

## **TI\_GERICHTE 11.2019.73 vom 10. November 2020**

TI Tribunale d'appello, 2020-11-10, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_11.2019.73](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_11.2019.73)

FR: TI\_GERICHTE 11.2019.73 du 10 novembre 2020

IT: TI\_GERICHTE 11.2019.73 del 10 novembre 2020

### **Regeste**

Limitazione del procedimento all'eccezione di litispendenza opposta a un'azione di divisione (con collazione o eventualmente riduzione) cumulata con un'azione di nullità di testamento e di rendiconto

### **Erwägungen**

#### **E. 000**

.– secondo le indicazioni delle parti (sentenza impugnata, pag. 3 in fondo). La sentenza impugnata infine è stata notificata al legale dell'attrice il 22 maggio 2019 (traccia dell'invio n. \_\_\_\_\_, agli atti). Introdotto il 21 giugno 2019 (timbro postale sulla busta d'invio), ultimo giorno utile, l'appello in esame è pertanto tempestivo. 2. AO 1 acclude alle proprie osservazioni il memoriale di risposta del

#### **E. 25**

agosto 2017 presentato dalla controparte nella causa parallela da lui promossa il 15 febbraio 2017 (doc. 3 di appello). Tale documento figura già nell'incarto richiamato OR.2017.39 . La sua produzione si rivela pertanto superflua. 3. Nella sentenza impugnata il Pretore, appurato che una decisione sul presupposto processuale (art. 59 cpv. 2 lett. d CPC) contribuirebbe a semplificare il processo (nel senso dell'art. 125 lett. a CPC), ha ricordato che il deposito dell'atto introduttivo di una causa genera litispendenza (art. 62 cpv. 1 CPC) e produce due effetti: il primo negativo, nel senso che osta all'introduzione della medesima causa (avente cioè il medesimo oggetto litigioso) fra le medesime parti dinanzi a un'altra autorità, e il secondo positivo, nel senso che mantiene inalterata la competenza per territorio (art. 64 cpv. 1 CPC). Il principio della litispendenza – ha precisato il primo giudice – mira a evitare la coesistenza, in un determinato ordinamento giuridico, di due decisioni giudiziarie contraddittorie e simultaneamente esecutive sull'identica azione (o istanza) tra le stesse parti. Ciò posto, il Pretore ha rammentato che un'azione di divisione (art. 604 CC) tende ad accertare l'entità del compendio ereditario e ad attuare la divisione a cura del tribunale. Ove si debbano regolare in quel contesto questioni pregiudiziali, l'azione di divisione può essere cumulata con altre azioni del diritto successorio (come l'azione di nullità, di riduzione o di collazione). Il primo giudice ha rilevato altresì che l'azione di divisione si connota come un' actio duplex in cui l'attore concreta la sua idea di divisione e il convenuto è libero di presentare le proprie conclusioni senza dover formulare una domanda riconvenzionale. In tal modo ogni parte ricopre il ruolo di attore e di convenuto . Nella misura in cui le singole domande non corrispondano, il giudice deve compiere “un certo apprezzamento secondo le regole della divisione”. Non è per contro possibile – ha soggiunto il Pretore – “entrare nel merito di una seconda azione di divisione indipendente nell'ambito della medesima successione”, un'azione siffatta dovendo essere dichiarata irricevibile per litispendenza. Nel caso specifico il primo giudice ha accolto l'eccezione di litispendenza sollevata da AO 1

