

## **TI\_GERICHTE 11.2000.79 vom 29. Mai 2001**

TI Tribunale d'appello, 2001-05-29, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_11.2000.79](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_11.2000.79)

FR: TI\_GERICHTE 11.2000.79 du 29 mai 2001

IT: TI\_GERICHTE 11.2000.79 del 29 maggio 2001

### **Regeste**

Sentenza o decisione senza scheda

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Per l'art. 7 b cpv. 1 tit. fin. CC ai processi di divorzio pendenti al momento dell'entrata in vigore del nuovo diritto (1° gennaio 2000) e che devono [ancora] essere giudicati da un'istanza cantonale, si applica la legge nuova. Ora, l'art. 137 cpv. 2 prima frase CC stabilisce che, pendente causa, il giudice decreta le necessarie misure provvisoriale. Per quel che concerne i figli minorenni, il giudice può adottare le misure che meglio ritiene adeguate nel loro interesse, senza essere vincolato dalle domande delle parti ( Leuenberger in: Praxiskommentar Scheidungsrecht, Basilea 2000, n. 20 ad art. 137 CC; FF 1996 I 135 n. 233.61). Egli esamina d'ufficio, pertanto, non solo l'affidamento dei figli, ma anche la disciplina delle relazioni personali e la questione del mantenimento ( Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zurigo 1999, n. 25 ad art. 137 CC). Le misure provvisoriale possono sempre essere modificate qualora siano mutate in maniera rilevante e relativamente duratura le circostanze considerate al momento della decisione, oppure quando le previsioni formulate in base alla situazione di quel momento non si siano avverate o si siano avverate solo in parte ( Leuenberger, op. cit., n. 16 ad art. 137 CC; Werro, Concubinage, mariage et démariage, Berna 2000, pag. 183 n. 844).

#### **E. 2**

Quando il figlio è affidato alla custodia di un solo genitore, l'altro genitore e il figlio minorenne hanno il diritto di conservare le relazioni personali indicate dalle circostanze (art. 273 cpv. 1 CC). Tali relazioni comprendono non solo il diritto di visita in senso stretto, ma anche quello di avere colloqui, contatti telefonici, epistolari e così via ( Schwenger in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, ZGB I, Basilea 1996, n. 2 ad art. 273 CC). Per quanto attiene al diritto di visita, fra gli elementi da tenere in considerazione per regolamentarne la durata e la frequenza si annoverano l'età del figlio, lo stato di salute di quest'ultimo, i rapporti personali ( Leuenberger, op. cit., n. 22 ad art. 137 CC), le esigenze scolastiche del figlio e quelle professionali dei genitori, così come la distanza e le condizioni delle rispettive dimore ( Schwenger, op. cit., n. 10 ad art. 273 CC; Hegnauer in: RDT 1998 pag. 174). Il giudice ha pure riguardo ai desideri espressi dal figlio capace di discernimento, ritenuto che il criterio decisivo è comunque il suo bene ( Schwenger, op. cit., n. 9 art. 273 CC).

#### **E. 3**

Nel decreto impugnato il Pretore ha ricordato che la figlia \_\_\_\_\_ si era rifiutata di comparire per l'audizione e che \_\_\_\_\_ aveva riferito, nel corso della propria, di

opporsi all'estensione dei periodi di visita all'intero fine settimana e ai periodi di vacanza. Ritenuto che \_\_\_\_\_ non è influenzata dalla madre, la quale lascia alle figlie la libertà di recarsi dal padre quando vogliono, egli ha reputato inopportuno estendere il diritto di visita contro il volere delle ragazze e ne ha respinto la postulata estensione. Nel medesimo decreto il Pretore ha rigettato anche la prospettata curatela di rappresentanza per le due figlie, non ravvisandone la necessità, tanto più che le figlie vi si opponevano. A tale proposito il giudizio del Pretore costituisce in ogni modo un'ordinanza inappellabile (Cocchi/Trezzini, Codice di procedura civile massimato e commentato, Lugano 2000, n. 1 ad art. 419 e CPC), per altro non impugnata.

