

Applicabilità al rito cautelare uniforme dei mezzi di coercizione indiretta per infungibili obblighi giudiziali di *facere* o di *non facere*.

Annotazione [a Tribunale di Rieti, ordinanza del 9.7.2013.](#)

Articolo di **Gianluca LUDOVICI**

SOMMARIO: 1. *Il fatto.* – 2. *Il rito cautelare uniforme e la disciplina in tema di attuazione-esecuzione del provvedimento cautelare.* – 3. *La coercizione indiretta del debitore in caso di obblighi infungibili di *facere* o *non facere** – 4. *La posizione di dottrina e giurisprudenza sulla compatibilità tra tutela cautelare e coercizione indiretta* – 5. *Riflessioni.*

1. L'ordinanza collegiale in commento afferma, in contrasto con dottrina e prevalente orientamento giurisprudenziale che sostengono la più generale compatibilità degli istituti in trattazione, l'impossibilità di applicare al rito disciplinato dagli artt. 669 *bis* e ss. c.p.c. le misure di coercizione indiretta introdotte con la riforma attuata per mezzo della relativamente recente Legge 69/2009. Più correttamente il provvedimento in esame risolve la questione dell'applicazione dell'istituto previsto dall'art. 614 *bis* c.p.c. nei procedimenti cautelari in termini di superfluità, ritenendo assorbente di ogni possibile problematica relativa allo spontaneo adempimento da parte del soccombente del *dictum* giudiziale la previsione da parte dell'ordinamento processualcivile dello strumento di cui all'art. 669 *duodecies* c.p.c.. La questione posta dall'ordinanza *de qua* è, in verità, di particolare rilevanza dogmatica e consente di investigare un tema non espressamente considerato dal Legislatore della riforma del 2009, il quale ha introdotto una norma di particolare

rilevanza, senza approfondire tuttavia gli aspetti del coordinamento con altre disposizioni ed altri istituti presenti nel codice di rito.

Questi in breve i fatti di causa. In data 14.06.2012 il Condominio B. con *Ricorso ex art. 700 c.p.c.*, ritualmente notificato a parte resistente E.D., adiva il Tribunale Civile di Rieti, lamentando che il detto resistente, mero conduttore di una mansarda sita nella scala "B" dell'edificio condominiale in argomento, il giorno 07.06.2012 interrompeva arbitrariamente ed illegittimamente l'esecuzione delle opere di manutenzione straordinaria riguardanti la copertura piana dell'edificio condominiale *de quo*. Quest'ultimo, affermando di essere proprietario esclusivo della copertura piana (dallo stesso definita "lastrico solare"), allontanava gli operai della Società esecutrice dei lavori in quel momento all'opera; il giorno seguente, peraltro, l'Amministratore del Condominio B. constatava che le serrature delle due porte (una per la scala "A" ed una per la scala "B") di accesso alla copertura piana dell'edificio condominiale *de quo* erano state cambiate, sì da impedire la prosecuzione delle indifferibili e necessarie opere di manutenzione straordinaria del tetto. Il Condominio B., pertanto, chiedeva all'Ill.mo Giudice adito di: *"ORDINARE il ripristino delle serrature delle porte di accesso alla copertura piana del "Condominio B." [...] e, quindi, consentire in ogni caso l'esecuzione degli indifferibili lavori di ripristino e manutenzione straordinaria della predetta copertura piana dell'edificio condominiale de quo, ponendo così termine alla lamentata situazione di privazione del possesso ai danni del proprietario "Condominio B.", nonché alla situazione di pericolo grave ed irreparabile come sopra descritta"*.

In data 08.08.2012 si costituiva in giudizio E.D., in proprio e quale legale rappresentante della B.S. di D.E. e C. S.n.c., il quale contestava le argomentazioni e le domande di parte ricorrente concludendo per il rigetto del ricorso cautelare.

In data 11.02.2013, interveniva nel giudizio a sostegno delle ragioni del Condominio B., la Sig.ra C.M., proprietaria di una mansarda nel citato edificio in condominio, concludendo per l'integrale accoglimento della domanda cautelare.