poiché AP 1, pur avendo chiesto in via pregiudiziale l'accertamento della nullità del testamento del 27 giugno 2012 o, in subordine, l'annullamento del medesimo e l'ottenimento di ogni informazione utile a ricostruire le “pattuizioni intervenute con la defunta”, in definitiva ha sollecitato la divisione dell'eredità. E in tal modo la sua petizione del 6 marzo 2017 (preceduta dall'istanza di conciliazione del 24 maggio 2016) doveva reputarsi irricevibile per litispendenza dell'azione introdotta dal fratellastro il 15 febbraio 2017 (e preceduta dall'istanza di conciliazione del 18 maggio 2016). Il Pretore ha respinto inoltre la tesi dell'attrice, secondo cui l'eccezione di litispendenza andava – se mai – sollevata già in sede di conciliazione. Egli ha rammentato che il compito del conciliatore consiste nel tentare di trovare un'intesa fra le parti (in conformità con l'art. 201 CPC) e non nel prendere decisioni, di modo che un esame dei presupposti processuali in capo all'autorità di conciliazione si giustifica – per il primo giudice – unicamente per quei presupposti “la cui assenza appare manifesta”. Ciò che, per la particolarità dell'azione di divisione, non poteva dirsi nella fattispecie. 4. L'appellante riconosce che le due azioni in esame sembrano “le facce contrapposte di una stessa controversia” e possono apparire identiche. Rileva tuttavia che una differenza in realtà sussiste e risiede nell'atto (il testamento) di cui è chiesta la nullità o l'annullamento. Ciò premesso, l'interessata fa valere che i presupposti processuali e la competenza sono illimitatamente esaminabili dall'autorità di conciliazione, la quale entra nel merito di un'istanza solo ove se ne diano le condizioni. Considerato che nel caso specifico le due conciliazioni si sono tenute in un'unica udienza davanti alla medesima autorità, questa poteva – a suo parere – verificare immediatamente l'eventuale litispendenza. L'appellante contesta pertanto che “le circostanze non fossero manifeste”. E siccome è entrata nel merito dell'istanza – essa prosegue – l'autorità di conciliazione ha ammesso i presupposti processuali. Oltre a ciò, il convenuto avrebbe dovuto sollevare l'eccezione già all'udienza di conciliazione. Avendo atteso fino al memoriale di risposta, egli ha rinunciato all'eccezione e ha riconosciuto l'adempimento dei presupposti processuali, che non possono essere più revocati in dubbio per altri fini. A prescindere da ciò, l'interessata sostiene che secondo il chiaro testo di legge (art. 59 cpv. 2 lett. d e 64 cpv. 1 lett. a CPC), ma anche secondo i materiali legislativi, la litispendenza deve materializzarsi “altrove”, ovvero in un altro luogo e davanti a un altro tribunale rispetto a quello in cui si dibatte la prima causa. Lo scopo è di evitare decisioni contraddittorie fra giurisdizioni diverse, non “anche all'interno di un'unica giurisdizione”. E siccome nella fattispecie le cause non sono state presentate altrove, l'eccezione di litispendenza risulta priva d'oggetto. Tale interpretazione appare ancor più significativa – continua l'appellante – se si tiene conto della particolarità legata a un'azione di divisione, la quale si connota come un' actio duplex e la sua procedura “astrae da posizioni formali, come attore o convenuto (...), per esaminare e risolvere nel suo insieme la questione ereditaria, così da giungere a una divisione e ripartizione completa”. La soluzione “oltremodo formale di inammissibilità” del Pretore stride – secondo l'attrice – con l'informalità che contraddistingue tale genere di azioni. Nelle circostanze descritte l'appellante ribadisce che di fronte a “un'azione contraria”, per la quale non occorre “agire in riconvenzione”, bastava congiungere le due cause come essa postulava prima che le fosse notificata la risposta della controparte con l'eccezione di litispendenza. Oltre a rientrare nelle “facoltà discrezionali” del Pretore, ciò avrebbe permesso di ovviare a due procedure distinte e di operare – in conformità allo scopo dell' actio duplex – una valutazione complessiva di tutto il contenzioso. 5. Quanto al requisito che la litispendenza debba materializzarsi “altrove”, ovvero in un altro luogo e davanti a un altro tribunale rispetto a

