

## **TI\_GERICHTE 11.2017.96 vom 7. November 2018**

TI Tribunale d'appello, 2018-11-07, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_11.2017.96](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_11.2017.96)

FR: TI\_GERICHTE 11.2017.96 du 7 novembre 2018

IT: TI\_GERICHTE 11.2017.96 del 7 novembre 2018

### **Erwägungen**

#### **E. 000**

tanto per l'azione principale quanto per la riconvenzione (sentenza impugnata, consid. 11.1), importo che non appare inverosimile e che non ha dato adito a discussioni. Quanto alla tempestività dell'appello, la decisione impugnata è pervenuta al patrocinatore di AP 1 il 25 settembre 2017. Introdotto il 24 ottobre 2017, l'appello in esame è stato presentato pertanto in tempo utile.

#### **E. 2**

Il beneficiario di una servitù che intende tutelare il proprio diritto reale limitato ha a disposizione due vie giudiziarie: l'azione a protezione del possesso (art. 926 a 929 CC) e l'azione a protezione del diritto ("azione confessoria": art. 737 cpv. 1 CC). Quest'ultima, intesa a far cessare uno stato di fatto incompatibile con la servitù e a far divieto di nuove turbative, può essere diretta contro qualsiasi autore diretto o indiretto della molestia, compreso il proprietario del fondo serviente (RtiD II-2008 pag. 661 consid. 3; Steinauer, *Les droits réels*, vol. II, 4<sup>a</sup> edizione, pag. 456 n. 2306 con richiami). Se il fondo serviente è una comproprietà, l'azione va rivolta contro tutti i comproprietari di tale fondo riuniti in litisconsorzio necessario, anche se chi viola o intralcia – o minaccia di violare o di intralciare – la servitù è un singolo comproprietario (RtiD II-2008 pag. 661 consid. 3 con rinvio a Liver in: *Zürcher Kommentar*, 2<sup>a</sup> edizione, n. 192 con rinvio al n. 162 ad art. 737 CC e citazioni di dottrina; Rep. 1994 pag. 371 consid. 2).

#### **E. 3**

Il litisconsorzio necessario è – per principio – un istituto del diritto di procedura, ma sapere in quali casi vi si debba far capo dipende dal diritto sostanziale (DTF 140 III 600, consid. 3.2). Così, trattandosi di promuovere un'azione confessoria a tutela di una servitù prediale in favore di un fondo in comproprietà, il diritto sostanziale conferisce la legittimazione attiva a ogni comproprietario di tale fondo, quand'anche gli altri comproprietari non intendano procedere (RtiD II-2011 pag. 694 consid. 4 e pag. 695 consid. 5). Non si impone dunque, in circostanze del genere, alcun litisconsorzio necessario di parte attrice. Diversa è la situazione per quanto riguarda la legittimazione passiva. Come si è appena visto, se il fondo serviente è in comproprietà, il diritto sostanziale prescrive che un'azione confessoria va intentata contro tutti i comproprietari, quantunque la turbativa si debba a uno soltanto. La ragione di ciò consiste nel fatto che la prestazione chiesta con l'azione confessoria è indivisibile, com'è indivisibile una prestazione chiesta con un'azione negatoria, con un'azione di accertamento della proprietà, con un'azione tendente a prevenire un danno o a eliminare immissioni, con un'azione possessoria, con un'azione avente per oggetto la posa di termini, con un'azione volta alla ricerca o alla ripresa di cose trasportate sul fondo da forze naturali, con un'azione mirante alla potatura di rami sporgenti, con un'azione intesa

all'ottenimento di una condotta necessaria o di una fontana necessaria e così via (RtiD II-2011 pag. 695 in alto; cfr. anche RtiD I-2016 pag. 680 consid. 4).