L'Ill.mo Giudice adito ascoltate le parti, istruita la causa e disposta Consulenza Tecnica d'Ufficio sui luoghi *de quibus* (C.T.U. confermativa di tutti gli assunti di parte ricorrente), tratteneva la causa in decisione all'udienza del 05.03.2013, assegnando termine per sole note autorizzate sino al 19.03.2013; in data 03.04.2013 l'organo giudicante

depositava ordinanza di accoglimento parziale del *Ricorso ex art. 700 c.p.c.*, ordinando al Condominio B. ed al Sig. E.D., in proprio e quale legale rappresentante della B.S. di D.E. e C. S.n.c., di eseguire "*immediatamente gli interventi descritti nella c.t.u. depositata in data 30.01.2013*" vale a dire le opere di manutenzione straordinaria riguardanti la copertura piana dell'edificio condominiale *de quo*, così come approvate dall'Assemblea condominiale sin dall'anno 2010 ed indicate dalla difesa di parte ricorrente. Ciò con compensazione delle spese giudiziali.

In data 19.04.2013, infine, la difesa dei resistenti proponeva dinanzi al Tribunale Civile di Rieti, in composizione collegiale, ricorso per reclamo, riproponendo sostanzialmente le argomentazioni infondate in fatto ed in diritto di cui agli scritti difensivi depositati nella fase cautelare monocratica.

In data 03.06.2013 si costituiva in giudizio il Condominio B. che, proponendo reclamo incidentale quanto al *fumus boni iuris* ed alla regolamentazione delle spese, chiedeva la modifica dell'ordinanza *in parte qua* ovvero, in via subordinata, la conferma del reclamato provvedimento giudiziale, con vittoria di spese di lite.

Nelle more del giudizio di reclamo, senza aver tempestivamente proposto istanza di sospensione dell'impugnata Ordinanza in data 03.04.2013, E.D. procedeva a chiudere di nuovo le porte di accesso al tetto condominiale, impedendo lo svolgimento delle opere *de quibus* da parte degli operai della E.L. S.r.l. e disattendendo il *dictum* giudiziale.

A fronte delle vibrante e reiterate proteste da parte del Condominio B., la parte reclamante replicava fosse "opportuno" attendere l'esito della fase di reclamo.

In data 20.06.2013, integratosi correttamente il contraddittorio, rimasta contumace la C.M., dopo ampia ed esaustiva relazione da parte del Giudice relatore ed articolata discussione del merito delle causa, la stessa veniva trattenuta in decisione. In data 09.07.2013, con Ordinanza *ex art. 669 terdecies c.p.c.* in data 09.07.2013, l'Ecc.mo Tribunale adito, in composizione collegiale, rigettava il reclamo principale ed il reclamo incidentale (in particolare, per quanto in questa sede interessa, anche la richiesta di condanna *ex art. 614 bis c.p.c.*), confermava l'Ordinanza in data 03.04.2013 del Tribunale Civile di Rieti, in persona del Giudice monocratico, nonché condannava la parte reclamante alla condanna delle spese processuali della fase di reclamo.

Al fine di indagare nel modo più approfondito ed appropriato il tema in esame, appare opportuno ricordare seppur sommariamente le caratteristiche fondamentali dell'uno e dell'altro istituto processuale.

2. Il processo cautelare uniforme delineato dagli art. 669 *bis* e ss. c.p.c., ormai punto di riferimento per tutte le procedure alternative al processo ordinario di cognizione ovvero per tutti i riti caratterizzati da assenza di formalità e da urgenza, costituisce una procedura sommaria tanto nell'istruzione quanto nell'accertamento del diritto che si fa valere in giudizio, cui si ricorre laddove sussistano i requisiti della parvenza della fondatezza (*fumus boni iuris*) della situazione giuridica soggettiva vantata dal ricorrente e del pericolo grave ed irreparabile (*periculum in mora*) per detta situazione soggettiva dovuta al trascorrere del tempo necessario per la definizione del processo a cognizione piena¹.

