
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) - Caterina CHIARAVALLI (Presidente di Tribunale) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) – Lorenzo DELLI PRISCOLI (Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, Ufficio Studi presso la Corte Costituzionale) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Magistrato, Ufficio massimario presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) – Francesco FIMMANO' (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) – Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPIA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) – Francesca PROIETTI (Magistrato) – Serafino RUSCICA (Consigliere parlamentare, Senato della Repubblica) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di Corte di Appello) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato, Vice Capo dell'Ufficio legislativo finanze del Ministro dell'economia e delle finanze) – Antonella STILO (Consigliere Corte di Appello) - Antonio VALITUTTI (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.).

Procedimento cautelare: cosa avviene se il giudice dispone la prosecuzione del procedimento con le forme della cognizione ordinaria?

*Posto che le azioni nunciatorie ricadono sotto la disciplina del processo cautelare uniforme, in base al combinato disposto degli artt. 688 e 669-
quaterdecies c.p.c., va osservato che il procedimento cautelare termina con l'emissione dell'ordinanza, di accoglimento o di rigetto, all'esito della fase innanzi al giudice monocratico ovvero di quella di reclamo al collegio. Il successivo processo di cognizione avente ad oggetto il diritto cautelato ne rimane necessariamente separato, e richiede per la sua instaurazione un'autonoma domanda giudiziale proposta nelle forme di rito e avente uno specifico contenuto di merito. Ne consegue che tale domanda non può essere vicariata da un provvedimento del giudice che ha emesso la misura cautelare, il quale disponga la prosecuzione del procedimento innanzi a sé, con le forme della cognizione ordinaria, per poi provvedere con sentenza sul diritto controverso. Ciò posto è errato sia ritenere tardiva la relativa eccezione ai sensi dell'art. 157 c.p.c., comma 2, in quanto non proposta nella prima difesa successiva all'atto nullo, sia individuare la sanatoria di detta nullità in base all'art. 156 c.p.c., comma 3.*

Cassazione civile, sezione seconda, sentenza del 10.4.2015, n. 7260

...omissis...

1. - Preliminarmente va respinta l'eccezione d'inammissibilità dell'impugnazione, per essere stato notificato il ricorso ai sensi della L. n. 53 del 1994, dall'avv.xxxx, non iscritta nell'albo speciale degli avvocati abilitati al patrocinio innanzi a questa Corte di cassazione. Tale notifica, effettuata in violazione dell'art. 1 di detta legge, che abilita alla notificazione solo l'avvocato munito di procura alle liti - procura che nella specie è invalida per difetto d'iscrizione di detto avvocato nell'albo speciale - è nulla e non già inesistente (cfr., in ordine a fattispecie analoghe, Cass. n. 5096/13 e S.U. n. 1242/00), e dunque sanata dalla proposizione del controricorso e, per le parti rimaste intimate, dall'avvenuta rinnovazione nel termine ex art. 291 c.p.c., che questa Corte ha concesso.

2. - Il primo motivo di ricorso, corredato da idonei quesiti di diritto ai sensi dell'art. 366-bis c.p.c., applicabile *ratione temporis*, lamenta che la sentenza impugnata abbia ritenuto legittimo il giudizio di merito e la relativa sentenza, sebbene sia mancato l'atto introduttivo del processo, avendo il giudice del procedimento cautelare disposto la prosecuzione innanzi a sè del processo medesimo per la decisione di merito. Richiama, al riguardo, giurisprudenza di questa Corte secondo cui se il giudice, accolta la domanda cautelare, anzichè fissare un termine perentorio per l'inizio del giudizio di merito dispone il prosieguo del processo innanzi a sè per un'abnorme convalida della cautela o per la decisione di merito, la relativa pronuncia è radicalmente nulla per assoluto difetto della domanda introduttiva.

2.1. - La censura - rettamente qualificabile come violazione dell'art. 156, comma 3 e falsa applicazione dell'art. 157 c.p.c., comma 2, in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 4 - è fondata.

2.1.1. - Giova premettere: a) che le azioni nunciatricie ricadono sotto la disciplina del processo cautelare uniforme, in base al combinato disposto degli artt. 688 e 669-quaterdecies c.p.c.; e b) che, nella specie, sull'interpretazione della domanda cautelare come diretta ad assicurare ragioni di carattere petitorio e non già possessorio, si è formato il giudicato interno, non essendo stato proposto dalla parte vittoriosa ricorso incidentale condizionato.

Pertanto le considerazioni che seguono presuppongono la fattispecie tipica dell'azione nunciatoria diretta ad assicurare un diritto reale.

2.1.2. - Il procedimento cautelare termina con l'emissione dell'ordinanza, di accoglimento o di rigetto, all'esito della fase innanzi al giudice monocratico ovvero di quella di reclamo al collegio. Il successivo processo di cognizione avente ad oggetto il diritto cautelato ne rimane necessariamente separato, e richiede per la sua instaurazione un'autonoma domanda giudiziale proposta nelle forme di rito e avente uno specifico contenuto di merito. Ne consegue che tale domanda non può essere vicariata da un provvedimento del giudice che ha emesso la misura cautelare, il quale disponga la prosecuzione del

procedimento innanzi a sè, con le forme della cognizione ordinaria, per poi provvedere con sentenza sul diritto controverso.

