

Comitato scientifico:

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

Provvedimento cautelare emesso *inaudita altera parte*: può essere confermato in via implicita?

La conferma, ex art. 669 sexies, secondo comma, cod. proc. civ., di un decreto cautelare reso in corso di causa "inaudita altera parte", e notificato al destinatario nel successivo termine perentorio di otto giorni dalla sua adozione, non richiede, una volta fissata la corrispondente udienza di comparizione delle parti entro quindici giorni, una forma vincolata, ben potendo esaurirsi tale udienza con un provvedimento di prosecuzione delle attività proprie del giudizio a cognizione piena che si aggiunga a quello di conferma del predetto decreto o che, univocamente ed implicitamente, lo contenga.

Cassazione civile, sezione prima, sentenza del 18.10.2013, n. 23674

...omissis...

Con il primo motivo di ricorso viene dedotta la violazione e falsa applicazione dell'art. 700 c.p.c., per avere la sentenza impugnata escluso che nella specie era stato disatteso il principio di residualità che governa l'ammissibilità del provvedimento ex art. 700 c.p.c., esistendo un mezzo di tutela anticipatorio tipico consistente nell'accertamento tecnico preventivo o nel sequestro giudiziario, quanto meno, l'ispezione giudiziale.

Il motivo è manifestamente infondato. E' stato richiesto uno strumento di

tutela cautelare ed anticipatoria, a natura complessa, fondato sull'ordine di sospensione della cremazione e sul successivo prelievo dei campioni e non un mero provvedimento di anticipazione della prova. Era conseguentemente necessario lo strumento atipico e flessibile previsto dall'art. 700 c.p.c.. Con il secondo motivo viene dedotta la violazione e falsa applicazione dell'art. 669 sexies c.p.c., per non avere la Corte d'Appello fatto derivare dall'inefficacia del provvedimento inaudita altera parte per mancanza dell'ordinanza di conferma, modifica e revoca, l'invalidità della successiva CTU, in applicazione del principio stabilito nell'art. 159 c.p.c..

Il motivo è infondato. L'art. 669 sexies c.p.c., comma 2, richiede ai fini della conservazione dell'efficacia del decreto inaudita altera parte:

- a) La notificazione entro otto giorni (termine perentorio) al destinatario;
- b) La fissazione dell'udienza di comparizione nel termine (non perentorio) di quindici giorni dall'adozione del decreto;

In quest'ultima udienza la misura cautelare urgente emessa in difetto di contraddittorio viene sottoposta al vaglio delle parti e ad un ulteriore esame del giudice alla luce delle prospettazioni difensive del destinatario di essa e agli eventuali apporti aggiuntivi del ricorrente. In questa udienza il decreto può perdere efficacia se revocato, (anche per radicale difetto delle condizioni di efficacia ex a) e b) o per ragioni di merito; può essere sostituito da un provvedimento modificato. In questa seconda ipotesi, se sono state rispettate le condizioni sub a) e b) e il giudice ritiene che nel merito ne sussistano le condizioni, viene conservata l'efficacia pregressa della misura; in caso contrario il nuovo provvedimento ha efficacia ex nunc. Nella terza ipotesi, di conferma piena del decreto inaudita altera parte, una volta verificata l'efficacia interinale del provvedimento per il positivo accertamento delle condizioni sub a) e b) assoggettate al controllo officioso del giudice anche in difetto di sollecitazione delle parti, il giudice non è tenuto ad una "conferma" a forma vincolata, ben potendo emettere un provvedimento univocamente consequenziale ad essa, come si è verificato nel caso di specie, con l'adozione della consulenza tecnica, tenuto conto delle ragioni di urgenza poste alla base della tutela cautelare anticipatoria. La conferma "implicita" è stata, peraltro, favorita, nella specie, dalla mancata comparizione delle parti all'udienza destinata a tale adempimento. In conclusione, ritiene il Collegio che debbano essere distinte le condizioni di efficacia sub a) e b), relative agli adempimenti ineludibilmente posti a carico della parte ricorrente nella fase c.d. "a contraddittorio differito", da quelle proprie della fase a contraddittorio pieno che si esplicano nell'udienza ex art. 669 sexies c.p.c., comma 2. In tale udienza il giudice, nel rispetto del principio della domanda e delle sollecitazioni provenienti dalle prospettazioni difensive delle parti, non è tenuto ad emettere un provvedimento a formula predeterminata, tanto più nell'ipotesi in cui la misura cautelare è stata richiesta in corso di causa. In tale ipotesi, infatti, coerente con il caso di specie, l'udienza fissata ai sensi dell'art. 669 sexies c.p.c., comma 2, può chiudersi anche con un provvedimento di prosecuzione delle attività proprie del giudizio a cognizione piena che si aggiunga a quello di conferma del decreto inaudita altera parte o che lo contenga implicitamente. Ciò che rileva ai fini dell'efficacia del decreto è la fissazione di un'udienza di comparizione delle parti che ripristini il contraddittorio mancante nella fase precedente e la successiva adozione di un provvedimento che sia univocamente riconducibile alla misura cautelare precedente.

