

## **TI\_GERICHTE 11.2005.62 vom 20. Juni 2005**

TI Tribunale d'appello, 2005-06-20, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_11.2005.62](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_11.2005.62)

FR: TI\_GERICHTE 11.2005.62 du 20 juin 2005

IT: TI\_GERICHTE 11.2005.62 del 20 giugno 2005

### **Regeste**

divorzio - provvigione ad litem

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Il Segretario assessore, preso atto che – contrariamente a quanto sosteneva l'attrice nella sua “richiesta comune” di divorzio – il marito si opponeva allo scioglimento del matrimonio, ha escluso che il consenso da lui espresso nella citata lettera del 7 giugno 2004 fosse vincolante o connotasse abuso di diritto. Accertato poi che al momento della litispendenza i coniugi vivevano separati da soli 7 mesi, egli ha respinto la domanda di divorzio senza esaminare eventuali gravi motivi per lo scioglimento del matrimonio a norma l'art. 115 CC, l'attrice medesima avendo rinunciato espressamente a prevalersi di tale norma.

#### **E. 2**

L'appellante insorge anzitutto contro il decreto cautelare del 21 settembre 2005 ( recte : 2004) con cui il Segretario assessore ha rinunciato “nelle more istruttorie” a designare un curatore al figlio. Sostiene che la richiesta di misure provvisoriale era accessoria alla contestuale domanda di divorzio e che, senza il provvedimento richiesto, il figlio si troverebbe in una situazione irrimediabilmente compromessa, poiché una nuova istanza non potrebbe esplicitare gli effetti retroattivi dispiegati dall'istanza introdotta al momento in cui è stata promossa l'azione di divorzio. La censura non ha fondamento. Intanto un decreto cautelare emanato “nelle more istruttorie” non è appellabile (art. 382 cpv. 1 CPC; Cocchi/Trezzini, CPC massimato e commentato, Lugano 2000, nota 907 ad art. 379). A parte ciò, un procedimento cautelare è puramente accessorio a quello principale ( Pelet , Mesures provisionnelles: droit fédéral ou cantonal?, Losanna 1987, pag. 5 seg.). Ove si fondi sull'art. 137 cpv. 2 CC, esso presuppone quindi la litispendenza di un'azione di divorzio ( Leuenberger in: Schwenzer, Praxiskommentar Scheidungsrecht, Basilea 2000, n. 10 ad art. 137 CC). Con la fine della causa di merito, qualunque ne sia la ragione, le misure provvisoriale – comprese quelle a protezione del figlio – decadono per legge (Gloor in: Basler Kommentar, ZGB I, 2<sup>a</sup> edizione, n. 14 ad art. 137). Poco importa il comportamento processuale del convenuto, il quale risponde se mai delle spese inutilmente provocate (art. 148 cpv. 3 CPC). Per accertare la situazione economica del marito l'interessata può sempre presentare, del resto, una domanda d'informazione (art. 170 CC e 4 n. 4 LAC) e a tutela del figlio può sempre postulare l'emanazione di misure adeguate (art. 173 cpv. 3 CC). Su questo punto l'appello è manifestamente destinato all'insuccesso.

#### **E. 3**

L'appellante rimprovera al Segretario assessore di avere trascurato la lettera del 7 giugno 2004 in cui il marito dichiarava di aderire al divorzio, salvo ritrattare poi l'accordo