Caratteristiche tipiche del processo cautelare uniforme sono, pertanto, la strumentalità, nel senso che questo ha "lo scopo di assicurare all'avente diritto, un mezzo attraverso il quale ottenere la garanzia o almeno l'alta probabilità di vedere concretamente soddisfatta la sua pretesa, all'esito di un processo a cognizione piena"², e la provvisorietà, nel senso che, nonostante alcune eccezioni espressamente previste dal codice di rito³, il provvedimento che chiude la fase cautelare non è idoneo al giudicato sostanziale e tende a divenire inefficace se non viene introdotta la fase di merito (il cosiddetto processo ordinario a cognizione piena).

Al fine di far fronte al pericolo che il *dictum* cautelare non venga eseguito dalla parte soccombente o che sorgano difficoltà e contestazioni circa le modalità di attuazione-esecuzione dello stesso, l'ordinamento processuale civile prevede la possibilità di ricorrere ad un *subprocedimento*, anch'esso ovviamente di natura cautelare, all'esito del quale

¹ Come affermato da A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006, infatti, "la tutela cautelare, peraltro, è solo una delle varie tecniche di diritto processuale, o anche sostanziale, dirette a garantire l'effettività della giurisdizione nel caso di lesione, o di possibile lesione, del diritto controverso".

² M. MECACCI, *Codice di procedura civile*, a cura di Luigi Viola, CEDAM, 2011, il quale peraltro specifica come: "con la novella della l. 35/2005, nel solco di una tendenza diretta a funzionalizzare e destrutturare la tutela processuale cautelare, poi ulteriormente evolutasi nell'attuale l. 69/2009, i principi di strumentalità e provvisorietà hanno iniziato a vacillare, e sono emerse tecniche processuali dirette a garantire maggiore stabilità, se non tendenziale definitività, a molti dei provvedimenti che concludono la fase di un procedimento cautelare".

³ Il riferimento è ad esempio ai provvedimenti cautelari pronunciati in accoglimento dei ricorsi *ex art. 700 c.p.c.* ovvero a seguito dell'esercizio delle azioni di nuova opera e di danno temuto ai sensi dell'art. 688 c.p.c.

il medesimo giudice che ha emesso l'ordinanza inattuata⁴ detterà tempi e modi di adempimento e provvederà ad affidare l'esecuzione materiale della stessa all'ufficiale giudiziario, il quale, se del caso, potrà avvalersi della forza pubblica per vincere qualsiasi resistenza eventualmente opposta dal debitore della prestazione giudiziale. Si tratta della procedura prevista e disciplinata dall'art. 669 *duodecies* c.p.c., che non necessita di alcuna attività prodromica quale la notifica di un atto di precetto o l'invio di un atto di significazione⁵.

La norma in questione è orientata, dunque, a determinare le modalità dell'attuazione o dell'esecuzione del provvedimento cautelare in caso di contestazione, più che a consentire la soluzione dei casi di non spontaneo adempimento da parte del soggetto soccombente all'esito del giudizio d'urgenza; a quest'ultimo scopo può ben essere comunque piegata la procedura in esame, ma risulta innegabile che la funzione naturale di questa sia semplicemente quella di stabilire il *quomodo* della prestazione giudiziale in presenza di contestazioni tra le parti.

Trattasi, peraltro, di una procedura onerosa, soggetta al pagamento del contributo unificato ed alle spese di notifica, nonché affatto agevole e rapida (come ritenuto dal giudice sabino), poiché postula necessariamente il trascorrere di congrui intervalli di tempo tra il momento del deposito e quello della fissazione dell'udienza di comparizione-trattazione ovvero tra il momento della notifica e quello della celebrazione della prima udienza; appare *ictu oculi* come l'immediatezza dell'effetto coercitivo garantito dall'art. 614 *bis* c.p.c. non sia invece requisito proprio del procedimento per l'attuazione dell'ordinanza cautelare.

