

**Civile Sent. Sez. 2 Num. 24184 Anno 2019**

**Presidente: PETITTI STEFANO**

**Relatore: GORJAN SERGIO**

**Data pubblicazione: 27/09/2019**

**SENTENZA**

sul ricorso 19526-2015 proposto da:

GULLOTTA ALBAROSA, elettivamente domiciliata in ROMA,  
PIAZZA NAVIGATORI 19, presso lo studio dell'avvocato  
ERIKA MIRABELLA, rappresentata e difesa dall'avvocato  
LORETTA RUSSO;

- **ricorrente** -

**contro**

GULLOTTA ELVIRA, rappresentata e difesa dall'avvocato  
DIEGO ALLETTO;

- **controricorrente** -

2019

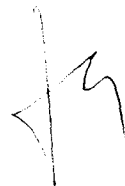
1137

avverso la sentenza n. 649/2015 della CORTE D'APPELLO di  
CATANIA, depositata il 16/04/2015;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica  
udienza del 16/04/2019 dal Consigliere SERGIO GORJAN;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore  
Generale CARMELO SGROI che ha concluso per l'accoglimento  
del ricorso per quanto di ragione;

udito l'Avvocato LORETTA RUSSO, difensore della  
ricorrente, che ha chiesto l'accoglimento del ricorso.



### **Fatti di causa**

Elvira Gullotta ebbe ad evocare avanti il Tribunale di Catania la germana Albarosa Gullotta per procedere alla divisione secondo legge dell'asse relitto morendo dalla comune madre Gaetana Liotta, oltre alla resa del conto dei frutti percetti dai beni comuni goduti dalla sola germana convenuta.

Resistette Albarosa Gullotta, la quale non s'oppose alla divisione secondo legge, osservate però delle accortezze nella formazione dei lotti, nonché chiese di d'operare il rendiconto tenendo conto delle complessive spese comuni oltre che dei canoni di locazione dei beni pertinenti all'asse.

Il Tribunale adito ebbe a procedere alla divisione secondo legge ed a regolare i conti tra le eredi.

Avverso la sentenza del Giudice etneo propose gravame Albarosa Gullotta, rilevando come erroneamente il primo Giudice non ebbe a tener conto del testamento olografo redatto dalla madre, tardivamente ritrovato, ed ebbe a malamente valutare le domande ed emergenze processuali afferenti alle poste del rendiconto.

La Corte etnea rigettava l'appello principale ed accoglieva l'impugnazione incidentale mossa dal Elvira Gullotta, osservando come, se anche ammissibile il documento tardivo - testamento olografo -, tuttavia non appariva indispensabile poiché correlato a domanda nuova proposta in appello, quindi inammissibile; come l'appellante non avesse avanzata domanda di avere restituiti dei crediti verso la germana, mentre questa aveva, ancorché implicitamente, avanzata domanda di avere la sua quota parte dei frutti ricavati dai beni comuni; come effettivamente i frutti erano dovuti sino all'effettivo rilascio alla coerede dei beni pertoccati e regolava le spese di lite.

Ha proposto ricorso per cassazione Albarosa Gullotta articolando tre motivi.

Resiste ritualmente Elvira Gullotta con controricorso.

La questione era dapprima trattata in camera di consiglio e quindi rimessa alla pubblica udienza.

In prossimità dell'odierna udienza ambedue le parti hanno depositate memorie. All'odierna udienza pubblica sentite le conclusioni del P.G. - accoglimento del ricorso - e del difensore la parte presente, questa Corte ha deciso la questione siccome illustrato nella presente sentenza.

### **Ragioni della decisione**

Il ricorso proposto da Albarosa Gullotta s'appalesa siccome fondato e va accolto. Con il primo motivo di ricorso per cassazione la ricorrente deduce violazione delle norme ex artt. 112 e 113 e 345 cod. proc. civ. ed art 457 cod. civ., nonché vizio di motivazione ed errore in procedendo poiché il deposito del documento - testamento olografo della madre - era finalizzato, non già, a sostenere domanda nuova inammissibile, bensì a fondare le difese ed eccezioni svolte, ossia l'impossibilità di procedere alla divisione sulla scorta di successione legittima. Inoltre erroneamente la Corte etnea ebbe a ritenere non fornita adeguata prova circa il tardivo ritrovamento del documento depositato in causa dopo la scadenza dei termini decadenziali in materia probatoria ed a non statuire circa la valenza, siccome indispensabile, del documento prodotto. Con il secondo mezzo d'impugnazione la Gullotta ricorrente denuncia violazione del disposto in art.345 cod. proc. civ. in quanto la domanda di procedere, bensì alla divisione ma secondo testamento e, non già, legge, non poteva esser considerata nuova quindi inammissibile poiché non mutati né petitum né causa petendi, siccome desumibile da alcuni arresti di legittimità. Con la terza doglianza l'impugnante lamenta violazione della norma ex art.457 cod. civ. in quanto la Corte etnea non aveva tenuto conto che, una volta pubblicato il testamento, non si poteva più procedere alla divisione secondo legge avendo la de cujus regolato la sua successione ossia esercitato facoltà garantitagli dall'Ordinamento, sicché accettata l'eredità devoluta per testamento non è più possibile procedere a divisione ab intestato.

