

Centro Studi

Diritto **A**vanzato

Edizioni

Comitato scientifico:

Simone **ALECCI** (Magistrato) - Elisabetta **BERTACCHINI** (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Mauro **BOVE** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giuseppe **BUFFONE** (Magistrato addetto alla direzione generale della giustizia civile presso il Ministero della Giustizia) - Tiziana **CARADONIO** (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 **CHIARAVALLOTTI** (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.) - Mirella **DELIA** (Magistrato) - Lorenzo **DELLI PRISCOLI** (Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Paolo **DI MARZIO** (Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Francesco **ELEFANTE** (Magistrato T.A.R.) - Annamaria **FASANO** (Consigliere presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo **FERRI** (Magistrato, già 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) - Roberto **MARTINO** (Professore ordinario di diritto processuale civile, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Francesca **PROIETTI** (Magistrato) - Serafino **RUSCICA** (Consigliere parlamentare presso il Senato della Repubblica) - Piero **SANDULLI** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano **SCHIRO'** (Presidente di sezione, Suprema Corte di Cassazione) - Bruno **SPAGNA MUSSO** (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo **SPAZIANI** (Magistrato dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione) - Antonella **STILO** (Magistrato, Presidente di sezione) - Antonio **URICCHIO** (Professore ordinario di diritto tributario, Magnifico Rettore) - Antonio **VALITUTTI** (Presidente di Sezione presso la Suprema Corte di Cassazione) - Alessio **ZACCARIA** (Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.).

Giudizio cautelare e necessaria domanda autonoma per iniziare il giudizio di merito: erronea fissazione dell'udienza ex art. 183 c.p.c., comparsa di costituzione invece della citazione, nullità

Qualora concluso il giudizio cautelare, a seguito dell'erronea fissazione dell'udienza ex art. 183 c.p.c., da parte del giudice di merito successiva all'emissione del provvedimento cautelare, la parte si sia costituito con comparsa di costituzione e non con atto di citazione, si determina una violazione del principio della domanda, che è causa di nullità per ragioni di ordine pubblico processuale e non nell'interesse peculiare delle parti; essa riveste, pertanto, carattere assoluto e non relativo e non soggiace alla eccezione di parte ma è rilevabile d'ufficio dal giudice. Nel caso di specie, relativo al ricorso per denuncia di nuova opera proposto dei ricorrenti in qualità di proprietari, la SC osserva che dopo l'istituzione del giudice unico di primo grado, è necessaria una domanda autonoma per iniziare il giudizio di merito; pertanto, la domanda di merito non può essere sorretta dal ricorso cautelare, a maggior ragione nel caso in cui contenga ulteriori domande (come il risarcimento del danno che, nel ricorso introduttivo della fase cautelare, gli originari ricorrenti avevano riservato di chiedere "nella instauranda causa di merito"), ma deve essere introdotto con autonomo atto introduttivo, nel rispetto dei requisiti di cui all'art. 163 c.p.c.; non

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

Cassazione civile, sezione seconda, sentenza del 31.8.2018, n. 21491

...omissis...

Svolgimento del processo

Con ricorso depositato il 23.3.2005 aaaaaaesponevano di essere proprietari di un fabbricato ad un uso residenziale sito ---, che aveva un muro in comune con altro fabbricato di proprietà di -aaaaaaa il quale aveva iniziato lavori di integrale demolizione e ricostruzione dell'immobile arrecando pregiudizio alla loro proprietà. Chiedevano, pertanto, ex art. 1171 c.c., la sospensione dei lavori.

Il Giudice accoglieva il ricorso e, dopo aver ammesso la CTU, revocava il decreto inaudita altera parte ed autorizzava la prosecuzione delle opere; con lo stesso provvedimento fissava l'udienza ex art. 183 c.p.c., concedendo termine fino a giorni venti prima dell'udienza per le eccezioni processuali e di merito rilevabili d'ufficio.

I ricorrenti depositavano memoria di costituzione ed i convenuti, costituendosi, eccepivano l'estinzione del giudizio per il mancato rispetto del termine di cui all'art. 669 octies c.p.c., per l'inizio della causa di merito.

Con sentenza del 12.5.2010 il Tribunale di Treviso dichiarava inammissibile la domanda ritenendo che, a seguito della fase cautelare, il giudizio doveva essere introdotto con atto di citazione e non proseguito con comparsa di costituzione. La memoria di costituzione, secondo il giudice di primo grado, doveva considerarsi inesistente, perchè mancante dei requisiti di cui all'art. 163 c.p.c..

