo caso, come già si è detto, una tutela anticipatoria non sarebbe possibile, vista l’esclusione normativa, ma si potrebbe ragionare sull’ipotesi di un rimedio atipico³⁰, concesso per la sola fase cautelare grazie ai poteri speciali che il 700 c.p.c. concede al giudice, il quale può adottare tutti i “*provvedimenti d’urgenza che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito*”³¹. È una soluzione che è stata prospettata³¹ in altri ambiti,

²⁹ Tra i diritti che sono stati oggetto di applicazione del 700 c.p.c. in via anticipatoria del risarcimento figura la tutela del diritto del lavoratore ad essere immediatamente reintegrato in ipotesi di licenziamento illegittimo in una vasta giurisprudenza pretorile riassunta nella nota di richiami a Pret. Bari 4 luglio 1980, in Foro it., 1980, I, 2915. Riporta il punto anche PROTO PISANI, I provvedimenti di urgenza ex art. 700 c.p.c. (anni settanta), in Foro it., 2012, V, 169. GALETTO, Le frontiere dell’esecuzione forzata: le misure di coercizione indiretta, in www.judicium.it, paragona proprio la fattispecie ad una misura di coercizione indiretta atipica. CHIARLONI, Misure coercitive e tutela dei diritti, Milano, 1980, p. 192; Sulla particolare fattispecie dell’utilizzo del 700 c.p.c. a tutela della posizione dell’agente di commercio che stipula un patto di non concorrenza, si veda FONTANA, Il patto di non concorrenza dell’agente di commercio, Giappichelli, Torino, 2012, 175 ss.

³⁰ FRONTIERI, *Prime applicazioni del provvedimento cautelare innominato*, in *Giur. it.*, 1948, IV, 91; più di recente sostiene l’atipicità SCARSELLI, Le misure cautelari e protettive del nuovo codice della crisi dell’impresa, in www.judicium.it;

³¹ FRIGNANI, Voce Inibitoria (azione) [XXI, 1971], in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 560 ss.;



ad esempio nel caso dell'inibitoria ex art. 2599 cod. civ., rimedio che sarebbe esperibile nel solo caso di un atto di concorrenza sleale, ma che si è ritenuto applicabile anche alle fattispecie derivanti da diritti relativi³², quale il diritto di esclusiva scaturente da un contratto, in sede di accertamento cautelare.

Tuttavia, in quel caso, una considerevole differenza risiedeva nel fatto che l'inibitoria fosse ritenuta un rimedio di diritto comune o, in altri termini, di applicazione generale³³, mentre nel nostro caso l'applicazione generale è espressamente esclusa dalla legge, che delimita il campo della misura coercitiva indiretta in modo chiaro.

Inoltre, un simile provvedimento atipico avrebbe enorme difficoltà nel trovare una collocazione nella classificazione di Calamandrei, che distingueva provvedimenti istruttori anticipati, provvedimenti volti ad assicurare la esecuzione forzata, provvedimenti volti ad anticipare i provvedimenti decisori e cauzioni processuali³⁴. Allo stesso tempo, però, la fattispecie di misura coercitiva indiretta atipica consentirebbe senza dubbio di rispettare quello che per il grande giurista era il senso profondo dei provvedimenti cautelari, che intendeva volti «*più che a difendere i diritti soggettivi, a garantire la efficacia e per così dire la serietà della funzione giurisdizionale [..]. Le misure cautelari sono predisposte, più che nell'interesse dei singoli, nell'interesse dell'amministrazione della giustizia, di cui garantiscono il buon funzionamento ed anche, si potrebbe dire, il buon nome. Se la espressione «polizia giudiziaria» non avesse già nel nostro ordinamento un preciso significato, essa potrebbe apparire singolarmente adatta per designar la tutela cautelare»³⁵.*

È noto, oggi, che la dottrina si divide ormai solo tra chi propende per una lettura ampia del 700 c.p.c., ritenendo che il carattere anticipatorio debba essere valutato alla stregua della idoneità del provvedimento a garantire la pretesa mediata sostanzialmente equivalente a quella che risulterà dalla sentenza; e chi mostra di preferire una interpretazione più rigorosa, in virtù della quale sarebbero assoggettati al regime di ultrattività solo i provvedimenti di tipo “strutturalmente anticipatorio” degli effetti propri della decisione di merito³⁶.