#### **E. 4**

L'appellante fa valere di avere cambiato abitazione rispetto al momento in cui è stato emesso il precedente decreto cautelare e di disporre ora di un alloggio atto a ospitare le figlie. Adduce che la regolamentazione del diritto di visita non può dipendere unicamente dai desideri delle ragazze e afferma che nella fattispecie l'estensione di tale diritto non nuoce alle figlie, né sussistono motivi per limitare i suoi rapporti con loro. Anzi, a suo avviso il mantenimento dello stato attuale impedisce un miglioramento delle relazioni personali. Egli si duole inoltre di un atteggiamento di ostruzionismo da parte della moglie e rivendica un diritto di visita nell'estensione usuale in Ticino, sostenendo che non è possibile discostarsi da tale regola senza prima allestire una perizia.

#### **E. 5**

Per quanto riguarda la perizia \_\_\_\_\_ e l'indagine del Servizio \_\_\_\_\_ chieste dall'appellante, esse sono di principio ammissibili, sia perché la perizia era già stata offerta davanti al Pretore ma rifiutata da quest'ultimo (art. 322 lett. b CPC), sia in virtù del principio inquisitorio illimitato e della massima ufficiale che governano il diritto di filiazione (DTF 122 III 404, 120 III 231 consid. 1; Rep. 1995 pag. 143, 1994 pag. 237). Piuttosto ci si può seriamente interrogare se una procedura cautelare sia la sede adatta per esperire accertamenti peritali, pur trattandosi di questioni relative ai figli (Spühler, Neues Scheidungsverfahren, Zurigo 1999, pag. 31, nota 18). Il quesito può ad ogni modo rimanere indeciso per le considerazioni che seguono. a) La giurisprudenza ha già avuto modo di precisare che, in linea di principio, una parte ha diritto all'assunzione delle prove offerte, tanto in una causa civile quanto in un procedimento penale o amministrativo, ma che l'autorità può rinunciare ad assumere quei mezzi istruttori il cui presumibile risultato non porterebbe elementi di rilievo ("apprezzamento anticipato delle prove": DTF 124 I 211 consid. 4, 122 V 162 consid. 1d, 121 I 306 consid. 1b, 106 Ia 162 consid. 2b). L'autorità non è tenuta perciò a esperire tutte le prove notificate dalle parti, ma qualora intenda rifiutarle – tutte o anche solo alcune – essa deve indicare perché queste risulterebbero superflue o inidonee a recare chiarimenti di rilievo (DTF 119 Ib 492 consid. 5b/bb con rinvii). Inoltre in sede cautelare il giudizio è di semplice verosimiglianza, sicché sul piano provvisorio non può farsi questione di "prova" in senso stretto (DTF 118 II 377 consid. 3). Ciò non toglie che le predette esigenze di motivazione si applichino, quanto meno, per analogia. b) All'udienza del 17 febbraio 2000 l'istante aveva proposto l'assunzione di una "perizia \_\_\_\_\_ sulla relazione madre figlie e padre figlie", che il Pretore ha rifiutato perché "in-compatibile con l'istituto della procedura cautelare" (verbale dell'11 febbraio 2000, pag. 11). Nell'appello l'attore rammenta che un'indagine del Servizio sociale è stata chiesta anche nel merito "affinché aiutasse i genitori a superare i loro problemi nell'ottica del bene delle figlie e fosse poi possibile avere delle indicazioni valide sull'esercizio e l'estensione del

