

La L. 69/09 ha introdotto nel codice di procedura civile gli articoli 614 *bis* "attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare" e 702 *bis* "procedimento sommario di cognizione" i quali offrono alla parte che adisce l'autorità giudiziaria (in presenza di determinati requisiti) degli strumenti attraverso i quali la stessa può/potrebbe ottenere una giustizia effettiva, concreta, veloce ed eseguibile.

Tuttavia nonostante i vantaggi che la parte processuale che chiede giustizia potrebbe ottenere avvalendosi degli strumenti contenuti nelle predette disposizioni sia in termini di tempo per ottenere un provvedimento giudiziale (art. 702 *bis* cpc) sia in termini di immediata eseguibilità dello stesso (art. 614 *bis* cpc), questa continua preferibilmente ad avvalersi del rito ordinario¹ con tutte le conseguenze che - tristemente - sono note e che riguardano "il sovraccollamento" delle aule giudiziarie, i tempi perchè un provvedimento giudiziale venga emesso e poi attuato (dal momento che è necessario avviare un nuovo processo) e i costi che devono essere sostenuti.

Ma passiamo all'esame delle misure introdotte a far tempo dall'anno 2009 e, in particolare, procediamo con l'analizzare la disposizione contenuta nell'art. 614 *bis* cpc.

Preliminarmente si deve osservare che, nel delineare tale strumento, il legislatore pur lasciandosi affascinare dagli istituti del *contemp of Court* anglosassone, dello *Zwangsstrafen* tedesco ed austriaco, si è ispirato alla *astrainette* francese²: tanto è vero che la misura di cui all'art 614 *bis* cpc viene anche chiamata "astrainette italiana".

Sempre preliminarmente si deve sottolineare che l'articolo 614 *bis* cpc non è l'unica disposizione normativa che prevede una misura coercitiva: il nostro ordinamento, infatti, in particolari materie (quali quelle in tema di concorrenza sleale, di diritto di brevetti industriali, di diritto d'autore, dei consumatori e dei

1 Il procedimento ordinario si caratterizza per il fatto che l'attore notifica al convenuto (ossia la parte rispetto alla quale vuol veder riconosciuto e tutelato un diritto) un atto di citazione ad una determinata udienza. Alla prima udienza segue una fase nella quale attore e convenuto depositano ulteriori memorie e documenti rispetto a quelli iniziali. Successivamente segue la fase istruttoria che lascia il posto a quella conclusiva al termine della quale il giudice, dopo il deposito di ulteriori atti, pronuncia il provvedimento finale nella forma di sentenza/decreto/ordinanza il quale nulla dispone nel caso in cui il condannato non ottemperi agli obblighi ivi stabiliti.

2 Nell'ambito dell'ordinamento inglese il giudice titolare del *contemp*, in caso di violazione degli obblighi scaturenti dal provvedimento giudiziale generalmente inteso (non solo, quindi, quello che prevede obblighi di fare infungibile o di non fare), se richiesto dalla parte, può erogare a carico del debitore una sanzione detentiva e pecuniaria. Il giudice, pertanto, una volta interpellato sul punto dal creditore ha piena discrezionalità non solo relativamente al "se" applicare la sanzione ma anche relativamente al tipo di sanzione stessa. Lo *Zwangsstrafen* tedesco ed austriaco, invece, è una misura di carattere pecuniario presente nell'ordinamento tedesco ed austriaco che trova applicazione in caso inadempimento e sempre su richiesta di parte. In tal caso il beneficiario della sanzione è lo Stato e, in caso di mancato pagamento, la sanzione pecuniaria viene convertita in detentiva. L'*astrainette* francese, al quale principalmente il legislatore italiano ha rivolto la sua attenzione, è diretta a garantire l'attuazione di qualsiasi tipo di provvedimento (non solo quindi quelli che prevedono obblighi di non fare o di fare infungibile). La predetta misura prevede la corresponsione della sanzione pecuniaria al creditore, ma a differenza di quella italiana, il giudice la applica d'ufficio.

rapporti di famiglia e in tema di immigrazione) ha previsto strumenti aventi la stessa natura e funzione che, in forza del principio *lex specialis derogat generalis*, trovano applicazione a discapito della misura generale prevista, appunto, dall'art. 614 *bis* cpc.