quello in cui si svolge la prima causa, non si disconosce che il testo degli art. 59 cpv. 2 lett. d e 64 cpv. 1 lett. a CPC sembra suffragare la tesi dell'appellante. Sta di fatto che, come il principio dell'autorità di cosa giudicata, quello della litispendenza mira a evitare la coesistenza, in un determinato ordinamento giuridico, di due decisioni giudiziarie contraddittorie e simultaneamente esecutive sulla medesima azione fra le medesime parti (DTF 127 III 283 consid. 2b). Più in generale, si tratta di prevenire procedure idonee a gravare inutilmente i tribunali e di impedire che una contestazione identica formi oggetto di più processi distinti e simultanei fra le stesse parti ( Zingg in: Berner Kommentar, CPC, edizione 2012, n. 63 ad art. 59 ; Bohnet in: Commentaire Romand, Code de procédure civile, 2<sup>a</sup> edizione, n. 48 ad art. 59). Il che può verificarsi anche nel caso di più procedure introdotte davanti al medesimo giudice, come ha avuto modo di precisare di recente il Tribunale federale (sentenza 4A\_141/2013 del 22 agosto 2013 in: RSPC 2013 pag. 462 consid. 2.2.1). Al riguardo l'appello manca dunque di fondamento. 6. Per quel che attiene al mancato esame della litispendenza già in sede di conciliazione, l'argomento dell'attrice secondo cui i presupposti processuali sarebbero “illimitatamente esaminabili dall'autorità di conciliazione” non può essere seguito. Questa Camera ha già avuto modo di ricordare che l'autorità di conciliazione dichiara l'istanza irricevibile solo ove all'udienza ravvisi una mancanza chiara ed evidente del presupposto processuale (RtiD II-2015 pag. 860 n. 36c consid. 7). Che un'autorità di conciliazione possa terminare la procedura con una decisione di inammissibilità solo nei casi in cui il presupposto processuale non sia manifestamente dato è anche l'orientamento seguito nel frattempo dal Tribunale federale (DTF 146 III 54 consid. 4.2.3, trattandosi della competenza per materia). Nella fattispecie alle due udienze di conciliazione del 16 agosto e del 15 novembre 2016 né una parte né l'altra ha lamentato la preesistenza di una causa identica. Inoltre a quel momento la litispendenza “altrove” era tutt'altro che chiara ed evidente , come si vedrà ancora (consid. 7). Intanto l'impossibilità di entrare nel merito della seconda causa si riconduceva – come ha illustrato il Pretore – all'interpretazione di una sentenza del Tribunale federale non pubblicata nella raccolta ufficiale che il Segretario assessore non era tenuto a conoscere. Dal fatto inoltre che l'autorità di conciliazione sia entrata nel merito della seconda istanza l'appellante non può automaticamente desumere che tale autorità abbia accertato l'adempimento dei presupposti processuali. Né può trovare ascolto – per quanto si è appena spiegato – il rimprovero mosso alla controparte di essere caduta nell'abuso per avere sollevato l'eccezione di litispendenza soltanto con la risposta. Anche su questo punto l'appello è destinato dunque all'insuccesso. 7. Più delicata è la questione di sapere se dichiarare irricevibile la petizione di AP 1 sia compatibile con la natura di un' azione di divisione ( actio duplex ), la quale si contraddistingue per l'assenza di formalità, e in particolare se il Pretore non avrebbe dovuto piuttosto congiungere le due cause per ovviare all'esistenza di procedure distinte, come postulava l'appellante già nella risposta alla petizione avversaria. a) Che il giudice adito con un'azione di divisione possa essere chiamato, attraverso un cumulo di azioni (art. 90 CPC), a statuire anche su altre questioni litigiose, come la validità di una disposizione per causa di morte (art. 519 segg. CC), un obbligo di collazione (art. 626 CC) o un'eventuale riduzione (art. 522 CC), da decidere prima della divisione vera e propria, non fa dubbio ( Bohnet, Actions civiles, Conditions et conclusions, Vol. I, 2<sup>a</sup> edizione, § 39 n. 4). È pacifico altresì che secondo l'opinione dominante un'azione di divisione si connota come un' actio duplex in cui il convenuto è libero di proporre richieste di giudizio e non deve formalmente presentare una riconvenzione, ogni parte ricoprendo simultaneamente il ruolo di attore e di convenuto ( Hrubesch-Millauer/Bosshardt/Kocher, Rechts begehren im Erbrecht in: successio 2018 pag.