3. Lo strumento messo a disposizione dall'art. 614 *bis* c.p.c.⁶ consiste in una forma di coazione che, nonostante i limiti applicativi già dimostrati dall'art. 612 c.p.c. (previsto

⁴ Se si tratta del provvedimento emesso dal Giudice in composizione collegiale a seguito di proposizione di reclamo *ex art.* 669 *terdecies* c.p.c., è proprio questi e non il Giudice monocratico ad essere competente per la fase di attuazione-esecuzione giudiziale. In tal senso in giurisprudenza si veda: Cass., sentenza in data 26.02.2008, n. 5010; Trib. Padova, sentenza in data 02.11.1996; Trib. Perugia, sentenza in data 23.10.1998, tutte citate in *Codice di procedura civile*, a cura di Luigi Viola, CEDAM, 2011

⁵ M. MECACCI, *Codice di procedura civile*, a cura di Luigi Viola, CEDAM, 2011.

⁶ Cfr. in dottrina R. GIORDANO – A. LOMBARDI, *Il nuovo processo civile, Commento organico alla legge di riforma del processo civile*, Roma, 2009. Si considerino anche i maggiori processualisti civili italiani quali: F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II ed., Milano, 2011; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Milano, 2009; G. CARPI – M. TARUFFO, *Commentario breve al codice di procedura civile*, Padova, 2012.

per gli obblighi di *facere* o *non facere* semplici e tendenzialmente fungibili), si va ad aggiungere e non a sostituire a quelle preesistenti ed aventi come presupposto fattuale l'inadempimento di altri tipi di obblighi, quali il mancato pagamento di somme di denaro ovvero il mancato rilascio o la mancata consegna di beni⁷. Ai fini dell'operatività della misura *de qua*, assoluta rilevanza va data, quindi, alla "infungibilità", consistente nella impossibilità di sostituzione soggettiva ed oggettiva della prestazione dovuta⁸.

Inoltre, stante l'anticipazione dell'operatività al momento del giudizio di cognizione, va precisato che ci si riferisce non ad obbligazioni di origine negoziale, ma sempre giudiziale; in altri termini, è sempre il provvedimento condannatorio la fonte dell'obbligazione cui può accedere lo strumento coercitivo in esame.

Si tratta, a ben vedere, di ipotesi eterogenee accomunabili dalla sola idoneità a sfociare in un giudizio che si concluda con una condanna ad un *facere* o *non facere*, senza distinzione di sorta tra procedimenti a cognizione

⁷ L'origine storica di un simile istituto è da rinvenirsi al di fuori dei confini italiani; altre esperienze giuridiche particolarmente significative hanno conosciuto, e conoscono ancora, forme di coartazione del debitore orientate a renderlo adempiente alla statuizione giudiziale. Il riferimento è al "*contemp of Court*" anglosassone ed al "*Zwangsstrafen*" tedesco, ma soprattutto al modello francese (di creazione giurisprudenziale) delle "astreintes" (dal latino *adstringere*), consacrato dalla Legge 72-626 del 5 luglio 1972; a differenza dei primi due, infatti, lo strumento d'Oltralpe prevede la corresponsione della somma di cui alla sanzione pecuniaria non allo Stato, ma direttamente al creditore. Una tale forma di coazione, però, non era propriamente estranea al diritto italiano; oltre ai già citati art. 18 Legge 300/1970 (Statuto dei lavoratori) ed art. 709 *ter* c.p.c., precedenti interni, seppur settoriali, sono stati correttamente individuati nell'art. 140 D.Lgs. 206/2005 (cosiddetto *Codice del consumo*) e nell'art. 124, comma II D.Lgs. 30/2005 (cosiddetto *Codice della proprietà industriale*). Quanto alla sua operatività generalizzata, comunque, non può non sottolinearsi come lo strumento de quo fosse conosciuto già da tempo alla (migliore) dottrina italiana; basti pensare alle indicazioni contenute nel progetto Carnelutti del 1926, nonché, per citare un esempio molto più recente, nel progetto di riforma Vaccarella del 2002, recepito dal disegno di legge successivamente approvato il 24.10.2003 (cfr. art. 42).