Passando ora ad analizzare, se pur brevemente, l'art. 614 *bis* cpc intitolato "attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare" si osserva che lo stesso si inserisce nel libro terzo (Espropriazione forzata) – titolo IV (dell'esecuzione forzata di obblighi di fare e di non fare) e stabilisce che la parte che convoca in giudizio un altro soggetto per sentirlo condannare -con sentenza ovvero con ordinanza o con altro provvedimento - all'adempimento di una prestazione di non fare ovvero di fare infungibile potrebbe richiedere all'organo giudicante, proprio nell'ambito dello stesso giudizio e ancor prima che lo stesso si sia concluso con una decisione nel merito, di pronunciarsi anche per l'ipotesi in cui il condannato alla prestazione non ottemperi alla decisione pronunciata. Ne consegue che l'organo giudicante, ancor prima che si verifichi l'inadempimento dell'obbligato, dovrebbe prevedere una sanzione pecuniaria che diventerebbe immediatamente eseguibile al mero inadempimento o non esatto adempimento del soggetto destinatario del provvedimento stesso.

Ma quando potrebbe trovare applicazione la misura contenuta nella norma *de qua*?

In primis deve trattarsi di un inadempimento ad una obbligazione di non fare o di far infungibile³ prevista ed imposta con provvedimento di condanna che conclude un giudizio di accertamento. Il provvedimento può anche essere provvisoriamente esecutivo (non dovendo essere, quindi, passato in giudicato) o avere natura cautelare⁴ (pertanto l'art. 614 *bis* può trovare applicazione anche con il provvedimento pronunciato *ex art.702 bis* cpc ovvero *ex art 700* cpc). Inoltre la richiesta deve essere formulata dalla parte non potendo la stessa essere applicata d'ufficio. Ed ancora, la parte deve chiedere l'applicazione della predetta misura qualora sia stato violato un diritto a carattere permanente (e non istantaneo) avendo la stessa interesse a far cessare il comportamento lesivo anche per il futuro. Infine l'applicazione della misura *de qua* non deve essere invocato nell'ambito delle controversie di lavoro subordinato pubblico e privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409 cpc.⁵

Individuati i presupposti, passiamo ora a delineare quali sono le caratteristiche della misura di cui all'art 614 *bis* cpc.

In primis si osserva che la domanda formulata ai sensi della norma *de qua* si pone come domanda accessoria rispetto a quella principale (ndr di condanna ad una prestazione di non fare o di fare infungibile) dal

-
- 3 Infungibilità è posta in relazione solo agli obblighi di fare; viene posta in relazione a quelli di non fare solo quando la loro inottemperanza dà luogo a conseguenze irreversibili. Diversamente trova applicazione lo strumento dell'esecuzione in forma specifica.
 - 4 Dal momento che la *astrainette* si applica alle pronuncie non passate in giudicato, cosa succede nel caso in cui la sanzione sia stata versata in forza di un provvedimento riformato nei gradi successivi? Parte della dottrina ritiene che se si vuole realizzare l'interesse del creditore la sanzione che è stata versata da quest'ultimo andrebbe da questi restituita; se si guarda invece all'inadempimento in sé e per sé allora il creditore potrebbe trattenersi la somma che l'obbligato gli ha versato.
 - 5 Deve essere osservato a tale ultimo riguardo che non è facile rinvenire la *ratio* giustificatrice di ordine logico-giuridico o sistematico di una tale limitazione di operatività, tanto più che l'esclusione è sospettata di illegittimità costituzionale in relazione all'art. 3 Cost. ed al principio di ragionevolezza

momento che chi agisce in giudizio ha l'interesse a che la parte condannata realizzi la condotta (commissiva od omissiva) stabilita nel provvedimento giudiziale. Proprio in forza di detta strumentalità parte della dottrina ritiene non solo che il creditore dovrebbe formulare la richiesta di applicazione di detta misura unitamente a quella di condanna (non potendo limitarsi quindi a chiedere la sola applicazione della misura), ma anche che la richiesta potrebbe essere avanzata sino all'udienza di precisazione delle conclusioni. Un tanto troverebbe la sua giustificazione nel fatto che la domanda *ex art 614 bis cpc* nulla aggiungerebbe al *petitum* così come cristallizzatosi con l'atto introduttivo ovvero come eventualmente modificato o precisato in corso di causa nei modi e nelle forme previste *ex lege* per lo specifico rito seguito (ad esempio, nel processo ordinario, sino alla memoria *ex art. 183, comma VI, n. 1) c.p.c.*). Altra parte della dottrina⁶ ritiene, invece, che il soggetto interessato a formulare la domanda di applicazione della misura *ex art 614 bis cpc* dovrebbe obbligatoriamente, pena la decadenza, presentarla nel rispetto delle regole processuali imposte dal giudizio volto all'ottenimento di una condanna ad un fare infungibile o ad un non fare dal momento che la richiesta potrebbe rendere necessario un accertamento di merito sul punto.