24; Spahr in: Commentaire romand, CC II, Basilea 2016, n. 22 segg. ad art. 604; Schaufelberger/ Keller Lüscher in: Basler Kommentar, ZGB II, 6<sup>a</sup> edizione, n. 4 e 5 ad art. 604 ; Wolf in: Berner Kommentar, edizione 2014, n. 34 ad art. 604 CC; Weibel in: Abt/Weibel [curatori], Praxiskommentar Erbrecht, 4<sup>a</sup> edizione, n. 27 ad art. 604 CC). b) Nel caso specifico il giudice era chiamato a statuire su un presupposto processuale (l'assenza di litispendenza altrove: art. 59 cpv. 2 lett. d CPC) da esaminare d'ufficio (art. 60 CPC). Ora, già nella risposta del 25 agosto 2017 alla petizione di AO 1 la convenuta aveva chiesto preliminarmente, ricordando che la causa avviata dal fratellastro era “speculare” e “contrapposta” a quella da lei promossa, di congiungere le due cause fondate “sugli stessi motivi e sulle stesse circostanze”. Oltre a ciò, essa aveva postulato il rigetto della petizione del fratellastro per quanto riguardava l'azione di nullità di lui, mentre ne aveva proposto l'accoglimento in merito alle domande di rendiconto e di divisione (con collazione) “conformemente alla richiesta di giudizio formulata nella causa OR.2017.59”. L'interessata ha reiterato in seguito le medesime conclusioni nella duplice. Di ciò il Pretore avrebbe dovuto tenere conto. Perché egli non abbia congiunto le due procedure non è dato di comprendere, tanto meno ove si pensi che, rifiutandosi poi di entrare nel merito delle citate richieste, egli è incorso finanche in un diniego di giustizia. Dichiarando irricevibile la petizione di AP 1, per vero, egli ha privato la medesima della possibilità di far valere i propri mezzi di azione. c) Si aggiunga che la decisione impugnata non può essere condivisa neppure per un altro motivo. L'opinione del Pretore, secondo cui il convenuto non è abilitato a introdurre un'azione di divisione indipendente per effetto della litispendenza pregressa, si riconduce infatti a una sentenza del Tribunale federale del 12 novembre 1984 (riprodotta in: ZR 84/1985 pag. 161). In quel precedente il Tribunale federale ha stabilito che il diritto di chiedere in ogni tempo la divisione di un' eredità (art. 604 cpv. 1 CC) non comporta anche il diritto di inoltrare una propria azione di divisione se un altro erede ne ha già presentata una e se, nel processo di divisione pendente, è garantita in ogni caso la facoltà di avanzare autonomamente pretese proprie. Tale principio è stato posto tuttavia nel contesto di due azioni (contrarie) in cui le richieste delle parti vertevano unicamente sulla divisione e sul modo in cui essa andava eseguita. In quella occasione non faceva dubbio che ai convenuti fosse garantita la piena facoltà di far valere le loro pretese, giacché – come ha precisato il Tribunale federale – quand'anche gli attori avessero ritirato l'azione di divisione e provocato lo stralcio della causa dal ruolo, gli altri eredi avrebbero potuto agire a loro volta in giudizio con una propria domanda – imprescrittibile ( Schaufelberger/ Keller Lüscher , op. cit., n. 2 ad art. 604) – di divisione (ZR 84/1985 pag. 161 consid. 1 seg.). La situazione si presenta diversa nell'eventualità in cui – come nella fattispecie – un'azione di divisione sia cumulata con un'azione di nullità o con una richiesta di riduzione, azioni che vanno promosse entro determinati termini sotto comminatoria di perenzione (art. 521 cpv. 1 e 533 cpv. 1 CC). In tal caso l'avvio di una procedura separata è finanche auspicabile, poiché la mancata continuazione della procedura di conciliazione dopo il rilascio dell'autorizzazione ad agire (art. 209 cpv. 3 CC) o il ritiro stesso della petizione per opera della controparte metterebbero a repentaglio la posizione giuridica del convenuto (analogamente: Kantonsgericht Svitto nella sentenza A3.3 del 26 ottobre 2010 citata da Weibel, op. cit., n. 37 ad art. 604 CC). Anche sotto questo profilo, pertanto, nulla ostava alla coesistenza e alla congiunzione delle due procedure (art. 125 lett. c CPC), come postulava AP 1 (cfr. S utter-Somm/Lötscher , Der Erbrechtsprozess unter der schweizerischen ZPO und seine Stolpersteine für die Praxis in: successio 2013 pag. 364). d) Da ultimo non va trascurato che per risultare irricevibile in ragione di una litispendenza (art. 64 cpv. 1 lett. a