diritto di visita, nonché sul suo rispetto da parte della madre”. In questa sede egli ne ripropone l'assunzione “qualora questo Tribunale lo ritenga opportuno al fine di chiarire la fattispecie”. Dagli atti non emergono tuttavia particolari circostanze da chiarire mediante accertamenti peritali e del resto l'appellante nemmeno ne indica. Egli non contesta che la figlia minore si sia espressa contro un'estensione dei periodi di visita, limitandosi a dichiarare di non comprenderne le ragioni, né sostiene che le ragazze siano influenzate dalla moglie, pur attribuendo a quest'ultima un atteggiamento di “mero ostruzionismo”. Sotto tale profilo la richiesta non appare quindi sufficientemente motivata. c) A dire dell'istante, un accertamento peritale è indispensabile ove si sostenga che l'esercizio del diritto di visita nuoccia ai figli. Se non che, il primo giudice non ha fondato il proprio giudizio su siffatta motivazione, limitandosi a considerare inopportuno imporre alle minori, contro la loro volontà, un diritto di visita più esteso. Del resto neppure la convenuta ha preteso che il diritto di visita del padre sia pregiudizievole per le figlie. In concreto gli interessati sono anzi liberi di concordare un diritto di visita più esteso (dispositivo n. 2.1 del decreto del 15 maggio 1998, inc. \_\_\_\_\_). Ora, solo quando il mantenimento delle relazioni personali mette in pericolo lo sviluppo del figlio la giurisprudenza impone per principio l'allestimento preventivo di una perizia (DTF 118 III 407 consid. 3c; Levante, Die Wahrung der Kindesinteressen im Scheidungsverfahren – Die Vertretung des Kindes im Besonderen, Berna 2000, pag. 14). Ciò non è il caso nella fattispecie e non soccorrono quindi gli estremi per procedere già ora all'allestimento di perizie. d) Né vi è motivo per ordinare in questa sede un'indagine dal Servizio psico-sociale. Gli atti sono sufficientemente completi e non sono emersi elementi di disfunzione familiare. È pacifico che la figlia maggiore non vuole presentarsi né dal Pretore né da altre persone (ordinanza del 18 maggio 2000 e lettera del 17 maggio 2000 della ragazza, allegata) e che la figlia minore, sentita personalmente dal primo giudice, ha espresso in modo chiaro i propri desideri sui rapporti personali con il padre, spiegando anche che la madre lascia libere lei e la sorella di recarsi dal padre quando lo desiderano. Un intervento del Servizio sociale per chiarire la fattispecie non appare quindi necessario ed entrerà, se mai, in linea di conto al momento in cui occorrerà definire un progetto a lungo termine di miglioramento, qualitativo oltre che quantitativo, dei rapporti tra padre e figlie.

## **E. 6**

L'appellante ricorda che il decreto cautelare del 15 maggio 1998 riservava “il diritto di visita del padre da esercitare il sabato o la domenica ogni 15 giorni dalle 9.00 alle 18.00 o secondo accordi fra le parti” e che tale disciplina è stata prevista “fino al momento in cui il padre non disporrà di un alloggio idoneo per ospitare le figlie” (consid. 2). Egli assume che nel frattempo la situazione è cambiata, disponendo egli di un'abitazione di due locali e mezzo, locata appunto per offrire alle figlie una conveniente sistemazione. Le condizioni abitative dei coniugi sono senz'altro un elemento oggettivo da tenere in considerazione per stabilire le modalità dell'esercizio del diritto di visita (Hegnauer, op. cit., pag. 174). Vi sono però numerosi altri criteri oggettivi e soggettivi da ponderare, tra cui gli impegni degli interessati e i desideri dei figli. Dette circostanze vanno valutate in un contesto globale, ritenuto che il criterio decisivo è comunque il bene del figlio (Hegnauer, loc. cit.). Della nuova situazione logistica del padre va quindi tenuto conto nel senso che non vi è più un impedimento oggettivo a ospitare le figlie. Di ciò va dato atto.