⁸ Sebbene la lettera della legge non lo dica espressamente, la possibilità di impiego del nuovo istituto, infatti, deve essere limitata alle sole ipotesi di obblighi infungibili di fare o di non fare, dunque dovuti dal solo debitore originario; in tal senso depone soprattutto la rubrica dell'art. 614 *bis* c.p.c., alla quale deve attribuirsi un importante valore interpretativo in ordine alle intenzioni del Legislatore della riforma del 2009. Sull'infungibilità della prestazione di origine giudiziale si veda in dottrina: C. TRAPUZZANO, *Attuazione degli obblighi di fare infungibile e di non fare: commento all'art. 614-bis c.p.c. introdotto dalla Legge 18 giugno 2009, n. 69*, in *Dossier 1, La riforma del processo civile*, in www.dirittoeprocesso.com. Sulla questione della infungibilità degli obblighi previsti nella particolare materia della separazione e divorzio a carico dei coniugi, quali, ad esempio, quella di vivere nel mutuo rispetto o consegnare il figlio nei periodi previsti per l'esercizio del diritto di visita dell'altro coniuge, cfr. F. DANOVI, *Infungibilità dell'obbligazione e poteri del giudice nei giudizi di separazione*, in *Dir. fam.*, 1997, III, 1013. In giurisprudenza cfr.: Trib. Palermo, sentenza in data 16.04.1987, in *Dir. fam.*, 1988, 1085.

piena o a cognizione sommaria, quali proprio quelli cautelari di cui agli artt. 669 *bis* e ss. c.p.c.. L'unica espressa eccezione alla generica e trasversale operatività dell'istituto *de quo* è data, infatti, dalla sua inapplicabilità alle controversie di lavoro ed ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409 c.p.c.⁹.

Dal punto di vista meramente dogmatico, pertanto, quelle che potremmo definire semplicisticamente "*astreintes italiane*" appaiono come un mezzo di coercizione indiretta ai danni del debitore, tali da concretizzarsi in una condanna al pagamento di una data somma di denaro per ogni giorno di ritardo nell'adempimento ovvero per ogni successiva violazione dell'obbligo di adempiere. Trattasi di sanzione pecuniaria applicabile, qualora ciò non sembri iniquo al giudice della cognizione e solo su istanza di parte, all'esito di un procedimento giurisdizionale (o ad esso parificato), definito con una condanna a tenere o ad astenersi dal tenere una determinata condotta; ne consegue che presupposto indefettibile è l'esistenza di un qualsiasi provvedimento di condanna e, procedendo a ritroso, l'esercizio di un'azione volta ad ottenere una tutela, anche nelle forme del rito cautelare, che si espliciti in una pronuncia condannatoria. Il rilievo, come si vedrà in seguito, non è affatto fine a sé stesso.

Ulteriore limite espresso all'applicazione dell'art. 614 *bis* c.p.c. è dato dalla necessità di procedere ad una verifica giudiziale circa l'iniquità della misura coercitiva indiretta da applicare; non si tratta, infatti, di una valutazione che opera sul piano della quantificazione, bensì di un esame che consente al giudice della cognizione di decidere se applicare o meno la sanzione accessoria. Sul concetto di iniquità il Legislatore ha taciuto: seguendo la logica, gli elementi su cui il giudice baserà la propria valutazione dovrebbero essere quelli della capacità patrimoniale del debitore, dell'interesse del creditore ad ottenere l'adempimento, della concreta capacità a rendere la prestazione (l'eventuale incapacità teorica rientrerebbe, infatti, nell'ambito di operatività del risarcimento del danno) e qualsiasi altro che l'Autorità giurisdizionale ritenga opportuno.

Interessante ai fini che riguardano la presente trattazione è anche sottolineare come la misura coercitiva in argomento costituisca, per espressa disposizione legislativa, titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione, inosservanza o ritardo; il capo del

⁹ La disposizione in esame, mai piaciuta alla prevalente dottrina, è stata più volte tacciata di illegittimità costituzionale in relazione all'art. 3 Cost. ed al principio di ragionevolezza.

provvedimento giudiziale con cui si condanna la parte, che deve fare o non fare infungibilmente qualcosa, a corrispondere al creditore della prestazione di origine giudiziale una somma di denaro, diverrà immediatamente esecutivo nel momento in cui si realizzerà l'inadempimento, solo paventato al momento della condanna¹⁰.