#### **E. 4**

Qualora un litisconsorzio necessario esca sconfitto da un'azione alla quale è parte e intenda ricorrere contro la sentenza, tutti i litisconsorti devono agire insieme (art. 70 cpv. 2 CPC; DTF 142 III 784 consid. 3.1.2). Contrariamente a quanto prevedeva il vecchio diritto ticinese (art. 48 CPC ticinese e contrario ; Rep. 1946 pag. 132 in alto), il Codice di diritto processuale civile svizzero non fa più profittare i litisconsorti necessari di impugnazioni presentate soltanto da uno – o da taluni – di loro (art. 70 cpv. 2 seconda frase CPC). Esso non contiene neppure una disposizione equivalente all'art. 24 cpv. 1 lett. a seconda e terza frase PC, che permette al giudice di chiamare in causa un terzo facente parte di una comunione di diritti per farlo diventare parte al processo ( *ad citatio* ). Tanto meno esso contiene una norma che consenta al tribunale di fissare un termine all'attore per attirare in causa un litisconsorte mancante, come prevedeva il vecchio diritto cantonale (art. 47 CPC ticinese), seppure ciò sia auspicato da una corrente di dottrina (DTF 142 III 784). Un litisconsorte necessario può agire da sé solo, in rappresentanza anche degli altri, unicamente in caso di urgenza (loc. cit.) oppure ove il diritto federale lo autorizzi specificamente, per esempio in materia di spese giudiziarie ( *Stahelin/ Schweizer in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen ZPO, 3<sup>a</sup> edizione, n. 53 ad art. 70*) oppure in determinate questioni di stato ( *Ruggle in: Basler Kommentar, 3<sup>a</sup> edizione, n. 44 ad art. 70*) o di diritto ereditario ( *Borla-Geier in: Brunner/Gasser/Schwander, Schweizerische ZPO, Kommentar, 2<sup>a</sup> edizione, n. 26 e 28 ad art. 70*).

#### **E. 5**

Se un litisconsorte necessario impugna – o taluni litisconsorti necessari impugnano – una decisione senza la partecipazione degli altri litisconsorti, il rimedio giuridico va dichiarato irricevibile per carenza di presupposto processuale. Altrettanto vale nel caso di un'impugnazione diretta contro un solo litisconsorte necessario – o alcuni litisconsorti necessari – in mancanza degli altri ( *Ruggle, op. cit., n. 44 ad art. 70 CPC con richiamo; Stahelin/ Schweizer, op. cit., n. 57 ad art. 70 CPC*). La legittimazione attiva o passiva al ricorso è infatti una condizione di ricevibilità, diversamente dalla legittimazione per promuovere causa o per essere convenuto in giudizio, che è una questione di merito (DTF 139 III 507 in alto). In altri termini, mentre un'azione promossa da un litisconsorte che non ha – da sé solo – la qualità per agire o promossa contro un litisconsorte che non ha – da sé solo – la qualità per essere convenuto va respinta (salvo poter essere ripresentata da tutti i litisconsorti o essere riproposta contro tutti i litisconsorti: DTF 142 III 786 consid. 3.1.4), un ricorso presentato da un litisconsorte che non ha – da sé solo – la qualità per agire o presentato nei confronti di un litisconsorte che non ha – da sé solo – la qualità per essere convenuto, va dichiarato inammissibile.

#### **E. 6**

Nella fattispecie l'azione confessoria è stata intentata da AO 1 , AO 3 e AO 2 (allora comproprietari della particella n. 3441) unitamente a AO 4 (proprietario della particella n. 2986) e a AO 5 (allora proprietaria della particella n. 3440). Tale situazione è mutata nel corso del processo. Il 28 novembre 2011 AO 5 ha donato la particella n. 3440 ai figli J \_\_\_\_\_ L \_\_\_\_\_, A \_\_\_\_\_ L \_\_\_\_\_ e J \_\_\_\_\_ M \_\_\_\_\_ L \_\_\_\_\_, che sono divenuti comproprietari del fondo in ragione di un

terzo ciascuno. Il 20 dicembre 2011 AO 1 ha donato la sua quota di comproprietà sulla particella n. 3441 ai figli AO 2 e AO 3, che sono divenuti proprietari del fondo in ragione di un mezzo ciascuno. Il 26 aprile 2016 infine AP 1 ha donato metà della sua particella n. 3442 a \_\_\_\_\_ I \_\_\_\_\_. Come ha rilevato il Pretore aggiunto, tuttavia, tali cambiamenti non hanno influito sulla procedura di primo grado (sentenza impugnata, consid. 2). Non perché, come crede l'appellante, tra lei e \_\_\_\_\_ I \_\_\_\_\_ non fosse sorto un litisconsorzio necessario, ma perché l'art. 110 cpv. 2 CPC ticinese prevedeva che qualora l'oggetto litigioso fosse alienato, il processo continuasse fra le parti in causa e la sentenza passasse in giudicato anche nei confronti dell'acquirente, "riservate le disposizioni del diritto civile circa l'acquisto del terzo di buona fede". L'acquirente poteva sì subentrare in causa all'alienante, ma solo "con il consenso delle parti" (art. 110 cpv. 2 CPC ticinese). Non essendo ciò avvenuto nel caso specifico, il Pretore aggiunto ha emanato la sentenza il 20 settembre 2017 nei confronti della sola convenuta originaria AP 1.

