

TI_GERICHTE 11.2004.84 vom 20. Dezember 2004

TI Tribunale d'appello, 2004-12-20, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_11.2004.84

FR: TI_GERICHTE 11.2004.84 du 20 décembre 2004

IT: TI_GERICHTE 11.2004.84 del 20 dicembre 2004

Regeste

misure provvisoriale a tutela di figli minorenni con residenza abituale in Svizzera ove sia pendente una causa di divorzio all'estero tra i genitori stranieri

Erwägungen

E. 1

Il primo giudice ha accertato la propria competenza, per quanto riguarda le misure a protezione dei figli, nell'ambito del decreto emesso il 4 giugno 2003 (sopra, lett. D, cui si richiama anche la sentenza impugnata). Accertato che i figli delle parti dimorano abitualmente ad _____, in applicazione della Convenzione dell'Aia del 5 ottobre 1961 concernente la competenza delle autorità e la legge applicabile in materia di protezione dei minorenni (RS. 0.211.231.01), dell'art. 25 lett. a LDIP e della giurisprudenza (DTF 126 III 298), egli ha escluso la competenza dei tribunali bosniaci a disciplinare l'autorità parentale, il diritto di visita e i contributi di mantenimento. La competenza spetterebbe perciò ai soli tribunali svizzeri, "anche nell'ambito di un'istanza di misure di protezione dell'unione coniugale" (decreto cautelare del 4 giugno 2003, consid. 4).

E. 2

L'appellante non contesta la competenza del Segretario assessore come giudice a protezione dell'unione coniugale. Se non che, la competenza per materia va esaminata d'ufficio in ogni stadio di causa (art. 97 n. 3 CPC). Ora, nella fattispecie pende in _____ sin dal 2 dicembre 2002 un'azione di divorzio con cui l'appellante chiede al tribunale estero di regolare anche l'affidamento, il diritto di visita e il mantenimento dei figli. E l'art. 9 cpv. 1 LDIP stabilisce che, ove un'azione concernente lo stesso oggetto sia già pendente all'estero tra le stesse parti, il tribunale svizzero sospende il procedimento laddove sia presumibile che il tribunale estero prenda, entro un congruo termine, una decisione riconoscibile in Svizzera. Anche l'art. 21 CL, applicabile all'incasso di contributi alimentari (Donzallaz, La convention de Lugano, Berna 1996, vol. I, pag. 360 n. 909), prevede che il giudice successivamente adito sospende d'ufficio il procedimento, per lo meno finché sia stata accertata la competenza del giudice preventivamente adito. La questione è dunque di sapere se nelle circostanze descritte il Segretario assessore non dovesse sospendere la procedura a tutela dell'unione coniugale, anche perché misure di tale indole non possono più essere chieste dopo l'avvio di una causa di divorzio (Deschenaux/Steinauer/Baddeley, Les effets du mariage, Berna 2000, pag. 274 n. 627).

E. 3

Il quesito va risolto negativamente. A ragione il Segretario assessore ha scartato invero l'ipotesi di una valida litispendenza con rinvio a DTF 126 III 298. Stando a tale precedente, se un tribunale svizzero è competente per l'attribuzione dell'autorità parentale e la disciplina

delle relazioni personali in virtù dell'art. 1 della citata Convenzione dell'Aia e la decisione del tribunale straniero non può essere riconosciuta in Svizzera, poiché non competente (art. 25 lett. a LDIP), il tribunale svizzero adito per la regolamentazione dei diritti dei genitori deve – d'ufficio – fissare anche i contributi per il mantenimento del minore, sebbene ciò non sia previsto dalla Convenzione. Che in concreto il Segretario assessore fosse competente per l'attribuzione dell'autorità parentale e la disciplina delle relazioni personali in virtù dell'art. 1 della citata Convenzione dell'Aia non fa dubbio, i tre figli minorenni avendo la loro residenza abituale ad _____. Che la decisione del giudice estero nelle citate questioni non possa essere riconosciuta è certo, il foro alla residenza abituale dei figli essendo esclusivo (DTF 126 III 302 consid. 2a/bb), quantunque in dottrina siano state espresse opinioni dissenzienti (Bucher, *L'enfant en droit international privé*, Basilea 2003, pag. 211 n. 601). A giusto titolo il Segretario assessore perciò ha rifiutato di sospendere la procedura. Ma ciò non significa ancora che egli potesse statuire come giudice a protezione dell'unione coniugale.