Ed ancora. La misura coercitiva *ex art 614 bis cpc* ha natura sanzionatoria e, pertanto, non persegue alcuna finalità risarcitoria per i danni che il beneficiario del provvedimento di condanna ha/avrà a subire a causa dell'inadempimento del debitore. La sanzione pecuniaria, infatti, sebbene diretta a favore del creditore e pur dovendo il giudice tener conto per la sua determinazione dell'entità del danno risarcibile, non assorbe la domanda risarcitoria che lo stesso avrà a formulare, né è una forma di compensazione o di voce del danno subito dal creditore della prestazione di facere o non facere. Ne deriva che la richiesta di danni dovrà essere oggetto di specifica domanda che potrà essere presentata nello stesso ovvero in separato giudizio con l'effetto ulteriore che la sanzione pecuniaria inflitta si andrà a cumulare con quella risarcitoria avendo le due domande natura diversa.

Quanto sin qui esposto si riflette anche sull'impianto probatorio in quanto la prova del danno è "*in re ipsa*" essendo la stessa insita nel ritardo nell'adempimento del precetto previsto nel provvedimento giudiziale ovvero nel suo inadempimento.

Per quanto riguarda la determinazione della somma posta a carico del soggetto che non ha ottemperato alla condanna si osserva che la disposizione prevede una serie di criteri di cui il Giudice deve tener conto in sede di liquidazione della sanzione con intesa, comunque, che la stessa non deve essere iniqua⁷.

6 R. Giordano - A. Lombardi, *Il nuovo processo civile*. Commento organico alla legge di riforma del processo civile, Roma, 2009.

7 Il legislatore omette di dettagliare i criteri da rispettare. Pertanto per evitare che l'organo giudicante possa operare con estrema discrezionalità si ritiene che per valutare l'iniquità o meno della misura si debba far riferimento ai criteri indicati nel secondo comma della disposizione stessa.

Per quanto sin qui esposto emerge *ictu oculi* la portata innovativa della disposizione in esame dal momento che nello stesso giudizio di merito il creditore ha la possibilità di ottenere una decisione che prevede una sanzione (già) determinata nel suo ammontare e che verrà applicata in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento o di inesatto adempimento da parte del condannato ai precetti contenuti nel provvedimento giudiziale (la norma infatti recita "ogni vilazione o inosservanza successiva") senza necessità di dover avviare un separato ed ulteriore procedimento giudiziale. Ma non solo. Il creditore, a fronte di un ipotetico inadempimento della controparte, ha la possibilità di pre-munirsi di un titolo esecutivo da azionare nei confronti del condannato inadempiente. Concretamente quindi il creditore, qualora il condannato non adempia spontaneamente, potrebbe procedere subito con la notifica dell'atto di precetto (rispetto al quale il debitore può fare opposizione all'esecuzione⁸). Ed ancora il condannato, ancor prima di decidere se eseguire o meno la decisione che il Giudice gli impone, è a conoscenza di quali sono le conseguenze economiche che dovrà affrontare qualora non rispetti il provvedimento emesso nei suoi confronti.

Alla luce di quanto esposto emerge, quindi, che l'art. 614 *bis* cpc è stato pensato dal legislatore per ottenere una giustizia certa.

Per ottenere una giustizia in tempi rapidi il legislatore ha, invece, introdotto l'art. 702 *bis* cpc intitolato "procedimento sommario di cognizione".

Tale norma, pur in assenza dei requisiti dell'urgenza e del *periculum* tipico della tutela sommaria di tipo cautelare, permette alle controversie sottoposte al vaglio del Tribunale in composizione monocratica, di trovare - a seguito di una sommaria istruttoria - una pronta soluzione con la pronuncia di una ordinanza provvisoriamente esecutiva che costituisce titolo per l'iscrizione di ipoteca.

Ma quali sono i presupposti che devono sussistere nel caso concreto affinché il cittadino possa avvalersi di tale strumento?

In primis l'oggetto della controversia non deve riguardare il tema delle locazioni immobiliari⁹ ovvero di quelle soggette al rito speciale locatizio-urbanistico¹⁰. Il procedimento, inoltre, deve essere definibile allo stato degli atti oppure attraverso "un'istruttoria sommaria" ove con tale espressione si intende che l'istruttoria possa essere affrontata in tempi rapidi perchè le questioni in diritto sollevate dalle parti appaiono prevalenti

8 Deve essere osservato, per completezza, che la sede dell'eventuale opposizione all'esecuzione sarà idonea a consentire non solo la verifica dell'esistenza dell'inadempimento, della correttezza dell'autoliquidazione e della giusta determinazione dell'entità della sanzione, qualora se ne lamenti l'eccessività originaria o sopravvenuta, ma anche della bontà della qualificazione dell'obbligazione come "infungibile". Ferma restando la possibilità di operare un simile controllo nel processo di impugnazione, infatti, il giudizio di opposizione all'esecuzione si presta a svolgere questo ulteriore compito, in quanto, come opportunamente segnalato da autorevole dottrina, non vi è alcun vincolo che leghi il G.E. alla valutazione fatta dal giudice della cognizione.