In tal senso si è già espressa la giurisprudenza di questa Corte in situazioni consimili. E' stato affermato, infatti, che proposto ricorso ex art. 700 c.p.c., per l'impugnazione di un licenziamento, qualora il giudice, anzichè definire il procedimento cautelare, dia corso al giudizio di merito in assenza della proposizione della relativa domanda, non si verifica un mero mutamento del rito, nè una nullità suscettibile di sanatoria, ma una radicale irritualità del processo, di cui la domanda costituisce presupposto essenziale (Cass. n. 12557/03; analogamente, Cass. nn. 1603/01 e 4573/81).

In senso opposto non è invocabile, invece, la giurisprudenza richiamata nel controricorso, in quanto relativa o al procedimento possessorio (Cass. n. 24388/06) o a procedimenti nunciatori introdotti secondo gli artt. 689 e 690 c.p.c., abrogati dalla L. n. 353 del 1990, art. 89, comma 1 (Cass. nn. 12511/01 e 8128/04).

2.1.3. - Della nullità del procedimento proseguito per effetto dell'erronea fissazione da parte del giudice di un'udienza successiva all'emissione del provvedimento cautelare, in mancanza del necessario atto propulsivo di parte, la sentenza impugnata è consapevole; ma erra sia nel ritenere tardiva la relativa eccezione ai sensi dell'art. 157 c.p.c., comma 2, in quanto non proposta nella prima difesa successiva all'atto nullo, sia nell'individuare ad ogni modo la sanatoria di detta nullità in base all'art. 156 c.p.c., comma 3.

In disparte il più ampio problema dei limiti di applicabilità delle norme dell'art. 156 c.p.c. e segg., alle nullità extraformali, cioè dipendenti non dalla carenza di requisiti di forma-contenuto ma da un difetto di attività necessaria (nella specie, di parte), è certo che la violazione del principio della domanda, previsto dall'art. 99 c.p.c. e art. 2907 c.c. (*nemo iudex sine actore*) determina una nullità che, per essere stabilita per ragioni di ordine pubblico processuale e non nell'interesse peculiare delle parti, ha carattere assoluto e non relativo, e dunque non soggiace all'eccezione di parte ma è rilevabile d'ufficio dal giudice. Altrettanto erronea l'opinata sanatoria dell'invalidità per il raggiungimento dello scopo, che la Corte territoriale ha identificato nel pieno contraddittorio delle parti.

Premesso che lo scopo dell'atto cui si riferisce dell'art. 156 c.p.c., comma 3, in funzione sanante della nullità, è costituito dal compimento dell'atto processuale successivo a quello invalido, secondo l'ordinaria sequenza stabilita dalle norme del codice di rito, deve rilevarsi che lo scopo della domanda giudiziale, che è atto rivolto al giudice, non è dato dall'instaurazione di un effettivo contraddittorio tra le parti. La domanda non mira a realizzare il contraddittorio (effetto cui provvede, semmai, la notificazione dell'atto che la introduce), ma a tematizzare il processo intorno a contenuti assertivi predefiniti, senza i quali l'esercizio della giurisdizione manca del proprio oggetto.

Non ha dunque rilievo, ai fini della clausola generale di cui all'art. 156 c.p.c., comma 3, la circostanza che, nella specie, la fase di cognizione, irritualmente disposta dopo l'adozione della misura anticipatoria richiesta, si sia svolta nel contraddittorio delle parti, perchè quest'ultimo mancava della previa postulazione di una domanda di merito.

Conseguentemente, resta viziato l'intero processo e, con esso, la sentenza impugnata.

3. - L'accoglimento del primo motivo d'impugnazione assorbe l'esame delle restanti censure, che allegano il vizio di extrapetizione, la violazione dell'art. 329 c.p.c., la violazione degli artt. 1172 c.c., art. 688 c.p.c. e art. 669-sexies c.p.c. e segg., e dell'art. 91 c.p.c..

4. - Per le considerazioni svolte la sentenza impugnata va cassata senza rinvio, ai sensi dell'art. 382 c.p.c., comma 3.

5. - Poichè la decisione della causa dipende da un error in procedendo determinato da un provvedimento del giudice del procedimento cautelare, ricorrono giusti motivi, in base all'art. 92 c.p.c., comma 2, nel testo ante vigente rispetto alla legge n. 69/09, per compensare integralmente fra le parti le spese di entrambi i gradi di merito e del presente giudizio di cassazione.

p.q.m.

La Corte accoglie il primo motivo, assorbiti i restanti, cassa la sentenza impugnata senza rinvio e compensa integralmente tra le parti le spese di entrambi i gradi di merito e del presente giudizio di cassazione.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Sezione Seconda Civile della Corte Suprema di Cassazione, il 27 gennaio 2015.