L'atipicità del contenuto della misura cautelare, quindi, nonostante non escluda che il ricorrente debba individuare la situazione fatta valere ed il tipo di tutela che per essa richiede, secondo alcuni³⁷, tuttavia, non imporrebbe al ricorrente di individuare anche in modo specifico il contenuto della misura richiesta. In questo senso, però, l'atipicità del provvedimento cautelare varrebbe a dare al giudice la scelta sul contenuto della misura da adottare per raggiungere lo scopo indicato dal ricorrente, ma non varrebbe, invece, a dare al giudice il potere di adottare una misura fuori dalle ipotesi che la legge già prevede per il merito.

Vi sono però voci³⁸ che affermano l'atipicità dei rimedi nel diverso senso secondo cui, ove non sia utile la concessione di una misura cautelare tipica, è possibile chiedere l'adozione di un provvedimento cautelare rispetto al quale la legge non predetermina né il tipo di *periculum in mora* a cui far fronte né il possibile contenuto della misura cautelare.

³² DE RUGGIERO, Applicabilità dei provvedimenti di urgenza ai diritti relativi, in *Temi nap.*, 1967, I, 321 (nota a Pret. Napoli 5 gennaio 1967).

³³ FRIGNANI, Voce Inibitoria (azione), cit.; MINERVINI, *Concorrenza e consorzi*, Milano, 1961, 58; AULETTA, *Divieto di concorrenza e divieto di concorrenza sleale*, in *Dir. giur.*, 1956, 281. Più in generale, sulla disciplina dell'inibitoria si vedano TARUFFO, Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 640 ss.; RAPISARDA, TARUFFO, Inibitoria (azione): I) Diritto processuale civile, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, 1989, Roma, 12 ss.; FRIGNANI, Azione in cessazione, in *Noviss. Dig. it., Appendice*, I, Torino, 1980, 667; FRIGNANI, L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano, Milano, 1974, 459 e 475; BASILICO, *La tutela civile preventiva*, Milano, 2013, pp. 191 ss.;

³⁴ CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, 31 ss., citato anche da CAPONI, Piero Calamandrei e la tutela cautelare, in www.judicium.it,

³⁵ CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., 149 ss.;

³⁶ COREA, *La tutela cautelare anticipatoria secondo la Cassazione: cala il sipario sul référé all'italiana*, in www.judicium.it – 11 maggio 2020.

³⁷ BOVE, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, cit.;

³⁸ BOVE, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, in www.judicium.it; LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, Milano 2009, 256.



La via dell'atipicità della misura veniva aperta dalla Corte costituzionale, la quale, nell'ambito delle controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego, ammise la concessione di un provvedimento atipico da adeguare all'esigenza di cautela del caso concreto³⁹.

Da questo, già prima dell'introduzione dell'art. 614bis, una parte della dottrina aveva accreditato l'ipotesi della possibilità di concedere misure coercitive atipiche in sede cautelare partendo dal disposto dell'art. 669-duodecies⁴⁰, secondo il quale il giudice che ha emanato il provvedimento cautelare *“ove sorgano difficoltà o contestazioni, dà con ordinanza i provvedimenti opportuni, sentite le parti”*.