Le due ultime censure mosse, stante la loro intima correlazione, vanno esaminate congiuntamente ed appaiono fondate, mentre la prima doglianza rimane assorbita all'esito.

La statuizione adottata dalla Corte etnea si fonda sull'affermazione che, una volta proposta domanda di divisione della comunione incidentale ereditaria secondo legge per difetto di testamento, configura domanda nuova, eppertanto inammissibile scorsi i termini decadenziali in prime cure, svolgere la medesima domanda ma fondata su testamento nel frattempo ritrovato.

Difatti la Corte etnea ha ritenuto bensì il documento nuovo ammissibile - in astratto - in sede d'appello poiché decisivo, ma non rilevante nella specie poiché correlato alla domanda nuova circa la quale nemmeno era possibile la chiesta rimessione in termini, stante che la parte non aveva provato l'effettivo momento del ritrovamento del testamento.

In materia concorre arresto precedente di questa Corte - Cass. sez. 2 n° 6838/91 -, secondo il quale nell'ambito della causa introdotta con domanda di divisione fondata su testamento pubblico configura domanda nuova la pretesa che la divisione avvenga sulla scorta del, successivamente, ritrovato testamento olografo, che appare soccorrere la decisione impugnata.

Tuttavia nella specie la divisione dei beni ereditari risulta domandata sulla scorta della prospettazione di successione secondo legge, poiché la comune madre <sup>era</sup> morta intestata, mentre in corso di causa risulta ritrovato testamento olografo, sicché si configura regolamento della successione secondo la volontà della de cuius, situazione che prevale in forza del disposto ex art 457 comma 2 cod. civ.

Quindi una volta accertato che esisteva testamento, quanto meno il procedimento di divisione sulla scorta di successione legittima non poteva più esser portato a termine, stante la prevalenza della successione testamentaria - Cass. sez. 2 n° 533/78 -.

Consegue altresì che la mera mutazione del titolo a regolamento della successione non incide sulla domanda di divisione proposta poiché non ne muta

né il petitum - i beni ereditari da dividere - né la causa petendi - esistenza della comunione del diritto di proprietà in dipendenza della successione mortis causa -.

Difatti il diritto di proprietà è diritto autodeterminato ad il titolo d'acquisto dello stesso non incide sulla domanda avanzata in forza del diritto acquistato, purché immutati i fatti a suo fondamento e gli elementi probatori acquisiti.

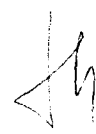
Nella specie, come visto, non solo la deduzione del testamento a titolo regolatore della successione e richiesta divisione non ha alterato gli elementi essenziali connotanti la domanda, ma pure la successione testamentaria esclude il ricorso alla disciplina legale in materia.

Dunque il documento prodotto dalla ricorrente non solo era indispensabile, ma pure la modifica della domanda di divisione era possibile, poiché come insegna questa Suprema Corte - Cass. sez. 2 n° 264/13, Cass. sez. 2 n° 9367/13 - le diverse, e subordinata l'una all'altra, modalità di delazione ereditaria comunque configurano un unico istituto e nel procedimento di scioglimento della comunione incidentale ereditaria le modalità di divisione non configurano domanda, sicché sempre la parte può adattare alle evenienze e sopravvenienze di causa.

Anzi come insegna questa Corte regolatrice - Cass. sez. 2 n° 1217/75 - il ritrovamento di testamento configura errore atto a supportare richiesta di annullamento della raggiunta transazione in sede di divisione, sicché non si può negare l'influenza del ritrovamento del testamento mentre è in corso la causa di divisione secondo legge sul presupposto - errato - che la de cuius sia morta intestata.

Dunque la sentenza impugnata va cassata e la questione rimessa ad altra sezione della Corte etnea, che deciderà sulla scorta del principio di diritto dianzi illustrato.

Il Giudice di rinvio procederà, ex art 385 cod. proc. civ., a regolare anche le spese di questo giudizio di legittimità.



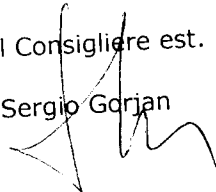
P. Q. M.

Accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e rinvia ad altra sezione della Corte d'Appello di Catania che anche provvederà a regolare le spese di questo giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma il 16 aprile 2019.

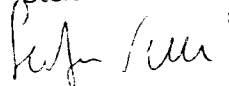
Il Consigliere est.

Sergio Gorjan



Il Presidente

Stefano Petitti



IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO  
Dott.ssa *Simona Cicardello*

CANCELLERIA