E. 4

Lo stesso Segretario assessore ha accertato in effetti che, almeno per quanto riguarda lo scioglimento del matrimonio, la competenza del tribunale straniero è data a norma dell'art. 65 cpv. 1 LDIP (sentenza impugnata, consid. 3). Almeno per quel che è del divorzio, dunque, sussiste una valida litispendenza. E misure a protezione dell'unione coniugale non sono più ammissibili, in Svizzera, quando pende una causa di divorzio, nemmeno quando il giudice sia chiamato – o possa essere chiamato, come nella fattispecie – a statuire sull'autorità parentale, sul diritto di visita e i contributi di mantenimento per i figli. In tal caso il giudice può decidere solo misure provvisoriale nell'ambito della causa pendente. È vero che l'art. 62 cpv. 1 LDIP abilita il giudice svizzero a emettere provvedimenti cautelari solo ove sia competente anche nel merito. La giurisprudenza ha già avuto modo di precisare, nondimeno, che egli rimane competente a prendere misure provvisoriale giusta l'art. 10 LDIP quando la legge applicata dal giudice del divorzio non preveda simili misure, quando le misure ordinate dal giudice straniero non possano essere eseguite in Svizzera, quando si debbano ordinare misure per garantire una futura esecuzione su beni posti in Svizzera, quando sia data urgenza e quando la decisione del giudice straniero non sia destinata a intervenire entro un lasso di tempo ragionevole (SJ 113/1991 pag. 464 consid. 5).

E. 5

Ne segue che in concreto il Segretario assessore avrebbe dovuto dunque trattare l'istanza a protezione dell'unione coniugale come una domanda di misure provvisoriale in pendenza di divorzio (art. 137 cpv. 2 prima frase CC). Seguendo la procedura degli art. 361 segg. CPC (art. 4 n. 5 e art. 5 LAC) anziché quella degli art. 376 segg. CPC (art. 419 c cpv. 3 CPC), egli ha applicato un rito non pertinente. Ciò non toglie che, provvidamente, alle parti non sia derivato alcun pregiudizio. Tanto le misure a protezione dell'unione coniugale quanto i provvedimenti cautelari in pendenza di separazione o divorzio sono infatti procedimenti d'indole sommaria, fondati sulla verosimiglianza, in esito ai quali il Pretore statuisce con un sindacato impugnabile nel termine di dieci giorni (art. 370 cpv. 2 CPC e art. 419 c cpv. 3 CPC). Anzi, la disciplina sulle misure provvisoriale richiama espressamente, per analogia, le misure a protezione dell'unione coniugale (art. 137 cpv. 2 terza frase CC). Non ravvisandosi atti nulli, non è il caso pertanto di rinviare gli atti al primo giudice per il loro rifacimento (art. 326 lett. a CPC).