CPC) una causa deve vertere, per definizione, sul medesimo oggetto e riguardare le medesime parti di una procedura preesistente ( Gehri in: Basler Kommentar, ZPO, 3<sup>a</sup> edizione, n. 13 ad art. 59; Bohnet in: Commentaire Romand, Code de procédure civile, op. cit., n. 47 segg. ad art. 59 CPC). Dovendosi – come in concreto – giudicare contestualmente all'azione di divisione anche una pluralità di altre questioni, l'oggetto litigioso non è uno solo, come ha riconosciuto il Pretore (sopra, consid. 3; sul tema: Schaufelberger/Keller Lüscher, loc. cit.; Wolf/Brazerol, Grundsätze für die Vornahme der Erbteilung durch das Gericht in: AJP/PJA 2016 pag. 1434). E fra le due cause sottoposte in concreto al giudizio del Pretore (inc. OR.2017.39 e 2017.59) non v'era completa identità di azioni. Il primo giudice è stato invitato a ordinare la divisione dell'eredità fu A\_\_\_\_\_ e a regolare gli obblighi di collazione degli eredi, come pure le vicendevoli richieste di rendiconto. Oltre a ciò, egli è stato chiamato a statuire su due azioni di nullità che – come rileva l'appellante – concernevano due testamenti diversi e contrapposti. Infine egli è stato adito da AP 1 per accertare, in caso di divisione non paritaria, anche la porzione legittima di lei (inc. OR.2017.59, petizione, pag. 9). Neppure sotto questo aspetto si giustificava pertanto un pronunciato di irricevibilità per litispendenza preesistente. Respinta così l'eccezione processuale, non rimane nel caso precipuo che rinviare gli atti al primo giudice perché congiunga le cause inc. OR.2017.59 e inc.OR.2017.39, come aveva chiesto lo stesso AO 1 nell'eventualità in cui la petizione della sorellastra non fosse irricevibile (sopra, lett. G), e riprenda la trattazione della causa al punto in cui questa si trovava al momento in cui ha accolto l'eccezione di litispendenza. 8. Le spese dell'attuale giudizio seguono il precetto della soccombenza (art. 106 cpv. 1 CPC). Il convenuto, che ha proposto a torto di respingere l'appello, rifonderà all'attrice un'equa indennità per ripetibili, commisurata all'elevato valore litigioso, ma anche al fatto che l'esame si limita a un singolo aspetto della lite. L'esito dell'odierna sentenza giustifica anche una riforma del dispositivo sulle spese e le ripetibili di prima sede (art. 104 cpv. 2 CPC), che seguono identica sorte. AP 1 postula a tal riguardo un'indennità di fr. 1500.–, richiesta che per rapporto all'importanza della lite appare finanche modesta. 9. Quanto ai rimedi giuridici esperibili contro la presente sentenza sul piano federale (art. 112 cpv. 1 lett. d LTF), l'impugnabilità di una decisione incidentale segue la via giudiziaria dell'azione principale (art. 51 cpv. 1 lett. c LTF). Il valore litigioso raggiunge agevolmente anche la soglia di fr. 30 000.– nella prospettiva dell'art. 74 cpv. 1 lett. b LTF (sopra, consid. 1). Per questi motivi, decide: I. L'appello è accolto e la sentenza impugnata è così riformata: 1. L'eccezione di litispendenza è respinta. 2. Le cause OR.2017.39 e OR.2017.59 sono congiunte. 3. Le spese processuali di fr. 1100.–, da anticipare dall'attrice, sono poste a carico del convenuto, che rifonderà alla controparte fr. 1500.– per ripetibili. Gli atti sono rinviati al primo giudice per il seguito della procedura. II. Le spese dell'appello, di fr. 2500. –, da anticipare dall'appellante, sono poste a carico di AO 1, che rifonderà a AP 1 fr. 2500. – per ripetibili. III. Notificazione a: – avv. ; – avv. . Comunicazione alla Pretura del Distretto di Lugano, sezione 4. Per la prima Camera civile del Tribunale d' appello Il 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 invece 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 sussidiario 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 provvisoriale (art. 46 cpv. 2 LTF).

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