nell'intento di impedire accertamenti sulla sua situazione economica. Ora, non fa dubbio che il 7 giugno 2004, riscontrando una proposta formulata dalla patrocinatrice della moglie, il marito aveva precisato – fra l'altro – che “per quanto concerne il divorzio, do il mio consenso” (doc. A). Sulla scorta di tale assicurazione, l'interessata aveva introdotto da sé sola la “richiesta comune di divorzio”. Se non che, nella risposta del 29 ottobre 2004 – e non “all'udienza conclusionale”, come l'attrice pretende – il coniuge aveva ritirato l'assenso, ribadendo la sua opposizione all'udienza preliminare del 1° febbraio 2005. Ciò rientrava nei suoi diritti. Non solo: anche qualora davanti al Pretore avesse aderito in un primo momento al divorzio, egli avrebbe ancora potuto opporvisi più tardi, durante i due mesi di riflessione (art. 111 cpv. 2 CC; FF 1996 I 96 a metà; Rhiner, Die Scheidungsvoraussetzungen nach revidiertem schweizerischen Recht, Zurigo 2001, pag. 173 con rimandi di dottrina alla nota 699; Werro, Concubinage, mariage et démariage, Berna 2000, pag. 114 n. 501). Al limite, evitando di confermare il consenso dopo il decorso del termine bimensile (Sutter/Freiburghaus, op. cit., n. 49 ad art. 111 CC; Fankhauser in: Schwenzer, Praxis-kommentar Scheidungsrecht, op. cit., n. 40 ad art. 111 CC). Solo dopo avere confermato la volontà di divorziare i coniugi sono vincolati e non possono più revocare unilateralmente il consenso (Werro, op. cit., pag. 114 n. 502; Sutter/Freiburghaus, op. cit., n. 43 ad art. 111 CC). Ciò posto, il marito ha senz'altro tenuto un comportamento contraddittorio, ma ciò non basta a configurare abuso di diritto. Tutt'al più – come si vedrà oltre – simile condotta può influire sugli oneri processuali (sotto, consid. 5). Resta il fatto che l'appellante non contesta la durata della separazione di fatto, di soli sette mesi. Essa non ha quindi alcun diritto di ottenere il divorzio (DTF 126 III 407 consid. 4b e 408 consid. 4c). E il convenuto può resistere allo scioglimento del matrimonio anche per tutto il biennio dell'art. 114 CC, senza che ciò integri estremi di malafede (sentenza del Tribunale federale 5C.242/2001 pubblicata in: SJZ 98/2002 pag. 179). Pure su questo punto l'appello è destituito perciò di buon diritto.

#### **E. 4**

Secondo l'appellante, il Segretario assessore avrebbe dovuto esaminare la richiesta di divorzio anche sotto il profilo dell'art. 115 CC, sulla base della perizia agli atti e dalle risultanze scaturite dalla discussione cautelare del 19 agosto 2004. L'argomentazione è inconsistente, ove appena si consideri che l'appellante nemmeno cerca di spiegare in virtù di quali “gravi motivi” (nel senso dell'art. 115 CC) la sua richiesta di divorzio avrebbe dovuto essere accolta, limitandosi a rinviare genericamente agli atti del processo. Insufficientemente motivato, l'appello potrebbe finanche essere dichiarato irricevibile (art. 309 cpv. 2 lett. f CPC combinato con il cpv. 5). Comunque sia, l'art. 115 CC è applicabile se la reazione emotiva e mentale che induce il richiedente a ritenere insopportabile la continuazione del matrimonio durante il periodo di separazione obbligatoria è oggettivamente comprensibile (DTF 129 III 1 consid. 2.2, 127 III 134 consid. 3b, 346 consid. 3a). Il giudice valuta tale situazione secondo equità (art. 4 CC), senza porre esigenze troppo severe (DTF 129 III 4). Ora, nel caso specifico la relazione della psicologa \_\_\_\_\_, incaricata in sede provvisoria di sentire il figlio E \_\_\_\_\_, attesta l'esistenza di problemi tra genitori e figli, ma non tra i genitori medesimi (rapporto 25 ottobre 2004 nell'inc. DI.2004.734, richiamato). Dal verbale di discussione del 19 agosto 2004, poi, nulla si desume circa la situazione personale dei coniugi, i quali si sono limitati a discutere le conseguenze economiche della separazione. Nelle condizioni descritte non si ravvisano dunque indizi che comprovino “gravi motivi” nell'accezione dell'art. 115 CC.