E. 6

A istanza di un coniuge, il giudice delle misure provvisoriale nelle cause di separazione o divorzio adotta i provvedimenti necessari per i figli minorenni secondo le disposizioni sugli effetti della filiazione (art. 176 cpv. 3 CC per analogia). Prima che siano prese disposizioni al loro riguardo, questi sono sentiti personalmente e appropriatamente dal giudice o da un terzo incaricato, a meno che la loro età o altri motivi gravi vi si oppongano (art. 144 cpv. 2 CC). Il principio vale anche in sede provvisoriale (DTF 126 III 497) e – per analogia – nell'ambito di misure a protezione dell'unione coniugale (da ultimo: I CCA, sentenza 11.2003.126 del 14 settembre 2004, consid. 3). Al momento in cui ha statuito il Pretore, T_____ aveva quasi undici anni, D_____ sette e T_____ era vicina ai quattro. Dagli atti non risulta che i figli maggiori siano stati ascoltati, né il Pretore ha spiegato perché. La legge non prevede invero un'età minima per l'ascolto dalla quale il giudice sia obbligato a interpellare i minorenni. Una rinuncia a priori si giustifica solo, tuttavia, se l'audizione – o almeno l'osservazione – sia impossibile o non avrebbe senso, nemmeno se eseguita da uno specialista (Rumo-Jungo , L'audition des enfants lors du divorce de leurs parents in: SJ 2003 II pag. 120 segg.). Non consta che ciò sia il caso nella fattispecie. a) Il Tribunale federale ha già avuto modo di rilevare che l'audizione di un ragazzo di 6 anni non va esclusa a priori (DTF 124 III 92 consid. 3a). Anche in dottrina l'ascolto dei figli è auspicato sin dall'età scolastica (Breitschimid in: Basler Kommentar, ZGB I, 2 a edizione, n. 4 ad art. 144; Sutter/ Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zurigo 1999, n. 34 ad art. 144) o almeno dal compimento degli 8 anni (Schweighauser in: Schwenzer , Praxiskommentar Scheidungsrecht, Basilea 2000, n. 19 segg. ad art. 144 CC). Tra i 7 e i 12 anni l'opportunità dell'audizione va apprezzata in funzione dello sviluppo del figlio e delle circostanze del caso (Stettler, Les nouvelles dispositions du Code civil concernant le sort des enfants dans le divorce de leur parents, in: CFPG, Il nuovo diritto del divorzio, Lugano 2002, pag. 149). Essenziale è che l'audizione sia adattata all'età e che le opinioni del ragazzo siano apprezzate in funzione della sua maturità (Rumo-Jungo , op. cit., pag. 122). b) Finora questa Camera ha ritenuto di poter transigere sull'ascolto dei figli ove in appello rimanesse contesa la sola questione dei contributi alimentari, ma non l'affidamento né la disciplina del diritto di visita (sussistendo litigio su uno di questi due punti, gli atti sono stati rinviati al Pretore perché proceda senza indugio all'audizione: I CCA, sentenza inc. 11.2003.81 del 24 luglio 2003, consid. 3). In materia di contributi è proficuo sentire il figlio, in effetti, solo qualora eventuali inclinazioni e interessi scolastici o professionali di lui siano suscettibili di influire sul fabbisogno (Rumo-Jungo , Die Anhörung des Kindes, in: AJP 12/1999 pag. 1581). Del resto, sull'entità del contributo i figli non possono formulare conclusioni né interporre rimedi giuridici, quand'anche siano assistiti da un curatore (FF 1996 I 162 in fondo). Nel caso specifico T_____, D_____ e T_____ non sono ancora in età di formulare progetti per le loro future scelte scolastiche o professionali. Non risulta, per altro, che particolari loro inclinazioni o interessi – come ad esempio attività artistiche o sportive – possano incidere sul relativo fabbisogno in denaro. Non è il caso dunque, per questa volta, di inaugurare una prassi più rigorosa. c) Resta il fatto che l'indulgenza di cui ha dato prova questa Camera non può essere dilazionata oltre, tanto meno ove si pensi che l'art. 144 cpv. 2 CC è in vigore ormai dal 1° gennaio 2000. Né spetta al Tribunale di appello sentire i figli nell'ambito di provvedimenti cautelari o di misure a tutela dell'unione coniugale – sostituendosi al giudice naturale – ogni qual volta in prima sede si ometta tale formalità (cfr. anche Rep. 1997 pag. 120 consid. 8, 1996 pag. 125 consid. 8, 1981 pag. 81 consid. 4b).

Anzi, il giudice che disattende norme essenziali di procedura – come, in particolare, il diritto di essere sentiti – compie atti nulli, sicché l'Incanto gli va rinviato (art. 326 lett. a CPC). Giova quindi precisare che, dovessero ravvisarsi altri casi in cui l'ascolto di figli in età scolastica sia trascurato senza alcuna motivazione (foss'anche solo sui contributi alimentari), questa Camera annullerà d'ufficio i dispositivi della sentenza impugnata relativi al minore e ritornerà gli atti in prima sede perché si giudichi nuovamente dopo avere rimediato alla mancanza, eventualmente per il tramite di uno specialista delegato all'audizione (cui il primo giudice può sempre far capo).