Rebus sic stantibus, considerate le limitazione espresse al ricorso ad un simile strumento, ci si potrebbe domandare se la coercizione indiretta *de qua* postuli, per sua stessa natura, una cognizione piena (la *plena cognitio* del processo ad elevato titolo formale, come quello di cui al Libro II del codice di rito, ovvero del processo sommario di cognizione) oppure se si debba prescindere dal tipo di tutela apprestata dal giudice adito (dichiarativa, cautelare, anticipatoria, processuale, etc...), rilevando esclusivamente la presenza di una statuizione giudiziale di condanna. In virtù del solo dato letterale, che non fa distinzioni, ma parla indiscriminatamente di "*provvedimento di condanna*", non sembra potersi giungere ad una risposta differente da quella data dalla prevalente dottrina¹¹ e riscontrata nelle prime applicazioni pratiche dell'istituto ad opera della giurisprudenza di merito¹², ovvero da quella che ritiene applicabile la misura sanzionatoria accessoria in relazione a qualsiasi genere di pronuncia di condanna.

A ben vedere, in tal senso ha finito per pronunciarsi anche il Tribunale sabino nel provvedimento cautelare collegiale in argomento, atteso che la asserita inapplicabilità dell'art. 614 *bis* c.p.c. non è stata determinata da astratta

¹⁰ Concretamente, il creditore in forza della statuizione del giudice, rilevato da sé l'inadempimento di controparte ed autoliquidata la somma dovuta, notificherà l'atto di precetto, dando inizio all'esecuzione forzata *tout court* (non quella in forma specifica) per recuperare il denaro della pena pecuniaria. Nessun bisogno di ricorrere ad altri mezzi, nessun bisogno di adire nuovamente il giudice, ma azione diretta per il recupero del credito dovuto. Naturalmente, qualora l'agire *in executivis*, sebbene sorretto dalla decisione del giudice della cognizione, avvenga di fatto senza giustificazioni, ovvero avvenga per somme non corrispondenti a quelle correttamente dovute, sarà sempre possibile per il debitore ricorrere al giudice dell'esecuzione nelle forme dell'opposizione *ex art. 615 c.p.c.*

¹¹ A. CARRATTA, *L'esecuzione forzata indiretta delle obbligazioni di fare infungibile o di non fare: i limiti delle misure coercitive dell'art. 614 bis c.p.c.*, in www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti, secondo il quale: "*Il riferimento al «provvedimento di condanna» come presupposto per la pronuncia della misura coercitiva, inoltre, porta a ritenere che essa possa essere pronunciata sia nel caso in cui la condanna ad un fare infungibile o ad un non fare sia contenuta in una sentenza, sia quando sia contenuta in provvedimenti di natura condannatoria diversi dalla sentenza (ad es., provvedimenti cautelari o d'urgenza, soprattutto quelli a contenuto anticipatorio, o provvedimenti sommari decisori pronunciati a norma del nuovo art. 702-bis c.p.c.) o pronunciati da arbitri con «gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria» (art. 824-bis c.p.c.)*".

¹² Trib. Cagliari, provvedimento cautelare *ex art. 700 c.p.c.* in data 19.10.2009, in *Giur.Merito* n. 2/2010, Giuffré, con nota di A. LOMBARDI.

incompatibilità, ma da ritenuta superfluità conseguente alla presunta rilevanza speciale del mezzo di cui all'art. 669 *duodecies*. In altri termini il giudice reatino ha voluto risolvere la questione in esame in virtù di quel criterio ermeneutico che poggia sul rapporto di "genere a specie", privilegiando l'applicazione della *lex specialis* (tale è stato ritenuto il ricorso per l'attuazione dell'ordinanza cautelare) rispetto alle *lex generalis* dettata nel caso di specie dalla disciplina della coercizione indiretta. Come si avrà modo di spiegare nel corso della trattazione, tuttavia, a parere di chi scrive, l'esame della *ratio*, dei caratteri distintivi e degli effetti pratici dei due istituti conduce alla valutazione del rapporto tra le norme in argomento al di fuori della relazione "genere a specie", privilegiandosi una lettura dei due strumenti in termini di concorrenzialità non subordinata e, quindi, di potenziale pacifica convivenza e contestuale applicabilità.