#### **E. 7**

Nel frattempo nondimeno, il 1° gennaio 2011, è entrato in vigore il Codice di diritto processuale civile svizzero. E l'art. 405 cpv. 1 stabilisce ora che "alle impugnazioni si applica il diritto in vigore al momento della comunicazione della decisione" (sopra, consid. 1). La legge nuova tuttavia non prevede più l'istituto della sostituzione processuale (Prozessstandschaft) in virtù del quale l'alienante dell'oggetto litigioso poteva continuare a condurre il processo in proprio nome, ma con effetti estensibili all'acquirente, riservata la protezione della buona fede (RtiD I-2016 pag. 684 consid. 2 e pag. 685 consid. 3 con numerosi richiami di dottrina). In concreto AP 1 non poteva quindi appellare autonomamente quale comproprietaria del fondo serviente, il 24 ottobre 2017, agendo (anche) come sostituta processuale di \_\_\_\_\_ I \_\_\_\_\_. I due comproprietari del fondo dovevano procedere personalmente e insieme, in litisconsorzio necessario (sopra, consid. 3), nulla impedendo poi che l'uno potesse farsi rappresentare dall'altra. Identico principio valeva per gli attori, nel senso che, avendo alienato il loro fondo ai figli, AO 5 e AO 1 non erano più legittimate a formulare osservazioni né a duplicare in appello. Abilitati sarebbero stati solo i loro aventi diritto. In sintesi, tanto l'attrice quanto i convenuti si sono comportati nella fattispecie come se all'appello continuasse ad applicarsi il vecchio diritto di procedura, mentre ciò non era più il caso.

#### **E. 8**

Sostiene l'appellante che, comunque sia, essa poteva impugnare da sé sola il dispositivo della sentenza con cui il Pretore aggiunto ha respinto la riconvenzione da lei introdotta per ottenere il diritto di mantenere il tetto a falde anche nella misura in cui esso ecceda l'altezza di 7 m. Ora, il primo giudice ha rigettato la domanda per un duplice ordine di motivi. Anzitutto perché a suo avviso l'art. 674 cpv. 3 CC invocato da AP 1 non si applica alle servitù nemmeno per analogia (DTF 83 II 201). Inoltre perché la stessa AP 1 non poteva pretendere di avere costruito il tetto a falde in buona fede (nel senso dell'art. 674 cpv. 3 CC) quando sapeva che sul suo fondo grava una servitù di limitazione d'altezza (sentenza impugnata, consid. 8). L'appellante eccepisce – come detto – che l'art. 674 cpv. 3 CC non costringe il comproprietario di un fondo ad agire in litisconsorzio necessario per ottenere un diritto di sporgenza, giacché tale diritto non comporta oneri per gli altri comproprietari. Nella fattispecie essa si ritiene pertanto legittimata ad appellare da sé sola, anche senza l'altro comproprietario. L'assunto non può essere condiviso. Secondo giurisprudenza citata dalla stessa appellante, il concorso di tutti i comproprietari immobiliari è necessario non

solo per gravare un fondo di diritti reali, ma anche per far beneficiare il fondo di simili diritti, a meno che internamente i comproprietari abbiano all'unanimità fissato altre regole (DTF 108 II 37 in basso). Quest'ultima ipotesi è estranea al caso specifico. Nella fattispecie l'appellante non poteva quindi procedere da sé sola per ottenere la riforma della sentenza impugnata al fine di veder riconoscere un diritto di sporgenza in favore della sua particella n. 3442. Ha potuto continuare ad agire autonomamente dinanzi al Pretore aggiunto come unica attrice riconvenzionale, anche dopo la donazione di metà particella a \_\_\_\_\_ I \_\_\_\_\_ il 26 aprile 2016, grazie alla sostituzione processuale prevista dall'art. 110 cpv. 1 CPC ticinese, e ciò fino al termine del processo di primo grado. Tale facoltà tuttavia è venuta meno – come per l'azione confessoria promossa nei suoi confronti – sotto l'egida del Codice di diritto processuale civile svizzero.