E. 7

Il fabbisogno dei figli minorenni è stabilito, per prassi ventennale di questa Camera, in base alle raccomandazioni pubblicate dall'Ufficio della gioventù e dell'orientamento professionale del Canton Zurigo, adattate al singolo caso in virtù del principio inquisitorio illimitato che governa il diritto di filiazione (DTF 128 III 413 in alto). Nel caso in cui i redditi dei genitori non bastino ad assicurarlo, si accerterà in che misura esso rimane scoperto (*Empfehlungen zur Bemessung von Unterhaltsbeiträgen für Kinder* , Zurigo 2000, pag. 16 nel mezzo), ogni genitore avendo il diritto di conservare almeno l'equivalente del proprio fabbisogno minimo (DTF 128 III 414 consid. 3.2.1 con richiami). Quanto al fabbisogno dei coniugi, esso si determina in base al minimo esistenziale del diritto esecutivo, cui vanno aggiunte le spese correnti della famiglia, in particolare i premi della cassa malati e delle assicurazioni domestiche, come pure – salvo in caso di ristrettezze economiche (DTF 126 III 356, 127 III 70) – gli oneri fiscali. a) In concreto il Segretario assessore ha accertato il reddito del convenuto in fr. 5400.– mensili netti e il relativo fabbisogno minimo in fr. 2450.– (minimo esistenziale del diritto esecutivo fr. 1250.–, pigione e spese accessorie fr. 790.–, premio della cassa malati fr. 300.–, spese d'automobile fr. 110.–). Il fabbisogno in denaro dei figli è stato fissato, dal 1° dicembre 2003, in fr. 1105.– mensili per T_____ e D_____ e in fr. 970.– per T_____. Donde, secondo il Segretario assessore, la possibilità per il padre di versare mensilmente fr. 1025.– ciascuno a T_____ e D_____ e fr. 900.– a T_____. L'appellante fa valere che in realtà il fabbisogno dei figli è inferiore, poiché la voce “altri costi” figurante nelle note raccomandazioni di Zurigo è “sovrastimata” (tant'è che i genitori non erano in grado di farvi fronte nemmeno quando vivevano in comunione domestica) e poiché il costo dell'alloggio riconosciuto dal primo giudice (fr. 290.– per figlio) è maggiore di quello realmente computabile (fr. 250.–). Egli sostiene dipoi che nel suo fabbisogno minimo sono da conteggiare oneri fiscali per fr. 165.– mensili. b) Dal 2000 i fabbisogni in denaro previsti nelle raccomandazioni pubblicate dall'Ufficio della gioventù e dell'orientamento professionale del Canton Zurigo non vanno più ridotti per il minor costo della vita nel Ticino. Essi sono commisurati ormai al costo delle economie domestiche su scala nazionale, in base per di più a valori statisticamente medio-bassi, nel senso che tre quarti delle economie domestiche dispongono a livello svizzero di un reddito familiare superiore a quello su cui si fondano le raccomandazioni (*Empfehlungen zur Bemessung von Unterhaltsbeiträgen für Kinder*, Zurigo 2000, pag. 10 in basso). Tali fabbisogni corrispondono, in altri termini, a quelli di ragazzi appartenenti a famiglie di ceto relativamente modesto (op. cit., pag. 11 in alto). Diminuzioni per rapporto alle cifre della tabella sono possibili, ma devono legittimarsi alla luce di circostanze concrete (per esempio nel caso in cui un ragazzo fruisca di vitto o alloggio a condizioni particolarmente favorevoli: op. cit., pag. 12 lett. C) e non solo per il fatto che – ad esempio – i genitori non siano economicamente in grado di sopperire appieno al fabbisogno dei figli (op. cit., pag. 16