Si è evidenziato, in dottrina⁴¹, come al momento dell'emanazione del provvedimento cautelare il giudice adito si possa limitare a concedere la misura richiesta senza indicare le modalità di attuazione oppure senza stabilire una disciplina che sia sufficientemente completa e articolata da poter essere utilmente applicata nel momento in cui si dovrà procedere ad adeguare la situazione materiale all'ordine di cautela. È pacifico che il giudice individuato dall'art. 669-duodecies potrebbe non solo modificare o integrare le modalità attuative già precedentemente fissate al momento della concessione del provvedimento, quanto anche dettarle *ex novo* non avendovi provveduto il giudice della cautela, senza incidere sul contenuto della misura, e ciò deriverebbe anche dall'autonomia della fase cognitiva della cautela anticipatoria da quella attuativa.⁴²

La questione chiarisce i poteri del giudice cautelare, che ha, quindi, il potere di concedere le misure atipiche che ritiene opportune in presenza di una oggettiva difficoltà, in sede di revisione. È logico e conforme alle esigenze di economia processuale, dunque, ritenere che il giudice abbia anche il potere di prevenire le difficoltà che potrebbero insorgere dalla propria condanna cautelare all'obbligo infungibile e, per conseguenza, concedere fin da subito il correttivo della coercizione indiretta al fine di assicurare la conformazione al proprio ordine, senza attendere che le parti tornino a chiedere i provvedimenti opportuni nella sede prevista dall'art. 669-duodecies.

La tesi trova parziale conferma nelle parole della Cassazione⁴³, la quale ha affermato che la norma dell'art. 669-duodecies mira a soddisfare l'esigenza di adeguare le necessità di cautela del diritto alla situazione di fatto ed ai suoi mutamenti.

Questi rilievi danno conferma anche della possibilità di intendere il concetto di attuazione in maniera ampia, senza relegare la norma alla disciplina della sola separazione tra fase vincoli di sorta rispetto al tipico procedimento esecutivo, come ritiene quel nutrito orientamento dottrinale⁴⁴ secondo cui l'art. 669-duodecies è frutto di una consapevole scelta

³⁹ Corte cost. 28 giugno 1985 n. 190, in Giur. It. 1985, I, 1, 1297, nella quale si statuì l'illegittimità dell'art. 21, ultimo comma della legge 6 dicembre 1971 n. 1034, alla luce degli articoli 3, 24 e 113 Cost., per non prevedere il potere del giudice amministrativo di adottare, nelle controversie patrimoniali di pubblico impiego, sottoposte alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, i provvedimenti d'urgenza che appaiono secondo le circostanze più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito quando il ricorrente abbia fondato motivo di ritenere che durante il tempo necessario alla pronuncia di merito il suo diritto sia minacciato da un pregiudizio imminente ed irreparabile.

⁴⁰ Così BALBI, Provvedimenti d'urgenza, in Digesto, disc. priv., sez. civ., XVI, Torino, 1997, 122, ma anche, sia pur all'epoca dubitativamente, VERDE, Attualità del principio “nulla executio sine titulo”, in Riv. dir. proc., 1999, 986; COSTANTINO, Tutela di condanna e misure coercitive, cit., 923; MAZZAMUTO, La comminatoria, cit., 947 ss.

⁴¹ COREA, Sull'astreinte accessoria a provvedimento cautelare, cit; Vullo, L'attuazione dei provvedimenti cautelari, cit., 207;

⁴² Corea, Sull'astreinte accessoria a provvedimento cautelare, cit;

⁴³ Cass. 15 gennaio 2003, n. 481; Cass. 10 luglio 2014, n. 15761, secondo cui *“l'attuazione delle misure cautelari aventi ad oggetto obblighi di consegna, rilascio, fare o non fare non avvia, sulla base di un titolo esecutivo, un separato procedimento di esecuzione ma costituisce una fase del procedimento cautelare in cui il giudice (da intendersi come ufficio) che ha emanato il provvedimento cautelare ne determina anche le modalità di attuazione, risolvendo con ordinanza le eventuali difficoltà e le contestazioni sorte, mentre sono riservate alla cognizione del giudice del merito le altre questioni?”*.