## **E. 7**

Secondo l'appellante, la disciplina del diritto di visita non può dipendere soltanto dalla volontà del figlio, tenuto anche conto che le relazioni con il padre sono fondamentali per una crescita equilibrata di un minorenne. La critica non è priva di fondamento. È vero infatti che, come si è visto (consid. 2), il desiderio del figlio è solo una delle circostanze da tenere in considerazione nella valutazione del suo interesse. Ciò non toglie che tale desiderio vada tenuto nel debito rispetto (Hegnauer in: Berner Kommentar, 4 a edizione, n. 77 ad art. 273 CC), in particolare ove, data la sua età e il suo sviluppo, il minorenne esprima un convincimento fermo e consolidato (DTF 124 III 93 consid. 3b; DTF 122 III 403 consid 3b in fine; Rumo-Jungo, Die Anhörung des Kindes in: AJP 1999 pag. 1587). Del resto, se la visita avviene contro la volontà del figlio, in pratica difficilmente potrà avere effetti positivi (Schwenzer, op. cit., n. 13 ad art. 274 CC). Per di più, alla luce del nuovo art. 273 cpv. 1 CC, il diritto alle relazioni personali è reciproco (Levante, op. cit., pag. 35; Sutter/Freiburghaus, op. cit., n. 26 ad art. 133 CC). Anche per tale motivo il nuovo diritto del divorzio prescrive non solo l'obbligo di sentire i figli nelle questioni che li concernono (art. 144 cpv. 2 CC), ma anche di tenere in considerazione, nella misura del possibile, la loro opinione (art. 133 cpv. 2 CC; Schweighauser in: Praxiskommentar Scheidungsrecht, Basilea 2000, n. 4 ad art. 144 CC), sicché il giudice che se ne discosta deve motivare la sua decisione (Sutter/Friburghaus, op. cit., n. 19 in fondo ad art. 133 CC).

#### **E. 8**

In concreto la figlia dodicenne \_\_\_\_\_, sentita personalmente dal Pretore il 1° marzo 2000, si è categoricamente rifiutata di trascorrere con il padre l'intero fine settimana e i periodi di vacanza. Essa ha spiegato che preferisce dormire a casa sua, che l'appartamento del padre è piccolo e vi è poco spazio a disposizione, che durante le visite essa si limita a guardare la televisione e che in sostanza con il padre si annoia (lettera del Pretore alle parti, del 1° marzo 2000). Invero le motivazioni addotte dalla ragazza possono apparire non particolarmente gravi e forse superficiali, ma sono comprensibili se si tiene conto dell'età adolescenziale della figlia e denotano carenze qualitative nelle relazioni con il genitore. Lo stesso appellante ha ammesso che l'attività delle figlie presso di lui consiste nel guardare la televisione e, se il tempo è bello, nel visitare un canile (interrogatorio formale del 14 dicembre 1999, verbali pag. 7, domanda n. 2). \_\_\_\_\_, tredicenne, ha dal canto suo rifiutato di comparire davanti al Pretore, che ha quindi rinunciato alla sua audizione. La resistenza della figlia minore all'estensione del diritto di visita è nondimeno chiara, contrariamente a quanto sembra affermare l'appellante (gravame, pag. 3). Resta da valutare se vi siano ragioni preponderanti nell'interesse delle figlie medesime, che impongano di discostarsi dall'opinione espressa dalla minore.

#### **E. 9**

L'istante si duole del fatto che neppure l'attuale disciplina minima viene rispettata a causa delle attività extrascolastiche delle figlie. Lamenta che la moglie si rifiuta di spostare la data dell'esercizio del diritto di visita quando essa cade in un momento in cui le figlie hanno altri impegni. L'appellata contesta i rimproveri del marito. La figlia \_\_\_\_\_, dal canto suo, ha riferito che la madre lascia libera lei e la sorella di recarsi dal padre, se esse lo desiderano (lettera del Pretore del 1° marzo 2000). Sia come sia, giovi rendere attenta l'appellata – come ha fatto il primo giudice nel decreto cautelare del 15 maggio 1998 (consid. 2) – che il giorno di esercizio del diritto di visita va adattato a dipendenza delle attività che le figlie svolgono nel tempo libero. In questo senso va ricordato alla madre che il genitore affidatario è tenuto a non ostacolare le relazioni dei figli con l'altro genitore e a non

coinvolgere la prole in conflitti personali con il coniuge ( Hegnauer , op. cit., n. 12 ad art. 274 CC con rinvii).