4. Come in parte accennato, l'orientamento sinora espresso dalla migliore dottrina processualcivilistica e dalla giurisprudenza è stato nel senso di preferire la cosiddetta "tesi ampia", vale a dire la tesi secondo la quale i provvedimenti di condanna cui può accompagnarsi l'*astreinte* italiana sono tutti quelli suscettibili di contenere una condanna ad un *facere* o *non facere* infungibile, senza limitazione ai provvedimenti aventi forma o sostanza di sentenza.

Ne deriva la potenziale ed astratta applicazione della misura coercitiva indiretta a carattere pecuniario persino alle ordinanze di condanna ex artt. 186 *bis*, 186 *ter* e 186 *quater* del codice di rito civile ossia del processo sommario di cognizione ex art. 702-*bis* ss. c.p.c., nonché nei provvedimenti resi in sede presidenziale ed istruttoria nei giudizi di separazione e divorzio, nei provvedimenti emessi anche *inaudita altera parte* ex art. 669 *sexies* c.p.c. e, come ovvio (questo è l'aspetto che più interessa), anche alle pronunce rese ai sensi dell'art. 669 *octies* c.p.c. "In tale ultimo ambito non si ravvisano ostacoli alla possibilità di emettere la pronuncia di condanna ex art. 614-*bis* c.p.c. all'esito del procedimento cautelare speciale ai sensi dell'art. 700 c.p.c."¹³, quale *species* del più ampio *genus* dei procedimenti d'urgenza.

Le procedure in questione, infatti, anche a giudizio dei più recenti arresti giurisprudenziali, possono costituire senza

¹³ A. 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* n. 2/2010, Giuffrè.

alcun impedimento di ordine logico e giuridico la naturale sede per la pronuncia di provvedimenti che, in via d'urgenza, obblighino il debitore ad un *facere* o *non facere* infungibili¹⁴.

5. I presupposti logico-giuridici del ragionamento seguito dall'organo giudicante collegiale sono assolutamente apprezzabili, per quanto non possa dirsi condivisibile la conclusione dallo stesso raggiunta ed esplicitata in ordinanza.

Sebbene gli istituti in disamina siano potenzialmente (ma solo in alcuni casi) riconducibili ad un rapporto di "genere a specie" e sebbene il Legislatore non abbia detto nulla al riguardo, non appare sostanzialmente corretto ritenere i mezzi di coercizione indiretta di cui all'art. 614 *bis* c.p.c. sovrapponibili al rimedio delineato dall'art. 669 *duodecies* c.p.c., atteso che diverse appaiono le finalità specifiche ed immediate perseguite dall'ordinamento con le due norme *de quibus*¹⁵ e differenti i risultati concretamente conseguibili a mezzo dell'uno e dell'altro strumento giuridico.

Elemento comune, infatti, è solo il presupposto per l'applicazione di entrambi gli istituti, vale a dire l'inadempimento da parte del soggetto soccombente in giudizio dell'obbligazione che sorge dal provvedimento giudiziario condannatorio emesso a sfavore di quest'ultimo, purchè, come è ovvio, la condanna abbia ad oggetto un fare o un non fare di carattere infungibile; al di là di questo le due disposizioni si muovono su piani diversi e mirano ad assicurare l'adempimento coartando il debitore sotto due ben distinti profili.

A bene vedere il ricorso al *subprocedimento* dell'attuazione dell'ordinanza cautelare attiene ad una fase necessariamente successiva alla pronuncia del provvedimento ex art. 669 *octies* c.p.c. e svolge i propri effetti su di un piano meramente processuale, culminando in un provvedimento che delinea in modo puntuale e preciso le modalità di attuazione del *dictum* giudiziale da parte del

¹⁴ *Ex plurimis*: Trib. Trieste, ordinanza in data 20 settembre 2006, in *Giur. it.*, 2007, 7, 1737, con nota di C. SPACCAPELO; Trib. Trapani ordinanza in data 11.04.2007, in www.dejure.giuffre.it; Trib. Catania ordinanza in data 18.01.2004, in *Giur. comm.*, 2005, II, 64 con nota di E. MACRÌ; Trib. Monza ordinanza in data 16.10.2003, in *Giur. milanese*, 2004, 111.