La Corte d'Appello di Venezia, decidendo sull'appello proposto da aaaaee sull'appello incidentale proposto aa principale e rigettava l'appello incidentale. Secondo la corte territoriale, nel procedimento di nunciazione, come in quello possessorio, la fase cautelare e la fase di merito costituiscono fasi di un unico grado del medesimo giudizio, anche quando, prima della novella sul giudice unico di primo grado, la seconda doveva svolgersi innanzi a giudice diverso, ragione per la quale, per instaurare la fase di merito non era necessaria una nuova diversa domanda, essendo sufficiente, valida ed efficace quella introdotta con la domanda cautelare. Il giudice d'appello riteneva che il procedimento di nunciazione avesse natura unitaria e che la fase di merito era stata regolarmente instaurata con lo stesso ricorso introduttivo della fase cautelare. Poichè aaaa nella fase sommaria avevano già individuato la domanda, essi non avevano l'onere di riproporla in sede di merito, dovendosi ritenere ritualmente e validamente proposta, anche per la fase di merito quella proposta nella prima fase, conservando la introduzione del giudizio del ricorrente tutta la sua efficacia processuale e sostanziale verificatasi nella fase cautelare. Nel merito riteneva che la CTU avesse dimostrato che alcune delle lesioni erano state causate dalla demolizione del fabbricato di aaa che, a prescindere dalle fessurazioni, il fabbricato degli appellanti si era indebolito per effetto della demolizione. Considerando lo stato di vetustà del fabbricato, la Corte d'Appello di Venezia quantificava il valore delle opere in Euro 16.000,00 all'attualità.

Per la cassazione della sentenza propone ricorso aaaaulla base di cinque motivi; resistono con controricorso aaaaaaaaaa In prossimità dell'udienza le parti hanno depositato memorie illustrative ai sensi dell'art. 378 c.p.c..

Motivi della decisione

Con il primo motivo di ricorso si deduce la violazione dell'art. 668 octies c.p.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 4, per non avere aaaaa la fase di merito con citazione, dal momento che il ricorso per denuncia di nuova opera non conteneva la domanda di merito e, in particolare, non conteneva la domanda risarcitoria. Il ricorrente, argomentando la sentenza di questa Corte N.7808/2013, richiamata dalla Corte d'Appello per affermare il principio secondo cui fase cautelare e fase di merito costituiscono fasi di un unico grado, rilevava che essa non si attagliava alla fattispecie in esame perchè, nel caso scrutinato dalla Corte, il ricorso conteneva la domanda di merito, mentre, nel caso in esame, con la denuncia di nuova opera venivano richiesti solamente i provvedimenti cautelari e si rinviava per le richieste di carattere petitorio alla "instauranda causa di merito".

Il motivo è fondato.

Giova premettere 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..

Nella specie, poichè i ricorrenti, nel ricorso per denuncia di nuova opera, hanno premesso la qualifica di "proprietari", la loro domanda cautelare era diretta ad assicurare ragioni di carattere petitorio e non possessorio; sulla natura petitoria della domanda si è formato, quindi, il giudicato interno, non essendo stato proposto dalla parte vittoriosa ricorso incidentale condizionato. L'azione è stata introdotta con ricorso depositato il 23.3.2005 nel testo anteriore alla novella di cui al D.L. 14 marzo 2005, n. 35, ma successiva alla L. n. 353 del 1990. Il procedimento cautelare termina con la 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 a oggetto il diritto cautelato ne rimane necessariamente separato, e richiede per la sua instaurazione una autonoma domanda giudiziale proposta nelle forme di rito e avente uno specifico contenuto di merito. Deriva da quanto precede, pertanto, 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. (Cassazione civile, sez. 2^a, 10/04/2015, n. 7260). L'art.669 octies, nel regime successivo alla L. n. 353 del 1990, ed anteriore al D.L. 14 marzo 2005, n. 35, prevedeva espressamente l'obbligo di iniziare la causa di merito nel termine non inferiore a trenta giorni indipendentemente dalla natura anticipatoria del procedimento; l'esclusione dell'obbligo di iniziare la causa di merito era prevista per tutti i provvedimenti anticipatori (ivi compresi la denuncia di nuova opera e di danno temuto) con la disciplina relativa al processo cautelare uniforme, introdotta con L. 14.5.2005 n.80.

Quanto al procedimento possessorio, nel vigore della L. n. 353 del 1990, e prima dell'entrata in vigore della L. 14 maggio 2005, n. 80, la giurisprudenza aveva ritenuto che il procedimento possessorio fosse caratterizzato da una duplice fase: la prima, di natura sommaria, limitata all'emanazione dei provvedimenti immediati; la seconda, a cognizione piena, avente ad oggetto il merito della pretesa possessoria, da concludersi con sentenza soggetta alle impugnazioni ordinarie. Nell'ambito del procedimento possessorio, il giudice, con il provvedimento conclusivo della fase interdettale, doveva fissare l'udienza di prima trattazione del giudizio ordinario di cognizione, ai sensi dell'art. 183 c.p.c. (v. Cass. Sez. Un. 24-2-1998 n. 1984, Cass. 16-11-2006 n. 24388; Cass. 19-6-2007 n. 14281).

Quanto all'procedimento di nunciazione, caratterizzato da due fasi distinte, l'una cautelare e l'altra di merito, nel regime antecedente l'istituzione del giudice unico di primo grado, anche quando la fase di merito continuava innanzi ad un giudice diverso per ragioni di competenza per valore, non occorre una nuova domanda, rimanendo sufficiente, valida ed efficace quella iniziale. (Cassazione civile, sez. 2^a, 23/02/2017; Cass. Civ., sez. 02, del 15/10/2001, n. 12511).