#### **E. 10**

A detta dell'attore il mantenimento del diritto di visita nell'estensione attuale impedisce un miglioramento del legame con le figlie. La critica non manca di pertinenza. Rapporti più intensi tra padre e figlie sarebbero infatti auspicabili. L'evoluzione delle relazioni personali, nondimeno, non può essere solo quantitativa, ma anche e soprattutto qualitativa. Il modo con cui padre e figlie trascorrono i periodi di visita (consid. 7) può oggettivamente giustificare un'insoddisfazione delle ragazze, entrambe adolescenti. Inoltre un miglioramento delle relazioni personali si persegue non solo con l'esercizio del diritto di visita, ma anche – ad esempio – con telefonate regolari ( Guglielmoni/Mauri/Trezzini , *Besuchsrecht und Kinderzuteilung in der Scheidung* in: AJP1999 pag. 54). Si tratta pertanto di ponderare in quale misura è opportuno esigere dalle ragazze una maggiore disponibilità nei confronti del padre, un'esecuzione forzata del diritto di visita essendo per principio controproducente ( Werro , op. cit., pag. 166 n. 764; Sutter/Freiburghaus , op. cit., n. 27 ad art. 233 CC). a) Il padre rivendica la concessione del diritto di visita nella misura usuale in Ticino, non essendo giustificato scostarsi senza che sia provato o reso verosimile, di regola per mezzo di una perizia, che tale diritto è contrario al bene del figlio. Egli rileva inoltre che l'istruttoria non ha dimostrato pregiudizi per le figlie insite nell'estensione delle visite. Questa Camera ha già avuto modo di precisare che di regola nel Ticino il diritto di visita a ragazzi in età scolastica comprende un fine settimana su due, oltre alcune settimane durante le vacanze. La tendenza essendo di estendere viepiù il diritto di visita per il bene del figlio, quando non si impongono restrizioni appare giustificato fissare un diritto di visita che comprenda almeno una settimana durante le vacanze scolastiche di Natale, una settimana alternativamente a Pasqua o carnevale e tre settimane durante le vacanze estive (I CCA, sentenza del 23 settembre 1999 nella causa B. contro B.; riassunta in BOA 18 pag. 8; FamPra.ch 2/2000 pag. 320). b) Il problema è che nella fattispecie alla fissazione della disciplina usuale ostano seri motivi. La figlia maggiore, tredicenne, non si è presentata per l'audizione davanti al Pretore, mentre la minore, dodicenne, ha espresso chiaramente il desiderio di non voler passare l'intero fine settimana con il padre, assicurando per altro che la madre non pone ostacoli all'esercizio del diritto di visita e lascia le figlie libere di recarsi dal padre. L'opinione delle minorenni rientra nella valutazione del loro bene, tanto che l'art. 133 cpv. 2 CC prescrive appunto di tenerne debita considerazione. I desideri delle ragazze, espressi liberamente e senza influenze da parte di terzi (come ha accertato il Pretore), legittimano pertanto una restrizione alla prassi abituale, tanto più che appaiono sorretti da motivazioni oggettive, il padre offrendo alle figlie solo spettacoli televisivi e visite al canile, insufficienti a destare l'interesse delle figlie. A un esame sommario come quello che presiede all'adozione di misure cautelari non si ravvisano motivi, di conseguenza, per scostarsi dall'apprezzamento del Pretore.

#### **E. 11**

Gli oneri del giudizio odierno seguono la soccombenza dell'appellante (art. 148 cpv. 1 CPC), che rifonderà inoltre alla controparte un'equa indennità per ripetibili. La domanda di assistenza giudiziaria dell'appellante, da tempo in ristrettezze finanziarie (art. 155 CPC), può essere accolta nonostante l'esito del gravame, che non poteva essere definito d'acchito sprovvisto di buon diritto. Parimenti va accolta la richiesta della moglie, indigente e che ha visto tutelata la sua opposizione all'appello. La concessione di un'indennità per ripetibili

renderebbe di per sé senza oggetto la domanda di assistenza giudiziaria, ma l'incasso appare improbabile per le precarie condizioni finanziarie dell'appellante. Si giustifica quindi ammettere già sin d'ora la parte appellata, quindi, al beneficio dell'assistenza giudiziaria.

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