Nel terzo motivo viene dedotta la violazione degli artt. 669 octies e novies cod. proc. civ. per avere la Corte d'Appello affermato che l'inefficacia del decreto inaudita altera parte non poteva propagarsi alla CTU, attesa l'autonomia tra la fase cautelare e quella a cognizione piena. Osserva la parte ricorrente che, al contrario, sussiste un nesso di strumentante diretta tra le due fasi specie per i provvedimenti, quali quello in oggetto a natura prevalentemente conservativa, tanto è vero che ai sensi dell'art. 669 novies c.p.c., è prevista l'inefficacia del provvedimento cautelare conservativo se non venga instaurato il giudizio di merito nel termine di legge.

Questo nesso di strumentalità necessaria è tanto più certo nella correlazione tra decreto inaudita altera parte e provvedimento di conferma, modifica o revoca, attesa la mancanza di preventivo contraddittorio tra le parti al momento dell'adozione del provvedimento.

Il motivo è manifestamente infondato in quanto si fonda sul presupposto dell'inefficacia del decreto inaudita altera parte, radicalmente esclusa dal rigetto del motivo precedente e conseguentemente non propagabile, in virtù del principio dell'invalidità derivata, alla consulenza tecnica d'ufficio svolta nel giudizio a cognizione piena.

Nel quarto motivo di ricorso viene dedotta, sotto il profilo dell'art. 360 c.p.c., n. 4, la violazione dell'art. 24 Cost., e dell'art. 101 c.p.c., per essere stato violato il diritto al contraddittorio ed al pieno esercizio del diritto di difesa nel non aver posto la parte ricorrente nella facoltà di reclamare il provvedimento cautelare sulla base del quale è stata espletata la CTU decisiva per l'esito del giudizio. La mancanza di un provvedimento di conferma ha determinato la nullità insanabile dell'ordinanza ammissiva della CTU e della sentenza, in quanto entrambe viziate dall'illegittima acquisizione dei campioni biologici. Non essendo reclamabile il decreto inaudita altera parte e non essendo stata emessa ordinanza di conferma, modifica o revoca, la parte ricorrente è stata privata dello strumento di tutela del reclamo.

Il motivo è manifestamente infondato. Il provvedimento emesso dal giudice del merito all'esito dell'udienza del 18/11/2008, seguita a quella del 19/2/2008 nella quale era stata dichiarata l'interruzione del procedimento, poteva essere reclamato in ordine alla statuizione implicita ma costituente il presupposto dell'ammissione della CTU, di conferma del decreto emesso inaudita altera parte. Peraltro, le ragioni dell'inefficacia del predetto provvedimento potevano essere (e sono state) sostenute nel giudizio a cognizione piena fino alle presente fase di legittimità. Al riguardo deve osservarsi che ai sensi dell'art. 669 novies c.p.c., comma 2, può essere proposto ricorso al fine di richiedere la declaratoria d'inefficacia della misura cautelare. Nella specie, essendo il provvedimento cautelare stato adottato in corso di causa, la censura (com'è avvenuto nella specie) è stata proposta nel corso del giudizio a cognizione piena ed è stata specificamente affrontata in tutte le fasi del giudizio.

Deve, in conclusione, radicalmente escludersi una lesione del diritto di difesa.

Il ricorso deve, pertanto essere rigettato.

p.q.m.

La Corte, rigetta il ricorso.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio, il 19 giugno 2013.

Depositato in Cancelleria il 18 ottobre 2013