Dalle citate pronunce si ricava, a contrario, che, dopo l'istituzione del giudice unico di primo grado, è necessaria una domanda autonoma per iniziare il giudizio di merito.

La giurisprudenza di questa Corte ha affermato il medesimo principio in relazione alle ipotesi in cui il giudizio di merito sia stato iniziato, a seguito di ricorso ex art. 700 c.p.c., ed il giudice abbia dato corso al giudizio di merito in assenza della proposizione della relativa domanda. (Cass. n. 12557/03; analogamente, Cass. nn. 1603/01 e 4573/81).

Nel caso in esame, a seguito dell'erronea fissazione dell'udienza ex art. 183 c.p.c., da parte del giudice di merito successiva all'emissione del provvedimento cautelare, gli attuali ricorrenti si sono costituiti con comparsa di costituzione e non con atto di citazione, così determinandosi una violazione del principio della domanda, che è causa di nullità per ragioni di ordine pubblico processuale e non nell'interesse peculiare delle parti; essa riveste, pertanto, carattere assoluto e non relativo e non soggiace alla eccezione di parte ma è rilevabile d'ufficio dal giudice (Cassazione civile, sez. 2^a, 10/04/2015 n. 7260).

Nella comparsa di costituzione, essi hanno, peraltro, richiesto il risarcimento del danno che, nel ricorso introduttivo della fase cautelare avevano riservato di chiedere "nella instauranda causa di merito". Appare evidente come la domanda di merito non possa essere sorretta dal ricorso cautelare, a maggior ragione nel caso in cui contenga ulteriori domande, ma debba essere introdotto con autonomo atto introduttivo, nel rispetto dei requisiti di cui all'art. 163 c.p.c. Contemporaneamente non assume rilievo, ai fini della clausola generale di cui all'art. 156 c.p.c., comma 3, la circostanza che la fase di cognizione, irrualmente disposta dopo l'adozione della misura anticipatoria richiesta, si sia svolta nel contraddittorio delle parti, perchè questo ultimo mancava della previa postulazione di una domanda di merito.

aaaaaaasin dal suo primo atto di difesa ha dichiarato di non accettare il contraddittorio sulla domanda risarcitoria, perchè non proposta nella domanda introduttiva del giudizio di merito, nè era contenuta nel ricorso per denuncia di nuova opera; la sua linea difensiva si è protratta per tutto il giudizio, a nulla rilevando la sua partecipazione alle operazioni peritali ed allo svolgimento di attività difensiva, che, ferma restando la sua difesa in rito, era doverosa per ragioni di scrupolo difensivo.

Non è di contrario avviso la pronuncia di questa Corte N.7808/2013, richiamato dalla corte territoriale a fondamento della sua decisione, nella parte in cui afferma che il procedimento di enunciazione ha struttura unitaria e la fase di merito deve ritenersi instaurata con lo stesso ricorso introduttivo della fase cautelare, senza che occorra formulare una domanda in forma espressa; la decisione della Corte aveva ad oggetto un giudizio introdotto in epoca anteriore alla L. n. 353 del 1990. L'affermazione del principio secondo cui nei procedimenti di enunciazione la fase cautelare e la fase di merito sono fasi di un unico grado del medesimo giudizio non ha carattere generale e si applica ai giudizi anteriori all'entrata in vigore della L. n. 353 del 1990, ed ai procedimenti possessori antecedenti all'entrata in vigore della processo cautelare uniforme. L'affermazione relativa all'estensione del principio ai giudizi successivi all'istituzione del giudice unico di primo grado costituisce un obiter della decisione, peraltro non applicabile alla fattispecie esaminata dalla Corte, che, si ribadisce, aveva ad oggetto un giudizio anteriore alla L. n. 353 del 1990.

Nè è pertinente il richiamo a Cassazione Civile n.25630/2013, che ammette la proposizione di nuove domande nella fase di merito in quanto fase distinta da quella cautelare; la decisione citata conferma il principio dell'autonomia delle fasi, prevedendo che le ulteriori domande, distinte da quelle introdotte nella fase nunciatoria, possano essere introdotte dopo l'emissione, o il rigetto, dei provvedimenti interinali.

La mancanza della domanda introduttiva della fase di merito vizia l'intero processo e, con esso, la sentenza impugnata.

L'accoglimento del primo motivo d'impugnazione assorbe l'esame delle restanti censure.

Per le considerazioni svolte la sentenza impugnata va cassata senza rinvio poichè il giudizio non poteva essere proseguito, ai sensi dell'art. 382 c.p.c., comma 3.

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 L. n. 69 del 2009, per compensare integralmente fra le parti le spese di entrambi i gradi di merito e del presente giudizio di cassazione.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, va dato atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale, a norma dello stesso art. 13, comma 1 bis.

pqm

La Corte accoglie il primo motivo, assorbiti i restanti, cassa la sentenza impugnata senza rinvio poichè il giudizio non poteva essere proseguito. Compensa integralmente tra le parti le spese di entrambi i gradi di merito e del presente giudizio di cassazione. Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale, a norma dello stesso art. 13, comma 1 bis.