### **E. 9**

Non si disconosce che, stando a un autore citato in DTF 108 II 38 ( Mengiardi , Die Errichtung von beschränkten dinglichen Rechten zugunsten und zu Lasten von Miteigentumsanteilen, Berna 1972, pag. 150 seg.), un comproprietario può chiedere da sé solo la costituzione di un diritto reale limitato in favore del fondo di cui è comproprietario se il diritto in questione è costituito a titolo gratuito e non comporta obblighi per gli altri comproprietari, a meno che costoro si siano unanimemente accordati diversamente. La stessa sentenza del Tribunale federale ricorda tuttavia che, giusta l'art. 674 cpv. 3 in fine CC, l'ottenimento di un diritto di sporgenza presuppone il versamento di un'“equa indennità” al vicino (DTF 108 II 38 a metà). In concreto l'azione riconvenzionale di AP 1 non tende però alla costituzione di un diritto reale gratuito. Anzi, a ben vedere, v'è da domandarsi persino se miri all'ottenimento di un diritto reale, giacché l'attrice riconvenzionale non ha mai postulato (nemmeno in appello) la benché minima iscrizione nel registro fondiario, ma ha sempre chiesto unicamente un generico “diritto” per mantenere il tetto a falde anche nella misura in cui questo ecceda l'altezza di 7 m. Né AP 1 poteva promuovere in via riconvenzionale – per avventura – un'azione di accertamento per far constatare un suo diritto di sporgenza, il quale esisterebbe unicamente dal passaggio in giudicato della sentenza che lo costituisce (solo l'iscrizione a posteriori nel registro fondiario ha effetto dichiarativo: DTF 108 II 39 a metà). Simili interrogativi possono nondimeno rimanere irrisolti, l'interessata non potendo – come detto – procedere in appello da sé sola.

### **E. 10**

L'interessata assevera che in ogni modo, le facesse difetto la legittimazione a ricorrere, andrebbe assegnato a \_\_\_\_\_ I \_\_\_\_\_, litisconsorte necessario, un termine per “dichiarare la propria partecipazione all'appello”, “con l'avvertenza che in caso di mancata risposta affermativa l'appello sarà dichiarato irricevibile”. Una disciplina analoga era prevista invero dall'art. 47 CPC ticinese ed è auspicata anche nel nuovo diritto da taluni autori ( Gross/Zuber in: Berner Kommentar, ZPO, edizione 2012, n. 43 ad art. 70; Ruggle, op. cit., n. 44 ad art. 70 CPC; cfr. anche Staehelin/ Schweizer , op. cit., n. 50 ad art. 70 CPC). Come si è visto, tuttavia, il Tribunale federale ha escluso simile eventualità (sopra, consid. 4 con riferimento a DTF 142 III 784 ; nello stesso senso: Borla-Geier, op. cit., n. 15 segg. ad art. 70 CPC). Il che non lascia spazio nemmeno alla richiesta subordinata dell'appellante.

### **E. 11**

Infine l'appellante si duole di formalismo eccessivo, diniego di giustizia e arbitrio nel caso in cui il suo appello fosse dichiarato irricevibile. Se non che, un formalismo eccessivo (art. 29 cpv. 1 Cost.) è dato soltanto nelle ipotesi in cui l'applicazione rigorosa di norme processuali non appaia sorretta da alcun interesse degno di protezione e divenga fine a sé stessa, complicando in maniera insostenibile l'attuazione del diritto materiale o l'accesso ai tribunali (DTF 142 IV 304 consid. 1.3.2, 142 V 158 consid. 4.2). Nella fattispecie non si può seriamente affermare che indicare un litisconsorzio necessario con il nome di tutti i partecipanti complichino in maniera insostenibile la possibilità di chiedere un diritto di sporgenza in forza dell'art. 674 cpv. 3 CC. Anzi, ciò rimette se mai ogni litisconsorte alle proprie responsabilità, evitando che l'uno o l'altro di loro impugnino una sentenza contro il volere o all'insaputa degli altri. Quanto al prospettato diniego di giustizia, mal si comprende in che cosa esso consisterebbe, nulla impedendo che un appello correttamente introdotto da tutti i litisconsorti necessari sia trattato come rimedio giuridico. Riguardo poi all'arbitrio, la censura cade nel vuoto, l'applicazione della legge nuova al secondo grado di giurisdizione essendo espressamente prevista dal Codice di diritto processuale civile svizzero. L'appellante invoca una sentenza di questa Camera (inc. 11.2012.96/II del 21 ottobre 2014) per affermare che toccherebbe a quest'ultima chiamare \_\_\_\_\_ I \_\_\_\_\_ a entrare in lite, ma disconosce che in quel caso la proprietà del fondo (oggetto di ipoteca legale) era passata di mano solo in appello, non già davanti al Pretore. Occorreva così verificare se il nuovo proprietario subentrasse al precedente pendente causa, non applicandosi più in appello la sostituzione processuale del vecchio diritto. La fattispecie non è dunque paragonabile all'attuale.