a metà; Bollettino dell'Ordine degli avvocati n. 24, pag. 11). Certo, un contributo di mantenimento va stabilito anche in relazione alle capacità finanziarie dei genitori (DTF 123 III 4 consid. bb), ma ciò non significa che un giusto fabbisogno vada decurtato solo perché i genitori non siano in grado di fornirlo o non fossero in grado di assicurarli durante la comunione domestica. L'ammontare di un fabbisogno adeguato dev'essere riconosciuto per intero. La decurtazione della voce "altri costi" prospettata dall'appellante non trova dunque giustificazione alcuna. Nel caso in cui i redditi delle parti non bastino ad assicurare il fabbisogno pieno, come detto (sopra, consid. 2), si accerterà in che misura esso rimane scoperto (*Empfehlungen zur Bemessung von Unterhaltsbeiträgen für Kinder* , Zurigo 2000, pag. 16 nel mezzo). c) L'edizione 2003 delle citate raccomandazioni (tabella reperibile in: www.ajb.zh.ch) prevede, per un figlio (su tre) fino ai 6 anni di età, un fabbisogno medio in denaro di fr. 1405.– mensili, compresi fr. 435.– per cura e educazione. Dai 7 ai 12 anni tale fabbisogno aumenta a fr. 1415.– mensili, compresi fr. 310.– per cura e educazione. In concreto la madre affidataria non esercita attività lucrativa e può quindi prestare cura e educazione in natura. Il fabbisogno in denaro di ciascun ragazzo ammonta pertanto a fr. 1105.– mensili e quello della figlia a fr. 970.– mensili. A ragione il Segretario assessore si è dipartito da tali importi. Quanto al costo dell'alloggio, l'appellante chiede a torto di ridurlo a fr. 250.– mensili per figlio (in luogo dei fr. 290.– mensili considerati dal Segretario assessore, previsti dalle raccomandazioni). Nel fabbisogno del primogenito va inserito, in realtà, un terzo dell'onere effettivo (nella fattispecie fr. 1250.–: doc. U), in quello del secondogenito un quarto e in quello del terzogenito un quinto (*Empfehlungen zur Bemessung von Unterhaltsbeiträge für Kinder* , op. cit., pag. 13, in alto). Ne discende che il fabbisogno di Tomislav va calcolato in fr. 1230.– mensili (fr. 1105.– ./ fr. 290.– + un terzo di fr. 1250.–), quello di Djordje a fr. 1130.– (fr. 1105.–./ fr. 290.– + un quarto di fr. 1250.–) e quello di Tanja a fr. 930.– (fr. 970.– ./ fr. 290.– + un quinto di fr. 1250.–).

E. 8

L'appellante chiede di riconoscere sul suo fabbisogno minimo una spesa di fr. 165.– mensili per le imposte. Ora, a parte il fatto che la cifra indicata non trova alcun riscontro agli atti, nell'ipotesi di ristrettezze economiche – come nel caso specifico – l'onere fiscale non va considerato (sopra, consid. 7). Anzi, in concreto il fabbisogno del marito andrebbe finanche diminuito d'ufficio, il minimo esistenziale del diritto esecutivo per una persona sola essendo di fr. 1100.– mensili e non di fr. 1250.– (importo applicabile solo a genitori affidatari: FU 2/2001 pag. 74). È vero però che il primo giudice non ha riconosciuto nel fabbisogno minimo dell'appellante il premio di fr. 110.– per una polizza di previdenza con assicurazione in caso di morte, stipulata nel novembre del 1998 (doc. O), riconosciuto dalla moglie (istanza del 2 aprile 2003, pag. 5). Tale copertura potrebbe senz'altro rivelarsi utile per il mantenimento della famiglia, sicché nel quadro di un giudizio di verosimiglianza (come quello che governa l'emanazione di misure provvisoriale) andrebbe inclusa nel fabbisogno minimo del debitore. In ultima analisi, nel quadro di un giudizio sommario il fabbisogno minimo calcolato dal Segretario assessore può dunque rimanere invariato.