#### **E. 5**

Per quel che riguarda gli oneri processuali e le ripetibili, il Segretario assessore ha ritenuto giustificato porli a carico dell'attrice "in particolare dal venir meno della probabilità di esito favorevole della sua richiesta a partire dal momento della presentazione della risposta". L'appellante non contesta gli ammontari, ma il riparto, chiedendo l'addebito integrale di oneri processuali e ripetibili al convenuto. a) Secondo l'art. 148 cpv. 1 CPC il giudice condanna la parte soccombente a rimborsare all'altra le tasse, spese giudiziarie e le ripetibili. L'art. 148 cpv. 2 CPC prevede nondimeno che, dandosi "giusti motivi", il tribunale può procedere a un diverso addebito. Quest'ultima norma ha carattere discrezionale, ma il giudice che rinuncia ad applicarla deve per lo meno motivare la sua decisione. Se è vero difatti che in materia di oneri processuali e di ripetibili egli gode di ampia autonomia, è anche vero che tale latitudine di apprezzamento trova i suoi limiti nel divieto dell'eccesso o dell'abuso (rinvii in: Cocchi/Trezzini, CPC massimato e commentato, Lugano 2000, n. 32 ad art. 148). Occorre esaminare pertanto se ragioni pertinenti giustificano in concreto di scostarsi dal principio della soccombenza. b) Nella fattispecie il Segretario assessore rileva che, dopo avere preso conoscenza della risposta, l'attrice avrebbe dovuto capire come la sua azione di divorzio non avrebbe più avuto alcuna probabilità di buon esito. L'opinione è pertinente. Sta di fatto che, fino all'introduzione della risposta, l'attrice poteva fare assegnamento in buona fede sull'assenso della controparte, né dagli atti emergono indizi che avrebbero dovuto indurla prima di allora a presumere una ritrattazione. Ed effettivamente il marito ha lasciato che l'attrice promuovesse causa, partecipando altresì a udienze cautelari e d'istruttoria, salvo poi revocare il consenso al divorzio nella risposta di merito. Certo, nulla gli impediva di agire in tal modo (sopra, consid. 3). Egli non può pretendere tuttavia di sfuggire alle conseguenze economiche di tale scelta. In applicazione dell'art. 148 cpv. 2 CPC gli oneri processuali e le ripetibili maturati fino alla risposta di merito andavano posti – almeno in parte – a carico di lui. La giurisprudenza zurighese ha già avuto modo di affermare del resto che, nell'ambito di una procedura di divorzio su richiesta comune, dandosi revoca del consenso i costi del processo vanno addebitati alle parti – di massima – in ragione di metà ciascuno (ZR 100/2001 pag. 119 n. 37). c) Nelle circostanze descritte il Segretario assessore avrebbe dovuto, quindi, suddividere equamente gli oneri processuali e le ripetibili. A ciò deve supplire ora la Camera. E siccome il riparto della tassa di giustizia, delle spese e delle ripetibili deve avvenire d'ufficio, indipendentemente dal fatto che la controparte vi acconsenta o vi si opponga, poco giova interpellare il convenuto in questa sede. In definitiva, visto quanto precede, fino al 29 ottobre 2004 appare equo porre gli oneri processuali a carico delle parti in ragione di metà ciascuno e compensare le ripetibili. Per il lasso di tempo che segue si giustifica invece di addebitare il tutto all'attrice. In sintesi, la tassa di giustizia di fr. 800.– va dunque addossata per tre quarti all'attrice e per il resto al convenuto, cui va riconosciuta un'indennità per ripetibili ridotte. Tenuto calcolo che tale somma deve coprire l'onorario del legale, le spese, l'imposta sul valore aggiunto, e che dopo il 29 ottobre 2004 il patrocinatore del convenuto ha partecipato a tre udienze (due in ambito provvisoriale e una nella procedura di merito), un'indennità di fr. 1500.– appare adeguata. L'appello deve quindi essere accolto entro tali limiti.