#### **E. 12**

Se ne conclude che, inoltrato da un solo litisconsorte necessario (su due), l'appello di AP 1 va dichiarato irricevibile. Le spese dell'attuale decisione seguono la soccombenza (art. 106 cpv. 1 CPC), tuttavia si giustifica di ridurre sensibilmente la tassa di giustizia, la sentenza odierna limitandosi all'esame di un presupposto processuale (art. 21 LTG). L'appellante rifonderà in ogni modo a AO 3, AO 2 e AO 4 (escluse AO 1 e AO 5: sopra, consid. 7), i quali hanno risposto e duplicato all'appello tramite un patrocinatore, un'adeguata indennità per ripetibili. I denunciati in lite per contro – come gli intervenienti adesivi – non sopportano spese, ma nemmeno possono pretendere ripetibili (dottrina citata in: sentenza del Tribunale federale 5A\_480/2014 del 5 novembre 2015, consid. 4.3, in: RSPC 2016 pag. 115; identica disciplina vigeva nel vecchio diritto: RtiD I-2007 pag. 717 n. 9c). In concreto non v'è ragione di scostarsi da tale principio, né per quanto riguarda PI 1, che ha postulato a torto l'accoglimento dell'appello, né per quanto riguarda PI 2, che ha proposto di respingerlo.

#### **E. 13**

Circa i rimedi giuridici esperibili contro la presente sentenza sul piano federale (art. 112 cpv. 12 lett. d LTF), il valore litigioso raggiunge agevolmente la soglia di fr. 30 000.– ai fini dell'art. 74 cpv. 1 lett. b LTF (consid. 1). Per questi motivi, decide: 1. L'appello è irricevibile. 2. Le spese processuali di fr. 2000.– sono poste a carico dell'appellante, che rifonderà a AO 3, AO 2 e AO 4 fr. 4000.– complessivi per ripetibili. 3. Notificazione: – avv. ; – avv. ; – avv. ; – avv. . Comunicazione alla Pretura della giurisdizione di Locarno Città. Per la prima Camera civile del Tribunale d' appello II presidente La vicecancelliera Rimedi giuridici Nelle cause senza carattere pecuniario il ricorso in materia civile al Tribunale federale, 1000

Losanna 14, è ammissibile contro le decisioni finali, parziali, pregiudiziali e incidentali previste dagli art. 90 a 93 LTF per i motivi enunciati dagli art. 95 a 98 LTF entro 30 giorni dalla notificazione della decisione impugnata. Nelle cause aventi carattere pecuniario il ricorso in materia civile è ammissibile soltanto se il valore litigioso ammonta ad almeno 30 000 franchi; quando il valore litigioso non raggiunge tale somma, il ricorso in materia civile è ammissibile se la controversia concerne una questione di diritto di importanza fondamentale (art. 74 LTF). Laddove non sia ammissibile il ricorso in materia civile è dato, entro lo stesso termine, il ricorso subsidiario in materia costituzionale al Tribunale federale per i motivi previsti dall'art. 116 LTF (art. 113 LTF). Il termine di ricorso al Tribunale federale è sospeso durante le ferie giudiziarie, ma non nei procedimenti concernenti l'effetto sospensivo né altre misure provvisionali (art. 46 cpv. 2 LTF).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.