¹⁵ A. 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* n. 2/2010, Giuffré secondo cui: "L'inclusione, tra i parametri di quantificazione, del «danno quantificato o prevedibile» induce a ritenere che la misura, oltre alla primaria funzione di induzione all'adempimento, rivesta una secondaria e concorrente funzione indennitaria o risarcitoria".

soccombente-inadempiente ovvero, in caso di protrarsi dell'inadempimento, che consenta all'ufficiale giudiziario a ciò incaricato dall'organo giudicante di sostituirsi al debitore della prestazione ed eseguirla in sua vece a mezzo, se del caso, della forza pubblica.

Al contrario, i mezzi coercitivi di cui all'art. 614 *bis* c.p.c., oltre ad avere carattere generale e non essere confinati alla mera procedura ex art. 669 *bis* c.p.c., hanno come presupposto non l'inadempimento, ma un giudizio prognostico circa il verificarsi dello stesso da parte del soggetto soccombente, in virtù del quale il giudice, esclusivamente su richiesta della parte interessata, potrà nel provvedimento condannatorio stabilire i termini (come, quando e quanto) delle misure da applicare. Per quanto detto in precedenza *in subiecta materia*, la minaccia dell'applicazione pratica della misura stabilita dal giudice in caso di inadempimento produce effetti più che altro sostanziali, pendendo sul debitore della prestazione una spada di Damocle dal carattere prettamente economico-finanziario, argomento certamente più convincente della prospettiva di essere convenuti in un'altra procedura d'urgenza (quella per l'appunto di cui all'art. 669 *duodecies* c.p.c.) che può persino concludersi con un rigetto del ricorso (la tipica *alea* del processo) o, in caso di accoglimento, con una statuizione di compensazione delle spese di lite.

Considerando quanto sin qui esaminato, appare davvero arduo poter ritenere i due istituti in esame come sostanzialmente sovrapponibili, tanto da qualificare il ricorso alla condanna ex art. 614 *bis* c.p.c. come superfluo a fronte della possibilità di adire di nuovo il giudice cautelare per la fase di attuazione dell'ordinanza. A parere di chi scrive, tenuto nel dovuto conto tanto il dato testuale, quanto la *ratio* dell'una e dell'altra norma, nonché, infine, gli effetti pratici producibili in conseguenza dell'applicazione dell'uno e dell'altro istituto, si è in presenza di due rimedi, l'uno a carattere generale, l'altro a carattere speciale (ma pur sempre generale in ambito cautelare ed entro certi limiti), concorrenti al fine di garantire la corretta esecuzione di un provvedimento giudiziale (nel caso di specie di natura cautelare), da un lato prospettando l'applicazione di più o meno convincenti (si legga: consistenti) misure economiche per tutto il tempo dell'inadempimento, ma lasciando sempre e comunque al debitore della prestazione l'obbligo di adempiere, e dall'altro ipotizzando il finale intervento di un soggetto (l'ufficiale giudiziario coadiuvato dalla forza pubblica) che si sostituisca al soccombente-inadempiente ed

agisca a spese di quest'ultimo in attuazione del *dictum* giudiziale cautelare.

In tal senso, nonostante rilevante ed innovativo sia il tentativo fatto dal Tribunale di Rieti di rispondere alla questione della compatibilità tra tutela d'urgenza e misure coercitive indirette attraverso un'ermeneutica sistematica e l'applicazione del criterio di specialità, deve necessariamente concludersi in favore del prevalente orientamento dottrinario e giurisprudenziale che ammette l'applicazione al rito cautelare delle misure di cui all'art. 614 *bis* c.p.c., non ostando alcuna ragione di ordine giuridico ed apparendo, anzi, una simile conclusione più rispondente alla volontà del Legislatore ed alla ratio della norma *de qua*, oltre che alle legittime aspettative ed esigenze della parte vittoriosa.

La Nuova Procedura Civile