

## Procedimenti cautelari e monitori

---

# ***Fase cautelare e successiva instaurazione della fase di merito nel procedimento di nunciazione***

di **Silvia Romanò**

[Cassazione civile, Sez. II, sent. 31 agosto 2018, n. 21491, Pres. Correnti, Est. Giannaccari](#)

**Procedimenti cautelari – azioni di nunciazione – Definizione del procedimento cautelare - Instaurazione del processo di merito - Autonoma domanda - Necessità - Difetto - Conseguenze.**

*Le azioni di nunciazione sono soggette alla disciplina del processo cautelare uniforme, in base al combinato disposto degli artt. 688 e 669-quaterdecies c.p.c*

### **CASO**

I proprietari di un immobile avevano adito il giudice in via cautelare, proponendo denuncia di nuova opera ex art. 1171 c.c. e chiedendo la sospensione dei lavori di integrale demolizione e ricostruzione che un terzo stava compiendo sul proprio immobile e che stavano arrecando pregiudizio alla loro proprietà.

Il giudice della cautela aveva inizialmente accolto il ricorso ma, all'esito della disposta CTU, aveva revocato il decreto *inaudita altera parte* e autorizzato la prosecuzione delle opere, fissando altresì udienza ex art. 183 c.p.c.

I ricorrenti avevano depositato memoria di costituzione nel giudizio di merito.

Il Tribunale aveva dichiarato inammissibile la domanda, in quanto il giudizio di merito all'esito della fase cautelare avrebbe dovuto essere introdotto con atto di citazione, sicché la memoria presentata in luogo di tale atto veniva ritenuta inesistente.

La Corte d'appello accoglieva parzialmente l'appello principale proposto dai ricorrenti, argomentando che nel procedimento di nunciazione la fase cautelare e quella successiva di merito rappresentavano due fasi in un unico grado del medesimo procedimento e ritenendo così regolarmente instaurata anche la fase di merito già con il deposito del solo ricorso introduttivo.

### **SOLUZIONE**

I giudici di legittimità cassano senza rinvio la sentenza impugnata, in quanto il processo di

cognizione si era svolto in difetto dell'atto propulsivo di parte, mediante erronea fissazione giudiziale di un'udienza successiva all'ordinanza cautelare e, pertanto, risultava affetto da nullità assoluta per violazione del principio della domanda.

## QUESTIONI

I giudici di legittimità rilevano anzitutto che le azioni di nunciazione sono soggette alla disciplina del processo cautelare uniforme, in base al combinato disposto degli artt. 688 e 669-*quaterdecies* c.p.c. Nel caso di specie, i ricorrenti si erano qualificati già in sede cautelare come proprietari, sperando una domanda cautelare chiaramente volta a tutelare ragioni di carattere petitorio, onde la formazione del giudicato interno sulla natura dominicale della domanda.

I giudici di legittimità stabiliscono che il procedimento cautelare termina con l'emissione dell'ordinanza di accoglimento o di rigetto della pretesa fatta valere. Il successivo processo di cognizione, rappresentando una fase nettamente separata da quella cautelare, richiede, pertanto, un'autonoma domanda processuale, tempestivamente proposta nelle forme di rito per potersi dire correttamente instaurata.

Discende da tale considerazione che la domanda giudiziale introduttiva della fase di merito non possa essere sostituita da un provvedimento del giudice della cautela, che disponga la prosecuzione davanti a sé della controversia nelle forme della cognizione ordinaria, provvedendo infine con sentenza sulla materia del contendere (Cass., 10 aprile 2015, n. 7260).

Se nel regime precedente, quando la controversia, iniziata in sede cautelare con procedimento di nunciazione, proseguiva davanti al giudice di merito competente per ragioni di materia o valore, non occorre un'altra domanda, rimanendo valida ed efficace quella iniziale (Cass., 15 ottobre 2001, n. 12511), successivamente alla riforma del 1990 la Corte di legittimità ravvisa la necessità di una domanda autonoma per dare inizio al giudizio di merito che, nel procedimento di nunciazione, è nettamente separato dal procedimento cautelare.

Nel caso al vaglio della Corte di cassazione, a seguito della (erronea) fissazione dell'udienza di trattazione nel giudizio di merito ex art. 183 c.p.c. successivamente all'emissione del provvedimento cautelare e senza soluzione di continuità, i ricorrenti si erano costituiti in giudizio con "memoria di costituzione", anziché promuovere il giudizio di merito con atto di citazione, con ciò determinando una violazione del principio della domanda e una conseguente ipotesi di nullità assoluta per ragioni di ordine pubblico processuale.

Consegue a ciò, secondo la Corte, la rilevabilità d'ufficio della nullità del procedimento e, per derivazione, della susseguente sentenza e l'impossibilità di una sanatoria mediante il successivo instaurarsi del contraddittorio, non assumendo rilievo, ai fini della previsione di cui all'art. 156 co. 3 c.p.c., che la fase di cognizione, seppur irrualmente proposta, si sia svolta nel contraddittorio tra le parti.

Poiché, peraltro, nella irrituale “memoria di costituzione” i ricorrenti hanno chiesto il risarcimento del danno che si erano riservati, in sede cautelare, di chiedere “nella instauranda causa di merito”, secondo la Corte appare evidente che la domanda di merito non potesse essere sorretta dal ricorso cautelare, tanto più quando contenga domande ulteriori, com'è nel caso di specie, dovendo essere sempre introdotta con autonomo atto introduttivo nel rispetto dei requisiti di forma-contenuto di cui all'art. 163 c.p.c.

La pronuncia in esame appare francamente connotata da severità e formalismo eccessivi. Il tribunale aveva comunque nettamente separato il procedimento cautelare da quello di merito e l'erronea modalità di introduzione di quest'ultimo, mediante udienza fissata direttamente dal giudice della cautela anziché mediante autonomo atto di citazione, non aveva apparentemente creato pregiudizio alcuno per la parte resistente. Stante il principio di strumentalità delle forme processuali, che non sono mai fini a sé stesse, ma intendono assicurare lo svolgimento del processo nel rispetto di tutte le garanzie fondamentali, e dovendosi considerare altresì la sanatoria delle eventuali difformità dell'atto dalle prescrizioni legali mediante raggiungimento dello scopo (art. 156, comma 3, c.p.c.) nonché l'assenza di un pregiudizio concretamente e specificamente lamentato dalla parte convenuta, la nullità formale ben doveva e poteva ritenersi sanata o, comunque, improduttiva di nocimento. Invero, i vizi dell'attività del giudice che possano comportare la nullità della sentenza o del procedimento, rilevanti *ex art. 360, 1° comma, n. 4, c.p.c.*, non sono posti a tutela di un interesse all'astratta regolarità dell'attività giudiziaria, ma a garanzia dell'eliminazione del pregiudizio concretamente subito dal diritto di difesa in dipendenza del denunciato *error in procedendo*: sicché, quando venga dedotto il vizio della sentenza, il ricorrente non può limitarsi a dedurre tale violazione, ma a pena di inammissibilità deve specificare quale sarebbe stato il fatto rilevante sul quale il giudice di primo grado si sarebbe dovuto pronunciare e quali prove sarebbero state dedotte ove fosse stata consentita la chiesta appendice scritta.



Master di specializzazione

## DELEGATO NELLE VENDITE IMMOBILIARI

Scopri le sedi in programmazione >