9 Assoggettate in quanto tali al rito speciale di cui all'art. 447-*bis* c.p.c., a nulla rilevando la circostanza che il rapporto contrattuale si sia nel frattempo esaurito (Trib. Torre Annunziata, 10 febbraio 2010, in *Foro It.*, 2010, 6, 1958).

10 Si veda sul punto: Trib. Modena, 18 gennaio 2010; cfr.: Trib. Modena, 18 gennaio 2010, in *Foro It.*, 2010, 3, 1015; Trib. Bologna, 29 ottobre 2009, in *Foro It.*, 2010, 5, 1648.

rispetto alla ricostruzione dei fatti ovvero perchè la prova precostituita documentalmente assume una valenza assorbente rispetto alle altre questioni (Trib. Viterbo, ordinanza 12 luglio 2010, tribunale Bologna ordinanza 29 ottobre 2009, tribunale sant'angelo lombardi ordinanza 20 novembre 2009). Si tenga presente, comunque, che qualora il giudizio venga introdotto dalla parte ai sensi dell'art. 702 *bis* cpc ma il Giudicante non ne ravvisi i presupposti, quest'ultimo d'ufficio provvederà a mutare il rito da quello speciale a quello ordinario.

Ed è proprio questa celerità nel giungere al procedimento conclusivo la caratteristica del ricorso ex art 702 *bis* cpc: caratteristica che si riflette non solo sulla struttura della azione giudiziaria nei termini poc'anzi esposti, ma anche sui tempi della impugnazione del provvedimento conclusivo dello stesso dal momento che ne può essere chiesta la revisione entro 30 giorni dalla sua notifica divenendo, in mancanza, definitivo.

Nonostante la portata innovativa anche di tale strumento lo stesso ha trovato scarsa applicazione nelle aule di giustizia come dimostrano dei dati tratti da Il Sole 24 Ore, 21 febbraio 2011 che illustrano un fatto, ossia che nel corso del 2010/2011 (ossia negli anni immediatamente successivi alla sua introduzione) a Bologna sono stati presentati solo 170 ricorsi, mentre a Verona solo lo 0,04% delle cause civili è stata instaurata con il rito sommario.

A fronte di quanto sin qui esposto e delle caratteristiche proprie degli strumenti di cui agli artt 614 *bis* e 702 *bis* cpc si potrebbe ritenere che un settore nel quale questi potrebbero trovare concreta applicazione potrebbe essere quello condominiale. Così operando le controversie aventi ad oggetto tale materia - e sempre alla presenza dei presupposti previsti dalla norme *de quibus* - potrebbero trovare una "rapida" conclusione senza rimanere di fatto "imbrigliate" nelle maglie dei riti ordinari che devono soggiacere alle scadenze temporali e ai limiti connaturati al rito stesso.

In particolare il condomino /condominio potrebbe adire l'autorità giudiziaria depositando un ricorso ex art 702 *bis* quando la lite riguarda la lesione del decoro architettonico che emerge *ictu oculi*, la sosta di un veicolo di un condominio nel piazzale condominiale di una autovettura in spregio alle disposizioni contenute nel regolamento condominiale, la presenza di rumore molesto in condominio, la presenza di odore e di rumore che proviene dal ristorante/bar posto a livello strada dello stabile stesso, il rumore del pendolo della signora che abita al piano superiore rispetto a quello di chi si rivolge al giudice e, infine, in caso di impugnazione delle delibere condominiali.

Resta fermo, comunque, il fatto che al verificarsi di tali situazioni il condomino/condominio che voglia azionare le sue ragioni chiedendo che venga posta fine alla condotta lesiva può comunque, in alternativa, avvalersi del rito ordinario ovvero quello d'urgenza ex art 700 cpc., sempre ricorrendone i presupposti.

In ogni caso e indipendentemente dal rito utilizzato il condomino/condominio – al verificarsi dei presupposti di cui all'art 614 *bis* cpc – può chiedere l'applicazione della misura coercitiva anche nota come astrainte italiana.

Alla luce di quanto sin qui significato si potrebbe concludere dicendo che non sono le misure di cui agli articoli 614 *bis* e 702 *bis* cpc ad essere "utili" per la definizione delle controversie condominiali, ma

sono queste ultime che permettono alle prime, alla presenza dei requisiti previsti nelle disposizioni medesime, di diventare effettivi strumenti di tutela dei diritti che si ritengono violati dall'altrui comportamento.