⁴⁴ PROTO PISANI, Procedimenti cautelari, in Enc. gur. Treccani, XXIV, Roma, 1991, 29, secondo cui, in linea di massima, l'unico vincolo sarebbe dato dalla idoneità al raggiungimento dello scopo; VERDE, DI NANNI, Codice di



“deformalizzatrice” del legislatore in vista dello scopo finale da raggiungere, l’effettività della tutela giurisdizionale cautelare, da leggersi nel quadro del principio di libertà delle forme di cui agli artt. 121 e 131 c.p.c.

Nell’ottica della deformalizzazione, quindi, si potrebbe ritenere che un simile potere residui al giudice cautelare, a prescindere dall’attuazione dell’art. 614bis c.p.c., anche se, questo è ovvio, tale potere non potrà avere un contenuto sanzionatorio, difettando una norma precisa in tal senso, ma solo di utilizzare un’anticipazione forfettizzata del risarcimento danno per equivalente quale misura coercitiva, avvalendosi della finalità sanzionatoria o deterrente contenuta naturalmente nel risarcimento.

Tale provvedimento potrà essere utilizzato dal giudice, nella materia di lavoro, ovviamente, solo quando via sia una difficoltà nell’adempimento, qual è l’infungibilità dell’obbligo, e solo se, in aggiunta, tale obbligo sia posto a tutela di un diritto costituzionalmente garantito, quale il diritto alla salute. Solo in presenza di queste premesse il giudice potrà ritenere che sussista una difficoltà tale nella vicenda da giustificare l’adozione di una misura residuale ed atipica tanto forte, come è una misura coercitiva indiretta, dal momento che essa può essere posta nella sede cautelare solo per evitare un *periculum* che vada oltre quello tutelabile con i mezzi ordinari e tipici.

Inoltre, l’adozione di una simile misura, del tutto risarcitoria, non determinerà alcuna diminuzione nell’obbligato, che, qualora non esiti in alcun modo a conformarsi o esiti abbastanza poco da evitare in ogni caso il prodursi del danno, potrà ritenere di non dovere nulla perché il danno forfettizzato nell’ordinanza non produrrebbe mai e, di conseguenza, non sarebbe mai esigibile dal creditore, anche se un qualche ritardo vi sia stato. La sede per proporre questa eccezione in caso di esecuzione forzata sarebbe quella più propria dell’opposizione all’esecuzione, in cui l’obbligato potrebbe eccepire ragionevolmente che il danno non si è prodotto e che, quindi, la forfettizzazione contenuta nell’ordinanza cautelare deve essere riformata a causa della sopravvenuta tempestiva conformazione dell’obbligato. Tuttavia, non è in dubbio la stessa reclamabilità del provvedimento, sia concesso direttamente nell’originaria sede cautelare, sia concesso nella sede di cui all’art. 669-duodecies⁴⁵.

procedura civile, Torino, 1993, 505; VULLO, L’attuazione, cit., sia pur in chiave critica della scelta del legislatore, osserva che la soluzione adottata è volutamente vaga e si pone “come la traduzione positiva di una scelta a favore di un modello deformalizzato di attuazione dei provvedimenti giurisdizionali, ossia di quell’adeguamento della situazione materiale a un ordine di giustizia, meglio conosciuto con il nome di esecuzione in via breve e non privo di precedenti significativi in settori anche cruciali dell’esperienza giuridica”; nello stesso senso, RECCHIONI, Il processo cautelare uniforme, in RECCHIONI, Diritto processuale cautelare, Torino, 2015, 908 ss., 818.

⁴⁵ Sul punto, più diffusamente si veda DELLE DONNE, Il reclamo cautelare quale strumento di riesame dei provvedimenti attuativi resi ex art. 669 duodecies, in www.judicium.it - 8 maggio 2012.