## **E. 6**

Con l'appello l'attrice chiede che il marito sia tenuto a versarle una provvigione ad litem di fr. 2500.– o, in subordine, che le sia accordato il beneficio dell'assistenza giudiziaria. Ora, l'obbligo per un coniuge di fornire una provvigione di causa all'altro si configura come una misura provvisoria giusta l'art. 137 cpv. 2 CC (sentenza del Tribunale federale

5P.31/2004 del 26 aprile 2004, consid. 1; Leuenberger in: Schwenzer, Praxiskommentar Scheidungsrecht, Basilea 2000, n. 53 ad art. 137 CC). La richiesta di provvigione andava introdotta pertanto dinanzi al Pretore ( Cocchi/Trezzini , op. cit., n. 2 ad art. 377; I CCA, sentenza inc. 11.2001.130 del 18 ottobre 2002, consid. 17). Se non che, in concreto l'eventuale trasmissione al Pretore (art. 126 CPC) sarebbe stata ormai senza senso. U na provvigione di causa è destinata infatti per sua natura – e così era già nel vecchio diritto del divorzio ( Bühler/Spühler in: Berner Kommentar, 3<sup>a</sup> edizione, n. 287 ad art. 145 vCC) – a coprire spese future, non a remunerare prestazioni già eseguite (come la stesura di un ricorso) o a ricuperare esborsi già affrontati. L'appellante non sostiene che nel caso specifico soccorrano eccezioni a tale principio. In concreto al momento di chiedere la provvigione l'appello era ormai pendente e nessun atto processuale si rendeva più necessario da parte della patrocinatrice dell'appellante. Chiedere una provvigione a quel momento era quindi troppo tardi.

#### **E. 7**

Gli oneri processuali dell'appello seguirebbero la vicendevole soccombenza (art. 148 cpv. 2 CPC). Si rinuncia tuttavia a riscuotere l'esigua quota di spese che graverebbe l'appellato, così come non è il caso di attribuire ripetibili, il ricorso non essendo stato intimato e non avendo causato costi presumibili. La domanda di assistenza giudiziaria presentata con l'appello non può essere accolta, poiché la richiedente avrebbe previamente dovuto postulare una provvigione ad litem davanti al Pretore. Delle disagiate condizioni economiche in cui versa l'appellante si tiene conto, nondimeno, contenendo nei limiti del possibile la tassa di giustizia.

#### **E. 8**

La conduzione del processo da parte della patrocinatrice dell'appellante dopo avere preso conoscenza della risposta in cui il convenuto revocava l'assenso al divorzio non manca di lasciare gravemente perplessi. Continuare in simili circostanze una causa di stato su richiesta comune senza pretendere nemmeno in subordine l'esistenza di un “grave motivo” unilaterale a norma dell'art. 115 CC (anzi, escudendolo, salvo poi invocarlo in appello: sopra, consid. 4) denota una strategia logicamente indifendibile e oggettivamente irragionevole che un cliente ha il diritto di non aspettarsi. L'PA 2 è avvertita che, dovesse questa Camera ravvisare casi del genere, la sentenza sarà trasmessa come segnalazione anche all'autorità disciplinare (art. 25 LAVv). Per questi motivi, in applicazione dell'art. 313 bis CPC, e vista sulle spese la tariffa giudiziaria, pronuncia: 1. Nella misura in cui è ricevibile l'appello è parzialmente accolto e il dispositivo n. 2 della sentenza impugnata è riformato: La tassa di giustizia di fr. 800.– e le spese sono poste per tre quarti a carico dell'attrice e per il resto a carico del convenuto, al quale l'attrice rifonderà fr. 1500.– per ripetibili ridotte. Per il resto l'appello è respinto e la sentenza impugnata è confermata. 2. Gli oneri processuali, consistenti in: a) tassa di giustizia ridotta fr. 150.– b) spese fr. 50.– fr. 200.– sono posti a carico dell'appellante. Non si assegnano ripetibili. 3. La richiesta di una provvigione ad litem è irricevibile. 4. La richiesta di assistenza giudiziaria è respinta. 5. Intimazione a: – ; – . Comunicazione alla Pretura del Distretto di Lugano, sezione 6. terzi implicati Per la prima Camera civile del Tribunale d'appello Il presidente La segretaria