E. 9

Nel quadro delle entrate e delle uscite familiari occorre ancora inserire il reddito e il fabbisogno minimo della moglie, che il Segretario assessore ha trascurato a torto (ch'egli non sia competente a giudicare nel merito la causa di stato fra le parti poco importa, trattandosi nella fattispecie di emettere misure provvisoriale). Ora, lo stesso Segretario assessore ha accertato che l'appellata "non svolge un'attività lucrativa e nemmeno può

esserle imposto di farlo, considerato che deve provvedere alla cura e all'educazione di tre figli di meno di dieci anni". L'appellante nulla obietta al riguardo. Quanto al fabbisogno minimo, esso può prudenzialmente essere stimato in fr. 1830.- mensili (minimo esistenziale del diritto esecutivo per genitore affidatario fr. 1250.-, locazione con spese accessorie fr. 270.-, corrispondenti ai

E. 13

/ 60 di fr. 1250.- [sopra, consid. 7c in fine], premio della cassa malati fr. 310.-). Ne deriva, in sintesi, il seguente compendio delle entrate e delle uscite familiari: reddito del

marito	fr. 5400.-	reddito della
moglie	fr. -.-	fr. 5400.- mensili fabbisogno minimo del
marito	fr. 2450.-	fabbisogno minimo della
moglie	fr. 1830.-	fabbisogno in denaro di
T _____	fr. 1230.-	fabbisogno in denaro di
D _____	fr. 1130.-	fabbisogno in denaro di T _____

fr. 930.- fr. 7570.- mensili. Non v'è quindi eccedenza, bensì ammanco. Il reddito del marito non essendo sufficiente a coprire i fabbisogni dei figli, i contributi per loro vanno calcolati in proporzione, mentre la differenza rimane scoperta, il padre avendo il diritto di conservare l'equivalente del proprio fabbisogno minimo (DTF 128 III 414 consid. 3.2.1 con rinvii). Ne risulta quanto segue: disponibilità del marito: fr. 5400.- (reddito) ./ fr. 2450.- (fabbisogno minimo) = fr. 2950.- mensili; somma dovuta ai figli: fr. 1230.- + 1130.- + 930.- = fr. 3290.- mensili; contributo per T _____: fr. 1230.- x (2950 : 3290) = fr. 1100.- mensili; contributo per D _____: fr. 1130.- x (2950 : 3290) = fr. 1015.- mensili; contributo per T _____: fr. 930.- x (2950 : 3290) = fr. 835.- mensili. In base al principio inquisitorio illimitato preposto al diritto di filiazione il giudice non è vincolato alle domande né alle argomentazioni delle parti, sicché nulla osterebbe a una riforma del sindacato di prima sede per quanto attiene ai singoli contributi in favore dei figli. Dato nondimeno che l'entità del contributo complessivo (fr. 2950.- mensili) rimane immutata, in sede provvisoria ciò si risolverebbe in un mero esercizio di forma. Privato di fondamento, l'appello si rivela perciò destinato all'insuccesso. 10. Gli oneri del giudizio odierno seguono la soccombenza (art. 148 cpv. 1 CPC), mentre non è il caso di attribuire ripetibili alla convenuta, cui l'appello non è stato intimato e non ha causato spese presumibili. La richiesta di assistenza giudiziaria formulata dall'appellante non può essere accolta. Quand'anche l'interessato versi in gravi ristrettezze finanziarie, per vero, all'appello mancava sin dall'inizio qualsiasi probabilità di successo (art. 14 cpv. 1 lett. a Lag), tant'è che il memoriale non è stato oggetto di notifica alla controparte. Per questi motivi, in applicazione dell'art. 313 bis CPC e vista sulle spese la tariffa giudiziaria, pronuncia: 1. L'appello è respinto e la sentenza impugnata è confermata. 2. Gli oneri processuali, consistenti in: a) tassa di giustizia fr. 200.- b) spese fr. 50.- fr. 250.- sono posti a carico dell'appellante. Non si assegnano ripetibili. 3. La domanda di assistenza giudiziaria presentata da _____ è respinta. 4. Intimazione: - ; - .
Comunicazione alla Pretura del Distretto di Leventina. terzi implicati Per la prima Camera civile del Tribunale d'appello Il presidente Il segretario